

## **LAS FRONTERAS DEL SECTOR PÚBLICO**

**Francisco Sosa Wagner  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho. Universidad de León**

I

Es hoy una simple constatación de la realidad advertir que la frontera entre los sectores público y privado ha saltado por los aires, dinamitada por las formas variopintas y aun barrocas que las Administraciones públicas han acertado a poner en pie a lo largo de los últimos decenios para terciar en el desarrollo de la vida social e influir en la producción de bienes o en los intercambios de servicios. Siendo esta afirmación evidente, no merecería el asunto mayor atención, por sabido y explicado, si no existieran algunos datos nuevos en este cabo de siglo que se extingue acerca de los cuales merece la pena meditar.

Una mirada retrospectiva se impone, no obstante, porque los hechos sociales y las mutaciones jurídicas no se producen nunca de forma súbita ni de manera espontánea sino que son más bien el resultado de un pausado discurrir cuyos flujos van señalando la dirección o el camino por el que se avanza. Y es que nuestro presente no es sino el resultado de la filtración que la Historia, materia porosa al cabo, va realizando lentamente a través de esa membrana tejida por los grandes sucesos o los incidentes menudos.

Porque es el caso que, durante el siglo XIX, qué fuera sector público, es decir, Administración o Administraciones públicas, y qué particular o privado resultaba relativamente fácil de identificar, separados ambos mundos como estaban por la muga que trataba de imponer el liberalismo, ese nutriente de la joven revolución. La distinción era, sin embargo y tal como vamos a ver, más aparente que real porque el liberalismo decimonónico no significó nunca un efectivo retraimiento del Estado a sus funciones de simple gendarme (o de "vigilante nocturno" en la expresión alemana, entre otros muchos, Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung, 1967) ya que se hacía presente y se dejaba notar en muchas manifestaciones de la actividad social y económica, desarrolladas en esos momentos bajo signos en buena medida inéditos. No sé si el Estado del siglo XIX era gendarme o era vigilante o policía; sí era claramente un faro que emitía sus señales luminosas marcando el camino de arribada a la tierra feliz prometida por la revolución burguesa.

Por eso, cuando nosotros analizamos cuáles podían ser los integrantes del sector público a lo largo de la pasada centuria, nos encontramos con el Estado, nos encontramos con las Administraciones locales, el viejo Municipio remozado y rejuvenecido, la nueva Provincia, y nos encontramos asimismo con algunos, pocos, servicios públicos que se personifican y viven de una manera aparentemente independiente del Estado mismo. Poco más. Toda

esa pléyade de personas jurídicas con la que los juristas de este siglo, y más de finales de este siglo, nos hemos acostumbrado a trabajar para clasificarlas como si fuéramos avezados naturalistas, era sencillamente desconocida para nuestros bisabuelos que vivían ajenos a ese inmenso bosque que con el tiempo habría de formarse, instalados como estaban en la llanura de unas certidumbres más apacibles.

Esta afirmación que acabo de realizar no tiene nada de extraña si se tiene en cuenta que el Estado mismo se encuentra en fase de afianzamiento, de renacimiento entre los escombros dejados por la caída de las instituciones del Antiguo Régimen. Es el momento en que se apropia del concepto de la "soberanía popular" y es el momento también en que una doctrina tan sutil como la representada por los juristas alemanes subraya "la conexión del Estado con un conjunto en plena vitalidad" (así, Adam Müller, cita tomada de Sauzin, "Adam-Heinrich Müller, sa vie et son oeuvre", Paris, 1937) para, inmediatamente después, acoger la idea de la persona jurídica del derecho privado y trasladarla al naciente Estado, un Estado que ha de ser construido ex novo sobre el basamento del derecho público, limpio pues de las adherencias privadas y patrimoniales propias del absolutismo. Gracias a la idea fecunda de la persona jurídica que, como se sabe, con tanta oportunidad alumbró el Profesor de Göttingen Wilhelm Eduard Albrecht al recensionar el libro de Romeo Maurenbrecher ("Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts", Frankfurt, 1837) fue posible eliminar aquellos elementos patrimoniales consustanciales al Estado absoluto e insertar además al Rey en el orden constitucional concediéndole la cualidad de órgano de esa nueva persona jurídica. Estos hallazgos, porque hallazgos eran, ayudan a explicar de paso la continuidad a través del tiempo del Estado mismo y la Constitución como una especie de certificado de nacimiento de la nueva criatura estatal, lo que permitió afirmar a Otto Mayer, precisamente festejando a Laband y con su frecuente sentido de la ironía, que "los catedráticos alemanes, sin ninguna ayuda, habían nombrado al Estado persona jurídica" (después de Albrecht vendrían un reticente Carl Friedrich von Gerber, "Über öffentliche Rechte", Tübingen, 1852; Laband, "Das Staatsrecht des deutschen Reiches", Tübingen, 1876-1882; Georg Jellinek, "Allgemeine Staatslehre", Berlin, 1900; en la doctrina española, este asunto está maravillosamente estudiado por José Luis Carro en las páginas 825 y sgs del Homenaje a Clavero, Madrid, 1994). El invento ahí quedó y, discutido y reelaborado, sigue siendo referencia y explicación imprescindibles.

El Estado está pues durante el siglo XIX afirmándose doctrinal y políticamente y, por ello, es lógico que no pueda ser entendido sino inmerso en un proceso de fuerte centralización que le lleva a desconfiar de la creación de personas jurídicas que podrían aspirar a una independencia que comprometiera las posiciones que él, de forma incipiente, estaba logrando conquistar. Tendrían que pasar muchos años para que empezaran a contemplarse tales criaturas instrumentales como elementos inocuos destinados, no a un desafío cruento, sino simplemente a administrar mejor o de otra forma. Así, en la misma doctrina alemana, que vengo citando, no es una casualidad que la formalización del concepto de "öffentliche Anstalt" no se haga hasta Otto Mayer (en la primera edición de su "Deutsches Verwaltungsrecht" de 1895) y lo mismo en la francesa, de tanta influencia en España, donde es Hauriou quien, en la misma fecha de la aparición de la

obra de Mayer, publica su trabajo sobre "la décentralisation par établissements publics" (en la Revue Politique et Parlementaire, 1895, tomo IV, páginas 56 y sgs).

En España, el Estado huye de los "cuerpos intermedios" que le pueden convertir en un objeto opaco. Esto no quiere decir que en la organización de los grandes servicios públicos no eche mano en ocasiones de sujetos personificados como es el caso de los creados en el marco de la beneficencia pública, a partir de la ley de 23 de enero de 1822, y después en materia de enseñanza con la ley Moyano de 1857. Es mérito de Muñoz Machado habernos recordado recientemente (Servicio público y mercado, tomo, I, Los fundamentos, Madrid, 1998) que el Estado decimonónico abstencionista no se desentiende de los servicios públicos, como con alegría se ha sostenido en muchas ocasiones, pues está presente de manera constante en los señalados (más las cárceles). Ahora bien, en su puesta en pie solo de forma medida ello dio lugar a la creación de personificaciones independientes. El resto de entidades procedentes del Antiguo Régimen (cofradías, obras pías etc) eran o bien "manos muertas" y, como tales, condenadas a su desaparición por obra y gracia de la legislación desamortizadora, o bien organizaciones de base asociativa que son las que básicamente contempla el Código civil, texto éste que, aunque cita al "establecimiento" en algunos de sus preceptos (así, por ejemplo, en los artículos 748, 903 o 994), lo cierto es que, como tal, el mismo no aparece en el elenco de personas jurídicas recogido en su art. 35.

Otra cosa bien distinta fue la creación de "cajas especiales" que permitían la disposición de fondos públicos al margen de los Presupuestos generales del Estado y que, con el desorden que propiciaban, ponían en riesgo el principio de unidad de caja que el Estado deseaba a toda costa preservar al constituir un apreciable rasgo de su propia identidad como organización emergente. Constituye una lucha constante pues a lo largo del siglo el intento de acabar con la corruptela que las "cajas" representaban y a la misma responden las normas sobre contabilidad aprobadas en 1849, 1850, 1870, 1886 ... Pero es evidente que el hecho de que determinados ingresos y pagos se hicieran al margen de los mecanismos generales no tenía nada que ver, como puso de manifiesto García Trevijano, con problemas de personificación ni por supuesto de gestión de servicios (Tratado de Derecho Administrativo, II, Madrid, 1967, páginas 778 y sgs).

De un lado, observamos por consiguiente una cierta economía en el parto de nuevas personas jurídicas de carácter público; de otro, el recurso a algo que se convertiría en el signo distintivo de una época, el manejo de la concesión como técnica para incorporar a los particulares al cumplimiento de los fines de la acción administrativa. Por medio de la misma se transfería a una persona física o jurídica la realización de una obra, unida a veces a la gestión de un servicio, asumiendo aquella el riesgo económico de la actividad. Se trataba con ello de hacer frente a la gestión de prestaciones hasta entonces desconocidas, fruto o consecuencia de grandes inventos técnicos que estaban llamados a revolucionar la vida del género humano: el gas, la energía eléctrica, el ferrocarril ... todos los cuales permitieron dar a la vida en la Tierra un salto de férido, cuando hasta entonces su marcha había sido la del plantígrado. La Administración, acomodada más bien a la pausada marcha de estos últimos, difícilmente podía hacer frente a las

demandas sociales generadas por los nuevos descubrimientos técnicos. Es así justamente como nace esta fórmula de la concesión, al confiar la Administración pública a particulares la construcción de obras o la gestión de los servicios públicos conectados con esas nuevas técnicas ofreciéndoles el señuelo de su retribución, diseñada en un principio sobre el modelo del riesgo y ventura -à ses risques et perils, en la conocida terminología francesa- que parecía asegurar al empresario grandes ganancias. La Historia discurrió por otros caminos, del "riesgo y ventura" se pasó al "equilibrio económico" (y en él estamos todavía hoy), pero esta es otra historia que se escapa del objeto de este trabajo. Lo que en él resulta relevante es destacar que el mundo de los concesionarios era privado, sector privado pues, por más que la Administración se reservara algunas potestades de control derivadas del carácter contractual de la relación entre ella misma y sus concesionarios.

Como ya he adelantado, el final del siglo coincidirá con la presencia de unos signos nuevos que sirven para poner de manifiesto una sensible alteración de las circunstancias que llevarán ya irremediamente a la ampliación del sector público. He señalado cómo y cuándo se formaliza en la doctrina (Otto Mayer y Hauriou) la idea del establecimiento público ("öffentliche Anstalt" para el Profesor de Estrasburgo) y ello como respuesta a una serie de necesidades nuevas en las que merece la pena detenerse.

Es la primera, la de carácter político propiamente dicho. Se sabe que Hauriou opone a la descentralización territorial la idea de la descentralización por medio de establecimientos públicos con el claro objetivo de restar poder político a los gestores municipales socialistas, recién accedidos por mandato popular a sus poltronas del gobierno local (el libro de Sfez, Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français, Paris, 1986, se ocupa de ello). En España, no es una casualidad tampoco que don Antonio Royo Villanova, conocedor sin duda del trabajo de su colega francés, captara el mensaje y publicara su libro La nueva descentralización con otro claro objetivo político, el de hacer frente al nacionalismo de algunas regiones españolas, y así su obra ve la luz en Valladolid en 1914, siendo así que en 1913 el gobierno Dato (siguiendo los trabajos del recientemente asesinado presidente Canalejas) había dado luz verde al Decreto de creación de la Mancomunidad catalana.

La segunda de las necesidades reseñadas es la expansión de la idea del servicio público. Idea esquivada ésta pues es difícil precisar cuál es el momento en el que una actividad pasa de ser puramente privada a constituir un servicio público, una evolución ésta que en forma de pasos graduales nos va marcando el imprevisible ritmo del progreso y de la sensibilidad social. Hemos visto de la mano de Muñoz Machado cómo, a lo largo del siglo XIX, aquél se centra en algunas, muy pocas, actividades públicas, siendo de entre ellas la beneficencia y la enseñanza, las de mayor relieve. Pues bien, el comienzo del siglo conocerá una nueva preocupación de tan significativa importancia que acabará traducéndose en el aspecto organizativo en la creación de nuevas personas jurídicas: me refiero a la cuestión social y sus implicaciones en el compromiso del Estado de proteger a aquellos sectores más desfavorecidos por la rueda de feria del capitalismo decimonónico. La Iglesia, haciéndose tradíamente eco de un problema sentido como muy vivo desde hacía años en las grandes ciudades europeas, publicaría en 1891 la

encíclica "Rerum Novarum" y en España, en 1902, Canalejas intenta crear un Instituto de Trabajo (ya en 1883 había instituido Moret la Comisión de Reformas Sociales) que solo se hará realidad en 1903 en un gobierno Silvela: nacen así el Instituto de Reformas Sociales, al que por cierto estaría vinculado durante años don Adolfo Posada, y el de Previsión (en 1904), acaso los dos institutos públicos de mayor solera en España.

El resto vendrá determinado por el hecho de que el Estado liberal, a partir de la Primera Guerra Mundial, admitiera ya la intervención en la vida económica sin complejos teóricos de mayor importancia. Y es que la crisis de 1917 (de gran calado: huelga general, fantasma de la revolución rusa) había actuado de eficaz disolvente de muchas convicciones y de impecables construcciones teóricas... Es decir que, en las primeras décadas del siglo, están aparejadas las circunstancias históricas de tal modo y manera que entre ellas van a propiciar un replanteamiento del papel del Estado provocando al cabo su desembarco masivo en la regulación de las condiciones del mercado, en la vigilancia de los procesos productivos, en la prestación concreta de ciertos servicios públicos y hasta en la producción misma de bienes. La ideología del "servicio público" marca toda una época en el derecho público y aun lo define (Duguit, Hauriou, Jéze). El cambio vivido es espectacular y ello tendrá una influencia determinante en ese hecho de gran bulto que ha caracterizado la vida toda de esta centuria: el sólido y sostenido crecimiento del sector público, su expansión y su ramificación por los más diversos y recónditos recovecos de la vida social y económica de los Estados europeos. El sector público, las Administraciones públicas, por sí o por medio de entes instrumentales, a través de mil figuras que iremos viendo en las páginas subsecuentes, se convierten de esta forma en el estribo que sirve de apoyo al funcionamiento mismo del sistema.

Así, en todos los países europeos de nuestro entorno, el mismo hecho de la preparación de las grandes guerras dio lugar a un notable crecimiento de lo público y, una vez concluida esta, la reconstrucción posterior coadyuvó también al mismo fin. En tal sentido, la crisis de los años treinta motivó la creación de muchas empresas públicas en países como Francia, Italia, Alemania o Gran Bretaña: a veces eran instituciones financieras llamadas a impulsar la creación de industrias, otras eran empresas que se adquirirían por encontrarse en una situación cercana a la quiebra o que revestían un interés general por hallarse en sectores estratégicos para la economía o para la investigación. El Instituto para la Reconstrucción, el famoso IRI, se crea precisamente en Italia en esos años treinta convirtiéndose rápidamente en el eje de un extensísimo sector público. A él le seguirían otros institutos de análogo corte como fue el caso del Ente Nacional de Hidrocarburos (ENI); lo mismo ocurrió en Francia con la creación de varios organismos encargados de la explotación minera, el transporte marítimo o la industria bélica; en Alemania igualmente se desarrolló un potente sector público que, después de la guerra, se integraría en el patrimonio de la Alemania federal (a tal efecto, es obligada la cita de Püttner, Die Öffentlichen Unternehmen, Berlin-Zurich, 1969). Después de la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno se generaliza y cobra aún mayor vigor al ser el momento de las grandes nacionalizaciones: en Francia, en Gran Bretaña, en Italia... En Inglaterra, el gobierno del laborista Attlee (1945 - 1951) nacionalizó el Banco de Inglaterra, el carbón, la electricidad, los transportes terrestres, el gas y la siderurgia (el libro de Robson, Industria nacionalizada y propiedad pública

(trad. esp., Madrid, 1964 aborda este tema con gran minuciosidad) pero todavía en los años setenta se nacionalizó la industria aeronáutica, el petróleo del mar del Norte ...; en Francia, los años 1936, 1945 y 1981, fechas como se ve muy distantes entre sí, conocen tres oleadas nacionalizadoras de gran envergadura: bancos, seguros, carbón, electricidad, gas y hasta la fabricación de coches (Régie de la marca Renault, nacionalizada como sanción) (los libros de Catherine et Gousset, L'Etat et l'essor industriel, París, 1965 y Delion et Durupty, Les nationalisations 1982, París, 1982 son concluyentes para conocer los entresijos de estas operaciones). La existencia de regiones deprimidas fue otro motivo para la expansión del sector público y en tal objetivo hay que inscribir las sociedades e institutos de desarrollo regional en países como Francia e Italia, especialmente; en fin, el desarrollo de las relaciones internacionales determinaría asimismo la creación de empresas públicas como fue el caso de la Compañía de Navegación sobre el Rin (1924), el Aeropuerto de Bâle - Mulhouse (1949), la Sociedad Internacional de la Moselle (1956), la del Túnel bajo el Mont-Blanc (1957) etc.

Desde el punto de vista jurídico lo que más interesa destacar de todo este fenómeno, que aquí sólo muy brevemente puede contarse, es, de un lado, la proliferación de personas jurídicas, de otro, la heterogeneidad de sus formas para hacer frente a todos estos cometidos señalados: establecimientos públicos, establecimientos de carácter comercial o industrial, sociedades públicas de un solo socio, sociedades mixtas... Obsérvese que, por su importancia, por su frecuente uso, por la amplitud misma de sus fines, el descubrimiento de la sociedad mercantil por la Administración admite su comparación con los grandes descubrimientos que han sacudido la vida en la Tierra. Y es que toda la timidez que hemos visto durante años en las Administraciones públicas a la hora de hacerse presente en la vida económica, una timidez cuyo fundamento ideológico era tributario del dogma del abstencionismo liberal, se convierte con inusitada rapidez en una audacia notable y en un desparpajo fecundo si se tiene en cuenta, como hemos visto, la expansión de los mecanismos interventores y la variedad de las formas jurídicas instauradas. La ideología liberal clásica cruje haciendo realidad lo que dejó escrito Talleyrand: "es indispensable apoyarse en los principios; acabarán cediendo..."

En España, las nacionalizaciones y las publicaciones tienen otro origen y otro ritmo temporal pero no por ello menor intensidad. Acaso la municipalización fue pionera, amparada en las modas fabianas de principios de siglo (¡ah, el gran apóstol Bernard Shaw!) y en la legislación de régimen local que propicia en la Dictadura el ministro Calvo Sotelo. Después vendría el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 que consolidó en el ámbito local diversas formas de personificación pública y la utilización en masa de la sociedad mercantil (véase mi libro, La gestión de los servicios públicos locales, 4ª edición, Madrid, 1999). A destacar asimismo la creación de la Compañía Telefónica (1924), la de los monopolios fiscales, y tras la guerra civil, la de RENFE, producto del rescate de las viejas concesiones ferroviarias. Vendría después la aparición del Instituto nacional de Industria del que acabarían dependiendo centenares de empresas nacionales, la nacionalización de la Banca pública, la creación de múltiples organizaciones con personificación jurídico - pública ...

Todo ello hace que el legislador se vea obligado a intentar poner orden aprobando en 1958 la ley de Entidades estatales autónomas, de resultas de la cual el panorama de sujetos integrantes del sector público español se hace especialmente complejo, al convivir en él, organismos autónomos regidos por esa ley y no regidos por ella (RENFE era el caso más clamoroso), empresas nacionales, es decir sociedades mercantiles en las que participaba el INI pero también sociedades que estaban directamente participadas por el Ministerio de Hacienda (lo que permitía la ley del Patrimonio del Estado de 1964), en fin, empresas controladas también por el Estado a través de otras vías, tal la Compañía Telefónica antes citada o los monopolios fiscales donde un Delegado del Gobierno velaba por el cumplimiento de la legalidad. En fin, un panorama que entonces se calificó con justicia como caótico (un estudio importante es el realizado en la obra de Ramón Martín Mateo, Ordenación del sector público en España, Madrid, 1974) y que posteriores leyes, lejos de aclararlo, vinieron a confundir un poco más: así, la ley general presupuestaria (1977) con la creación de las sociedades estatales. Figuras y más figuras hoy refundidas en el supraconcepto de los organismos públicos de la ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (1997), a su vez divididos en organismos autónomos y entidades públicas empresariales.

Pero estamos ya en otro momento histórico al que es preciso dedicar una atención específica y singularizada.

Mi intención hasta ahora ha sido, como se habrá fácilmente adivinado, explicar sucintamente una evolución que va desde el retraimiento del Estado (una palabra esa del retraimiento muy del siglo XIX, por cierto, aunque se aplicaba a otros fines) hasta la toma directa de posiciones de ese mismo Estado (y de las entidades locales) en el mundo de la prestación de bienes y en el de la gestión de los servicios públicos, esferas éstas hasta entonces o bien en manos privadas o, en su caso, en las de los concesionarios. El cambio radica en la pérdida de la inocencia económica por parte de las Administraciones públicas y en la apropiación que para la consecución de los nuevos fines éstas realizan de cuantas formas de personificación, pública o privada, hallan a su alcance en el prontuario al efecto desplegado por el Ordenamiento jurídico. Con ello, el sector público se dilata como si de un cuerpo se tratara y se dilata, tal como ocurre en la física, por el efecto del calor que le presta la expansión de una ideología que estaría llamada a herrar con su marca buena parte del siglo: el socialismo o la socialdemocracia que, como superadores del liberalismo decimonónico, han aspirado a corregir las desigualdes y la injusticia de este mundo precisamente a través de la acción pública en beneficio de quienes el capitalismo liberal iba abandonando en el albañal de la sociedad. Liberalismo, primero; socialismo (o, si se prefiere, socialdemocracia) después, constituyen el pentagrama sobre el que se ha escrito la música y la letra del siglo que acaba.

## II

Todo este sector público sólidamente asentado en las economías occidentales será objeto, sin embargo, de discusión, de un lado por la política de privatizaciones puesta en marcha por varios gobiernos europeos;

de otro, como consecuencia de la construcción del edificio europeo en la que algunos han querido ver la preferencia de sus artífices por los materiales de obra liberales.

Respecto de las privatizaciones, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia, España, las han conocido. En Alemania, donde la idea viene de lejos pues ya en los años sesenta se privatizó en parte Volkswagen, los ferrocarriles y correos han sido sometidos a un proceso de esta naturaleza y muchos paquetes de acciones se han puesto a la venta, lo que ha llevado a una reducción apreciable del patrimonio federal; lo mismo ha ocurrido en algunos Länder y ciudades respecto de servicios como la eliminación de residuos, la gestión de aguas o el transporte de cercanías, a todo lo cual es obligado añadir las privatizaciones derivadas de la reunificación. En el Reino Unido las privatizaciones han afectado a sectores como los petróleos, la siderurgia, la construcción naval, e incluso una cadena hotelera; en Italia, los mismos o parecidos sectores han pasado en parte a manos privadas, destacando las operaciones protagonizadas por el ENI o el IRI antes citados; en Francia se aprobó la ley llamada de habilitación de 2 de julio de 1986 a la que siguieron otras medidas legislativas: sectores como los bancos, los seguros, grupos industriales como Saint-Gobain o la Compagnie Générale d'Electricité, la empresa audiovisual TF 1, la Compagnie Générale de Constructions Téléphoniques o la Mutuelle Générale Française, en fin la Compañía Financiera de Suez se han visto afectados por las medidas de privatización. En España, a finales de la década de los ochenta, se creó TENEO, una sociedad anónima participada por el INI, desvinculada de los Presupuestos generales del Estado, que agrupaba a las empresas públicas que por exigencias comunitarias habían de pasar a manos privadas. El INI mantuvo su participación directa en aquellas empresas que estaban sometidas a planes de reestructuración o reconversión. Después se crearon la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad estatal de Participaciones industriales, ambas hoy entidades públicas empresariales de la LOFAGE. En 1995 se aprobó la ley 5/ de 23 de marzo que ha permitido seguir el ritmo de privatizaciones ya iniciado a finales de los ochenta y el 28 de junio de 1996 un Plan de Modernización del Sector público estatal y de Privatizaciones que ha clasificado las empresas públicas en cuatro grupos: a) empresas rentables o que pueden ser rentables entre las que se encuentran Argentaria, Repsol, Telefónica o Tabacalera; b) empresas alojadas en un sector que ha de ser desregulado, es decir, abrirse a la competencia antes de ser privatizado, es el caso de Endesa y Red Eléctrica Española; c) empresas que necesitan de cuidados antes de enviarlas a los rigores del mercado, caso de Iberia o Babcock Wilcox; d) empresas pertenecientes a la Agencia Industrial del Estado, calamidades de la economía nacional pero que no se pueden vender por las consecuencias sociales que ello acarrearía, HUNOSA, o por la importancia del servicio que prestan, RENFE (todos estos asuntos han sido tratados muy pormenorizadamente en la doctrina, así, entre otros, Troncoso Reigada, Privatización, empresa pública y Constitución, Madrid, 1997, Soriano, Desregulación, privatización y Derecho administrativo, Bolonia, 1993 y Rodríguez Arana, La privatización de la empresa pública, Madrid, 1991).

Pasemos ahora a la Unión europea. Parten sus normas reguladoras de la proclamación de las cuatro libertades fundamentales representadas por las de circulación de personas, mercancías, servicios y establecimiento, y

capitales; pero también de otro principio capital, el de neutralidad, proclamado en el art. 222 del Tratado, y a cuyo tenor se acepta la economía mixta y, con ella, cualesquiera formas de propiedad pública o privada en los respectivos Estados. Se admite así la existencia en cada Estado miembro de un sector público propio con la dimensión que al mismo, de forma soberana, se quiera dar. Al tiempo, se introduce una novedad de relevancia: el principio de igualdad de trato que consiste en imponer la aplicación de las mismas reglas de mercado a las empresas públicas y a las privadas (art. 90, hoy 86), lo que dará lugar a densa y vasta polémica como veremos.

Estos son los ingredientes. En principio, como queda dicho, libertad para los Estados en la configuración de sus respectivos sectores públicos. Por ello, una Constitución como la española, elaborada y aprobada cuando ya el Tratado llevaba años en vigor, pudo partir tranquilamente de un precepto, el art. 128. 2, que "reconoce la iniciativa pública en la actividad económica" y añade que "mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general", lo que supone, sin quiebra alguna de lo que venía siendo tradicional, la admisión de la eventual participación de la Administración en la vida económica o, más allá, de su posible beligerancia para orientar en un sentido u otro la producción de bienes o la prestación de servicios. Es decir, dicho de otra forma, para el mantenimiento y aun la expansión del sector público español, ahora con un nuevo protagonista, el representado por las nuevas Comunidades autónomas (que, por cierto, se han apresurado a hacer sus pinitos, véase Montoya Martín, Las empresas públicas sometidas al derecho privado, Madrid, 1996, especialmente su capítulo V).

Ha sido precisamente el reconocimiento de un sector público denso, conectado con el problema de aclarar la aplicación del derecho de la competencia, lo que ha llevado al Derecho europeo a hacer el mayor esfuerzo para definir y aclarar el concepto de empresa pública, supuesta la existencia de tantas y tan variadas organizaciones en los Estados, fruto de esa avidez que los mismos desarrollaron para apropiarse de cuantas formas jurídicas estuvieran a su alcance y que ya ha sido explicada. Dicho muy resumidamente, la clave para los órganos europeos a la hora de definir a la proteica "empresa pública" se halla en la idea de control o de "influencia dominante" (algo que habíamos defendido ya algunos muchos años antes, así yo mismo en mi lejana tesis doctoral, luego publicada como libro bajo el título Organización y control del sector empresarial público en España, Madrid, 1971) y, en tal sentido, la Directiva de la Comisión de 25 de junio de 1980 (Transparencia de las relaciones financieras) señala que es empresa pública cualquiera "en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen" entendiéndose que hay tal "influencia dominante" cuando los poderes públicos "a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa". El Tribunal, por su parte, ha añadido algunas precisiones a este concepto y así, por ejemplo, en su sentencia de 16 de junio de 1987 (Comisión contra Italia) señala que "no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una

influencia dominante, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante".

Con buen criterio, para el derecho europeo el dato de la personalidad jurídica carece de relevancia a la hora de definir la empresa pública de donde se sigue su indiferencia por la forma jurídica que pueda adoptar ya que cualquiera es admitida: sociedades civiles o mercantiles, haciendas, organismos, entes, órganos de la propia Administración, sociedades de hecho, deportivas o benéficas, hasta un sindicato profesional ha sido calificado en alguna ocasión como empresa pública (en concreto, la Cámara sindical de maquinaria de alta precisión, Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1974).

Aceptado pues que la instancia europea no repudia por principio a la empresa pública ni tampoco abomina de la existencia de un sector público, tan amplio como las circunstancias exijan en cada uno de los Estados miembros, el debate ha surgido, como he adelantado, por la pretensión de las normas del Tratado de colocar al sector público y al privado en posiciones de igualdad en el tráfico jurídico y económico. Es éste uno de los aspectos más debatidos ya que llevado tal postulado a sus últimas consecuencias, puede afectar a la existencia misma de ese sector público que, según nos consta, es lícito en cada Estado pues que la Unión europea debe limitarse a contemplarlo con las lentes del principio de neutralidad del art. 222 del Tratado, antes citado.

El conflicto político y jurídico parte de la redacción del art. 90 (hoy, 87), a cuyo tenor: "1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive (que están referidos a las normas sobre competencia). 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas".

Este es el precepto de la discordia. En él han visto algunos, olvidando la neutralidad que postula el Tratado, una clara toma de posición del legislador europeo contra las empresas del sector público e incluso un anuncio de su ineludible desmantelamiento. Obligando a unas empresas como las públicas, monopolistas las más de las veces, beneficiadas por todo tipo de auxilios, mimadas en suma por los poderes públicos, a actuar en el mercado en condiciones de igualdad con las privadas, estaría asegurada su desaparición, supuesto que morirían asfixiadas por el aire de la libertad.

Tal temor es exagerado: lo único que se pretende, en particular con el párrafo segundo, es proclamar el principio de igualdad del que únicamente derivaría una exigencia de trato no discriminatorio. Dicho de otra forma, ambas modalidades de empresa, la pública y la privada, han de moverse con respeto a las reglas del mercado sin que a ninguna de ellas les esté permitido falsearlo. Ahora bien, con una excepción: cuando se trate de empresas que gestionen servicios de interés económico general, éstas "quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada".

Es claro que en la interpretación de esta excepción está el busilis de la cuestión, como vamos a ver.

De momento retengamos que, para evitar la situación de ventaja en relación con sus homólogas del sector privado, la Comisión y el Tribunal han desarrollado el principio que ha dado en llamarse "del inversor en una economía de mercado" consistente en "averiguar si la medida adoptada por el Poder público constituye ayuda del Estado [para lo cual es necesario determinar] hasta qué punto la empresa sería capaz de obtener estos fondos en los mercados privados de capital. En el caso de una empresa cuyo capital está casi enteramente en manos de las autoridades públicas, se trata en particular de determinar si en circunstancias similares un accionista privado, con vistas a obtener un beneficio y prescindiendo de consideraciones sectoriales y de política social y regional, hubiera suscrito el capital en cuestión" (sentencia de 10 de julio de 1986, asunto Boch). Posteriormente, en los asuntos ALFA/FIAT y Lanerossi, insiste el Tribunal en el mismo criterio: "un inversor privado puede inyectar nuevo capital para asegurar la supervivencia de una empresa que tiene que hacer frente a dificultades temporales, pero que, en su caso, tras una reestructuración, volverá a ser rentable. Durante un determinado tiempo, una empresa matriz también puede cargar con las pérdidas de una empresa filial para permitir a esta última retirarse del sector en las condiciones más favorables. Tales decisiones pueden estar motivadas no sólo por la posibilidad de obtener un beneficio directo, sino también por otras consideraciones, como el mantenimiento de la imagen de todo el grupo o para reorientar sus actividades. Sin embargo, cuando las nuevas inyecciones de capital son ajenas a toda posibilidad de rentabilidad, aun a largo plazo, esas inyecciones deben ser consideradas como ayudas" (el subrayado lógicamente es mío).

Fuera de estas precisiones que contribuyen a afrontar adecuadamente el problema de las posiciones de privilegio, lo cierto es que durante años el Tribunal de Justicia, interpretando el art. 90. 2, ha dado ciertas alas a una interpretación maximalista de corte liberal que, al olvidar las exigencias impuestas por la prestación de centenares de servicios públicos en el territorio europeo, necesariamente abocaría al entierro a medio plazo del sector público en el cementerio de la Comunidad, privado por supuesto.

En tal sentido, es obligado hacerse eco de aquella reiterada jurisprudencia que ha subrayado el carácter restrictivo que debe darse a la interpretación del concepto de "servicios económicos de interés general" manejado por el art. 90. 2. Tal doctrina se estableció ya en la sentencia de 21 de marzo de

1974 al decirse en ella que "corresponde al juez nacional averiguar si una empresa, que invoca las disposiciones del artículo 90. 2 para prevalerse de una derogación de las reglas del Tratado, ha sido efectivamente encargada por el Estado de la gestión de un servicio de interés económico general".

La idea según la cual la misión especial ha de venir confiada a la empresa de una forma expresa por un acto de la autoridad pública hace fortuna. En este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1981 (Züchner) referida a pagos y movimientos de capital intracomunitario entre bancos puede ser un buen punto de partida. El abogado general afirmó allí que, aun en el caso de que los bancos puedan ser considerados como empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general, rige el principio según el cual, para entrar en el campo de aplicación de la excepción regulada en el art. 90. 2, es necesario que estas funciones le sean encomendadas por un acto del Poder público. Ello tiene lugar cuando una empresa es creada por ley a través de la que se le atribuyen determinados privilegios o incluso en los supuestos en los que un Estado miembro encarga a una empresa de naturaleza privada la gestión de esta suerte de servicios. En este caso al Banco no se le había sido encomendado por el Poder público la gestión de ningún servicio de interés económico general". Después vendrían las sentencias de 11 de abril de 1989 (Ahmed Saeed) que añade a lo dicho que no basta con que exista esa atribución formal sino que la misma ha de responder a necesidades efectivamente contrastadas: "para que con arreglo al apartado segundo del art. 90 pueda restringirse la aplicabilidad de las normas sobre competencia será preciso que tanto las autoridades nacionales competentes para aprobar las tarifas como los órganos jurisdiccionales que conozcan de los litigios relativos a las mismas puedan determinar cuál es la naturaleza exacta de las necesidades de cumplimiento de una misión general y cuál es su repercusión sobre la estructura de las tarifas aplicadas por las compañías aéreas de que se trata". El 10 de diciembre de 1991 (Puerto de Génova) precisa el Tribunal: además de esos requisitos, es imprescindible "que el interés de la Comunidad no se vea afectado" (hay más pronunciamientos en tal sentido restrictivo, así, los de 20 de marzo de 1985, 19 de marzo o 10 de junio de 1991: sobre todos estos temas, Baño León, Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia, Madrid, 1996, así como González-Varas Ibañez, El derecho privado administrativo, Madrid, 1996).

Vemos pues cómo el Tribunal, de forma sutil pero ostensible, ha enfatizado durante años el principio liberal de la competencia propio de la economía de mercado, es decir, ha subrayado sólo una parte del complejo precepto, olvidando los imperativos propios de esos "servicios de interés económico general" aludidos también en el art. 90. 2 y que son, más o menos, los "servicios públicos", bien conocidos y bien tradicionales en Europa.

De seguir por estos derroteros buena parte de tales servicios públicos europeos estarían hoy en peligro (y con ellos, el sector público de que este trabajo se ocupa) porque a los mismos no se les puede aplicar sin más la razón del mercado de la misma forma que a éste no se le puede pedir que emplee los criterios con que aquellos se prestan. Se trata de dos lógicas distintas que merecen no solo respeto sino también la creación de cauces para su fecunda convivencia.

Es por eso, por lo comprometido y arriesgado del camino por el que se avanzaba (¿o se retrocedía?), por lo que la posición del Tribunal se ha hecho en los últimos tiempos mucho más matizada.

En tal sentido conviene subrayar, con Muñoz Machado (en su libro antes citado, páginas 156 y sgs) que tales reglas de competencia y mercado no se aplican ni se han predicado jamás de los servicios públicos llamados de autoridad o solidaridad. Así, en la sentencia de 4 de mayo de 1988 (asunto Corine Bodson c. S. A. Pompes Funèbres des Régions Libérées) se discute el asunto planteado por el hecho de que una ciudad francesa había adjudicado con carácter exclusivo la concesión de servicios exteriores de pompas fúnebres a una sociedad determinada, sociedad que demandó a una señora por realizar actividades afectadas por el monopolio. A destacar de esta sentencia dos afirmaciones: primera, la de la exclusión de las reglas de la competencia de los aspectos públicos de la concesión administrativa, al entenderse vinculados al ejercicio de prerrogativas públicas; segunda, que los contratos de concesión que celebran los Ayuntamientos en su calidad de Administraciones públicas y las empresas que gestionan un servicio público no son acuerdos "entre empresas" (en puridad, los regulados por el art. 85, hoy 81) pues se celebran "con una Administración pública que como tal actúa".

Con relación a la competencia en el mercado de telecomunicaciones, en la sentencia de 27 de octubre de 1993 (asunto Lagauche), que aborda el problema planteado por el tal señor Lagauche al poseer teléfonos sin hilos sin que los mismos hubieran sido previamente homologados, el Tribunal razona que "el ejercicio de las prerrogativas públicas [de autorización de aparatos] responde a preocupaciones de índole regaliana, a saber, la policía del dominio público hertziano, y no constituye una prestación de servicios. En cualquier caso, dicha actividad es ajena al ámbito de aplicación del art. 37" (referido a la adecuación al derecho europeo de los monopolios nacionales de carácter comercial) ... [y respecto del art. 90. 1, antes transcrito] no se opone al establecimiento de prohibiciones o sometimiento de las actividades privadas a autorizaciones".

De parecido tenor es la sentencia que lleva fecha de 19 de enero de 1994, Eurocontrol, una sociedad ésta constituida mediante un convenio entre catorce Estados europeos para establecer y percibir las tarifas que deben abonar los usuarios de la navegación aérea. ¿Es o no una empresa propiamente dicha Eurocontrol, preguntaba la Corte de Casación belga? ¿Se le aplica o no el art. 90 del Tratado? La opinión del Tribunal de Luxemburgo es rotunda: "tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado".

De esta expresiva jurisprudencia se deduce bien claramente que quedan fuera de la aplicación estricta del art. 90. no solo los servicios que implican el ejercicio de prerrogativas públicas sino también aquellos de carácter económico en la medida en que desarrollen asimismo funciones de autoridad que no puedan separarse de sus actuaciones económicas.

También se escapan del rigor de su aplicación los servicios llamados "de solidaridad" pese a lo dicho inicialmente por el Tribunal en su sentencia de 23 de abril de 1991. Se planteaba en este litigio el siguiente problema: la legislación alemana había atribuido a una institución federal (el Bundesanstalt für Arbeit) el monopolio de los servicios de colocación y empleo. Unos particulares (los señores Höfner y Elser que así pasan a la historia de la jurisprudencia) desarrollaban esos mismos servicios con la tolerancia al menos del Bundesanstalt citado. Una empresa contrata con ellos la selección de un candidato para un determinado puesto de trabajo. Los señores Höfner y Elser con toda diligencia proponen a la persona que consideran idónea y pasan la factura. Con parecida diligencia, la empresa ni acepta la propuesta ni paga, lo que el juez alemán entendió acertado porque el contrato referido vulneraba la legislación alemana. Pero plantea en Luxemburgo una cuestión prejudicial. Y el Tribunal que allí tiene su sede entendió en este caso que "una entidad, como una oficina pública de empleo, que ejerce actividades de colocación, puede calificarse de empresa a efectos de aplicación de las normas comunitarias sobre competencia" sin que pueda aplicársele el último inciso del párrafo segundo del art. 90 que alude a "que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada".

Sin embargo, en 1991 los señores Poucet y Pistre se oponen a los requerimientos de pago de las cotizaciones de la Seguridad social formulados por varias empresas gestoras fundándose ambos renuentes caballeros en la libertad de afiliación a cualquier entidad de seguros y contestando así la obligación de someterse a condiciones fijadas unilateralmente por unos determinados organismos que gozarían por ello de una posición dominante contraria a las reglas del Tratado. La respuesta del Tribunal, colocado ante la necesidad de decidir acerca de si un organismo encargado de la gestión de la seguridad social es o no una empresa, fue fulminante: "los regímenes de seguridad social se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes ... [así las cosas] las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa ... dicha actividad no es una actividad económica ... las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado" (sentencia de 17 de febrero de 1993). Y es que, como ya había dicho el mismo Tribunal el día 7 de febrero de 1984, "el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social".

Es decir, que hay determinadas empresas públicas en los sectores aludidos que, además de no ser en absoluto contrarias al derecho europeo, no se hallan sometidas a la aplicación de las reglas de la competencia contenidas en el precepto que vengo comentando. Y así lo proclama de igual forma la Comunicación de la Comisión, 12, de 26 de septiembre de 1996 relativa a "los servicios de interés general en Europa" (96/C281/03).

Pero la rectificación de su jurisprudencia tradicional por parte del Tribunal ha ido a más en ámbitos de naturaleza bien distinta a los señalados. Esta operación la han realizado la Comisión y los jueces de Luxemburgo gracias a un procedimiento bastante simple: a saber, leyendo el art. 90. 2 hasta el final. Este precepto, como se recordará, dice sencillamente que "las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada". El subrayado final es lógicamente mío pero no el texto que ha figurado siempre en el Tratado. De acuerdo con él, lo que viene a decir la Comisión y la más reciente jurisprudencia es algo tan elemental como que una empresa puede tener confiada excepcionalmente una "misión específica", caso éste en el que cede la aplicación de la regla general contenida en el precepto. Naturalmente este es un extremo que hay que justificar o probar caso por caso. Gracias a este sencillo modo de razonar se han bendecido ayudas a empresas del sector de las telecomunicaciones, caso por ejemplo de la televisión portuguesa. La Comisión declaró la compatibilidad de los apoyos que recibía del Estado portugués con el Derecho europeo por entender que se destinaban exclusivamente a costear aquellas misiones de servicio público que el Ordenamiento de aquél país le ha confiado. Dice así el alto órgano de gobierno europeo: "las ventajas financieras derivadas de las transferencias referidas no rebasan lo estrictamente necesario para asegurar las obligaciones de servicio público impuestas en el pliego de condiciones ... las reglas de contabilidad a las que está sujeta la financiación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el caso presente, los principios y reglas de contabilidad analítica, así como el control de la Inspección general de Finanzas, garantizan la no concesión de un exceso de compensaciones relativas a las obligaciones de servicio público enunciadas y las compensaciones correspondientes definidas en el pliego de condiciones". Se había planteado un problema acerca del que vale la pena detenerse un momento y que consiste en determinar si la ayuda recibida excedía del marco de la "misión específica" porque la empresa actuaba también en el mercado. A tal efecto las técnicas contables han venido en ayuda de los controles necesarios y así la Directiva de la Comisión de 19 de marzo de 1996 relativa a "la instalación de la plena competencia en los mercados de telecomunicación" incorpora el principio de contabilidad separada pues "cuando se conceda una autorización a empresas que ya disfrutaran de derechos especiales o exclusivos en áreas distintas a las de telecomunicaciones [...] estas empresas deberán mantener una contabilidad separada para sus actividades como suministradoras de servicios o redes de telefonía vocal y para las demás actividades..." (art. 8). Por su parte, la Directiva del Parlamento y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre "normas comunes para el mercado interior de la electricidad" recuerda que las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución y, en su caso, de forma consolidada para otras actividades no eléctricas tal como se les exigiría si dichas actividades fueran realizadas por empresas distintas a fin de evitar precisamente las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia.

Volviendo al discurso de la lectura íntegra del art. 90. 2, que es por cierto la forma en que deben leerse los preceptos para su adecuada inteligencia, es ineludible mencionar la muy importante sentencia del correo público francés (de 27 de febrero de 1997 procedente del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad, asunto La Poste).

Francia quería otorgar exenciones fiscales a su correo público y la Comisión respalda la decisión del Gobierno (decisión de 7 de octubre de 1995) por entender que en todo caso la aparente ventaja en que se colocaba a la Poste "sería inferior a los sobrecostes del servicio público [es decir] a los sobrecostes resultantes de las obligaciones de prestar el servicio al conjunto del territorio nacional asegurando su extensión al medio rural y participando en las cargas de ordenación del territorio". La ventaja, señala la Comisión, que deriva de la ayuda es admisible y compatible siempre que su importe sea inferior al de los señalados sobrecostes. Este cálculo es bastante difícil porque en el caso faltaba una contabilidad analítica que permitiera distinguir entre los costes afectados al servicio público y aquellos aplicados a las actividades realizadas en régimen de competencia. La Comisión, y después el Tribunal, dieron básicamente por bueno una evaluación realizada en función del conjunto de actividades desarrolladas por el servicio francés de correos: "la Comisión, en ausencia de una regulación comunitaria en la materia, no está habilitada para pronunciarse sobre la extensión de las misiones de servicio público que incumben al prestador público, a saber el nivel de los costes ligados a dicho servicio, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas adoptadas a este respecto por las autoridades nacionales ni sobre la eficacia económica de correos en el sector que se le había reservado". El Tribunal, por su parte, concluye afirmando que "una ayuda del Estado es susceptible, en virtud del art. 90. 2 del Tratado, de escapar a la prohibición del art. 92 del mismo Tratado a condición de que la ayuda en cuestión no tenga otro objeto que compensar los costes generados por el cumplimiento de la misión específica que incumba a la empresa encargada de la gestión de un servicio económico general y que el otorgamiento de la ayuda resulte necesario para que dicha empresa pueda asegurar sus obligaciones de servicio público en condiciones de equilibrio económico".

Incluso la prohibición mantenida por el Tribunal respecto a la extensión de las situaciones monopolísticas a otras actividades nuevas ha sido objeto de recientes matices. El problema es el siguiente: una empresa que ostenta un monopolio pretende extender esa situación privilegiada a actividades vinculadas a él pero nuevas, determinadas por las innovaciones técnicas (caso por ejemplo de las telecomunicaciones). El día 13 de diciembre de 1991, sentencia RTT, el Tribunal dijo que "constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pueda ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa".

Esta clara doctrina, que se reiteraría el 17 de diciembre de 1992, España y otros c. Comisión, ha sido objeto de una importante corrección en la trascendental sentencia de 19 de mayo de 1993, asunto Corbeau. Un tribunal de Lieja pretende conocer la opinión del Tribunal de Luxemburgo antes de resolver la denuncia que había presentado la Régie des Postes

belga contra el tal señor Corbeau "por haber recogido, transportado y distribuido correspondencia abierta o cerrada, anuncios, circulares, prospectos, catálogos de precios y comunicaciones de toda clase, con mención de las señas del destinatario, siendo así que la Administración de Correos tiene el monopolio postal". Se plantea con toda su crudeza el problema de la "universalidad" del servicio, ínsito en la prestación de los servicios públicos pero muy escasamente recordado. Los Correos belgas, la Régie, se defendió diciendo que "según el principio de universalidad, todos los usuarios deben tener acceso al mayor número posible de servicios públicos; la considerable infraestructura necesaria para el servicio postal universal no permite su fragmentación entre varios prestadores, ni en el supuesto teórico de que cada prestador se haga cargo para un mismo y único territorio de la totalidad del servicio postal y universal, ni en el supuesto, más realista, de que existan prestadores privados, encargados únicamente de los sectores rentables".

La sentencia respalda estas tesis: "la obligación que incumbe al titular de una misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia por parte de los empresarios privados en los sectores económicamente rentables". Con ser importante esta afirmación lo es más el hecho de que el Tribunal acepte que las empresas gestoras de servicios públicos puedan extender éstos a sectores complementarios, limitando la entrada de empresarios procedentes del sector privado, o dicho de otra forma, reduciendo la competencia.

En la sentencia D'Almelo (un Ayuntamiento que pasa a la historia del derecho, 27 de abril de 1994) se reitera este criterio. Se trataba aquí de la disputa entre el Ayuntamiento citado y varios distribuidores locales de energía eléctrica y una empresa de distribución regional de electricidad. Tal empresa regional exigía el pago de un canon que compensara la menor rentabilidad de la distribución en las zonas rurales frente a la mayor rentabilidad de la distribución en las zonas urbanas que corresponde a las pequeñas distribuidoras. El juez europeo repite su razonamiento: "es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentre sometida".

Varias sentencias posteriores de 23 de octubre de 1997, referidas a la importación de electricidad destinada a distribución pública, confirman esta jurisprudencia del Tribunal. De otro lado, la reforma del Tratado (Amsterdam, 2 de octubre de 1997) avala hoy ya de una forma más clara la acogida en el seno de la Unión de la vieja idea del servicio público. Emplea además la nueva redacción el tono hecho de palabras tiernas con que se recibe a un hijo al que se ha mantenido expulsado largo tiempo de los afectos familiares: "a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados

miembros [] velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

Se observa pues la nueva sensibilidad con que se abordan ahora las exigencias que imponen los servicios públicos, uno de los activos más ricos de la cultura jurídica europea y aun si se me apura de la cultura a secas. Es más: existe la comunicación de la Comisión ya citada sobre "los servicios de interés general en Europa" (26 de septiembre de 1996) donde se rescatan nociones básicas del Derecho público europeo y donde se distinguen diversas variantes dentro de esa expresión genérica, tales como las de servicio de interés general, interés económico general, servicio público o servicio universal.

Se ha realizado además el carácter evolutivo de todos ellos pues qué es y cuándo una determinada prestación deviene un servicio de esta naturaleza es algo que la propia evolución o el avance de la técnica determinan paulatinamente. Esta constatación, pese al énfasis con que se expresa, no es original (antes me he referido a ella) pues es lo que ha ocurrido con la regulación tradicional de los servicios públicos en los Estados miembros desde hace copia de años. Así, en mi libro sobre los servicios públicos locales antes citado se señalaba, ya desde su primera edición, que "cuál es el momento en el que una actividad pasa de ser puramente privada a constituir un servicio público es algo que nos marca el imprevisible ritmo del progreso y de la sensibilidad social en forma de pasos graduales" (pág. 39) y citaba yo allí el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988 que, al enfrentarse con la calificación de un centro municipal de informática, señala que "no puede compartirse una interpretación estrictamente literal de los servicios municipales enumerados en la ley de régimen local pues al margen de que dicho precepto ha de interpretarse (art. 3 del Código civil) de acuerdo con la realidad social subyacente, no puede olvidarse que, en último término, la construcción técnico-jurídica de los servicios públicos, en cuanto expresión dinámica de los deberes prestacionales de la Administración, no puede ser un obstáculo para el necesario desarrollo y cumplimiento de los intereses públicos que convergen en las competencias municipales. Un adecuado control de la informática, como instrumento de apoyo al normal desenvolvimiento de los servicios municipales clásicos, se convierte hoy día en presupuesto de una Administración eficaz por lo que, en modo alguno, puede verse la iniciativa aquí controvertida como ajena a los intereses generales". En documentos más solemnes y vistosos, así, la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico social y al de las Regiones sobre "el servicio universal de telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado" se señala que "el servicio universal es un concepto dinámico y en evolución constante".

Y es que, tal como se lee en el Eclesiastés, nihil novum sub sole: verdades antiguas y por ello elementales, verdades de Perogrullo en el habla popular que se enfatizan en el jurídico, porque es evidente que cuando nació el teléfono, o antes el servicio telegráfico, fue de utilización muy restringida (a los miembros del gobierno y a las autoridades a lo sumo), como ocurrió con la primera regulación en España a mediados del pasado siglo del segundo de los servicios citados (el telegráfico) para irse ampliando paulatinamente después hasta llegar a la situación actual en el que prácticamente ha

desaparecido sepultado por nuevas técnicas y, respecto del teléfono, cualquier muchacho dispone hoy de un móvil, lo que hubiera dejado estupefactos a nuestros abuelos que vivieron bajo el turno de Cánovas y de Sagasta. Lo mismo puede decirse respecto de los servicios de fax, de videoconferencia o cualesquiera otros que poco a poco se van incorporando a nuestras costumbres y a nuestros modos de vida formando con nuestra existencia misma un haz de necesidades irrenunciables.

Por último, conviene anotar que en el debate acerca del párrafo tercero del art. 90 que viene aquí siendo objeto de análisis (recuérdese: "la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas"), un debate éste centrado en determinar si la Comisión ostenta por virtud de ese párrafo un poder normativo que desembocaría nada menos que en su legitimación para delimitar el campo de acción de los servicios públicos en los Estados miembros, las posiciones son claras: la misma Comisión, en sus documentos, suele insistir en la competencia a tal efecto de los Estados, así por ejemplo en la Comunicación 12, de 26 de septiembre de 1996 relativa a "los servicios de interés general en Europa" (96/C281/03), varias veces citada. Y lo mismo el Parlamento (Resolución sobre las empresas públicas, privatizaciones y servicios públicos en la Comunidad europea, 6 de mayo de 1994). La soberanía de los Estados en este punto, nunca cedida como varias veces se ha recalcado, no parece correr peligro.

Las aguas vuelven pues paulatinamente a su cauce y ello facilitará la supervivencia del sector público en condiciones de mayor salubridad, aligerado, gracias a la política de privatizaciones, del pesado fardo que en su seno llevaba por virtud del acarreo de materiales producido en etapas históricas muy variadas y distantes; un sector público además depurado de sus inaceptables perversiones, por la vía precisamente de la aplicación de las reglas de la competencia a aquellas empresas que no gestionan servicios y que por lo mismo deben medirse por el rasero igualador del mercado. No estamos pues asistiendo a las exequias de los servicios públicos, que bien hubieran merecido un gran réquiem dedicado a su homenaje porque, gracias a ellos, Europa en buena medida existe y se halla vertebrada como un continente en el que reina una mejorable pero evidente solidaridad. La terapia socialdemócrata enriquecida ahora por la vida al aire libre que propician las recetas liberales tiene aún mucho futuro por delante.

Y es que la convivencia pacífica entre los sectores público y privado es algo más que la consecuencia de unas normas jurídicas y de los correspondientes litigios judiciales: es, debe ser, el simple resultado de la aplicación del sentido común.

Ahora bien, la vuelta a este sano equilibrio que se atisba no debe hacernos perder de vista la conmoción vivida en el seno del Ordenamiento jurídico europeo en los últimos años, algunas de cuyas señales han sido explicadas. Su resultado es que hoy las fronteras entre esos tradicionales sectores público y privado se han hecho más difusas, más borrosas de suerte que parecen instar la tramitación de un expediente de deslinde. Sin embargo, ni es necesario ni tampoco parece conveniente. A explicar este punto se dedican los párrafos subsecuentes.

### III

Podría decirse, a la vista de lo expuesto, que la vieja concepción del servicio público se moderniza y rejuvenece como si se sometiera a un tratamiento quirúrgico tan de moda y tan extendido en los tiempos modernos. Muñoz Machado ha recordado (citando a Kovar, Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisé publicado en la "Revue trimestrelle de droit européen", números 2 y 3 de 1996) cómo la idea subjetiva del servicio público está dando paso a una concepción material o funcional del mismo lo que implica que pueda ser prestado indistintamente por sujetos públicos o por sujetos privados. Una situación ésta que a los españoles nada puede sorprender pues es bien antigua la atribución de "misiones" (en la terminología del Tratado) a unos u otros sujetos, más allá también del específico régimen jurídico, público o privado, a que se hallaran sometidas las organizaciones prestadoras. Las mezclas más variopintas de formas y de concretos regímenes jurídicos han sido posibles en nuestro pasado inmediato, como bien sabemos. Todas tienen el denominador común señalado: pueden ser prestadas por organizaciones del sector público de cada Estado miembro y también por otras pertenecientes al sector privado. Se rigen por el derecho público o se rigen por el derecho privado, según la decisión que el legislador en cada caso adopte.

Si el fenómeno no es nuevo, sí lo es el hecho de que gana o alcanza nuevas perspectivas, horizontes inéditos hasta ahora que son los que precisamente obligan a alguna reflexión.

Un buen ejemplo de esta idea "material" del servicio público, que por su extensión actual y su fuerza expansiva compromete cada vez más las fronteras entre lo público y lo privado, la tenemos hoy día en la ley que regula los mal llamados sectores excluidos y que más correctamente habría que definir como sectores especiales. Me refiero a la ley 48/1998 y a la regulación que en ella se contiene de la contratación en materia de aguas, energía, transportes y telecomunicaciones que afecta tanto a entidades de derecho público vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas como a las asociaciones formadas por tales entidades de derecho público, empresas públicas y empresas privadas. En estos sectores tan importantes de la actividad económica, los regímenes de contratación de sujetos públicos y de sujetos privados se acercan y confunden suprimiéndose en buena medida con ello la localización de los antiguos mojones o hitos que separaban la contratación pública de la privada.

En la propia ley general de contratos de las Administraciones públicas (ley 13/1995) vemos cómo de otro lado se imponen a los contratistas de servicios públicos, empresarios privados aunque relacionados de forma especial con la Administración titular, obligaciones que hasta ayer eran propias de las Administraciones públicas propiamente dichas, como ocurre con la de "respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad europea signatarios del Acuerdo sobre Contratación pública de la Organización mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos" (art. 162, d). La misma jurisdicción

contencioso - administrativa ha extendido su competencia, ahora ya de manera clara, a la actividad de los concesionarios, según establece el art. 2, párrafo d de su ley reguladora (redacción de 13 de julio de 1998).

También hoy se acepta que a las empresas públicas sometidas al derecho privado les sean de aplicación los principios constitucionales y así se habla de un "derecho privado constitucionalizado" como garantía de la efectividad de los referidos principios y de los derechos fundamentales mismos en las empresas públicas (Troncoso Reigada, Privatización, empresa pública y Constitución, Madrid, 1997, prólogo de Luis López Guerra). Y viceversa: igualmente vemos cómo se obliga a la Administración pública y a sus personas instrumentales a respetar principios y técnicas nacidas para regular relaciones entre particulares como ocurre con el derecho de la competencia, tal como ya desde hace años viene exigiendo el Tribunal español de Defensa de la Competencia en sus Resoluciones (así, entre otras, las de 21 de septiembre, 30 de octubre o 30 de diciembre de 1993, para todo ello debe verse Soriano García, Derecho público de la competencia, Madrid, 1998) o el Tribunal europeo (sentencias 13 de febrero de 1969, 16 de noviembre de 1977, 24 de enero de 1978 etc así como las importantes de 10 de enero y 29 de enero de 1985, asuntos Leclerc libros y Leclerc petróleo) que repite insistentemente que "aunque los artículos 85 y 86 se refieran a las empresas, ello no impide que el Tratado imponga a los Estados miembros no establecer o mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dichas disposiciones". De otro lado, las empresas en manos públicas, para la selección de su personal, con independencia de que el régimen que les resulte aplicable sea el privado, no pueden incurrir en "discriminaciones contrarias al orden constitucional" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1989) y "deben actuar con sometimiento a la ley (art. 103. 3 de la Constitución) y con una interdicción expresa de arbitrariedad (art. 9. 3 de la Constitución)" (sentencia del mismo Tribunal de 18 de julio de 1991). Más explícitamente la sentencia constitucional de 27 de septiembre de 1993 avanza al señalar que "aun cuando la Administración utiliza la contratación laboral como poder público que es queda vinculada al principio de igualdad, lo que impide no solo contratar libre y discrecionalmente los servicios de la persona que considere más conveniente, sino que resulta obligada a contratar a aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas, que requiriéndose para el desempeño de las funciones que se precisen, le haga acreedor de suscribir ese contrato de trabajo". (Véase, González Biedma y Calvo Gallego, Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas en el Homenaje a Clavero, II, páginas 1135 y sgs).

¿Qué decir de las fundaciones? En el ámbito privado, que es de donde la figura procede, el Código civil se limita a reconocer la personalidad jurídica de la fundación de interés público (art. 35. 1, hoy de carácter general, art. 34. 1 CE), pero sabemos que se trata de una persona jurídica cuya singularidad resulta de venir a la vida como una masa de bienes que se destina al cumplimiento de un fin general, estable y permanente, dispuesto por el fundador. El hallazgo organizativo hizo tal fortuna que se mantendría a lo largo de los siglos relacionándose en la Edad Moderna con el ejercicio de muchas actividades benéficas. Pero también ha servido para vincular un conjunto de bienes a las atenciones o necesidades de una determinada familia. Este aprovechamiento de la figura fundacional, junto a la

inmovilización de bienes inmuebles que la misma conlleva, provocan, en el siglo XIX, la inclusión de las fundaciones en el gran saco desamortizador. El legislador decimonónico no las suprimió de un plumazo sino que prefirió ahogarlas por un procedimiento lento, a saber, permitiéndoles tan solo la posesión de los inmuebles precisos para los fines fundacionales y obligándolas a invertir el resto del capital en títulos de la deuda pública. La inflación con la consiguiente erosión monetaria hizo el resto. Pero como todo buen invento o, si se prefiere, como el ave legendaria, la fundación logró renacer de las pavesas a que quiso reducirla el torbellino desamortizador, y hoy de nuevo vive un presente cargado de futuro. La mórbida figura del XIX y de buena parte del XX, fortalecida inesperadamente por las necesidades del moderno tráfico jurídico, entra pues en el siglo XXI con la más envidiable lozanía.

En el ámbito jurídico - público las fundaciones han sido acogidas en la ley de 24 de noviembre de 1994. A su tenor (art. 1. 1) "son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general" (art. 1. 1). El giro que la ley ha dado a la fundación es bastante palmario si se tiene en cuenta que de la idea tradicional que ponía el acento en la existencia de una masa de bienes se pasa a la de "organización" como elemento definitorio y clave.

Sus fines han de ser de interés público y, en concreto, se citan los de "asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado" y, por si toda esta lista no se considerara suficientemente expresiva, el legislador añade, para no dejarse nada en el tintero "cualesquiera otros de naturaleza análoga" (art. 2).

De acuerdo con el art. 6. 1 "podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas". Y el párrafo cuarto del mismo precepto señala que "las personas jurídico - públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario".

Puede decirse por consiguiente que la fundación, como figura jurídica, ha vivido una mutación fundamental en el espacio de una centuria de suerte que hoy ha devenido algo sustancialmente distinto que nada o poco tiene que ver con la prístina idea que en la cabeza tuvieron los codificadores del pasado siglo. No hace falta añadir que, estando así las cosas, la fundación es hoy otro artilugio más que contribuye a borrar las fronteras entre los sectores público y privado al constituir éstas, como bien ha destacado Ramón Parada, "una forma de ejercicio privado de funciones públicas" (Las fundaciones desde el derecho público, Revista de la Facultad de Derecho de la UNED, número 4, páginas 135 y sgs) donde por consiguiente se entremezclan una vez más los regímenes jurídicos público y privado. Es significativo a este respecto que el Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia europeo de 4 de junio de 1996 señale que "se aplica plenamente el Derecho de la competencia a las fundaciones cuando desarrollan actividades económicas".

Todo esto lleva a la conclusión de que el concepto del sector público que recoge el art. 4. 1 de la ley orgánica del Tribunal de Cuentas y que incluye a las Administraciones del Estado, de las Comunidades autónomas y de las Corporaciones locales así como a los organismos autónomos y a las sociedades estatales y demás empresas públicas, ha estallado haciéndose mil añicos.

Recomponerlo de nuevo no es estrictamente necesario porque una delimitación general entre los sectores público y privado, si nunca fue exacta, es imposible hoy pretenderla a la vista de los datos normativos con que contamos y que resumidamente han sido evocados en las páginas precedentes. El expediente de deslinde y subsecuente amojonamiento constituiría un esfuerzo inane.

¿Carece pues de interés saber cuándo estamos ante una organización perteneciente o no al sector público? En modo alguno. Se trata, por el contrario, de un asunto del máximo interés solo que, como la definición de ese sector es imposible hacerla en términos abstractos y generales, debemos limitar nuestro objetivo y concretarlo.

A este respecto me parece útil la expresión "a los efectos de esta ley...", fórmula que utiliza con mucha frecuencia el legislador. Con frecuencia y me parece que con tino, consciente como es de la imposibilidad de formular definiciones de largo alcance en el mundo resbaladizo del Derecho. Por eso se contrae modestamente a precisar el carácter de esta o aquella institución o relación jurídica tan sólo "a los efectos" de tal o cual ley. Pues bien, así debemos proceder nosotros para salvar lo que debe ser salvado en relación con los límites del sector público, a saber, la aplicación de las reglas de la transparencia y las garantías constitucionales de los particulares allí donde, más allá de personificaciones y de regímenes jurídicos específicos, haya por medio dineros públicos, posiciones de privilegio o se encuentre comprometida la prestación de los servicios públicos que todos los ciudadanos deben disfrutar de forma igualitaria en una sociedad que no puede renunciar a la solidaridad entre sus miembros, tan diversos en su fortuna. Tales reglas son fundamentalmente, a mi juicio, las que afectan a la aplicación de la normativa presupuestaria, a los controles financiero y contable, a la contratación y al régimen de su personal. En ellas se encuentra el nudo de la cuestión: cuando una persona jurídica ostenta una situación de privilegio, cuando presta un servicio ineludible para la vida en colectividad, cuando recibe dinero público, es indiferente que formalmente estemos ante una persona pública o privada. El Derecho habrá de contemplarla "a los efectos" de su disciplina contable, del régimen de su contratación, de su control por una organización independiente, de su personal como integrante del sector público. Por este camino discurre, como un ejemplo de la tesis que sostengo, la modificación de la Ley general presupuestaria realizada por la de Medidas de 30 de diciembre de 1998 al establecer que la Cuenta general del Estado se formará con las cuentas de las Administraciones públicas estatales, las de las empresas estatales, así como de las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal (art. 132). Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de las fundaciones, pública, privada, híbrida o mestiza, pero la ley presupuestaria, haciendo abstracción de la polémica, toma derechamente el camino que le interesa obligando a todas aquellas que sean de "competencia o titularidad pública

estatal" a pasar sin mayor dilación por la ventanilla fiscalizadora del Tribunal de Cuentas.

Años y años nos hemos pasado discutiendo el régimen de la responsabilidad de las Administraciones públicas y distinguiendo cuando actúan en relaciones de derecho público o en relaciones de derecho privado. Pues bien, el nuevo art. 144 de la ley 4/1999 de régimen jurídico y de procedimiento administrativo común ha disuelto tales cogitaciones unificando ambos regímenes. Parecidos esfuerzos hemos empleado para aclarar el carácter público o privado de los contratos, estableciendo sus fronteras y respectivos regímenes jurídicos. Pues igualmente, la ley de los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, a que he hecho referencia, toma la calle de en medio y establece que, cualquiera que sea la naturaleza de la organización que en esos sectores actúe, la misma se acomodará a unas reglas procedimentales que en buena medida se acercan a las tradicionales existentes para las Administraciones públicas. Una antigua y bien pertrechada frontera cae y cae como consecuencia de las necesidades de un tráfico que exige implantar unas concretas garantías porque de servicios públicos indispensables estamos hablando. El hecho de que la relación que se trabee sea de derecho público o de derecho privado o la personificación pública o privada pasa así a ser una anécdota "a los efectos" de la responsabilidad o de la contratación en esos sectores especiales.

En tal contexto, se comprenderá que la manera cómo las leyes, para aclarar el régimen jurídico de una determinada persona jurídica, remiten al derecho público o al privado, así globalmente considerados, es hoy claramente insuficiente o, si se prefiere, incorrecta padeciendo con ello la seguridad jurídica, un valor constitucional de primer orden (art. 9. 3 de la Constitución). ¿Significa esto sostener una superación de la antigua dicotomía entre derecho público y derecho privado o retomar la vieja idea de un "derecho administrativo social" (forjada por Hermann Roesler, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Erlangen, 1872/73) superadora y a la vez integradora de ambas perspectivas? En absoluto. No se trata de eso: se trata más bien de evitar las engañosas remisiones genéricas que ya poco solucionan para pasar a disparar con mejor puntería en homenaje a esa seguridad jurídica antes invocada. En la línea de lo que hace la disposición adicional duodécima de la LOFAGE (ley 6/1997) que, en relación con las sociedades mercantiles estatales, completa su llamada al Ordenamiento jurídico privado salvando en todo caso la aplicación a las mismas de la normativa pública de contratación, presupuestaria, contable y financiera. O la misma adicional sexta de la ley de contratos que manda ajustar a los principios típicamente públicos de publicidad y concurrencia la actividad contractual de las sociedades mercantiles públicas, básicamente regidas por el derecho privado. Hemos visto también cómo una misma organización (un mismo sujeto de derecho) puede desempeñar una "misión" de servicio público junto a otras propias del mercado y cómo ambas son sometidas a un tratamiento contable diferenciado que tiene enormes consecuencias pues se proyecta sobre el régimen jurídico, público o privado, de sus actividades.

Mezcla pues, mestizaje, propiedades de lo que está vivo.

No se trata con lo dicho hasta aquí, como es obvio, de cuestionar grandes principios ni de abatir certezas (esenciales en el discurrir jurídico) con el rifle de la improvisación sino tan solo de señalar, "a los efectos" de la determinación de las organizaciones integrantes del sector público, con todas las cautelas lógicas y pertinentes, que han pasado los tiempos de las categorías genéricas y de las explicaciones globales. Por el contrario, se imponen los matices porque hoy día en el mundo del Derecho y de su aplicación diaria, tal como ocurre en la contemplación de los cuadros surrealistas, lo que se ve de lejos no siempre coincide con lo que se advierte de cerca.

El sector público actual, que una ley como la del Tribunal de Cuentas reduce todavía a las organizaciones clásicas, adquiere de esta suerte una mayor diversidad y pluralidad, y su tratamiento deberá responder ineludiblemente a la complejidad que aportan estas características. De igual forma, el derecho público no se contrapone hoy con simplicidad al derecho privado. Caminan engarzados y enhebrados porque así lo exige una sociedad laberíntica y jurídicamente irisada como la europea en la que imperan nuevos modos, razón por la cual se llama precisamente moderna.