

# INFORME SOBRE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. LA ADMINISTRACIÓN EN LA FORMA JURÍDICA PRIVADA Y A TRAVÉS DE ENTIDADES PRIVADAS\*

Fritz Ossenbühl

Catedrático de Derecho público del Institut für Öffentliches  
Recht, Abteilung Staatsrecht, de la Universidad de Bonn

En la medida de lo posible, la exposición que sigue tiene como base el cuestionario recibido y pensado para posibilitar, de este modo, la comparación jurídica con los demás informes.

## I. El fenómeno de las administraciones independientes

Cuando se habla del «fenómeno de las administraciones independientes» se plantea en primer lugar la cuestión de *de quien* son independientes las entidades de la Administración pública. En relación con ello existen dos respuestas de carácter general:

— *En primer lugar*, la Administración pública puede ser independiente de las influencias, las instrucciones y los controles de las instancias estatales de nivel superior. En tal caso queda al margen del organigrama de la estructura estatal. Una Administración independiente en tal sentido está vinculada a la Administración pública solamente de modo funcional y no institucionalmente.

— *En segundo lugar*, la Administración pública puede ser independiente en relación con los vínculos de derecho público a los cuales el sector público está sometido en el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a los ciudadanos. Entre estos vínculos se encuentran, sobre todo, los correspondientes a los derechos fundamentales, pero también otros principios de Derecho público como, por ejemplo, los principios básicos con respecto a la gestión financiera del sector público.

Ambos aspectos, la segregación del ámbito institucional de la Administración pública y la desvinculación del derecho público en el cumplimiento de las obligaciones estatales, son características inherentes a la problemática de la Administración pública de derecho privado.

---

\* Conferencia pronunciada en la *Jornada de estudio sobre las perspectivas del Derecho administrativo*, Escuela de Administración Pública de Cataluña, Barcelona, marzo de 1992.

Como es natural, las dos «independencias» mencionadas no lo son de modo absoluto. Si lo fuesen, no se podría seguir hablando de una Administración pública, ya que es propio de ésta que el cumplimiento de las obligaciones estatales se realice fundamentalmente bajo un control democrático y respetando los principios rectores del Derecho Público.

Por este motivo, cuando aquí se habla de la Administración pública de Derecho privado sólo se hace para saber hasta qué punto se pueden reducir estos controles y vínculos sin traspasar los límites de la admisibilidad. Desde el punto de vista jurídico interesa sobre todo, además de la cuestión de las causas y los motivos que inducen a la elección de la forma jurídica privada, la determinación de los límites de la admisibilidad. Este es el tema sobre el cual versará esencialmente esta ponencia.

## II. La utilización del derecho privado por la Administración pública<sup>1</sup>

### 1. El problema

Ya desde siempre, la distinción entre Derecho privado y Derecho público ha tenido en Alemania una gran significación teórica y práctica; y esto a causa de la existencia de dos ámbitos jurídicos diferenciados, cada uno de ellos con competencias concretas (tribunales civiles y administrativos). El Derecho privado regula las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí, y se basa fundamentalmente en el principio de la coordinación y de la autonomía privada; esto significa que la configuración de las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí se rige en gran medida de acuerdo con su voluntad.

El Derecho público es, en cambio, un derecho especial para los que ostentan autoridad que reconoce al sector público competencias de soberanía frente a los ciudadanos, pero que también lo somete por múltiples vías a la disciplina jurídica.

El Derecho privado y el Derecho público se distinguen según sus finalidades y estructuras, y es por ello que no son simplemente intercambiables. El uso del Derecho privado por el sector público no debe llevarnos a socavar las finalidades y garantías del Derecho público.

### 2. Niveles de utilización

La Administración pública se sirve del Derecho privado en dos niveles diferenciados.

a) Por una parte, en el ámbito de las *formas organizativas* (utilización institucional). En tal caso la administración no se realiza según los modelos organizativos del

---

1. Dirk Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984; Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1986, párrafo 12; Wolff/Bachoff/Stober, *Verwaltungsrechts II*, 5.ª ed., 1987, párrafo 104 a.

Derecho público diseñados en la Constitución y las leyes, sino según las formas de cooperación del Derecho privado: por ejemplo, como sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, asociación registrada, etc.

b) Por otra parte, sin embargo, el Derecho privado también se puede aplicar en el ámbito de las *formas de actuación* (utilización funcional). En este caso aparecen en el lugar de las formas específicas del Derecho público, como acto administrativo, contrato de Derecho público, estatutos, disposición administrativa, etc., formas de actuación de Derecho privado, y especialmente el contrato de Derecho privado, condiciones generales de contratación, fijación de tarifas, etc.

c) La utilización también puede aparecer combinada en el ámbito de la organización y en el de la actuación. Tal combinación resulta preceptiva cuando la Administración ha elegido una forma organizativa de Derecho privado para una entidad de prestación de servicios; en este caso sólo queda ofrecer sus servicios a los ciudadanos sobre la base del Derecho privado. Si, por el contrario, la Administración ha elegido una forma organizativa de Derecho público, puede elegir, en cada nivel de actuación, un sistema de relaciones jurídicas correspondiente al Derecho público o al Derecho privado.

### 3. *Formas de organización de Derecho privado*<sup>2</sup>

#### a) Licitud

En principio, la Administración está facultada para escoger, por lo que se refiere a su organización, entre las formas del Derecho público y las del Derecho privado (libertad de elección). Sea como sea, hay una serie de condicionantes y limitaciones del Derecho constitucional y del Derecho administrativo que hay que tener en cuenta en la elección de las formas organizativas de Derecho privado. Cabe citar, de modo particular:

— Los límites del art. 34, párrafo 4, de la Ley fundamental. Según este artículo, «el ejercicio de competencias de soberanía como misión permanente queda reservado por regla general al personal de la función pública sujeto a una relación de servicio y lealtad» (funcionarios). Por tal motivo, al conjunto del ámbito denominado Administración de intervención (por ejemplo, la Administración policial, la Administración de hacienda) no es asequible en principio a las formas de organización privadas. El campo de aplicación clásico de las formas organizativas de Derecho privado es, pues, el ámbito que se denomina Administración de servicios y prestaciones.

— Los límites del principio de democracia. Según este principio, sólo pueden escogerse aquellas formas organizativas de Derecho privado en las que sea posible preservar la obligación estatal de intervención y control en relación con un cumplimiento de funciones respetuoso con la normativa.

— Los límites del principio de Estado de derecho. El uso de formas organizativas de Derecho privado está sometido fundamentalmente a la reserva de ley. Las formas organizativas de Derecho privado no pueden conducir a una disminución de los derechos fundamentales y el estatuto jurídico de los ciudadanos.

2. *Ehlers* (nota al pie 1), pág. 109 ss.

### b) Formas organizativas

Se dispone de toda la gama de las formas organizativas del Derecho privado en tanto estén en relación con las respectivas obligaciones del Estado respecto de las exigencias de su licitud. Forman parte de ella: sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, asociaciones registradas, cooperativas, fundaciones, sociedades mercantiles colectivas, sociedades en comandita. A veces, y sobre todo en el ámbito económico, varias sociedades de la Administración privada se unen para formar un consorcio o un holding que por su parte constituye una persona jurídica propia con capacidad legal.

### c) Causas y motivos<sup>3</sup>

Las causas y los motivos en que se basa la elección de formas organizativas de Derecho privado son extremadamente variados. Por regla general, la elección de una forma de Derecho privado se debe a motivos pragmáticos. Entre ellos están sobre todo los siguientes:

— Mayor simplicidad en la constitución y la disolución de asociaciones de Derecho privado. Muchas veces, para la constitución de unidades de organización de Derecho público se hace necesaria una ley. La constitución y la disolución de asociaciones de Derecho privado, por el contrario, no hacen necesaria esta intervención del legislador.

— Mayor flexibilidad en el desarrollo de estructuras organizativas y operativas internas. Se evitan estructuras organizativas jerárquicas. Uso de modelos de gestión propios de la economía.

— Se evita la normativa disciplinaria de la función pública. Con la elección de la forma de Derecho privado la Administración se puede liberar de las trabas del Derecho público disciplinario. No existen vinculaciones a los niveles retributivos ni a los escalafones. Ningún sistema que se base en funcionarios de carrera. Retribución según el rendimiento. Ningún límite salarial. Poderse liberar de las ataduras del Derecho personal resultó una circunstancia decisiva, por ejemplo, en cuanto a la organización del servicio de los controladores aéreos como sociedad de responsabilidad limitada.

— Se evitan las ataduras presupuestarias. Desaparecen las formalidades de los presupuestos públicos. Esto tiene una importancia notable, especialmente cuando se trata de conseguir créditos y, consiguientemente, de obtener fondos.

— Despolitización del cumplimiento de funciones y limitación del control estatal.

— Ampliación de la cogestión empresarial.

— Intención de limitar la responsabilidad.

— Motivos fiscales. Especialmente por medio del sistema integrado complejo, es decir, la inclusión de varios servicios (gas, agua, piscinas públicas, etc.) en una sola empresa municipal, es posible equilibrar pérdidas y ganancias, y esto permite reducir impuestos.

— Cooperación con otros sujetos jurídicos. Las formas de asociación de Derecho privado son particularmente adecuadas para reunir a los distintos actuantes soberanos

3. Ehlers (nota al pie 1), pág. 292 ss.

(Federación, *länder*, municipios), pero también actuantes soberanos y sector privado en beneficio de un cumplimiento cuidadoso de determinadas tareas. Esto ocurre principalmente en el sector cultural, pero también en el ámbito económico.

d) Campos de aplicación<sup>4</sup>

Hay que remarcar por anticipado: formas de Administración pública de Derecho privado las hay en todos los ámbitos de la Administración (Federación, *länder* y municipios). Su campo principal de aplicación es el ámbito que se denomina gestión de servicios.

aa) Desde el punto de vista de la evolución histórica interesan dos fenómenos.

— Ya en el siglo XIX, cuando el Derecho público alemán estaba todavía en sus inicios, los municipios valiéronse de las formas organizativas del Derecho privado y gestionaron como sociedades anónimas sus servicios, como, por ejemplo, los de gas, agua y electricidad o los bancos municipales. Y esto, en esencia, ha seguido igual hasta nuestros días. La «elección» de las formas organizativas de Derecho privado, pues, se debió al hecho de que el Derecho público no ofrecía formas de organización adecuadas.

— Como la organización burocrático-jerárquica de la Administración pública no estaba capacitada para llevar a cabo con eficacia una función que se le presentaba, el Estado se refugió en las formas del Derecho privado. De este modo, una vez iniciada la primera guerra mundial se fundaron sociedades de capital («sociedades de guerra») destinadas a inventariar y distribuir materias primas y bienes de consumo, entidades que en parte todavía existen hoy.<sup>5</sup> Un ejemplo instructivo y bastante reciente es la Sociedad Promotora y Constructora de Carreteras de Larga Distancia (Deges), de responsabilidad limitada; participan en ella la República Federal con el 25% y los cinco nuevos Länder de la federación con el 50% en conjunto, y tienen la misión de ampliar la infraestructura del tráfico en los nuevos *länder* federales (700 km de autopistas de nueva construcción, 1.000 km de ampliaciones, con un volumen de inversión calculado en 23.000 millones de DM).<sup>6</sup>

bb) Hay que decir, además, que los campos de aplicación de las administraciones de Derecho privado son extremadamente variados y ni siquiera de modo aproximado pueden ser citados en su conjunto. Solamente resulta posible un esbozo.

— En el ámbito económico las sociedades administrativas organizadas según el Derecho privado persiguen fines orientados a la política estructural, coyuntural y competitiva, la satisfacción de las necesidades del consumo, el dirigismo económico y la obtención de ganancias. De este modo existen, distribuidas en todos los niveles de la administración, sociedades para el fomento de la economía, sociedades constructoras de universidades, entidades de crédito, sociedades para el fomento de la exportación, sociedades organizadoras de ferias y exposiciones, empresas de servicios públicos, oficinas de turismo, sociedades para publicidad televisada pertenecientes a las entidades radiofónicas de los *länder*, empresas auxiliares del correo federal alemán y de los ferrocarriles federales alemanes.

4. Wolff/Bachoff/Stober (nora al pie 1), párr. 104 a, n.º marginal 10.

5. Lorenzo Schonerus, *Die organisatorische Eingliederung der Interessenverbände in die Bundesverwaltung*, Heidelberg, tesis doctoral, 1959, pág. 6 ss.; Ernest Heymann, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen Industrierechts*, Marburg, 1921.

6. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10 octubre 1991, n.º 235, pág. 18.

— En el *ámbito social* las entidades que prestan determinados servicios se constituyen frecuentemente como sociedades privadas: sobre todo, las empresas municipales de servicios públicos (gas, agua, fluido eléctrico), hospitales, empresas de transporte, empresas de construcción de viviendas, sociedades promotoras de urbanizaciones, sociedades de fomento, sociedades de asesoría e investigación en el campo de la salud (por ejemplo, Pro Familia, Unión Federal para la Educación de la Salud, etc.).

— Las formas organizativas de Derecho privado tienen difusión especial en el *ámbito cultural*.

Se organizan con frecuencia según formas de Derecho privado las universidades, las asociaciones artísticas, las entidades museísticas, las orquestas sinfónicas, las sociedades promotoras de festivales, las empresas teatrales.

En el ámbito del ministerio de relaciones exteriores y su Administración existe, por ejemplo, el Instituto Goethe, que vela por la propagación de la lengua alemana en el extranjero, el Servicio Académico Alemán de Intercambio (DAAD), el Internationes, la Fundación Alexander von Humboldt.

En el ámbito de ayudas al desarrollo y su administración, por ejemplo, cabe citar al Servicio Alemán para el Desarrollo del Tercer Mundo, sociedad de responsabilidad limitada, y a la Sociedad Carl-Duisberg.

En el ámbito del fomento de la investigación y la ciencia, por ejemplo, la Comunidad Alemana de Investigación, la Sociedad Max-Planck para el Fomento de las Ciencias, la Sociedad Freuenhofer para el Fomento de la Investigación Aplicada, el Centro de Investigación Nuclear de Karlsruhe, etc.

#### e) Problemas jurídicos<sup>7</sup>

Los problemas jurídicos de la organización administrativa de Derecho privado versan sobre dos aspectos: asegurar la intervención y el control estatales y garantizar los derechos fundamentales que protegen a los ciudadanos.

aa) En cuanto a la garantía de la intervención y el control estatales en las sociedades de Administración privadas hay que remarcar los puntos siguientes:

Las formas de sociedad de Derecho privado están materializadas y normalizadas en leyes especiales. En los casos concretos estas leyes permiten un variado margen de maniobra con respecto a modificaciones organizativas.

Cuando la Administración pública actúa de acuerdo con las formas organizativas de Derecho privado queda sometida a la normativa organizativa de Derecho privado. Sólo puede modificar para sus fines estas formas de organización en la medida en que el Derecho privado lo permite. Si las modificaciones organizativas toleradas por el Derecho privado no resultan suficientes para garantizar como sería necesario la intervención y el control estatales de la actuación de la sociedad, la forma de sociedad de Derecho privado en cuestión queda descartada como posible forma organizativa.

El hecho de asegurar la injerencia del Estado (intervención y control) conlleva problemas sobre todo en una forma organizativa utilizada bastante a menudo como es la sociedad anónima, ya que el Derecho que rige a estas sociedades prevé una acusada independencia de la dirección, con capacidad decisoria con respecto a los demás órganos. Tampoco los miembros del consejo de Administración están sometidos a las

7. Cfr. *Eblers* (nota al pie 1), pág. 251 ss.

instrucciones de la junta general, y deben actuar para la buena marcha de la sociedad. Aquí, pues, la aplicación directa de la voluntad estatal a la gestión comercial de la sociedad anónima ya se ve bloqueada por los criterios de la especial independencia de estructuras de los órganos sociales prevista por el Derecho de sociedades anónimas. En general, el actuante soberano a quien afecte todo esto puede asegurarse la necesaria influencia a través de una política personal, recurriendo a las sociedades denominadas unipersonales, en donde tiene a su disposición al conjunto del capital. En el campo institucional se pueden obtener todavía otras posibilidades de influencia mediante el recurso al Derecho de grupos industriales, en donde, bajo el concepto que se denomina empresa dominante, se admite la presencia de personas jurídicas de Derecho público que en virtud de pactos de dominio intervienen en las sociedades administrativas colocadas bajo su dependencia. En algunos casos concretos, estas estructuras, sometidas a la ley de sociedades anónimas, resultan muy complicadas, y muy a menudo discutidas en su materialización.<sup>8</sup> Hay que resaltar, sin embargo, que en la práctica judicial no se ha llegado nunca todavía, raramente, a divergencias sustanciales. Particularmente, no conozco ninguna resolución judicial que haya declarado ilícita una sociedad administrativa de Derecho privado por falta de garantía de la intervención estatal.

La injerencia del Estado resulta necesaria no sólo para introducir la voluntad estatal, legitimada democráticamente, en la actuación social administrativa, sino también para garantizar la protección y la homologación jurídicas de los ciudadanos. Esto resulta singularmente aplicable a las sociedades administrativas destinadas a ofrecer a los ciudadanos servicios de competencia estatal, como son, por ejemplo, todas las instituciones de previsión social, empresas de servicios públicos, empresas de transporte, teatros, museos, piscinas públicas, etc. Con respecto al uso de estas instituciones los ciudadanos tienen el Derecho de admisión, contemplado en disposiciones legales específicas, que pueden ejercer contra el respectivo actuante (Federación, *land*, municipio), pero no contra ninguna de las sociedades de Derecho privado fundadas por el actuante. Es por esto que éste debe reservarse el poder legal de imponer tales reivindicaciones de admisión de los ciudadanos también con respecto a los órganos de la sociedad mediante la decisión propia o la instrucción.

Un problema casi no discutido, y desde luego nada aclarado, es la otra cuestión que se pregunta hasta qué punto y con qué intensidad debe seguir también garantizada la ingerencia estatal en la elección de las formas de sociedad de Derecho privado. Como es natural, el trasvase de funciones de la jerarquía pública a formas de organización de Derecho privado jurídicamente autónomas va acompañado de un alejamiento con respecto a la influencia de los órganos estatales pensados para la actuación en el ámbito del Derecho público y legitimados democráticamente. Esto es así incluso cuando la sociedad administrativa en cuestión, transformada en sociedad unipersonal, no representa otra cosa que el *alter ego* del actuante correspondiente, al cual queda subordinada la sociedad administrativa. Esta disminución de injerencia puede ser acusada o leve, hecho que de nuevo depende de numerosas circunstancias, especialmente de la estructura organizativa de Derecho privado. A pesar de todo, no se ve hasta qué punto esta estructura organizativa necesita, si es preciso, una modificación o bien «corrección» para adecuarse al cumplimiento de funciones soberanas. En defini-

8. Cfr. Eblers (nota al pie 1), pág. 135 ss.

tiva, la respuesta se reduce a una observación de carácter general según la cual la Administración no puede sustraerse a su responsabilidad y a su «papel de garante» recurriendo a una «huida hacia el Derecho privado», y es preciso que mantenga la proporción de influencia necesaria para poder ejercer la citada responsabilidad.<sup>9</sup>

*bb)* La garantía de las restantes prescripciones y vinculaciones del Derecho público con respecto a la protección de los ciudadanos se refiere no tanto al ámbito organizativo institucional como al ámbito de actuación, del cual trataremos ahora más detalladamente.

### 3. *Formas de actuación de Derecho privado*<sup>10</sup>

#### *a)* Licitud

De la forma administrativa de la entidad estatal de servicios hay que distinguir la forma de actuación, en virtud de la cual el servicio es ofrecido al ciudadano. Hasta cierto punto, forma de organización y forma de actuación son dependientes mutuamente. En la forma administrativa de Derecho público la Administración tiene la libertad de elección en el ámbito de la actuación, y esto lo mismo si quiere ofrecer los servicios estatales mediante las formas de Derecho público (por ejemplo, a través de un acto administrativo), como según las de Derecho privado (por ejemplo, a través de un contrato de Derecho privado). Si, al contrario, la entidad estatal que presta el servicio está organizada de acuerdo con el Derecho privado, esto presupone también la forma jurídica del ámbito de actuación. Las entidades prestadoras de servicios organizadas según el Derecho privado sólo pueden actuar de acuerdo con las formas de este derecho, excepto en el caso de una concesión (ampliación más adelante, IV).

#### *b)* Formas de actuación

Las principales formas de actuación de Derecho privado están repartidas en tres grupos: negocios jurídicos, actuaciones comparables a un negocio jurídico y actos reales. Tienen significación práctica relevante las actuaciones negociables, entre las cuales figura el contrato de Derecho privado, utilizado en la oferta de servicios estatales.

En muchos casos, sin embargo, las funciones estatales se llevan a término a través de actos materiales, como ocurre, por ejemplo, en las sociedades de planificación.

#### *c)* Causas y motivos

El uso de formas de actuación de Derecho privado se impone cuando la entidad estatal de servicios tiene una forma organizativa de Derecho privado. Uno sólo se puede preguntar, pues, sobre los fundamentos y motivos del uso de las formas de actuación de Derecho privado mientras los servicios estatales sean ofrecidos en las formas organizativas de Derecho privado.

Aquí, igual que en la utilización de formas organizativas de Derecho privado, vale la pena mencionar que el desarrollo del Derecho público había quedado siempre atrasado en relación con las exigencias prácticas de un cumplimiento de las funciones

9. Cfr. *Ehlers* (nota al pie 1), pág. 130 ss.

10. Cfr. *Ehlers* (nota al pie 1), pág. 172 ss.



estatales. Así, por ejemplo, el contrato como forma de actuación no fue reconocido por la jurisprudencia hasta los años 60. La legalización general del contrato de Derecho público no ocurrió hasta más tarde aún, concretamente hasta el año 1977, mediante la promulgación de las leyes del procedimiento administrativo para la federación y los Länder. No obstante, el campo de aplicación del contrato de Derecho público en la práctica cotidiana de la Administración no ha podido extenderse, sobre todo en el ofrecimiento de servicios de las entidades, ya que las leyes del procedimiento administrativo condicionan formalmente la conclusión del contrato de Derecho público.

A lo largo de los años 50, la ausencia del contrato de Derecho público como forma de actuación hizo que en la Administración de subvenciones, que comprende una parte importante de la Administración de servicios, el contrato de préstamo de Derecho privado hallase una amplia aceptación en la materialización oportuna de complicadas configuraciones de servicios. Hoy en día, la situación jurídica vigente pone a disposición del contrato de subvenciones la forma contractual de Derecho público. En cambio, los contratos de Derecho privado son, como siempre, muy corrientes en todas partes en que por motivos de carácter práctico *no* se puede satisfacer el condicionamiento formal.

En conjunto se puede asegurar que, teniendo en cuenta la riqueza formal del Derecho público, ya no resulta esencialmente necesario recurrir forzosamente a formas de actuación de Derecho privado. Las prestaciones de servicios por parte de entidades organizadas según el Derecho público permiten interpretarlas y configurarlas básicamente de acuerdo con este derecho.

#### d) Campos de aplicación

Los campos de aplicación de las formas de actuación de Derecho privado son en particular las que siguen:

aa) En primer lugar la *Administración fiscal*, que incluye transacciones destinadas a cubrir las necesidades de la Administración pública. Forman parte de la misma todas las actuaciones auxiliares necesarias para mantener en funcionamiento a la Administración estatal: comprende todo el sistema de adquisiciones (compra o alquiler de edificios para la administración, vehículos, maquinarias, etc., contratación del personal, siempre que no se trate de funcionarios).

bb) En segundo lugar hay que mencionar al *sistema de adjudicaciones*,<sup>11</sup> que se ocupa de adjudicar contratos públicos, como puede ser la ejecución de obras de infraestructura (por ejemplo, de carreteras, puentes, ayuntamientos, diques, canalizaciones, etc.). En este ámbito se trata de la conclusión de contratos de obras de Derecho privado, cuya tramitación se efectúa de acuerdo con los principios de este derecho.

cc) También corresponde al ámbito de aplicación de las formas de actuación de Derecho privado la *participación del estado en la competencia económica*.<sup>12</sup> Aquí hay que hablar de empresas organizadas según el Derecho privado que buscan preferentemente la obtención de beneficios: pabellones de deportes, extracción de gravilla, manufacturas de porcelana, empresas auxiliares del correo federal alemán y de los ferrocarriles

11. Jost Pietzcker, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978.

12. Hans Hugo Klein, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968.

federales alemanes, agencias publicitarias de las entidades radiofónicas, participaciones en sociedades de capital privadas.

dd) Hay que mencionar, finalmente, el ámbito denominado *Administración de servicios*. Aquí el contrato de Derecho privado tiene una considerable aceptación, y concretamente como contrato de subvención, fianza o de garantía.

#### e) Problemas jurídicos

De origen, las formas de actuación de Derecho privado están destinadas y orientadas a la reglamentación de las relaciones jurídicas entre los ciudadanos. Están fundamentadas en el principio básico de la autonomía privada, y se caracterizan por un alto nivel de flexibilidad y disponibilidad. El criterio básico para la ordenación de las relaciones jurídicas de los ciudadanos es la voluntad de los interesados. Contra este momento de «voluntariedad» en el Derecho público hay que poder imponer la ley. Por eso en el uso de las formas de actuación de Derecho privado hay que garantizar que el ciudadano no sufra ninguna mengua de Derecho ni ninguna disminución de nivel jurídico en el ofrecimiento de servicios estatales. Esta es una cuestión que ha atraído ampliamente la atención de quienes han tratado el problema. De la disminución teórica surgió, sin embargo, la impresión según la cual la Administración se vale de las formas de aplicación de Derecho privado sobre todo para rehuir especialmente los vínculos jurídico-constitucionales. A pesar de todo, una motivación como esta no responde a la realidad, como en el entretanto se reconoció. Sin duda, hay normalmente motivos de carácter pragmático que inducen a la Administración a desviarse hacia formas de Derecho privado.

Mientras tanto se ha llegado también a reconocer de manera general que a través de la «huida hacia el Derecho privado» la Administración no puede eludir las vinculaciones de Derecho público que le son propias. Si se vale de las formas de actuación del Derecho privado, pues, nunca podrá beneficiarse de la autonomía privada; bien al contrario, permanece bajo el régimen de la ley. Las vinculaciones al Derecho público se sobreponen al Derecho privado utilizado por la Administración para su servicio. De este modo surge un Derecho privado especial para actuantes de soberanía y con respecto al cual ha quedado fijada la denominación de «Derecho privado administrativo».<sup>13</sup>

En la práctica son casi desconocidos los casos de infracción de derechos fundamentales en el ofrecimiento de servicios estatales según formas de Derecho privado. Sólo ocasionalmente los tribunales se ocupan de cuestiones inherentes a la igualdad de trato, y entonces se trata casi siempre de divergencias de tarifas en servicios públicos.

En el uso de instalaciones públicas la práctica dominante se basa en el hecho de que la argumentación sobre la utilización que puede haberse configurado mediante un contrato de Derecho privado tiene como premisa un acto específico de admisión calificado de acto administrativo y que puede ser demandado ante el Tribunal contencioso-administrativo. De ello se deriva una «estructura rota» del servicio (denominado teoría de los dos niveles) vinculada a notables complicaciones prácticas y dogmáticas.<sup>14</sup>

13. *Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht* I, 9.ª ed., 1974; *Fritz Ossenbühl*, *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, *DÖV*, 1971, pág. 514 ss.

14. Cfr. *Fritz Ossenbühl*, *Rechtliche Probleme der Zulassung an öffentlichen Stadthallen*, *DVB1.*, 1973, pág. 289 ss.

Hay que tener en cuenta sobre todo que la Administración que actúa según el Derecho privado está vinculada no sólo a los derechos fundamentales, sino también al resto del Derecho público, y particularmente a la normativa referente a competencias, a las disposiciones de representación, a las normas presupuestarias, a los principios básicos de la gestión financiera pública (principio de cubrimiento de costes, proporcionalidad) y también a las normas vinculantes jurídico-procesales. En teoría, sin embargo, esta problemática está todavía muy poco tratada,<sup>15</sup> y esto podría deberse al hecho de que falten aún tanto la materia conflictiva de carácter práctico como las correspondientes sentencias judiciales.

### III. Sobre el problema de la privatización<sup>16</sup>

#### 1. *Cuestiones de concepto*

El concepto privatización tiene significados distintos. Quien desee hablar de privatización, por lo tanto, debe empezar precisando el significado del concepto.

Cabe distinguir aquí entre la privatización formal (privatización de organizaciones) y la privatización material (privatización de funciones). En la privatización de organizaciones la competencia y la responsabilidad del cumplimiento de una función sigue siendo del Estado; este Estado, sin embargo, se vale de formas de organización y de actuación privadas para el cumplimiento de la citada función. Este caso se ha discutido antes, en el número II.

Por el contrario, la privatización de funciones, o privatización material, conduce a un traspaso de funciones del ámbito estatal al privado. De este modo se puede pensar otra vez en varios casos de configuración distinta. Puede ocurrir que el estado traspase a manos privadas el conjunto de una determinada función que hasta entonces había sido de su competencia, y que lo haga desentendiéndose totalmente del cumplimiento de la función.

Pero también es posible que el Estado deje libre en favor de entidades privadas una función estatal hasta entonces monopolizada, pero sin desvincularse totalmente del cumplimiento de la función. En tal caso la mencionada función será cumplida paralelamente por el Estado y por entidades privadas mediante la distribución de la tarea o bien en competencia mutua. Es un ejemplo de ello la disolución del monopolio postal en el año 1989. Desde entonces sólo persisten como monopolio del Estado el de la red y el del teléfono; todas las demás actividades postales han quedado libres, y pueden ser realizadas igualmente por entidades privadas, que entran así en competencia con las empresas postales subsistentes pero reorganizadas.

Hay que diferenciar de la privatización de funciones la incorporación de entidades privadas al cumplimiento de funciones estatales, a través de una concesión, por ejemplo. Hablaremos de esto en la parte que sigue, la IV.

15. Cfr. *Ehlers* (nota al pie 1), pág. 225 ss.

16. *Görgmaier*, *Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben*, DÖV 1977, 356 ss.; *Tiemann*, *Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit*, BayVB 1., 1976, 261 ss.; *Leisner*, *Berufsbeamtentum und Entstaatlichung*, DVB 1., 1978, 733 s.; *Lecheler*, *Privatisierung — ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen?*, ZBR, 1980, pág. 69, ss.; *Vitzthum*, *Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen*, AÖr 104 (1979), pág. 580 ss.

De momento debemos hacer referencia al problema de la privatización de funciones (privatización material).

## 2. *Motivos y dimensión de la privatización de funciones*

Privatización de funciones equivale a decidirse por «menos Estado». Esto presupone la creencia de que una función de interés público puede ser realizada por las iniciativas privadas con la misma eficiencia, o quizás mejor, que la conseguida por el Estado. Dicho de otro modo: la privatización de funciones está inspirada por la confianza en las capacidades positivas de la economía de mercado. Es comprensible que desde este punto de vista los criterios sobre la utilidad de la privatización de funciones queden ampliamente marcados y hasta determinados por la ideología, o sea por una coincidencia de pareceres sobre la necesidad o la superfluidad e incluso la inconveniencia de la intervención del Estado en el cumplimiento de funciones.

En consecuencia, es perfectamente natural que el debate sobre la privatización no acabe nunca. No obstante, hay ciertos momentos en que recibe nuevos impulsos, sobre todo cuando en el cumplimiento de funciones de Estado llega a los límites de su capacidad y se siente impelido a descargarse recurriendo a las posibilidades del sector privado. De este modo, el debate sobre la privatización conoció un nuevo impulso especialmente a lo largo de los años 70 y en el ámbito municipal,<sup>17</sup> y en el campo práctico condujo a una serie de trasposos de funciones a entidades privadas. En el ámbito municipal cabe citarse de manera particular las tendencias siguientes a la privatización:<sup>18</sup>

- *suministro* — energía, gas, agua;
- *limpieza* — alcantarillado, depuración de aguas, recogida y reciclaje de basuras, limpieza de calles y edificios;
- *tráfico y comunicación* — tráfico de corta distancia, transporte de mercaderías y circulación de autobuses, aparcamientos (garajes, zonas azules), servicio telefónico, radio, televisión;
- *sanidad* — hospitales, ambulancias, sanatorios, piscinas, asistencia sanitaria preventiva, control de alcohol y drogas, servicio veterinario;
- *servicios funerarios* — jardinería de cementerios, mantenimiento de tumbas;
- *alimentación* — mercados detallistas y mayoristas, mataderos, inspección de carnes, cámaras frigoríficas, restaurantes y cantinas, quioscos;
- *servicios sociales* — residencias y atenciones para la gente mayor, ayuda a la juventud, orfanatos, parvularios, asistencia a minusválidos y a marginados potenciales, participación en ámbitos de la seguridad social (paro, enfermedad);
- *formación y educación* — escuelas, formación profesional y de adultos, instalaciones deportivas, universitarias, investigación;
- *entidades culturales* — museos, teatros, bibliotecas, conciertos, curiosidades y monumentos, parques zoológicos, pabellones de deportes, turismo;
- *viviendas y terrenos, sector de la construcción* — fincas y solares del sector público o de su administración, especialmente viviendas, bosques, zonas verdes, carreteras, caminos, plazas y su mantenimiento, oficinas de la vivienda, depósitos de materiales para la construcción;

17. Cfr. la documentación de la nota al pie 16.

18. Cfr. *Leisner*, DVB 1., 1978, 733.

- *entidades de crédito* — cajas de ahorros, montes de piedad;
- *servicios de ordenación* — urbanismo, inspección técnica, metrología, agrimensura, asesoría agrícola, vigilancia de personas (sobre todo de infractores) y protección de edificios, dotaciones de policía, bomberos, asesoramiento jurídico;
- *otros servicios* — imprentas, encuadernadores, centros de cálculo, servicios de secretaría, cardeles, lavanderías, talleres, etc.

La privatización de funciones municipales ha progresado de modo muy variado en los distintos municipios.

Las reflexiones que conducen a cada una de las privatizaciones están marcadas fundamentalmente por la necesidad de descargar los presupuestos públicos y por la creencia de que la competencia propia de la economía de mercado lleva a un cumplimiento de funciones más efectivo, por no decir óptimo. Esto, naturalmente, presupone que el ámbito de funciones en cuestión haga posible una competencia, y que el cumplimiento de estas funciones permita la obtención de ganancias, sin que esto perjudique la regularidad del servicio a los ciudadanos y su capilaridad.

El debate de la privatización ha recibido un nuevo impulso debido a las tareas y funciones que es preciso llevar a término a consecuencia de la reunificación. Condición previa para la reconstrucción de los nuevos *länder* es la creación de una infraestructura pública capaz de funcionar, y sobre todo en los ámbitos:

- Tráfico (ampliación de la red de carreteras y líneas ferroviarias).
- Educación (ampliación y nueva construcción de escuelas y universidades, así como de residencias para estudiantes).
- Protección del medio ambiente (saneamiento de instalaciones anticuadas, instalaciones compatibles con la preservación del medio ambiente).
- Urbanismo (saneamiento de las construcciones ya existentes, nuevas construcciones).

La consiguiente enorme necesidad de inversiones no puede ser satisfecha con los medios usuales, y esto no sólo por causa de las cantidades requeridas sino también en relación con la urgencia. Por este motivo es preciso «comprar tiempo» para un más rápido desarrollo de los nuevos *länder* mediante inversiones privadas en infraestructura.<sup>19</sup> El modo según el cual deberá procederse en este aspecto está siendo motivo de discusiones.

El uso de capacidades privadas administrativas y financieras tiene todavía otro fundamento: la falta, en los nuevos Länder de la federación, de unas estructuras administrativas capaces de funcionar plenamente y de seguir adelante en la reconstrucción con la eficiencia necesaria.

### 3. Problemas jurídicos

#### a) Límites de la privatización

Existe una prohibición de privatización material que afecta a las «funciones necesarias del estado», concretadas especialmente en el ejercicio del poder en las relaciones

19. Criterio del gobierno federal, BT-Drs. 12/962 de 16-07-1991, pág. 2.

exteriores, la defensa del país, la soberanía monetaria, la fiscalidad, la policía, la legislación y la jurisprudencia.

Del artículo 33, párrafo 4, de la Ley fundamental se deriva otra delimitación referente a la privatización de funciones. Según el texto, sin embargo, esta norma constitucional sólo es aplicable a los ámbitos administrativos que ejercen «competencias de soberanía». No queda claro si, y en qué modo, esto afecta también a la Administración de prestaciones y servicios. Como limitación de la privatización es preciso considerar solamente el artículo 33, párrafo 4, de la ley básica, para ver si el ámbito administrativo que se piensa privatizar cae dentro de las competencias de soberanía, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de enseñanza.<sup>20</sup>

#### b) Ninguna obligación de privatización

De la constitución no se deriva ninguna obligación de privatización. La decisión de privatizar se deja más bien a la discreción del legislador.

### IV. El cumplimiento de funciones estatales a través de particulares<sup>21</sup>

#### 1. Situación actual

En numerosos casos el estado recurre a empresas privadas o a particulares para el cumplimiento de sus funciones. Este recurso a personas privadas para el cumplimiento de las funciones de la Administración se debate bajo los conceptos «atribución» o «asistencia administrativa». Mediante la atribución se traspasa a personas privadas (delegados) una función administrativa estatal a veces vinculada a la concesión de una licencia correspondiente para el ejercicio de tal función.

Los casos de concesión se dan en los más diversos ámbitos de la administración; son extremadamente variados, y no es posible sistematizarlos. Son ejemplos de ello:

- Comandantes de aviones y capitanes de barco, con facultades policíacas en su ámbito.
- Empresarios, entidades aseguradoras e instituciones bancarias en cuanto a la recaudación de impuestos (impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuestos de seguros, impuestos sobre cupones).
- Importadores de petróleo, en cuanto al almacenamiento de una reserva nacional petrolera.
- Escuelas privadas, en cuanto a la realización de exámenes y a la expedición de certificados homologados.
- Entidades de inspección técnica de vehículos, en cuanto al control de vehículos.
- Instituciones bancarias, en cuanto a la concesión de créditos públicos.
- Escolares vigilantes de circulación.
- Control de la parte empresarial en el régimen de pensiones.

20. *Lecheler*, ZBR, 1980, 71.

21. *Ossenbühl/Gallwas*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), pág. 137 ss.; *Heinsburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982.

## 2. *Motivos del recurso a particulares*

Los motivos del recurso a personas privadas son muy variados. A veces se recurre al dominio existente de un particular en un campo determinado (comandante de avión, capitán de barco). En otros casos el Estado quiere servirse de un potencial de ejecución ya existente y que sólo con medios desproporcionados podrá conseguir, o incluso ni así (importadores de petróleo, participación en la recaudación de impuestos asignada a empresarios, bancos y entidades aseguradoras). La competencia soberana traspasada puede ser, finalmente, un añadido a una determinada actividad privada de interés público que la citada competencia soberana consolidará (escuelas privadas, entidades colaboradoras en el régimen de pensiones).

## 3. *Condición jurídica del delegado privado*

En cuanto al estado jurídico, el delegado sigue siendo una persona privada. La función traspasada mantiene su carácter estatal, y su cumplimiento equivale al ejercicio del poder público. Por esta razón los afectados disfrutan de la protección de los derechos fundamentales y de protección judicial frente a los tribunales contencioso-administrativos. Los delegados son considerados miembros de la Administración estatal mediata.

Desde el punto de vista del delegado, el traspaso de funciones estatales puede ser considerado una carga (por ejemplo, empresarios, instituciones bancarias, importadores de petróleo) o una mejora (escuelas privadas, entidades de control técnico, entidades colaboradoras en el régimen de pensiones). En el primer caso cabe preguntarse si los derechos fundamentales ofrecen protección frente a la carga de funciones administrativas recibidas o si al menos dan Derecho a exigir una compensación por los costes que se derivan de ello.

## 4. *Licitud*

Por una parte, la licitud del recurso a personas privadas en cuanto al cumplimiento de funciones de la Administración queda limitada por los derechos fundamentales de las personas privadas; por la otra, lo está por la normativa con respecto a la organización administrativa contemplada en la constitución.

En relación con los derechos fundamentales que puedan entrar en conflicto, cabe preguntarse, por una parte, si los derechos fundamentales del delegado excluyen la carga de una función administrativa; por la otra, sin embargo, también es posible que los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados hagan inviable una concesión porque supondría una mengua de su situación jurídica (ocultación de derechos, protección jurídica deficitaria, etc.).

Con respecto a las referencias organizativas contempladas en la constitución son válidas las apreciaciones ya mencionadas en cuanto al uso de formas privadas de organización y de actuación. Hay que añadir, sin embargo, que en cualquier caso el Estado tiene una posición de garante que le obliga a la injerencia y al control en relación con los delegados.

## V. La colaboración de particulares en la adopción de decisiones por parte de la Administración

Fundamentalmente, la competencia y la responsabilidad en cuanto a las decisiones de la Administración corresponden únicamente a los mandamientos nombrados específicamente y legitimados democráticamente. Son muchos, sin embargo, los motivos que recomiendan la incorporación de personas privadas en el proceso de adopción de decisiones soberanas por la administración. Es preciso, sin embargo, que el Derecho de colaboración de las personas privadas no llegue a desposeer a los mandatarios soberanos de la potestad decisoria.

### 1. Motivos para una colaboración de particulares

Los motivos de una colaboración dimanán, esencialmente, de la idea de participación y necesidad de incorporación de personas privadas científicamente expertas.

#### a) Participación<sup>22</sup>

«Participación» no es ningún término jurídico, sino más bien un concepto de batalla de naturaleza política. Comprende una plétora de motivos diversos que aconsejan la incorporación de particulares a los procesos decisorios administrativos.

Cabe mencionar, singularmente:

- La participación del ciudadano como autodeterminación democrática que supone un valor por sí misma y, en consecuencia, también por sí misma se justifica.
- La superación de la «alienación» de la persona «administrada».
- La mejora de la calidad del contenido de las decisiones políticas.
- Una consideración global y realista de los intereses en cuestión.
- El establecimiento de una predisposición al cumplimiento de objetivos y normas legales centrales (aceptación).
- El control efectivo de la Administración.
- La participación de los afectados en los procesos como efectiva y oportuna garantía jurídica (garantía jurídica por anticipado).

Una colaboración de los ciudadanos en el criterio de la participación tiene su campo de aplicación en el ámbito municipal principalmente (por ejemplo, plan general de ordenación urbana, colaboración de ciudadanos en comisiones del consejo municipal, al lado de los consejeros elegidos) y en procesos decisorios (como son los procesos de determinación de planes) referentes a la construcción de instalaciones complejas de infraestructura (por ejemplo, carreteras, puentes, aeropuertos, centrales nucleares) muy significativas en cuanto a sus efectos y profundamente condicionantes del espacio vital de los ciudadanos.

22. *Schmitt Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDstRL 31 (1973), pág. 179 ss.; *Ossenbühl*, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, dictamen 8 al 50. Deutschen Juristentag, 1974, pág. 121 ss.



### b) Incorporación de expertos privados<sup>23</sup>

Un mundo industrializado, tecnificado y dominado por la ciencia requiere cada vez más decisiones administrativas que presuponen unos elevados conocimientos científicos y técnicos no institucionalizados en el organigrama de la Administración ni tampoco con posibilidades de serlo. Sobre todo en el sector administrativo del riesgo (garantías de las legislaciones sobre medicamentos, técnica genética, alimentación, procesos atómicos, protección contra emisiones nocivas, productos químicos, etc.) hacen falta decisiones y prospectivas que presuponen unos conocimientos científicos especializados (medicina, biología, física, técnica de reactores, etc.) que, en la combinación necesaria, sólo pueden verse «reunidos» en comisiones científicas de asesoramiento creadas de un modo específico para cada caso.

## 2. Formas de colaboración de particulares

### a) Formas de la participación

Son formas de la participación principalmente:

— La información pública, con la posibilidad, para el público, de formular alegaciones contra el proyecto planeado que después serán públicamente debatidas. Tal es la forma normal en los procesos de determinación de planes y en los planes generales de ordenación urbana de los municipios (aunque sin debate público sobre las objeciones y las sugerencias formuladas).

— La colaboración de particulares en los órganos asesores o decisorios de la administración. Así, por ejemplo, según el régimen local de algunos Länder de la República Federal de Alemania un ciudadano puede ser miembro de las comisiones del consejo municipal, y precisamente con plenos derechos, al lado de los miembros electos del consejo. El número de los ciudadanos incorporados, sin embargo, no puede superar una proporción determinada.

### b) Formas de la colaboración de expertos:

— Asesoramiento *ad hoc* a través de dictámenes e informes especialmente solicitados o mediante audiencias.

— Órganos asesores vinculados permanentemente a la organización administrativa, en particular comisiones asesoras (por ejemplo, comisiones para la seguridad de los reactores y la protección contra las radiaciones, en la legislación sobre procesos atómicos, comisión para los medicamentos, comisión central para la seguridad biológica, según la legislación sobre técnica genética).

— Normativas técnicas de entidades privadas, que sirven de base a las decisiones del legislador o de la Administración (referencia).

## 3. Problemas jurídicos

En general, el asesoramiento de expertos no está vinculado a la potestad decisoria, que sigue dependiendo de las correspondientes instancias administrativas. A pesar de

23. *Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, en: Isensee/Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 1987, párr. 36.

todo, el asesoramiento de expertos comporta una pesada carga argumental para quien pretenda eludir la recomendación de un experto. Esto es particularmente aplicable en relación con comisiones de expertos de alta reputación, como, por ejemplo, la comisión para la seguridad de los reactores o la de protección contra las radiaciones. En tales casos el «consejo» dado tiene un acusado peso, que puede prejuzgar la decisión administrativa.

Esto debe comportar consecuencias en cuanto a la composición de los consejos asesores y a la situación jurídica de sus miembros. Aquí hay muchas cosas que todavía se encuentran en fase inicial. Va ganando terreno progresivamente el criterio según el cual la designación de comisiones asesoras que deben colaborar en la adopción de decisiones administrativas de notable importancia es preciso que se haga mediante leyes aprobadas por el parlamento referidas a la composición y al ámbito de funciones de estas comisiones. Cada uno de sus miembros debe ser independiente y no debe de estar sujeto a instrucciones. La composición de las comisiones sigue siendo problemática. Por una parte, depende notablemente de la persona que debe nombrar a los expertos: de una elección personal, pues. Pero también es muy importante que el consejo asesor tenga una posición que le permita cumplir su tarea. En algunos de estos órganos se yuxtaponen conocimientos y representación de intereses, como ocurre, por ejemplo, en la comisión central para la seguridad biológica, a la que son llamados no solamente representantes de las diversas disciplinas científicas, sino también representantes procedentes del mundo sindical, de la protección laboral, de la protección del medio ambiente y de los organismos dedicados al fomento de la ciencia.

## VI. Efectos del cambio de formas organizativas sobre la función pública

Los efectos del citado cambio de formas organizativas sobre la función pública son un tema apenas debatido hasta ahora. Únicamente podemos indicar aquí algunos puntos de esta problemática.

La privatización de organizaciones de la Administración pública está vinculada a un cambio radical de la ley de la función pública. Las relaciones jurídicas entre los actuantes de la Administración organizados según el Derecho privado y los empleados están reglamentadas sobre la base del Derecho privado. En consecuencia, no hay ningún vínculo con respecto a las normas retributivas de la función pública. Los salarios, etc., pueden ser estipulados libremente mientras no se dé ninguna sujeción a un convenio colectivo. En parte, es precisamente a través de la privatización de organizaciones que se pretende realizar el citado cambio, como ocurre, por ejemplo, en el control de las comunicaciones aéreas, en donde resulta imposible retribuir suficientemente en el marco de la función pública las mejoras de sueldo solicitadas por los controladores aéreos y por esto hay que recurrir al Derecho privado. Las retribuciones de los empleados de las entidades públicas organizadas según el Derecho privado quedan, así, notablemente por encima del nivel retributivo de los funcionarios. De este modo, el director de una cadena radiofónica de un Land gana más que el presidente del Land, y un miembro del consejo de una caja de ahorros municipal suele tener un sueldo que supera notablemente al del gerente de la corporación municipal. Muchas veces, la privatización de organizaciones sirve para favorecer a los funcionarios que han hecho méritos en un partido con un cargo que les asegura una buena jubilación.

Por otra parte, la privatización de organizaciones tiene como consecuencia la supresión de la prohibición de huelga a que están sometidos los funcionarios. Esta es una de las causas por las cuales los sindicatos no suelen presentar, en general, ninguna resistencia a la privatización de organizaciones.

En conjunto, la privatización de organizaciones supone alejar de la influencia política el cumplimiento de funciones concretas. Esto conduce a problemas de muchas clases, que aquí no pueden ser expuestos deralladamente.

## VII. Efectos del Derecho comunitario sobre las «tendencias privatizadoras» de la Administración pública

Efectos del Derecho comunitario sobre las tendencias privatizadoras de la Administración pública expuestas anteriormente sólo se pueden esperar cuando y donde el Derecho comunitario establece directa o indirectamente normas organizativas para la Administración pública de los estados miembros. Por esto se impone repasar el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) para ver dónde hace referencia a las «administraciones públicas» nacionales o se trata el tema del ejercicio de la Administración pública en los estados miembros. En tal aspecto cabe citar esencialmente las disposiciones del artículo 55, párrafo 1 (art. 66) TCEE («Ejercicio del poder público»), referente a la libertad de residencia y a la libre prestación de servicios, el artículo 48, párrafo 4 TCEE («Ocupación en la Administración pública»), sobre la libre circulación de trabajadores, y el artículo 90 TCEE, que habla de las «empresas públicas».

### 1. Aspectos fundamentales

La ejecución del Derecho comunitario es, por regla general, competencia de los estados miembros.<sup>24</sup>

En cuanto a la aplicación del Derecho comunitario por los estados miembros resulta válido el «principio de la autonomía institucional».<sup>25</sup> En virtud de esto, es competencia de la soberanía organizativa del estado miembro la configuración de la estructura ejecutiva que debe aplicar el Derecho comunitario. Tal prerrogativa incluye la posibilidad de escoger asimismo formas organizativas de Derecho privado a confiar a personas privadas la ejecución del derecho. Los estados miembros únicamente están obligados a dar urgencia general al Derecho comunitario (criterio del *effet utile*).<sup>26</sup>

En el tratado de la CEE no hay una normativa sobre la organización administrativa de los estados miembros; sí que está contenida, sin embargo —al menos esporádicamente—, en el Derecho comunitario secundario.<sup>27</sup> Hay que resaltar que con el

24. *Albrecht Weber*, *Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 1987, pág. 45 ss.; *Ehlers*, *Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht*, DVB1., 1991, 605 (609); *Oppermann*, *Europarecht*, 1991 párr. 6.

25. *Oppermann* (nota al pie 24), n.º marginal 547.

26. *Oppermann* (nota al pie 24), n.º marginal 549.

27. Cfr. *Hilf*, *Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht*, en: *Schwarze* (ed.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, pág. 67 ss.

establecimiento de agrupaciones de productores la CE ha utilizado un modelo bien conocido en los estados miembros con respecto al traspaso de funciones administrativas a particulares.<sup>28</sup>

## 2. *Ámbito de la libertad de residencia y de la libre prestación de servicios*

De la libertad de residencia y de la libre prestación de servicios quedan excluidas, según el artículo 55 y 66 TCEE, las actividades que en un estado miembro están vinculadas permanentemente o de manera temporal al «ejercicio del poder público». Desde el punto de vista alemán esto incluye precisamente los casos en que se han confiado funciones soberanas a particulares y que han sido tratados en el número IV (El cumplimiento de funciones estatales a través de particulares). Pertenecen a los mismos, por ejemplo, notarios, inspectores de mataderos, guardias de cacería, guardias forestales y rurales, veterinarios, etc.<sup>29</sup>

En definitiva, pues, el artículo 55 y el 66 no incluyen ninguna normativa organizativa o restricción en cuanto a la Administración de los estados miembros. Sólo pretenden excluir del TCEE al poder soberano de los estados miembros.

## 3. *Libre circulación de trabajadores*

Según el artículo 48, párrafo 4 TCEE, la libre circulación de trabajadores no es aplicable a la «ocupación en la Administración pública».

Tal norma tampoco está vinculada a intervenciones en la soberanía organizativa de los estados miembros.<sup>30</sup> En definitiva garantiza que se reserve a los propios ciudadanos el ejercicio de una parte significativa de la actividad soberana.

## 4. *Empresas públicas*

Según el artículo 90 TCEE, las «empresas públicas» quedan incluidas en la reglamentación de la CE sobre la competencia. Esto es así para evitar que las varias delimitaciones existentes en cada uno de los estados miembros entre el sector privado y el público se conviertan en norma en el ámbito de aplicación de la CE.<sup>31</sup>

Para determinar si una empresa es «pública» resulta decisiva no la forma jurídica sino la influencia estatal efectiva en la dirección de la empresa. Si el estado tiene una influencia predominante, la empresa es pública, y como tal queda incluida en la reglamentación de la CE sobre la competencia. Como ya se ha dicho, pues, no es la forma jurídica la que cuenta. En consecuencia, es igual que una empresa esté organizada según el Derecho privado como que lo sea de acuerdo con el Derecho público.

28. Cfr. *Hilf*, como en la nota al pie anterior, pág. 73 ss.; *Götz*, Eur 1986, pág. 29 ss.

29. Cfr. *Oppermann* (nota al pie 24), n.º marginal 1541; *Troberg*, en: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, *Kommentierten EWG-Vertrag*, 3.ª ed., 1983, art. 55, n.º marginal 1.

30. *Everling*, *Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Beschäftigung von EWG-Ausländern in der öffentlichen Verwaltung*, *DVB1.*, 1990, 225 (231).

31. *Oppermann* (nota al pie 24), n.º marginal 916.

### *5. Valoración global*

Las tendencias privatizadoras de la Administración pública, al menos en cuanto a la privatización organizativa y a la incorporación de personas privadas, no son contrarias a las normas o restricciones del TCEE. No ha quedado definitivamente clara la proporción según la cual la CE puede influir, mediante el Derecho comunitario secundario, en la soberanía organizativa de los estados miembros. Hay que decir, a pesar de todo, que hasta ahora las influencias conocidas no suponen de ningún modo una restricción de la tendencia privatizadora; más bien cabe hablar de casos conocidos en que tales tendencias quedan propiamente reforzadas.

