



La privatización de la soberanía

Descripción

Es este el contexto político-económico en cuyo marco las sociedades europeas asisten a una auténtica ofensiva indiscriminada que, con mayor o menor énfasis, tiende a cuestionar la continuidad de todo *lo público*. Se vive en ellas, en efecto, lo que ya es común calificar como «euforia privatista» o «ardor privatizador», al que, por cierto, apenas consiguen oponer alguna resistencia los defensores de lo público, prácticamente reducidos, por lo demás, al ámbito de las organizaciones sindicales (recuérdese, en este sentido, la pintoresca imagen de los trabajadores franceses declarados en huelga contra la política privatizadora del gobierno liberal-conservador francés, desfilando detrás de pancartas cuyo lema rezaba «défendons le service public»). Guste o no, lo público ha entrado en decadencia y parece hoy por hoy un valor que se bate en retirada frente a lo privado, un valor en alza en todos los ámbitos de la vida política, económica y social. Lo privado, a su vez, se asocia a otros valores positivos de la sociedad tecnológica de fin de siglo (eficacia, eficiencia, austeridad, competencia, etc.), mientras que lo público ha devenido paulatinamente en un *disvalor*, una *rémora*, asociados de modo creciente a la ineficacia, el despilfarro, etc. Por otro lado, el derrumbamiento sin paliativos de los sistemas comunistas del Este y la liberalización y desregulación de sectores antes intervenidos en el marco de la construcción de un mercado interior europeo y de una economía mundial fuertemente globalizada han reforzado aún más este proceso. De ahí que la *privatización* aparezca cada vez más en el debate político y social como la solución a todos los (presuntos) males de lo público, a saber: la ineficiencia y el carácter deficitario de las actividades prestacionales de naturaleza o titularidad públicas; el coste, en ocasiones excesivo, así como el estancamiento en calidad y avances tecnológicos de los servicios disponibles (resultado en gran medida, se afirma, de su prestación en régimen de monopolio), el creciente endeudamiento del sector público, etc.

A esta tendencia de progresivo acoso y descrédito de lo público tampoco escapa, como es fácil de suponer, la rama *pública* del Derecho, esto es, el *Derecho público*-, más concretamente, el Derecho administrativo. Hoy en día es un auténtico lugar común tachar al régimen de Derecho administrativo -sobre todo cuando éste es utilizado para regular o disciplinar la prestación de servicios de contenido económico (aunque sean de interés general)- de rígido, reglamentista, encorsetador hasta la asfixia y, encima, caro; en una palabra, de ineficiente. La verdad es que no es de extrañar que así sea. Los propios gestores públicos y el legislador se encargan a diario de avalar y respaldar tal tipo de juicios. Aquéllos reconociendo, ya hace tiempo sin disimulo, su preferencia por las -aparentemente, más eficientes- formas de organización y gestión jurídico-privadas; y éste -el legislador- creando las bases normativas que hagan posible la incorporación de tales formas jurídicas al ámbito de la gestión pública.

Privatización formal y privatización material

Los embates a los que ha de hacer frente el Derecho administrativo, en cuanto sistema garantizador del interés público, no son, sin embargo, nuevos ni solo imputables al proceso privatizador de los tiempos más recientes. Por el contrario, vienen de lejos. Como se recordará, todo empezó hace ya bastantes décadas con una creciente «huida del Derecho administrativo general» operada a través de la llamada «descentralización funcional»; es decir, la creación de entidades públicas de carácter instrumental dotadas de personalidad jurídica propia y de autonomía funcional respecto de sus respectivas Administraciones territoriales matrices. Estas entidades públicas instrumentales, cuyo prototipo eran los llamados Organismos Autónomos (por ejemplo, el Boletín Oficial del Estado, el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, el Parque Móvil Ministerial, etc.), se rigen por normas de Derecho administrativo, pero a menudo no por el Derecho administrativo general aplicable a la Administración ordinaria (las Administraciones territoriales), sino por uno particular, tendencialmente más flexible.

A los primeros tímidos pasos de la huida del Derecho administrativo general a través de la descentralización funcional siguió al poco tiempo -en expresión tomada de la doctrina alemana- la huida, pura y simple, al Derecho privado (*Flucht ins Privatrecht*), que en realidad no es sino una huida de todo Derecho. En esta segunda etapa (vigente hoy) se produce lo que -también en Alemania- se ha dado en llamar la privatización *formal* (*formelle Privatisierung*) de las actividades prestacionales de naturaleza pública; es decir, una privatización *impropia* que no afecta ni a la titularidad ni al carácter materialmente públicos de aquéllos, sino solo a sus formas de organización y de gestión. Éstas son reemplazadas por formas de personificación y, por ende, de actuación jurídico-privadas, con el objeto de eludir la aplicación de la asfixiante legislación administrativa en materia de procedimiento, contratación, selección y gestión de personal, régimen patrimonial, presupuestario, económico-financiero, contable, etc. Nacieron así no solo entidades de Derecho público que someten su actividad externa al ordenamiento jurídico privado (por ejemplo, RENFE, el Instituto de Crédito Oficial, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales) o a un estatuto específico fijado en su norma de creación, que supone normalmente también la remisión al Derecho privado (por ejemplo, AENA, la Agencia Industrial del Estado, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc.), sino también sociedades mercantiles de titularidad pública (exclusiva o mayoritaria), que se rigen íntegramente por el Derecho privado (por ejemplo, la Compañía Transmediterránea, la Empresa Nacional de Autopistas, la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, etc.). Últimamente, a los servicios públicos o de interés general gestionados por entes con personificación privada que adoptan una forma societaria se suman aquéllos que -al hilo del último de los descubrimientos en materia de formas privadas de personificación instrumental- pasan o pueden pasar a gestionarse por fundaciones privadas de titularidad pública. Así, la reciente legislación sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD. Otros dos ejemplos significativos son los de la Universidad a distancia catalana (la Universitat Oberta de Catalunya, uoc) o la Escuela de Organización Industrial (EOI), transformada en fundación privada por la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997.

Finalmente, la tercera de las etapas en que se desarrolla este proceso de «despublicación» es la de la llamada privatización *material*, esto es, aquella que -impulsada, en buena medida, por las políticas liberalizadoras de la Comunidad Europea, pero también por las necesidades de saneamiento de las finanzas públicas que impone la transición a la tercera fase de la Unión económica y monetaria-, sí supone un cambio de titularidad y de responsabilidad como consecuencia de la transferencia de una actividad o un servicio al sector privado. Como ya se apuntó anteriormente, la privatización *material* no

se extiende solo al sector público empresarial, sino también a algunos servicios públicos o de interés general (por ejemplo, las telecomunicaciones). Sin embargo, y aunque parezca paradójico, la privatización *material* y la, por lo general, simultánea o posterior liberalización del régimen de prestación de estos servicios no está suponiendo tanto una vuelta de tuerca al proceso de paulatino repliegue del Derecho público cuanto su transformación, de un Derecho público de *gestión y prestación de servicios* en régimen de monopolio (la mayoría de las veces, poco eficiente) en un Derecho público *regulador y supervisor* de actividades prestacionales privadas. Éstas se realizan en régimen de libre competencia, pero, por tratarse de servicios de interés general, permanecen sujetas a obligaciones específicas de servicio público; por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, la garantía del *servicio universal*, esto es, la posibilidad de acceso de todos los ciudadanos a las prestaciones esenciales del servicio a precios asequibles. No es la desregulación, pues, ni una *conditio sine qua non* ni un efecto necesario de todo proceso privatizador o liberalizador de sectores intervenidos. Más bien ocurre todo lo contrario. Pero sí es cierto que la aludida transformación de las formas de intervención administrativa acostumbra a llevar aparejadas importantes innovaciones en el ámbito de la organización administrativa; es frecuente que la aplicación -y, en ocasiones, hasta la propia creación- de este nuevo Derecho público *regulador* de los servicios liberalizados se encomiende, no a la Administración ordinaria, sino a entes públicos *independientes* cuyos órganos de dirección carecen, en lo esencial, de legitimación y posibilidad de control democrático, tales como la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Necesidad de un Derecho administrativo privado en España

Llegados a este punto, es hora ya de ver cuáles han sido las respuestas que en España y en otros Estados miembros de la Unión Europea se han dado desde el Derecho público -sea en sede legislativa, sea en sede doctrinal- al proceso de privatización, tanto *formal* como *material* en algunos casos, de buena parte de los servicios públicos o de interés general.

En los últimos años, el legislador español ha comenzado a poner algunos obstáculos insuficientes y muchas veces poco eficaces a la huida indiscriminada e injustificada de los controles y garantías de Derecho público que ha supuesto el fenómeno de la privatización *formal* de las actividades prestacionales mencionadas. Un primer paso lo dio la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (1992), al disponer que los entes públicos instrumentales tienen en todo caso la consideración de Administración Pública y que, con independencia de lo que establezcan sus normas de creación, han de sujetar su actividad a dicha Ley, al menos cuando ejercen potestades administrativas. El siguiente paso lo dio la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995), que -siguiendo en este punto las pautas marcadas por las directivas comunitarias en materia de contratación pública- incluyó con carácter general en su ámbito de aplicación subjetiva a los entes públicos instrumentales en ciertos supuestos.

Finalmente, la recién entrada en vigor Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), entre cuyos principales objetivos figura la racionalización de la Administración Instrumental del Estado, ha puesto algo de orden en la compleja maraña de entes instrumentales distinguiendo tan solo dos tipos básicos de entes públicos instrumentales, (Organismos Públicos). Por un lado, los Organismos Autónomos, que realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público. Por otro lado, las entidades públicas empresariales, que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y a las que, aun cuando se rigen en general por el

Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento (formación de la voluntad de sus órganos, principio de mérito y capacidad a que se somete la selección de su personal laboral, régimen de gestión de sus bienes patrimoniales, régimen presupuestario, etc.). Sin embargo, la regulación de los entes instrumentales en la LOFAGE pretende ser exhaustiva en lo esencial, pero presenta serias insuficiencias. En primer lugar, no queda clara la delimitación funcional entre las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales, pues seguimos sin saber si éstas pueden crearse solo para ejercer la iniciativa pública en la actividad económica o también la prestación de servicios de interés económico general (de ser así, ¿con arreglo a qué criterio se ha de elegir -si es que se permite elegir- entre la creación de una Entidad pública empresarial, que en parte se rige por el Derecho público, o una sociedad mercantil estatal, que solo se rige por el Derecho privado?). En segundo lugar, quedan en buena medida fuera del ámbito de regulación de esta Ley los más importantes Entes públicos del antiguo artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, tales como la Agencia Tributaria o la mayoría de los Entes independientes, tanto existentes (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo de Seguridad Nuclear, RTVE, Agencia de Protección de Datos, Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc.) como futuros; y, en tercer y último lugar, tampoco se regula en la LOFAGE, a pesar de su urgente necesidad, la más novedosa (y, al parecer, más atractiva también) entre las formas privadas de personificación instrumental: las fundaciones.

Las insuficiencias que aún hoy continúa presentando la regulación legal del fenómeno de la privatización *formal* de las actividades prestacionales públicas mantienen intacta, pues, la necesidad de construir en nuestra doctrina, siguiendo el ejemplo del Derecho alemán, un *Derecho administrativo privado* (*Verwaltungsprivatrecht*), complementario de ese nuevo Derecho público regulador de los servicios de interés general *materialmente* privatizados, que asegure que las actividades prestacionales públicas realizadas bajo formas jurídico-privadas respetan los derechos fundamentales y principios constitucionales rectores de la política social y económica, así como los principios jurídico-públicos básicos que informan el Derecho de los servicios públicos.

Fecha de creación

29/06/1997

Autor

Mariano Bacigalupo