
Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos

María José Carazo Liébana

Profesora contratada doctora del Área de Derecho

Constitucional de la Universidad de Jaén

- 1. Cuestiones previas**
- 2. Apuntes sobre los procesos privatizadores**
 - 2.1. Aproximación al concepto de privatización
 - 2.2. Actividades y Administraciones no susceptibles de privatización
 - 2.2.1. Reserva constitucional de Administración Pública y Administración de soberanía
 - 2.2.2. Administración prestacional no susceptible de privatización sustancial: seguridad social, centros educativos públicos y medios públicos de comunicación
 - 2.3. Actividades susceptibles de privatización
- 3. La constitucionalidad de la privatización a la luz de la vinculación de los poderes públicos a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales**
 - 3.1. El principio de Estado social y democrático de derecho como límite a la privatización
 - 3.1.1. Estado de derecho
 - 3.1.2. El principio de Estado democrático como límite a la privatización
 - 3.1.3. El principio de Estado social como límite a la privatización
 - 3.2. El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales como límite a la privatización. Los derechos de los funcionarios y de los trabajadores de las empresas públicas privatizadas
- 4. Consideraciones finales**
- 5. Bibliografía**

Resumen

En este artículo se hace un estudio desde una perspectiva constitucional de la legalidad de la decisión administrativa de privatizar y su repercusión para el Estado social y democrático de derecho.

Palabras clave: *derecho constitucional; privatización; derecho administrativo; servicio público; legalidad.*

Abstract

This paper is a study from a constitutional perspective of the legality of the administrative decision to privatize and its impact on the social and democratic state of law.

Keywords: constitutional law; privatization; administrative law; public service; law.

1. Cuestiones previas

Uno de los aspectos menos trabajados por la doctrina constitucionalista es lo que se ha denominado Constitución Económica. Nos referimos a los preceptos económicos de la Constitución española, básicamente regulados en el Título VII; aunque también a lo largo del articulado de la Constitución encontramos referencia a la economía. Nos referimos al derecho de propiedad privada del artículo 33 o al derecho a la libertad de empresa del artículo 38. No obstante, en este artículo nos centraremos en el artículo 128.2, que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, rompiendo así con el principio de subsidiariedad que, en la legislación anterior, presidía la actuación de la empresa pública.¹ Tomando como base este precepto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sostiene que la neutralidad de la Constitución en el marco económico no equivale a la apertura absoluta a cualquier modelo económico. Siempre debe asegurarse la garantía institucional de la propiedad privada y la libertad de empresa, aunque en la actualidad ambos derechos se encuentran fuertemente penetrados por el interés público. Al mismo tiempo, la orientación constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social, excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto de la marcha de la economía.²

Así pues, la valoración jurídico-constitucional de las actuaciones económicas de los poderes públicos no puede hacerse en función de su conformidad a un mo-

delo económico predeterminado, sino por referencia a las diversas y concretas normas que en la materia contiene la Constitución. Es decir, una medida económica pública no será inconstitucional por resultar contraria a la economía de mercado, sino por perseguir una finalidad no amparable en la Constitución, por vulnerar derechos o libertades de los ciudadanos o por contravenir el orden de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Lo decisivo, a efectos de la valoración jurídico-constitucional, no es el sistema económico en sí mismo considerado, sino las normas jurídicas que, desde la Constitución, se proyectan sobre el campo de la economía. Propiamente no hay una Constitución económica, sino un derecho constitucional económico.³

A estos efectos, los servicios públicos se han visto afectados por las nuevas corrientes liberalizadoras. Este fenómeno ha tenido el impulso del derecho comunitario europeo, por lo que la legislación administrativa ha experimentado un profundo cambio, sobre todo en la regulación de los distintos sectores de nuestra economía, de la energía y de los transportes y las comunicaciones. Ahora bien, la formulación del Estado en Estado social y democrático de derecho da lugar al reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales que la Administración debe posibilitar a los ciudadanos, directamente o no. Y es aquí cuando entra el debate sobre si es posible la privatización de servicios públicos y si tiene cabida constitucional o no.

La actividad prestacional de la Administración y la justicia social han dado lugar a varias formulaciones teóricas, desde la formulación de Duguit en torno al

1. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., "Reflexión sobre la empresa pública española", en VV. AA., *Reflexión sobre la empresa pública española*, Madrid, 1980, p. 56 y ss. La propia jurisprudencia administrativa admite la derogación del principio de subsidiariedad, entre otras, en la sentencia de 6 de septiembre de 1989; también en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1990, donde se dice que "el art. 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores, el privado y el público, que constituye lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad...".

2. Una valoración global y sistemática de las cláusulas económicas contenidas en la Constitución permite llegar a la conclusión de que esta sanciona de modo fundamental un sistema de libertad económica que, a la postre, es proyección del principio de libertad, y que constituye uno de los fundamentos en los que se asienta la Constitución. Libertad que no es posible desagregar; es una: existe o no. Todo sistema democrático postula y debe conducir siempre a un sistema económico cuyo núcleo central es inequívocamente la empresa. Afirmación incuestionable al amparo del artículo 38 CE, que es preciso completar señalando también que, por expresa prescripción constitucional, los poderes públicos tienen un amplio cometido. Así, pueden regular el comercio (artículo 51), redistribuir la renta (artículo 40), promover el bienestar mediante un sistema de servicios sociales (artículo 50), atender a la modernización, desarrollo de los distintos sectores económicos (artículo 130), velar por la racional utilización de los recursos (artículo 45), planificar la actividad económica general (artículo 131), y un largo etcétera de actuaciones a llevar a cabo; vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, núm. 150 (Septiembre-Diciembre 1999), p. 246 a 273.

3. Vid. RUIZ-RICO RUIZ, G., "La libertad de empresa en la Constitución económica española: especial referencia al principio de la libre competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, p. 223 a 258.

servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.”⁴

El finalismo característico del servicio público, consistente en garantizar la prestación de tramos que pudieran quedar desatendidos de regirse por mecanismos de mercado, exige en todo caso excepciones a las reglas de la libre competencia.⁵ Y es que no hay que olvidar que la finalidad de la prestación de un servicio público no es la rentabilidad económica, sino el principio de justicia social.

2. Apuntes sobre los procesos privatizadores

2.1. Aproximación al concepto de privatización

Nos preguntamos *ab initio* qué cabe entender por privatización. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, privatizar es “Transferir una empresa o actividad pública al sector privado”. Se trataría así de que actividades que han venido considerándose públicas se remiten ahora al ámbito privado. Siguiendo al profesor Martín-Retortillo,⁶ del concepto de privatización caben tres acepciones, las cuales hacen referencia a fenómenos diversos: utilización por la Administración de personificaciones y procedimientos de derecho privado, transferencia al sector privado de una actividad o función pública, y transferencia de la actividad comercial e industrial de la Administración al sector privado.

Una de ellas, la primera, es la que se ha llamado la huida del derecho administrativo. Esto es, utilizar personas jurídicas privadas a fin de eludir la aplicación de las normas de derecho administrativo. A estos efectos, debemos diferenciar claramente la criticable y critica-

da llamada huida del derecho administrativo y el supuesto de la privatización de actividades industriales, de actividades económicas separables de la actividad propia de la Administración, que es un proceso constitucionalmente correcto (al menos en una economía de mercado, como la que proclama el artículo 38 de nuestra Constitución) y que permite la aportación de inversión privada a ciertos servicios, una reducción del déficit público y una consiguiente posibilidad de destinar recursos públicos a otros fines de carácter social.⁷

Ahora bien, estamos ante una privatización de la actividad en su sentido más propio cuando no hay “reserva” originaria de ningún tipo a favor del Estado. Se trata de cometidos que pasan así a ser privados. Conviene tenerlo muy claro. No obstante, el Estado no queda exento de hacer una tarea de ordenación pública. La exigencia constitucional de la universalidad de derechos fundamentales obliga a su realización prestacional, bien por la propia Administración, bien imponiéndola como carga complementaria a los particulares que puedan intervenir en estos ámbitos. El Estado debe garantizar a todos la satisfacción de las exigencias fundamentales.

En el proceso privatizador se hace patente el cambio experimentado en Europa desde la II Guerra Mundial. En un principio se potenció la actividad industrial de la Administración y se generalizó la asunción por la Administración de numerosos cometidos, que pasaban así a ser directamente desempeñados por ella. Hay también una muy notable ampliación de la acción administrativa en distintos campos que hasta el momento le eran del todo ajenos. Sin embargo, desde hace años, estamos asistiendo al movimiento inverso. En un primer momento este cambio se constata por el amplio retorno a fórmulas concesionales o a otras de alcance semejante, sin menoscabo de la titularidad pública de la actividad que así se mantiene. Ello supuso un evidente alivio organizativo y financiero para el sector público. En un segundo momento este cambio se completa mediante la transferencia al sector privado de cometidos y funciones –no solo del ejercicio de los

4. Resaltado por L. MARTÍN REBOLLO, en “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *Revista de la Administración Pública*, núm. 100-102 (vol. III), p. 2490 y ss.

5. LÓPEZ PELLICER, “El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares”, en VV. AA., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 2000.

6. “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144 (Septiembre-Diciembre 1997), p. 7 a 43.

7. Vid. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales”, *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 19/2000, Pamplona, 2000.

mismos- que hasta ahora tenían la consideración de públicos. Es esto último, en definitiva, lo que constituye el fenómeno privatizador desde la perspectiva que ahora consideramos.⁸ Se produce así una reducción de la actividad pública. Un Estado más reducido, mucho más reducido, pero al mismo tiempo un Estado eficaz y fuerte.⁹

Queremos dejar claro que privatizar no es sinónimo de dejar hacer, sino de regular, aunque sea de modo distinto al tradicional.¹⁰ Como ha destacado Soriano,¹¹ la nueva regulación, centrada en la supervisión, en la actividad de policía, y no ya en la intervención, podrá ser incluso más intensa.

A estos efectos, la política de privatizaciones se puede plantear, y de hecho así se hace, como una decisión que favorece los valores del Estado social y democrático de derecho y, en concreto, la vigencia de los derechos fundamentales. En todo caso esta afirmación se realiza dentro del juicio de oportunidad, y representa una valoración política tan válida como su contraria. Ahora bien, dicho lo anterior, no todas las actividades que la Administración desempeña son privatizables. El principal problema para analizar la constitucionalidad de esta política de privatizaciones estriba en que ningún precepto constitucional la ampara o la prohíbe expresamente, por lo que para determinar su legitimidad hay que llevar a cabo una interpretación sistemática del texto constitucional.

Este estudio se va a centrar en los límites constitucionales a la privatización, y no en los obstáculos legales, ya que estos son modificables libremente por el legislador. Ejemplo de esto último es la inalienabilidad de los bienes de dominio público prevista en el artículo 132.1 CE a la luz del artículo 339 del Código Civil, precepto que establece que son bienes de dominio público “Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional”. Nuestra Constitución no impide que algunas Administraciones recurran al derecho privado, que se privatice el régimen jurídico de determinadas actividades o que se transfieran al sector privado las empresas públicas que las desarrollan. La

cuestión fundamental es cuál es el ámbito material de la Administración que no es susceptible de privatización.

2.2. Actividades y Administraciones no susceptibles de privatización

2.2.1. Reserva constitucional de Administración Pública y Administración de soberanía

La afirmación constitucional de la existencia de una actividad administrativa con funciones propias ex artículo 106.º CE está dotada de contenido y significado precisos. La reserva constitucional de Administración está formada por la función de dirección política y la función ejecutiva de policía y de fomento. Estas funciones públicas soberanas, y que realizan los fines propios del Estado, conforman no solo el reducto constitucional donde la Administración no puede recurrir al derecho privado, sino también el ámbito material que no puede serle sustraído. En definitiva, la actividad de la Administración que no puede ser privatizada. La dirección política nace en el Gobierno y se ejecuta a través de la Administración territorial. Ni el Gobierno como órgano constitucional que es puede privatizarse, ni la Administración territorial, por ser la principal destinataria de la garantía institucional de Administración Pública.

La prohibición de privatización de la reserva constitucional de Administración es especialmente patente en el caso de la actividad de policía. Así, la función de garantizar la seguridad ciudadana y la misión de proteger el ejercicio de los derechos y libertades, es una competencia exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –artículo 104 CE y artículo 1.1 de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad–. La atribución exclusiva de estas funciones a la Administración es una consecuencia del Estado democrático de derecho, que conlleva el monopolio por parte de los poderes públicos del *ius puniendi*, y su subordinación a la soberanía popular.

8. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144 (Septiembre-Diciembre 1997), p. 7 a 42.

9. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones...”, *op. cit.*

10. GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., y ABEL VILELA, F. A. DE, “Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2003.

11. SORIANO GARCÍA, J. E., *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, p. 1 a 37.

Igualmente otras actividades administrativas de policía como la de regulación y sanción son exclusivas del Estado. Por esta razón la Administración es independiente y ejerce principalmente estas funciones que no pueden ser privatizadas. Tampoco es posible privatizar la Administración penitenciaria, dada la función de soberanía que esta desempeña.

La prohibición de privatización de las funciones de soberanía no solo se extiende a la privatización sustancial –venta de la Administración–, sino también a la privatización funcional de la gestión. En este aspecto la Administración no puede ser gestionada a través de los particulares.

No se puede olvidar que para el cumplimiento de funciones públicas es precisa una posición de autoridad, por lo que estas funciones no pueden ser realizadas por un particular, ya que todos los ciudadanos son iguales y ninguno puede imponer su voluntad a otro si no es mediante el ejercicio de alguna potestad concedida por los poderes públicos. De la misma manera, la Constitución prohíbe privatizar la reserva constitucional de otros poderes del Estado. Las actividades de legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado son funciones inequívocamente públicas del poder legislativo y del poder judicial, y por tanto inaccesible a los particulares.

En este aspecto no es de aplicación la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, por cuanto quedan excluidas de la Directiva las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública. La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra i), refleja lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE, con arreglo al cual las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública no se so-

meten a las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios.¹² Esta exclusión, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, solo abarca actividades específicas, no profesiones enteras.¹³

La determinación de si ciertas actividades están vinculadas o no de manera directa o específica al ejercicio de la autoridad pública, no es cuestión que pueda decidir unilateralmente un Estado miembro, sino que ha de evaluarse con arreglo a los criterios generales establecidos por el TJCE. Así, el mero hecho de que un Estado miembro considere una actividad como ejercicio de autoridad pública, o que sea desempeñada por él, por un órgano administrativo o por una entidad a la que se hayan asignado tareas públicas, no significa que tal actividad encaje en lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE. Cuando se enfrenten a casos en los que tengan que evaluar si una actividad de servicios cae dentro del artículo 45 del Tratado CE, con lo que quedaría excluida de la Directiva de servicios, los Estados miembros deberán tener en cuenta el estrecho ámbito de aplicación que el TJCE ha reconocido al referido artículo.¹⁴

Se podría discutir si la función de arbitraje es o no una especie de privatización de la Administración de Justicia. Téngase en cuenta que mediante el arbitraje dos o más partes en conflicto deciden que no sea un juez, sino un árbitro, el que resuelva su conflicto, con sujeción al derecho “arbitraje de derecho”, o a su leal saber y entender “arbitraje de equidad”. Además, la resolución de dicho conflicto adopta la forma de laudo arbitral y tiene eficacia de cosa juzgada. Esto es, sobre esa cuestión y con las mismas partes en conflicto, los tribunales no pueden pronunciarse, pues incurren en la excepción procesal de cosa juzgada.

12. Vid. *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, Luxemburgo, 2007, p. 11 a 14.

13. Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98; véase asimismo la sentencia de 29 de octubre de 1998, *Comisión contra España*, asunto C-114/97.

14. El TJCE ha declarado que el artículo 45 no atañe a las actividades de índole meramente auxiliar y preparatoria en relación con el ejercicio de la autoridad pública (sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto 42/92), ni a las actividades de naturaleza meramente técnica, como las que conciernen al diseño, la programación y la operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88). Por otra parte, hay varias actividades de servicios que el TJCE ha considerado ya excluidas del ámbito del artículo 45 del Tratado CE, como las de *avocat* (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto 2/74), las actividades de las empresas de seguridad (sentencia de 31 de mayo de 2001, *Comisión contra Italia*, asunto C-283/99; sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98; sentencia de 26 de enero de 2006, *Comisión contra España*, asunto C-514/03), las actividades de auditores autorizados ante entidades aseguradoras (sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto C-42/92), las actividades de diseño, programación y operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88), las actividades llevadas a cabo en el marco de contratos relativos a los locales, suministros, instalaciones, mantenimiento, funcionamiento y transmisión de datos necesarios para la gestión de una lotería (sentencia de 26 de abril de 1994, *Comisión contra Italia*, asunto C-272/91).

Pues bien, aunque pudiera parecer lo contrario, no estamos hablando de una privatización de la función de administrar justicia, por varias razones. Concretamente:

- El arbitraje solo procede cuando las partes han firmado un convenio arbitral, por el cual deciden que sus controversias presentes o futuras se resolverán por esta forma de justicia alternativa. Es fundamental la voluntariedad de las partes en conflicto. Si hubiera imposición, entonces el arbitraje sería inconstitucional.¹⁵

- Solo procede la solución arbitral cuando la cuestión litigiosa sea disponible. Esto es, cuando las partes puedan decidir libremente cómo darle solución, porque la controversia a dilucidar no afecte al orden público o *ius cogens*. De esta forma el orden público opera como límite infranqueable a la arbitrabilidad de un litigio.

- En el caso de que sea aplicable al proceso una norma imperativa, esta debe ser indefectiblemente aplicada por el árbitro.

- Finalmente, el laudo arbitral resultante de la sumisión de las partes en conflicto al arbitraje es susceptible de un recurso ordinario ante la Audiencia Provincial, pudiéndose fundamentar en algunos de los motivos de anulación recogidos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

2.2.2. Administración prestacional no susceptible de privatización sustancial: seguridad social, centros educativos públicos y medios públicos de comunicación

Nos vamos a referir en este apartado a los servicios públicos propiamente dichos, prestados o no directamente por la Administración, lo que nos lleva indefectiblemente a plantearnos si son de aplicación la ya referenciada Directiva de servicios y las normas

de transposición de la misma (concretamente la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio,¹⁶ y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).¹⁷ Como punto de partida debemos partir del concepto de servicios que utiliza la citada Directiva. Dicho concepto, de conformidad con el Tratado CE y la jurisprudencia vinculada del TJCE, engloba toda actividad económica por cuenta propia realizada normalmente a cambio de una remuneración, como se recoge en el artículo 50 del Tratado CE. Así, con arreglo al significado previsto en el Tratado CE y en la Directiva de servicios, para que una actividad constituya un "servicio" ha de realizarse por cuenta propia, es decir, ha de ser realizada por un prestador (que puede ser persona física o jurídica) al margen de un contrato de trabajo, y además debe realizarse normalmente a cambio de una remuneración; en otras palabras, ha de ser de naturaleza económica. Estas condiciones deben evaluarse caso por caso en cada actividad. El mero hecho de que una actividad sea realizada por el Estado, por un órgano de este o por una organización sin ánimo de lucro, no significa que no constituya un servicio conforme al significado recogido en el Tratado CE y en la Directiva de servicios. De conformidad con la jurisprudencia del TJCE, "la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute". Es irrelevante que la remuneración sea abonada por el destinatario del servicio o por un tercero; en cualquier caso, cabe señalar que el TJCE, en el contexto de los servicios de educación prestados en el marco del sistema de educación nacional, declaró que las matrículas que los alumnos o sus padres deben abonar en ocasiones para contribuir

15. Vid. CARAZO LIÉBANA, M. J., "Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 222, 1996, p. 1305 a 1319.

16. BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009. Según su Exposición de Motivos, "No se aplica esta Ley, siguiendo la Directiva, a los servicios financieros; los servicios y redes de comunicaciones electrónicas; los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios; los servicios de las empresas de trabajo temporal; los servicios sanitarios; los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos y la radiodifusión; las actividades de juego, incluidas las loterías; los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas, proporcionados directa o indirectamente por las Administraciones Públicas; y los servicios de seguridad privada.

"Además, cabe señalar que la Directiva tampoco se aplica a las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública. En nuestro ordenamiento jurídico ello implica que los actos realizados por fedatarios públicos, así como por los registradores de la propiedad y mercantiles, quedan fuera de su ámbito de aplicación. La Ley tampoco se aplica al ámbito tributario."

17. BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009.

en cierta medida a sufragar los costes de funcionamiento del mismo, no constituyen como tales una remuneración si el sistema se financia de todos modos esencialmente mediante fondos públicos.¹⁸

Ya en nuestro ordenamiento jurídico existen algunos preceptos constitucionales que obligan al legislador a mantener la continuidad de algunas Administraciones prestacionales, preservándolas de una completa privatización sustancial. Así, el artículo 41 CE establece que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Ahora bien, esta actividad sanitaria no es exclusiva del Estado, siendo legítima *ab initio* la iniciativa privada. Aunque téngase en cuenta que entra dentro de los servicios excluidos en la Directiva de servicios. La exclusión recogida en el artículo 2, apartado 2, letra f), abarca “los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio”. Esto significa que no se excluyen los servicios que no se prestan a un paciente, sino al propio profesional sanitario o a un hospital, como los servicios contables, de limpieza, de secretaría o administrativos, el suministro y mantenimiento de equipos médicos y los servicios de los centros de investigación médica. Tampoco se excluyen las actividades no destinadas a mantener, evaluar o recuperar el estado de salud de los pacientes. Por ejemplo, las actividades concebidas para mejorar el bienestar o procurar relajación, como las que se realizan en centros deportivos o gimnasios, quedan reguladas en la Directiva y tendrán que ser consideradas en las medidas de transposición. Por otra parte, la exclusión de los servicios sanitarios solo abarca las actividades que se reservan a las profesiones de salud reguladas en el Estado miembro en el que se

presten. Por último, debe quedar claro que la exclusión de los servicios sanitarios abarca los servicios relativos a la salud humana y no debe extenderse a los servicios veterinarios, por lo que estos deberán ser considerados en las medidas de transposición.¹⁹

Asimismo, el artículo 27 CE reconoce el derecho a la educación, que obliga a los poderes públicos a garantizar una enseñanza básica obligatoria y gratuita. Además el artículo 27.5 CE afirma que “Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante (...) la creación de centros docentes”, y el artículo 27.6 dice: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

Por último, el artículo 20.3 CE señala que “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado”. Este precepto impide la completa privatización y por tanto la desaparición de las empresas públicas de comunicación, con la finalidad de que los poderes públicos cuenten con instrumentos para garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. Los servicios audiovisuales y de radiodifusión quedan excluidos de la Directiva de servicios.²⁰

Como puede observarse, los preceptos constitucionales mencionados obstaculizan la privatización sustancial de estos sectores de la Administración sanitaria, de la Administración educativa y del ente público RTVE. Ahora bien, no hay que olvidar que la prestación sanitaria y la enseñanza no son de titularidad exclusiva del Estado, sino que son actividades que, por propia voluntad del constituyente, los particulares pueden ejercer respetando la regulación sobre estas materias de los poderes públicos, en régimen de autorización y no de concesión administrativa. En todo caso los preceptos constitucionales hostiles a la privatización sustancial de la Administración Pública no representan un muro jurídico insuperable frente a los planes de privatización, ya que siempre es posible la reforma constitucional.²¹

18. *Vid. Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, cit.*

19. *Vid. Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, cit.*, p. 12.

20. La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra g), abarca los servicios audiovisuales, es decir, aquellos cuya finalidad principal es la comunicación de imágenes en movimiento con o sin sonido, incluida la televisión y la exhibición de películas en cines, independientemente del modo en que se produzcan, distribuyan o transmitan. Abarca asimismo los servicios de radiodifusión.

21. Un ejemplo lo encontramos en Alemania con dos Administraciones –la *Bundesbahn* (Ferrocarriles Federales) y la *Bundespost* (Correo Federal)–, que eran Administraciones prestacionales, aunque también desarrollaban funciones de autoridad. Era opinión casi unánime que este precepto establecía la obligación constitucional (87.1 LF) de mantener una estructura organizativa específica de derecho público para el servicio de correos y de ferrocarril, lo que simultáneamente actuaba como prohibición general de la privatización. Fue necesaria, en consecuencia, una modificación constitucional para acometer dichas privatizaciones, reforma que

2.3. Actividades susceptibles de privatización

Ya hemos señalado que no es posible privatizar la seguridad social, los centros educativos públicos ni los medios de comunicación social dependientes del Estado. Ahora bien, en relación con las actividades que desarrolla la Administración fuera de su reserva constitucional sí cabe la privatización. Nos estamos refiriendo a dos categorías:

a) La actividad empresarial de la Administración, que debe desarrollarse en régimen jurídico privado respetando las reglas de la competencia. Aquí se puede plantear la privatización sustancial de las empresas públicas que desarrollan esta actividad económica en competencia con los particulares.

b) La actividad de servicio público y la actividad instrumental o de suministro, que pueden ser realizadas indistintamente a través del derecho administrativo o del derecho privado. Se caracteriza por ser una actividad de prestación positiva de bienes y servicios por parte de la Administración. La Administración goza de la titularidad de la actividad, que puede ser desarrollada, bien directamente, bien acudiendo a los concesionarios particulares (mediante la privatización de la gestión). La actividad de servicio público, al no pertenecer a la reserva constitucional de la Administración y al no ejercer estas funciones de soberanía, puede ser legítimamente privatizada.

Reiteramos la incorrección de incluir la actividad de servicio público dentro de las funciones públicas soberanas, y la Administración prestacional dentro de la de soberanía o intervención. No es inconstitucional la decisión política de privatizar las actividades calificadas como servicio público y de privatizar sustancialmente las empresas públicas que prestan estos servicios. Al mismo tiempo es plenamente constitucional la decisión contraria, es decir, el legislador sigue teniendo la posibilidad de reservarse distintos ámbitos materiales y declararlos servicios públicos, siempre dentro del marco del derecho comunitario.

3. La constitucionalidad de la privatización a la luz de la vinculación de los poderes públicos a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales

Para analizar si la privatización encaja en el ordenamiento constitucional vigente, es necesario analizarla a partir de las cláusulas y de los principios constitucionales del Estado de derecho, del Estado democrático y del Estado social, y del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

3.1. El principio de Estado social y democrático de derecho como límite a la privatización

3.1.1. Estado de derecho

En línea de principio, la privatización puede representar una defensa del Estado de derecho por una serie de razones. Podríamos indicar que con la actual dimensión del sector público es muy difícil un control efectivo sobre empresas públicas, que garantice en su actuación el respeto a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales. En consecuencia es una decisión más eficiente reducir el sector público para garantizar la adecuada prestación de servicios. Por otro lado, la privatización obliga a la Administración a centrarse en sus funciones tradicionales, que son las que justifican históricamente la existencia del Estado: seguridad pública, justicia, defensa, entre otras. Se podría defender, asimismo, que la privatización favorece la libertad de empresa –38 CE– y el derecho de propiedad –33.1–, ya que la actuación de las empresas públicas en el mercado no siempre respeta el derecho de la competencia. Para finalizar con esta argumentación a favor de la política de privatizaciones, podríamos subrayar que la privatización hace disminuir la presencia de los poderes públicos en la sociedad, fortaleciendo así las libertades individuales.

No obstante lo anterior, en determinadas circunstancias el Estado de derecho es también una barrera frente a las medidas privatizadoras. Concretamente la

se llevó a cabo en 1993 y 1994, mediante una modificación del artículo 87.1.1 LF y la adición de los nuevos artículos 87 e) y 87 f), según los cuales la oferta de servicios en los terrenos postal, de las telecomunicaciones y ferroviario ya no se realizará como tarea de la Administración Pública, sino que caerá exclusivamente en el ámbito de responsabilidad regido por el derecho privado de las empresas privadas surgidas en el ámbito del correo y de los ferrocarriles. Lógicamente la privatización ha obligado a separar claramente la actividad prestacional de la *Bundesbahn* y de la *Bundespost* de la actividad pública de soberanía, ya que esta última, al pertenecer a la reserva constitucional de la Administración, no es privatizable.

privatización es o debe ser una decisión legal, o por lo menos, no prohibida por la ley. En nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición legal expresa a la privatización (como sí ocurre en el caso alemán) con tareas municipales obligatorias.

Ello pone de manifiesto la conveniencia de que el Plan de privatizaciones se apruebe por Ley y se facilite así su control parlamentario. Que, además, debe establecer un procedimiento privatizador objetivo e imparcial con convocatoria pública y conocimiento de las condiciones de la oferta, y con unos criterios de adjudicación con suficientes elementos reglados que disminuyan la discrecionalidad, por motivos de seguridad jurídica y por la interdicción de la arbitrariedad. Ello es así porque, si bien hay decisión política en la opción de la privatización, no la hay en la de a quién adjudicar. En definitiva, la cláusula del Estado de derecho representaría un efecto inhibitorio de la privatización en el caso de las funciones públicas soberanas, pero en ningún caso supone una prohibición general a las privatizaciones.

3.1.2. El principio de Estado democrático como límite a la privatización

Nos planteamos aquí en qué medida puede afectar a la privatización la existencia del Estado democrático. Hemos de decir que privatizar equivale a disminuir el campo de extensión del control político, al reducirse el radio de acción de los poderes públicos. Ello no es inconstitucional, porque la plenitud del principio democrático no tiene nada que ver con una mayor intervención de los poderes públicos en la sociedad, y con el consiguiente incremento del control político.

3.1.3. El principio de Estado social como límite a la privatización

Una política de privatizaciones puede significar una defensa del Estado social, al menos por dos razones:

a) Supone concentrar los fondos públicos que realmente caracterizan al Estado social frente al Estado liberal (desempleados, tercera edad, disminuidos...)

b) Privatizar significa defender el Estado social, porque la actividad asistencial prestada por los particulares en régimen de concurrencia "puede ser" de mejor calidad que la prestada por los poderes públicos.

Ahora bien, la cláusula de Estado social obliga a los poderes públicos a "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas" y a

"remover los obstáculos que impidan (...) su plenitud" (artículo 9.2 CE). Igualmente los poderes públicos deben crear las condiciones favorables para el progreso social y económico, para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, y especialmente para alcanzar el pleno empleo (artículo 40.1 CE).

Además, el Estado social está íntimamente vinculado al Título VII CE, "Economía y Hacienda", especialmente por lo que se refiere a la habilitación de la iniciativa pública en la actividad económica y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. Nos planteamos si la posibilidad de intervenir en empresas cuando lo exija el interés general, o la previsión de la planificación de la actividad económica, supone un bloqueo a la privatización. Entendemos que no, pues no hay una obligación constitucional de que el Estado u otro poder público intervenga forzosamente en algún sector de la economía. Serán las circunstancias en cada caso las que determinen la conveniencia de la intervención económica estatal. Esto es, los preceptos del Título VII de la Constitución no se oponen a los proyectos privatizadores.

En conclusión, se puede afirmar que la cláusula de Estado social no implica limitaciones jurídicas a las medidas privatizadoras. El Estado social recoge un conjunto de derechos sociales y económicos, pero no obliga necesariamente a que el Estado se transforme en Estado empresario. Salvo las excepciones comentadas en relación con los derechos de educación, salud e información, en el resto de los casos la conservación de un sistema público que preste servicios es una decisión tan legítima como lo es la privatización de los mismos, siempre que la actividad privada satisfaga convenientemente estos derechos sociales. Si no ocurriera así, la eficacia de los derechos sociales y la responsabilidad subsidiaria del Estado social obligarían a una intervención directa de la Administración. La privatización que sugerimos en el juicio de oportunidad implica mantener el mismo nivel de derechos sociales, pero abandonando la gestión directa de los servicios sociales que realiza el Estado.

3.2. El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales como límite a la privatización. Los derechos de los funcionarios y de los trabajadores de las empresas públicas privatizadas

La privatización puede reducir indirectamente la eficacia de los derechos fundamentales en la sociedad.

Cuando se privatiza se disminuye el radio de acción de los sujetos sometidos a control y, por tanto, de los propios derechos políticos. Ello es así porque algunas empresas públicas en proceso de privatización provienen de la conversión de las antiguas Direcciones Generales de la Administración territorial y de Organismos Autónomos. Un claro ejemplo lo encontramos en el servicio de Correos. Hasta nuestros días, Correos ha ido evolucionando para adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad, cambios que han adquirido un ritmo de vértigo. En 1992, deja de ser una Dirección General para transformarse en Organismo Autónomo de carácter comercial, y cinco años después, en Entidad Pública Empresarial. En junio de 2001 estrena una nueva forma de gestión bajo un nuevo régimen jurídico: el de Sociedad Anónima Estatal.

Los Organismos Autónomos, al igual que las Direcciones Generales de la Administración territorial, cuentan con funcionarios y con personal laboral perteneciente a la Administración Pública –con un régimen semejante al de los funcionarios–, que han hecho oposiciones o pruebas selectivas para su incorporación. El problema es qué hacer con los funcionarios y con el personal laboral con un régimen específico cuando una Dirección General y un Organismo Autónomo se transforman en empresa pública, o cuando una empresa pública –una sociedad mercantil con participación pública– se privatiza. Pues bien, cuando se transforma una Dirección General o un Organismo Autónomo en una empresa pública, lo más conveniente es dar a los funcionarios la posibilidad de elegir entre dos salidas: a) la primera, sería prestar servicios en la empresa pública en calidad de personal laboral, permaneciendo como funcionarios públicos en situación de excedencia voluntaria; b) la segunda opción que tendrán los funcionarios de servicios de la Administración territorial o de Organismos Autónomos que se transformen en empresas públicas, es quedarse como funcionarios en el Ministerio al que estaban adscritos.

La situación se complica si estas empresas públicas son privatizadas –vendidas a los particulares–. Esta situación ha sido correctamente resuelta por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que reforma la Ley de la función pública 30/1984. Se da una nueva redacción al artículo 29.3, de forma tal que “Procederá declarar en situación de excedencia voluntaria a los funcionarios públicos cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera

de las Administraciones Públicas, o pasen a prestar servicios en Organismos o Entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación”. Normativa actualmente derogada por el Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril), que regula dicha situación de excedencia voluntaria de forma análoga a la legislación precedente.

También los derechos del personal laboral de las empresas públicas tienen que ser tenidos en cuenta cuando se inicia un proceso privatizador. Al privatizarse las empresas este personal queda fuera de todo vínculo con el Estado. Por ello es conveniente incorporar al contrato de venta una cláusula, en virtud de la cual el adjudicatario se compromete a mantener un determinado número de puestos de trabajo en la empresa, durante el plazo que en cada caso establezca el decreto que declare la privatización. El cumplimiento de este compromiso se puede garantizar mediante la inclusión de cláusulas penales adecuadas.

Atención especial merecen los problemas de personal si el proceso se produce en un sentido contrario, es decir, si una empresa pública se transforma en un Organismo Autónomo o vuelta al derecho público. El personal laboral de estas sociedades ha ingresado en las mismas sin ningún procedimiento que garantice el mérito o la capacidad, a diferencia del acceso a la plantilla laboral de la Administración Pública o de un Organismo Autónomo, para el que se requiere superar un concurso-oposición. La solución más correcta, desde el punto de vista constitucional, es exigir al personal laboral de las empresas públicas, como requisito para pasar a ser personal laboral del Organismo Autónomo, aprobar un conjunto de pruebas, sin perjuicio de que se valore también la experiencia adquirida en el desempeño de sus funciones en la antigua empresa pública. De esta forma se da cumplimiento a las exigencias constitucionales de respeto al mérito y a la capacidad –artículo 103.3 CE– y al principio de igualdad –en relación con otros trabajadores laborales de la Administración que sí han realizado las pruebas–, que son los límites constitucionales expresos a la libertad del legislador para desarrollar el derecho de acceso al empleo público del artículo 23.2 CE.

4. Consideraciones finales

Es evidente que estamos asistiendo a un importante momento de cambio en la Administración y en el

derecho administrativo. No obstante, el proceso de liberalización no está dando lugar a un repliegue de la actividad estatal y del derecho público, sino a su transformación. El Estado abandona la actividad de producción directa de bienes y servicios y la responsabilidad de la organización de la gestión de la misma, sea mediante la prestación directa o mediante la adopción de alguna de las formas de gestión indirecta. Esa función queda ahora en manos de la iniciativa privada. Sin embargo, ello no significa que los intereses de los ciudadanos en los sectores esenciales (agua, transportes, telecomunicaciones, gas...) queden al arbitrio del mercado.

La satisfacción de las necesidades de los ciudadanos en estos sectores sigue considerándose algo esencial por lo que el Estado ha de velar. La ruptura con la antigua forma de gestión de los servicios públicos no puede traducirse en un obstáculo para la obtención de determinados bienes y servicios básicos en condiciones de igualdad, regularidad, continuidad, calidad y asequibilidad de precios. La actividad de prestación se encuentra en franca retirada, pero sigue viva la significación ideológica del servicio público. Por ello, la actividad administrativa y el derecho administrativo no se han reducido, sino que simplemente han cambiado. Los objetivos siguen siendo los mismos, pero los medios para lograrlos son ahora bien distintos.

Se declaran determinados servicios como "servicios universales", se imponen a las empresas privadas determinadas obligaciones específicas, se asegura la universalidad, regularidad y razonabilidad de los precios de los servicios, y la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento.

En conclusión, nos encontramos ante el desmoronamiento de la concepción continental europea del servicio público, cuyo núcleo es la reserva de la titularidad del mismo por parte de las autoridades públicas, y el auge de la concepción anglosajona, de acuerdo con la cual los servicios de interés general son ofrecidos por empresas privadas bajo el control de la Administración. El derecho administrativo anglosajón se ha revelado en muchos aspectos más flexible y más coherente con la nueva filosofía de eliminación de monopolios legales, apertura de mercados y fomento de la competencia como formas de alcanzar una mayor eficiencia, reducción de precios y competitividad en una economía globalizada.

La Constitución puede justificar el proceso de privatización en términos de eficacia administrativa y de eficiencia y economía del gasto público (artículos 31.2 y 103.1), pero también impone sus límites: no se pueden transferir al sector privado funciones propias de la soberanía (como la Administración de Justicia), y además no puede desaparecer la presencia pública en servicios educativos o sanitarios, ni puede desaparecer un régimen público de seguridad social (artículo 41 de la Constitución).

5. Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1993, p. 243 y 244.

BLANQUER CRIADO, D. V., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARRIDO FALLA, F., "Privatización y reprivatización", *Revista de Administración Pública*, núm. 126, Septiembre/Diciembre 1991, p. 7 a 26.

GIMENO FELIU, J. M., "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, Septiembre/Diciembre 1994, p. 149 a 211.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (COORD.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, Civitas, Madrid, 1991.

GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., y ABEL VILELA, F. A. DE, "Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2003.

LINDE PANIAGUA, E., "La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, p. 31 a 50.

LÓPEZ PELLICER, J. A., "El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares", en VV. AA., *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre las privatizaciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 144, Septiembre/Diciembre 1997, p. 7 a 43.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", en VV. AA., *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1015 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, núm. 150, Septiembre/Diciembre 1999, p. 246 a 273.

OSBORNE, D., y GAEBLER, T., *La reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, p. 53, 62 y ss., y 81 y ss.

PÉREZ MORENO, A., y MONTOYA MARTÍN, E., "Formas organizativas del sector empresarial del Estado en la era de las privatizaciones", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, Julio/Septiembre 2000, p. 53 a 103.

PIÑAR MAÑAS, J. L., "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 133, Enero/Abril 1994, en especial p. 34 y 35.

PIÑAR MAÑAS, J. L., "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, Octubre/Diciembre 1994, p. 553 a 573.

RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 140 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, G., "La libertad de empresa en la Constitución económica española: especial referencia al principio de la libre competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, p. 223 a 258.

SERNA BILBAO, N. DE LA, *La privatización en España: fundamentos constitucionales y comunitarios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

TRIGO PORTELA, J., *Veinte años de privatizaciones en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2004.

TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993. ■