

Félix Pons
Abogado, ex Ministro y
ex Presidente del Congreso de los Diputados

El control externo y la identidad de la Administración



Cuando el Sindic Major, Antoni Mas, me invitó a participar activamente en esta reunión de órganos de control externo, acababa de leer un comentario a recientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que habían despertado de nuevo mis instintos jurídicos más persistentes y obsesivos. Estas sentencias, de 15 de mayo de 2003 y de 16 de octubre de 2003, se habían pronunciado sobre la imposibilidad de excluir del régimen de la contratación pública a determinadas sociedades mercantiles, con forma de sociedad anónima, por entender que, pese a su indumentaria societaria privada, se trataba de entidades creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Las Directivas no hacen mención alguna al régimen público o privado con arreglo al cual se hayan constituido los organismos de derecho público ni a la forma jurídica adoptada, sino que se interesan fundamentalmente por la finalidad para la que dichos organismos han sido creados. Cuando se trate de personas jurídicas, mercantiles o no, cuya finalidad sea la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, habrán de someterse en su actividad al derecho público y muy especialmente al derecho público comunitario y nacional sobre contratación de las administraciones públicas. Cuando se trate de personas jurídicas cuya finalidad sea la satisfacción de necesidades de carácter industrial o mercantil, no será de aplicación la normativa sobre contratación administrativa.

Una de las sentencias referidas recordaba que la Sentencia Corhonen había señalado que “si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil”.

El comentario de estas sentencias señalaba que cuando la administración llevara a cabo bajo la personificación de sociedad mercantil actividades mercantiles o industriales se estaba ante una “actuación puramente privada de las administraciones públicas”. Pero ¿es posible una actuación puramente privada de la administración o, como ha señalado García de Enterría, la idea de realizar intereses públicos trasciende necesariamente al régimen aplicable a la actividad? Dicho en otras palabras, ¿puede existir una actividad de la administración que no persiga un interés público?

Si esta última pregunta tiene respuesta afirmativa (y parece que para algunos la tiene), entonces hay que hacerse la pregunta siguiente: ¿puede existir una administración que no persiga la satisfacción de intereses generales? ¿Podemos seguir llamando administración pública a una organización que, mediante la creación de sociedades mercantiles desarrolla una actividad empresarial lucrativa, puramente privada, desconectada de cualquier utilidad pública, o esa organización es una organización desnaturalizada, que ha perdido ya su identidad originaria?

Estamos ante un proceso de mutación genética de la administración. No se trata sólo de un proceso en el que los perfiles de la naturaleza de la administración se hacen borrosos sino de un proceso en el que, en parte, la administración podría estar perdiendo su identidad, mutando su naturaleza. Me refiero a la intervención de la administración en la economía y, en concreto, al ejercicio de la actividad económica por parte de la administración.

Voy a intentar una breve reflexión sobre ese proceso y sobre la posibilidad de que el control externo

influya en su desarrollo, deteniendo el proceso de pérdida de identidad o limitando los daños del mismo.

Se trata de saber si ese proceso está bajo control o si es un proceso desbocado, incontrolado. Y, en concreto, se trata de saber si existen posibilidades de control externo. E incluso, profundizando al máximo el planteamiento, si es conveniente que exista ese control externo. Porque, en efecto, hay quien entiende que no es conveniente poner límite alguno a la actividad económica de la administración y, sobre todo, que no es conveniente que desde fuera —llámense tribunales de justicia o tribunales de cuentas— se le diga a la administración lo que puede y lo que no puede hacer en la economía, se le diga hasta donde llega su libertad.

La intervención de la administración en la economía o, si se prefiere, la actividad meramente económica de la administración, ¿tiene límites que vengán marcados desde fuera o es la administración la que puede expandir autónomamente el campo de su actividad económica sin otra frontera que la que ella misma establezca?

Si los límites están fuera, los órganos de control externo de la actividad económica y financiera de la administración ¿tienen algo que decir a la posible extralimitación?

Para resumir el esquema de preocupaciones a los que pretendo dar respuesta en los próximos minutos, formularé simplemente una pregunta tópica pero necesaria: ¿es predicable de la administración la libertad de empresa? ¿Goza la administración de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución o, por el contrario, la posibilidad de ejercer la iniciativa económica pública reconocida en el artículo 128 atribuye a la administración una capacidad económica diferente a la que confiere la libertad de empresa a los sujetos privados?

Y en este escenario de la reflexión, la incógnita a despejar sería si el ánimo de lucro es reconocible como un atributo de la administración. Por decirlo más groseramente, ¿tiene sentido que la adminis-

tración se dedique a ganar dinero, como un empresario cualquiera? ¿Es propio de la administración, es compatible con su naturaleza esa finalidad puramente lucrativa o, por el contrario, lo que hemos conocido como administración moderna pierde su esencia y su identidad cuando su actividad se encamina pura y simplemente a la obtención de beneficio empresarial?.

¿Por qué hablamos de que la búsqueda del puro lucro puede desvirtuar la identidad de la administración? La administración moderna, la que se ha ido configurando a lo largo de los dos últimos siglos, es una organización al servicio del interés general. La Constitución recoge esta concepción en el artículo 103 cuando dice que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”.

A partir de este punto, la pregunta es: ¿resulta de interés general que la administración, cualquier administración, se dedique a ganar dinero? La Administración ¿sirve a los intereses generales cuando orienta su actividad, sus medios y sus esfuerzos a la obtención de un beneficio empresarial como objetivo autónomo y no como resultado inherente a una actividad de interés general?.

La cuestión que planteo no es la de si la administración puede obtener beneficios como resultado de su actividad administrativa directa o indirecta al servicio de los intereses generales. Naturalmente, puede obtenerlos. E incluso, como se verá, la tendencia es a exigir que la actividad empresarial de la administración, por lo menos, no genere pérdidas.

La cuestión es si la administración puede llevar a cabo cualquier actividad empresarial, sea o no de interés general, con la sola finalidad de obtener beneficios. ¿Es de interés general que la obtención de ingresos públicos se vehicule a través de beneficios empresariales aunque la actividad de las empresas públicas que obtienen esos beneficios sea una actividad que no guarda relación alguna con el servicio público o con la satisfacción de intereses generales?

Me estoy refiriendo básicamente a la actividad empresarial desarrollada por sociedades mercantiles

de la administración. ¿Puede el Ministerio de Agricultura y Alimentación crear una sociedad para que explote una cadena de hamburgueserías? ¿Puede un ayuntamiento crear una sociedad para que explote una discoteca, o un casino de juego? ¿Puede una administración cualquiera crear una sociedad para que explote un sex-shop o una cadena de establecimientos de esta naturaleza? ¿Puede una administración ser titular de sociedades anónimas dedicadas a competiciones deportivas profesionales? ¿Puede una empresa de servicios municipales extender su actividad más allá del término municipal no ya para prestar servicio sino lisa y llanamente para trascender su competencia territorial en busca de negocio?.

Si reconocemos a la administración la libertad de empresa, nada podrá oponerse al ejercicio de cualquier actividad lícita, y todas las enunciadas lo son. Si entendemos, por el contrario, que la iniciativa económica pública que puede llevar a cabo la administración, y que se reconoce en el artículo 128 de la Constitución, ha de estar inevitablemente ligada a la satisfacción de un interés general, no bastará con que la empresa mercantil pública se cree para llevar a cabo una actividad lícita lucrativa sino que será preciso justificar y acreditar que esa actividad es útil, conveniente o necesaria para la satisfacción de algún interés general.

¿Por qué nos estamos haciendo estas preguntas? No me estoy planteando un supuesto que resulte de una elucubración teórica ni un complicado caso de laboratorio. Las preguntas surgen como consecuencia de un conjunto de factores que han desembocado en una situación nueva, por lo que al perfil de la administración se refiere. ¿Cuáles son esos factores?

A mi juicio son tres.

En primer lugar, el fracaso o el agotamiento del derecho administrativo como un derecho apto para garantizar una organización eficiente de la administración pública. La insuficiencia de la organización administrativa pública ha conducido a lo que se conoce como la “huida del derecho administrativo”.



La administración se ha refugiado en el derecho privado, especialmente en la personificación privada, en la creación de empresas mercantiles. Esta realidad es la que ha creado la gran confusión sobre la posibilidad de reconocer a la administración la libertad de empresa, ejercida a través de sus sociedades mercantiles privadas.

En segundo lugar, el agotamiento oficial del modelo keynesiano, que había inspirado o acompañado, más o menos conscientemente, las políticas públicas de intervención en la economía durante los últimos cincuenta o sesenta años. El rastro de ese agotamiento es perceptible en las directivas que conducen a la unión económica y monetaria y tuvo consagración oficial en España en el Real Decreto-Ley de 16 de junio de 1995, por el que se desmantelaron el INI y el INH y se crearon la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, y posteriormente en el Real Decreto-Ley de 5 de septiembre de 1997. La elevación de la rentabilidad económica de la actividad empresarial de la administración a precondition de la rentabilidad social no sólo supuso un cambio copernicano en las concepciones anteriores sino que coadyuvó a introducir la confusión acerca del significado que la obtención de beneficios había de tener para las empresas públicas.

El tercer factor es la derogación formal del principio de subsidiariedad, derogación implícita en el artículo 128 de la Constitución. Desde la perspectiva de quienes habían venido defendiendo la necesidad de un sector público fuerte y de unos poderes públicos dotados de instrumentos eficaces para la configuración del orden económico y social, la derogación del principio de subsidiariedad eliminaba cualquier posibilidad de exigir a la administración la justificación o explicación causal de sus iniciativas empresariales. El temor a que la exigencia de motivación limitase el campo de acción de los poderes públicos en el escenario de la economía ha llevado a un muy importante sector doctrinal (encabezado nada menos que por Ángel Rojo) a entender que la iniciativa económica pública no necesita justificarse en ningún caso.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en mayo de 1994, un fino jurista, catedrático de Derecho Administrativo y Diputado a la sazón, me refiero a Juan Luis de la Vallina, había dicho literalmente: “Un empresario o persona privada puede dilapidar si quiere su patrimonio, favorecer a sus amigos o correligionarios, asumir los riesgos que desee, elegir como quiera a sus contratistas, pero un poder público, en el sentido material que utiliza la

Constitución y que excluye cualquier camuflaje convencional autodecidedo, no puede hacer nada de eso”.

Para situar correctamente esta reflexión incidental posiblemente hay que examinar con carácter previo si la iniciativa privada y la iniciativa pública son equiparables. En nuestro contexto constitucional, se trata de esclarecer si la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 y el reconocimiento de la iniciativa económica pública del artículo 128 constituyen dos previsiones de idéntico contenido, con la única diferencia de referirse a dos sujetos distintos: el primero, a los ciudadanos privados; el segundo, a las diferentes administraciones públicas.

La respuesta, a mi juicio, ha de ser negativa. La habilitación constitucional expresa a la administración para ejercer la iniciativa económica no significa atribuirle la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de empresa del artículo 38. Son cosas profundamente diferentes.

La libertad de empresa es la expresión de un derecho de libertad. Como explica el maestro Francesco Galgano, el concepto de utilidad pública no es un elemento interno que forme parte de la esencia de la libertad de empresa que se reconoce a los sujetos privados. No puede decirse, por tanto, que la iniciativa económica privada es legítima únicamente en cuanto que es socialmente útil. Al revés, la iniciativa privada sólo es ilegítima cuando se enfrenta a límites o prohibiciones establecidos en las leyes. Y ello es así porque la iniciativa empresarial privada, al concebirse como un derecho de libertad, está al servicio de la autonomía de los privados para desarrollar fines propios, un proyecto de vida propio. Es, por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional, una “libertad del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales” (STC 132/1989, de 18 de Julio).

La personalidad privada se basa en la existencia de un ente con fines propios a los que el ordenamiento constitucional protege con la atribución subjetiva de derechos y libertades fundamentales. El desarrollo de esos fines propios en régimen de

libertad y de autonomía constituye la esencia de la personalidad privada.

Por el contrario, las administraciones públicas están dotadas de una personalidad jurídica que nace del principio de la heteronomía. La administración, en tanto que organización, no tiene fines propios. Cabalmente, cuando aparecen fines o intereses propios de la organización administrativa nos hallamos ante una degeneración patológica. Frente a la autonomía de los sujetos privados, la administración se construye sobre el principio opuesto de la heteronomía, de suerte que, tanto en el ámbito público como en el privado, sólo cuenta con una capacidad jurídica constituida por la atribución individualizada de potestades-competencias, lo que vale decir como el resultado del proceso de identificación de intereses generales capaces de legitimar sus actividades y la elección de sus instrumentos públicos o privados. Si esto es así, parece evidente que del ámbito de la heteronomía no puede surgir una personalidad jurídica autónoma, capaz de actuar con libertad de fines. La administración, que es heterónoma por esencia, no puede engendrar sociedades mercantiles dotadas de autonomía. La genética jurídica no admite este salto.

A mi juicio, aceptar que una sociedad anónima de capital íntegramente público se convierte en una persona jurídica dotada de las libertades y de la autonomía de fines que trascienden la capacidad de obrar de la administración que la ha creado es dar un paso contra las exigencias de la lógica jurídica.

Que la preocupación que estoy expresando en voz alta no es teórica lo evidencia un ejemplo práctico, tomado de la realidad más rigurosa e inmediata. En un recurso contencioso-administrativo tramitado ante el T.S.J. de Baleares, en el que se discutía la legalidad de determinadas iniciativas llevadas a cabo por una empresa que gestionaba un servicio público municipal, se defendía la licitud de lo actuado en otro municipio con el argumento de que esa empresa pública era una sociedad anónima y que, como tal, podía explotar “como un particular”

(sic) cualquier actividad en cualquier lugar, no con las limitaciones de los fines públicos municipales, ni con las barreras de la competencia territorial sino únicamente con las limitaciones que las normas generales imponen a un empresario privado, a una sociedad anónima privada. Es decir, prácticamente sin limitaciones en cuanto a fines o ámbito territorial de actuación.

Pero la adopción de la forma mercantil privada por las sociedades públicas no ha de significar la desvinculación de los fines de interés general que motivan su creación y que, como tales, deben estar presentes en la gestión de las mismas, sino simplemente el reconocimiento de que los modos de actuación y las formas organizativas que se han originado en el marco del derecho privado económico se muestran hoy más eficaces para el desarrollo de actividades empresariales por el sector público que los modos y formas que ofrece el derecho público.

La mercantilización del derecho administrativo no significa, no puede significar, por consiguiente, un cambio de naturaleza de la administración de manera que una organización nacida para actuar los fines del Estado (policía, servicio público, fomento) evolucione hacia una organización de carácter empresarial sin fines de interés general predeterminados o con finalidades meramente lucrativas.

La “huida al derecho privado”, la mercantilización del derecho administrativo, evidencia el fracaso del derecho de organización público, la incapacidad de engendrar instrumentos propios eficaces y la necesidad de adoptar las formas y los esquemas organizativos del derecho mercantil, especialmente del derecho de sociedades. Pero el resultado no puede ser una reducción de lo público sino una llamada de lo público a los instrumentos mercantiles privados para mejor ejercer y cumplir sus fines de interés general.

Esa adopción instrumental de las formas privadas no puede servir para que el instrumento se desvincule de los objetivos públicos. La sociedad anónima pública es un instrumento al servicio de los princi-

pios que han de guiar la actuación pública, no una coartada que confiera cobertura legal a una actuación pública que ignore o contradiga la persecución de fines públicos.

Lo que se mercantiliza o privatiza no es, pues, el alma o la esencia de la administración, sino sus instrumentos.

Hay que preservar, por tanto, esa alma y esa esencia públicas, manteniendo la iniciativa empresarial de la administración asociada a la legitimación causal que nace de su naturaleza heterónoma.

El Tribunal Constitucional (Sentencias 14/86 y de 24 de Febrero de 1994) ha sentenciado gráficamente que “la capacidad jurídico privada no es título de competencia”. Es decir, la capacidad jurídico privada no amplía la libertad de la administración. Esta clara y elemental formulación impide extender al ámbito de lo público la doctrina de la capacidad general y plena de las personas jurídicas, introducida en nuestro país por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1959, en la que —como es sabido—, recogiendo literalmente la teoría realista de Ferrara, se afirmaba que el fin de las personas jurídicas “no constituye por sí un límite” de su capacidad, “en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin”. Ferrara añadía, “o lo traicionen”. El Tribunal Supremo no se atrevió a seguirle hasta tan lejos.

Es imposible aceptar que, simplemente disfrazándose de sociedad mercantil, de persona jurídica privada, la administración puede hacer lo que no podría hacer con la indumentaria del derecho público.

Pero ya señaló Garrigues que “la personalidad jurídica (de las sociedades mercantiles) es sólo un expediente técnico de unificación y no constituye un ser al margen de la escala zoológica”.

La Jurisprudencia por su parte, con el pronunciamiento emblemático —y, por otros motivos, polémico— de la Sentencia del caso conocido como

“Iniciatives” (de 20 de Octubre de 1989), ha declarado que “mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos, todas las actuaciones de la administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente ha de concurrir”. Esta doctrina rechaza explícitamente “las actuaciones empresariales públicas carentes de justificación” (es decir, carentes de legitimación causal) y resume su posición afirmando que “la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación”.

Lo expuesto obliga a una inmediata afirmación: el contenido del artículo 103 de la Constitución (“la administración sirve con objetividad los intereses generales”) no es descriptivo. No significa que todo lo que hace la administración ha de considerarse, por principio, hecho al servicio de los intereses generales. La administración –como ha dicho algún autor– no es el rey Midas de los intereses generales: no convierte en interés general todo lo que toca, todo lo que es objeto de su decisión.

El sentido del artículo 103 es, por el contrario, claramente normativo, es decir, señala que la administración “debe” estar al servicio de los intereses generales y que, por consiguiente, su actuación debe buscar en la norma habilitante cuál es ese interés general que legitima su actuación.

Si la administración pudiese definir por sí misma lo que es el interés general de forma libre e incondicionada carecería de sentido el alcance normativo del artículo 103 de la Constitución, puesto que la Administración no estaría al servicio de los intereses públicos sino que se convertiría en definidora y creadora de esos intereses. No estaría a su servicio sino que los impondría a la sociedad. Y cuando esto ocurre, y por desgracia ha ocurrido más de una vez

en la historia, la situación es de catástrofe y de emergencia social y política.

El poder público es siempre un poder funcional, que existe en consideración a unos fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio. Las decisiones de los órganos públicos, recuerda M. Atienza, no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado.

Todos los controles para mantener las cosas en ese contexto serán siempre pocos.

Hace cuarenta y cinco años, García de Enterría, en su emblemático trabajo sobre “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, ya advertía que “es preciso asegurar el constante servicio a estos fines sociales de la actividad industrial y mercantil de los municipios, evitando que la propia dialéctica empresarial, cuyas formas de gestión se adoptan lleve, como es frecuente, a un abandono de los mismos y a la desnaturalización de la actividad municipal en pura actividad económica, indiferente, o incluso dañosa, al interés de la comunidad vecinal”. Llámese desnaturalización o pérdida de identidad, se trata de una realidad innegable.

Desde entonces esa tendencia no ha hecho más que crecer y, por supuesto, no sólo en el ámbito local sino también en estatal y finalmente en el autonómico.

Existe un consenso bastante amplio sobre la imposibilidad de una actividad económica pública meramente lucrativa. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que no existe en la Ley Fundamental “una competencia implícita para la actividad (pública) dirigida al incremento patrimonial”. Ello ha permitido a Bernhard Kempen afirmar que “toda actividad de tipo económico realizada fuera del giro o tráfico propio del sujeto público de que se trate es lisa y llanamente nula”.

Es bien conocida la directa conexión que existe entre nuestra Constitución y la Ley Fundamental de Bonn. No parece existir tampoco en la Constitución española una habilitación para el incremento patri-

monial abstracto. Desde luego, esa habilitación no se deriva del artículo 128 ni de una interpretación sistemática del mismo. Si, como ya hemos aceptado, las administraciones no disponen de una capacidad jurídico-privada general tampoco poseen libertad para servirse del derecho privado como si se tratara de un sujeto ordinario. He aquí, pues, un límite de extraordinaria trascendencia para la iniciativa económica pública: la administración no es un empresario que justifique su existencia y actividad precisamente en la obtención de beneficios. Puede obtenerlos, pero ha de ser en el ejercicio del giro o tráfico propio de su condición de sujeto público, es decir, de servidor de los intereses generales.

No me puedo extender ahora en otras consecuencias de la inexistencia de una habilitación para el incremento patrimonial público en abstracto. Es posible que de aceptar la vigencia de esa interpretación hubieran de reconsiderarse algunas actividades lucrativas heredadas del pasado y que se han aceptado acriticamente. Sin duda porque las administraciones públicas necesitan recursos para atender al cumplimiento de sus fines y en lo último en que están pensando es en cuestionarse la coherencia constitucional de algunos ingresos, procedentes de las antiguas regalías o de la confusión del patrimonio público con el patrimonio de la corona.

El segundo factor de confusión que he enunciado es el de la caducidad formal del keynesianismo. Algún autor ha entendido que el Real Decreto-Ley de 16 de Junio de 1995, por el que se suprimió el INI y el INH y se creó la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, implicó un “certificado de defunción de la empresa pública”. Este autor –T.R. Fernández– ha señalado que “a partir de ahora sólo puede contemplarse –la empresa pública– como un puro instrumento fiscal productor de rentas para las arcas públicas, en ningún caso como un instrumento de política económica o de política social”.

Pero, ¿es cierto que ese Real Decreto-Ley permite sólo la actividad empresarial pública lucrativa o,

lo que es lo mismo, que la obtención de beneficios no sólo no está prohibida sino que deviene obligatoria para la iniciativa económica pública?

T.R. Fernández llega a su radical conclusión a partir de las exigencias del Tratado de la Unión Europea que obligan a las empresas públicas (gestionen servicios públicos o lleven a cabo actividades industriales o comerciales) a actuar en el mercado en absoluto pie de igualdad con las empresas privadas, es decir, con sujeción estricta a las normas generales de la competencia y sin percibir ninguna clase de ayudas ni beneficiarse de discriminaciones o privilegios que puedan proporcionarles ventajas potenciales o efectivas. Es decir, con sujeción a los principios de paridad y de eficiencia.

Sin embargo, el hecho de tener que actuar las empresas públicas en el mercado con sujeción a las normas de competencia no tiene por qué excluir de esas actividades cualquier finalidad pública útil que no sea la de producir rentas para las arcas públicas o, hablando en plata, pura y simplemente, ganar dinero.

La prohibición de empresas públicas deficitarias alimentadas con fondos públicos para subsistir en el mercado tiene por finalidad no sólo proteger la transparencia de ese mercado y el esfuerzo de las empresas que podrían verse privadas de sus beneficios –pese a un planteamiento saneado y eficiente de sus actividades– sino asegurar que la obtención de fines públicos bajo forma privada no se haga a costa del mercado. Pero la rentabilidad no es el objetivo o finalidad de las empresas públicas en el nuevo marco sino la condición o presupuesto. Es cierto que las empresas públicas deberán ser rentables y eficientes pero esto no significa, no puede significar, que la existencia misma de la empresa pública obedezca a la finalidad de la rentabilidad sino que forzosamente habrá de responder a una finalidad pública específica, vinculada de alguna forma a la satisfacción de intereses generales.

Si la actividad económica empresarial de la Administración se convirtiese pura y simplemente

en una actividad recaudatoria estaríamos ante un giro de una magnitud no apuntada todavía. Y más si los ingresos procedentes de la actividad económica amplían su base en la financiación de la actividad de la administración. Estaríamos ante una grave erosión de la finalidad redistributiva de las haciendas públicas y ante un claro desvanecimiento del principio del sostenimiento solidario de las cargas generales a través de los impuestos. Estaríamos viajando hacia una nueva galaxia histórico-política, hacia una “terra incognita” que, desde esta orilla de la cultura constitucional, nos parece francamente inhóspita.

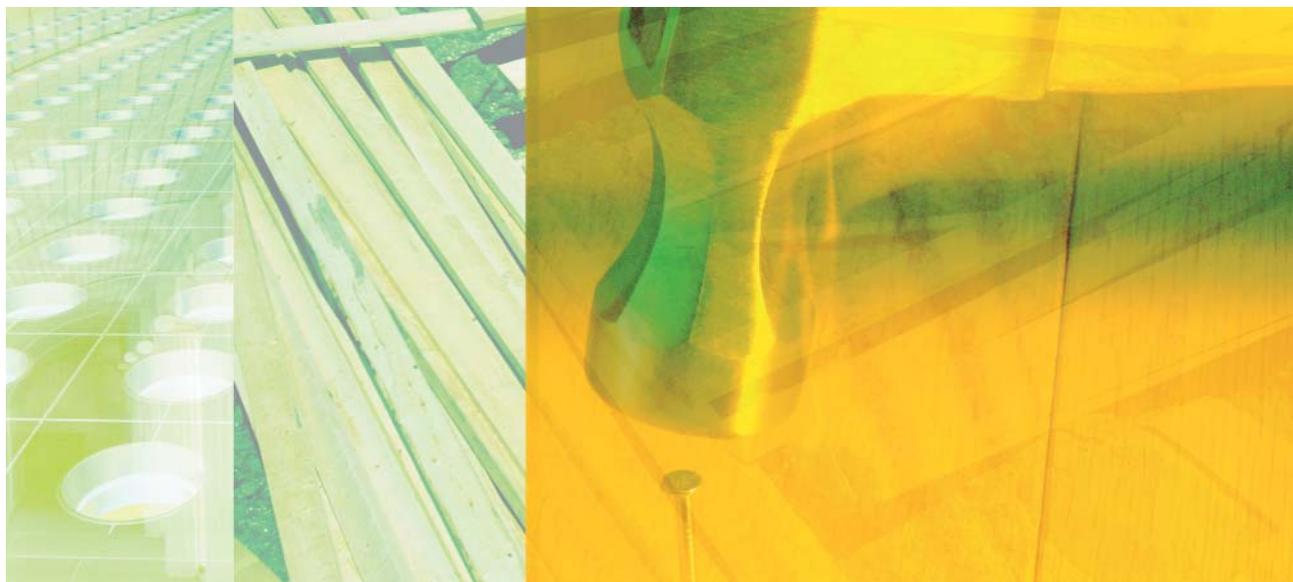
Por otra parte, semejante planteamiento implicaría una expansión ilimitada y abstracta de la actividad pública bajo forma privada. El interés general único sería “ganar dinero” y ello sólo justificaría ya, por tanto, la creación de empresas públicas con el único objetivo de aprovechar en cada momento las posibilidades de rentabilidad del mercado, por muy sórdido y alejado del interés social que pudiese ser el sector de actividad que ofreciera esa rentabilidad.

Las cosas no son así. Lo que se liquida no es la intervención pública en la economía sino una determinada manera de esa intervención. La primera mitad del siglo XX había vivido alimentada por el keynesianismo, a la sombra del cual han gozado de

legitimidad social y política los déficits presupuestarios, los endeudamientos públicos, las subvenciones a déficits de explotación de empresas públicas o a sectores económicos improductivos. El arraigo profundo de estos criterios (cuya justificación histórica no es el momento de analizar) se ha debido a la convicción imperante –más o menos generalizada– de que los beneficios sociales que se obtenían con su aplicación compensaban las innegables disfunciones económicas y financieras.

El punto de inflexión de este planteamiento sobreviene cuando se cuestiona la bondad del sistema precisamente por su coste social. Llega un momento en que las disfunciones económicas adquieren tal envergadura que los beneficios sociales que aparentemente propician son contrarrestados por evidentes costos sociales generalizados (inflación, inestabilidad monetaria, desempleo, etc.) que gravan las economías más modestas.

El Real Decreto-Ley de 16 de Junio de 1995, de creación de determinadas entidades de derecho público, positiviza este giro. Frente a la idea anterior, según la cual la rentabilidad social de las inversiones públicas no se medía por su rentabilidad económica sino por su capacidad de intervenir activamente en sectores necesitados de conformación y cohesión social, ahora el RDL afirma solemnemente



que “un sector público rentable también lo es socialmente” y que “la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad”.

Pero de la misma manera que en el sistema anterior la finalidad del sector público no era perder dinero, nada autoriza a afirmar que en el nuevo marco de la eficiencia y de la competitividad de las empresas públicas su único objetivo es ganar dinero. De lo que se trataba entonces y de lo que se trata ahora es de atender intereses sociales. La diferencia estriba en que ahora el legislador (traduciendo la nueva cultura europea) exige que esa atención se realice mediante empresas saneadas que no echen sobre las espaldas de la sociedad –especialmente de sus sectores más débiles– no ya sus déficits de explotación, sino la crisis del sistema, con un costo social inasumible.

La denuncia de T.R. Fernández no es exacta pero es útil para activar mecanismos de alerta. La exigencia de un sector público económicamente rentable, la exigencia de unas sociedades mercantiles públicas rentables y saneadas, no supone una transmutación de la administración pública en empresa privada con ánimo de lucro, legitimada en su actuación únicamente por el beneficio y la ganancia.

La tercera confusión que afecta a la identidad de la administración nace de la derogación explícita del principio de subsidiariedad. Hay que decir, sin embargo, que la finalidad respetable –y que personalmente comparto– de oponerse a cualquier construcción teórica que pretenda resucitar total o parcialmente, directa o indirectamente, el principio de subsidiariedad a partir del artículo 128, no exige llegar a la desvinculación de la iniciativa económica pública de los intereses generales.

Desde luego, es infundado el temor a que por la vía de la legitimación causal se esté introduciendo una neosubsidiariedad. Cuando se sostiene que el empleo del dinero público ha de responder a un interés público no se pretenden acotar los sectores materiales de la actividad económica pública. Una

administración moderna y socialmente activa no ha de encontrar ningún obstáculo ni ninguna barrera entorpecedora que limite de forma improcedente su actuación en la exigencia de que esa actuación responda a la demanda del interés público. Precisamente el interés público puede aconsejar o demandar la iniciativa pública en un sector de la economía en el que la iniciativa privada está presente y activa.

Lo grave del planteamiento de la exención de legitimación causal es que pone en cuestión nada menos que la naturaleza misma de la administración. El artículo 103 de la Constitución dispone que “la administración sirve con objetividad los intereses generales” y que “actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. El artículo 106 establece, por su parte, que los Tribunales controlan “la legalidad de la actuación administrativa”.

La legitimación causal no es abstracta e intemporal. Está unida a la coyuntura histórica. La administración ha sido productora de materias primas (carbón, acero, aluminio, zinc, etc.), de productos manufacturados (automóviles, camiones, buques, ferrocarriles) y de servicios (transporte terrestre, marítimo y aéreo, alquiler de vehículos, paradores de turismo, etc.) Todo ello con independencia de las actividades de servicio público propiamente dicho y de la reserva monopolística de determinados sectores de la economía (producción y distribución de energía eléctrica, de gas y de carburantes). Es evidente que en un momento de escasez y de desarrollo económico rudimentario, esas actividades económicas estaban claramente al servicio de intereses generales. Hoy sería más dudoso que una administración pudiera encontrar una justificación razonable a la creación, por ejemplo, de una sociedad mercantil destinada a fabricar vehículos de turismo. O dedicada al negocio de alquiler de vehículos, pese a que históricamente hubo una empresa pública nacional dedicada a esta actividad.

Un ejemplo de la vida real puede ilustrar la preocupación que intento exponer. La discoteca Zeleste

de Barcelona, considerada el “templo del rock”, estaba a punto de cerrar por problemas puramente empresariales, según informaciones de prensa aparecidas en los primeros días de agosto del año 2000. La movilización de los usuarios consiguió llegar a la opinión pública y lanzar mensajes del siguiente calado: “Si se ayuda al Liceo o al Tibidabo ¿por qué no a Zeleste?”. Lo preocupante no es la pregunta sino la respuesta. El concejal de Cultura del Ayuntamiento de Barcelona manifestó literalmente que “el consistorio estudiaría crear una sociedad nueva que no pierda dinero para refundar Zeleste”. Mi preocupación no nace de un apriorismo ético. El negocio de discoteca no me merece mayor reproche ni me suscita más entusiasmo que la distribución de pizzas a domicilio o la fabricación de patinetes. Pero el hecho de que se trate de actividades destinadas a satisfacer intereses realmente existentes en la sociedad no permite, a mi juicio, incorporarlas a la construcción de un concepto útil de interés general. El Tribunal Constitucional ha sentenciado literalmente que el hecho de que las actividades económicas sean jurídicamente relevantes y reciban la protección del ordenamiento jurídico “no las convierte automáticamente en intereses públicos o generales” (STC 179/1994). Para que la administración pueda emprender una actividad económica no basta, por tanto, con que esa actividad sea lícita y socialmente relevante; es imprescindible que responda a la satisfacción de un interés general porque no todo lo lícito es de interés público. Y el interés público no es una mera suma de intereses particulares lícitos.

Mis conclusiones de lo expuesto serían las siguientes:

a) El principio de subsidiariedad no constituye un límite a la iniciativa económica pública. La intervención en la economía mediante empresas mercantiles no exige la previa demostración de que un sector de actividad está desasistido por la empresa privada. Al revés, muchas veces el resultado de la libre iniciativa privada justifica la intervención pública. Piénsese, sin ir más lejos, en el mercado de

la vivienda. No hay déficit de viviendas. Hay un problema de precios. La creación de sociedades mercantiles públicas de promoción inmobiliaria reviste un claro interés general. La actividad mercantil o industrial de las sociedades públicas puede tener por finalidad cualquier actividad material, esté o no atendida y cubierta por la iniciativa privada, siempre que aparezca conectada a un interés general.

b) El fin lucrativo no constituye un interés general en sí mismo. No pueden crearse empresas mercantiles cuya única justificación material sea la obtención de ingresos para la administración, cuando claramente esa actividad no tenga conexión alguna con el interés general.

c) El respeto a esos límites está sujeto a control externo. Ha de controlarse si el objeto social que se asigna a una sociedad mercantil es un objeto vinculado a una actividad económica de interés general, aunque sea de forma indirecta o subordinada. Y ha de controlarse si la actuación de una sociedad mercantil creada por la administración rebasa su objeto y finalidad de interés general y se adentra en otras actividades carentes de esa cobertura.

¿Puede el control externo contener el deslizamiento hacia esa desnaturalización o pérdida de identidad de la administración que significa no ya la privatización de sus formas sino la libertad ilimitada de sus fines?.

El Tribunal Constitucional y los tribunales de la justicia ordinaria, como hemos visto, han acotado desde distintos ángulos el ámbito de la actividad económica de la administración. A mi juicio también pueden hacerlo el Tribunal de Cuentas y los demás órganos de control externo de la actividad económico-financiera del sector público.

La función fiscalizadora —es innecesario que yo lo recuerde en este momento— se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.



Esa función fiscalizadora comprende, entre otros extremos, según la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (que yo entiendo aplicable a todos los órganos de control externo que han asumido como supletoria la legislación estatal sobre la materia) el examen de los expedientes referentes a los contratos celebrados por las administraciones y demás entidades del sector público y el examen de la situación y variaciones de su patrimonio. Son dos cauces idóneos para rastrear si las variaciones patrimoniales y la actividad contractual responden al interés general o son actividades ajenas a ese interés. Para detectar si las inversiones precisas para crear sociedades o para adquirir acciones de sociedades ya existentes constituyen alteraciones patrimoniales razonables desde la perspectiva del mandato constitucional de sujeción de la actividad administrativa al interés general. No olvidemos que este es un requisito de legalidad inexcusable.

La nueva Ley General Presupuestaria establece que “los sujetos que integran el sector público esta-

tal adecuarán su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa” y añade que “la programación y ejecución de la actividad económico financiera del sector público estatal tendrá como finalidad el desarrollo de objetivos y el control de la gestión de resultados, contribuyendo a la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas”. El mismo precepto (artículo 69) exige un “uso eficiente de los recursos públicos”.

La normativa reguladora del control externo de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas encarga a los órganos competentes para llevar a cabo ese control que examinen la actividad del sector público de la economía a la luz de los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con los programas de ingresos y gastos públicos (Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

La ley que regula la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares contempla un control que tenga en cuenta no sólo los principios antes expuestos sino, además, “la racionalidad del gasto”.

Muy recientemente hemos sabido que el Tribunal de Cuentas ha utilizado el filtro no ya de la racionalidad sino de la razonabilidad. Ha considerado que la decisión de condonar un préstamo del ICO a ERCROS era una decisión razonable. El adjetivo ha levantado algún revuelo pero a mí me parece que el filtro de la razonabilidad es imprescindible. Las decisiones son razonables o no lo son y si no lo son no pueden pasar un examen de control externo.

Existe, a mi juicio, por tanto, un marco suficiente para que los órganos de control externo de todos los niveles se impliquen en la vigilancia de la identidad de las administraciones públicas como organizaciones con fines definidos y con capacidad limitada al servicio de los intereses públicos y para que contribuyan a evitar su desnaturalización.