

CRÓNICA

PERSPECTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. INFORME DEL ESTADO DE AUSTRIA*

Heinz Schäffer

Catedrático de Derecho público del Institut für Verfassungs- und
Verwaltungs de la Universidad de Salzburg

1. Esta ponencia sigue fundamentalmente el catálogo de cuestiones formuladas en su día para facilitar la comparación con los informes sobre el derecho en otras naciones.

2. Así, en numerosas cuestiones se mostrará una clara analogía o concordancia del orden jurídico austríaco con el alemán, bastante emparentados entre sí. No obstante, también existen algunas diferencias básicas en cuanto a las soluciones jurídicas ante similares problemas.

3. El Derecho administrativo se encuentra en los estados desarrollados ante problemas muy similares. Ello está relacionado mayormente con los conceptos predominantes en el siglo XX sobre la cuestión de cuáles son las funciones que el Estado debe cumplir, a través de su Administración pública. La tendencia al incremento continuo de la función estatal ha generado siempre nuevos órganos administrativos y también nuevas formas de gestión. Especialmente sorprendente resulta la importante aplicación del Derecho privado, explicada por diferentes valoraciones y fundamentos. En un principio, el Derecho privado apenas tenía a su disposición ninguna forma apropiada jurídico-pública; el Derecho privado ofrece frecuentemente amplios márgenes de acción para la Administración, que, en algunos casos, resultan completamente adecuados; en otros, sin embargo, son caracterizados como «huida al Derecho privado». En general, en el Derecho moderno se ha producido una situación generalizada (mixta) de Derecho público y de Derecho privado. Aunque las constituciones, en la mayoría de los casos, no dicen nada sobre el problema de cómo debe ser dirigida una administración, o bien sólo ofrecen normas rudimentarias, éste es un problema de las administraciones modernas discutido desde hace mucho tiempo por la doctrina. En su desarrollo más reciente aparecen dudas sobre la omnipotencia y la omnicompetencia del Estado, dudas no sólo de tipo ideológico, sino también producto de consideraciones económicas y financieras. Pero también se ponen de manifiesto, con motivo de la desregularización y de la privatización, nuevas formas para el cumplimiento de las funciones públicas.

Introducción

La modernización de la Administración pública, que tuvo como consecuencia los problemas jurídicos a discutir aquí, se consumó en el transcurso del siglo pasado en varias etapas.

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

- Un primer impulso enérgico tuvo lugar a través de la adopción de los servicios públicos de abastecimiento por parte de los municipios bajo la forma de empresas municipales. Estas son el punto de partida de la moderna Administración prestacional y de la procura asistencial. Sin embargo, ni existió en el siglo pasado ni fue instituida hasta hoy una forma jurídica propia de las empresas públicas en el Derecho austríaco.

- La economía de guerra durante la Primera Guerra Mundial trajo consigo por vez primera una planificación y dirección amplias de las actividades económicas por parte del Estado.

- Después de la Primera Guerra Mundial debió recurrirse a una simplificación y reforma radicales de la Administración. Una reforma tal de la Administración no sólo fue forzada por el desmoronamiento de la monarquía austro-húngara y la catastrófica situación financiera, sino que constituyó directamente la condición para ayudar al saneamiento del presupuesto general del Estado austríaco mediante un empréstito de la Sociedad de Naciones (conocido como los Protocolos de Ginebra). Fundamentalmente se reclamaba una separación particular de la administración de soberanía y de la administración empresarial; en lo sucesivo fue realizada, en parte, gracias a la institución de estatutos especiales para empresas determinadas.

- Un nuevo nivel de desarrollo resultó de la reorganización y ampliación del Estado social tras la Segunda Guerra Mundial. Sobre todo a finales de los años sesenta y a partir de los setenta, se manifestaron las tendencias a la descentralización por la utilización especialmente enérgica de la actividad económica administrativa, así como, finalmente también, a la paulatina reorganización de una participación de los ciudadanos en diferentes ámbitos de la Administración. El desarrollo más reciente de la Administración se caracteriza también por una masiva introducción de nuevas tecnologías y, en muchos casos, por la actividad administrativa llamada informal.

I. El fenómeno de las administraciones «independientes»

A. *Sobre bases y conceptos*

Cuando se habla del fenómeno de las administraciones independientes y de la tendencia a divulgar dicho fenómeno, es importante definir *quién*, en el marco de la Administración pública, se considera independiente, y *en qué medida* tiene lugar.

1. En primer lugar debe diferenciarse si los órganos administrativos dentro de la Administración estatal pueden considerarse ellos mismos independientes —en oposición al modelo clásico de Administración estatal jerárquica—, o si, para determinadas funciones públicas, son creadas por el Estado diferentes entidades jurídicas cuyos órganos muestran, en virtud de la autonomía de tales entes jurídicos, cierto grado de independencia o bien una influencia reducida por parte del Estado (conocida como Administración «indirecta»)¹.

2. Una segunda cuestión es cuánto pueden debilitarse, en caso de tal independización, los controles y obligaciones jurídico-públicos aplicados en general para la ejecu-

1. Compárese con este fenómeno especialmente: Ernst Fortschoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Tomo I, *Parte general*, 10.ª ed., Munich, 1973; Gunnar Folke Schuppert, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch selbstständige Verwaltungseinheiten*, Göttingen, 1981; Tore Modeen & Allan Rosas (eds., junto a IIAS), *Indirect Public Administration in Fourteen Countries*, Turku/Abo, 1988.

ción de las funciones del Estado. La debilitación de dichas obligaciones es una consecuencia de la forma de organización escogida. Si en tal organización ha de hablarse, sin embargo, de la ejecución pública de funciones administrativas, la independencia no puede ser absoluta. Ha de buscarse una última relación con el Estado como titular de responsabilidad pública por las funciones respectivas, y ello tiene que manifestarse primordialmente en el cumplimiento de los principios elementales de un Estado constitucional. Desde el punto de vista austríaco, esto se expresa sobre todo en la observancia de la legalidad, es decir, por el respeto a la voluntad del pueblo, obtenida democráticamente; la legalidad debe ser garantizada mediante alguna forma de control o inspección. En otras palabras: en caso de que falte una relación organizativa con la Administración estatal, debe existir al menos una vía de comunicación funcional para que pueda hablarse del cumplimiento de la función pública y, en un sentido más amplio, de «Administración pública».

Más tarde ofreceremos material de consulta sobre ambos aspectos en el Derecho austríaco.

B. *Las formas de organización de la Administración pública según el Derecho austríaco*

1. La Administración estatal (en sentido estricto)²

a) En el sentido de la terminología (y en el de los conceptos) de la Constitución federal austríaca (B-VG), la Federación y los estados federados (en adelante, *Länder*) tienen carácter estatal, por tanto, la Federación y los *Länder* son titulares de la Administración «estatal».

La Constitución regula fundamentalmente —dejando al margen algunas excepciones también con fuerza en la Constitución— la estructura jerárquica de la Administración estatal con órganos superiores dotados de poder de gestión (art. 20, par. 1, B-VG).

Dentro de la Administración federal, los órganos superiores en el ejecutivo son el presidente de la Federación y en algunos asuntos el Gobierno federal como órgano colectivo; sin embargo, en la mayoría de los casos únicamente son los ministros federales, según el principio de competencia de carteras, los órganos de la Administración superior. Dejando aparte algunas excepciones determinadas, previstas por el Derecho constitucional explícitamente, no existe ámbito exento de control ministerial.

Subordinados a estos órganos superiores, diversos órganos de la Administración tienen a su cargo funciones administrativas. Básicamente es posible, y en muchos casos también se exige, que la Federación se sirva de los órganos administrativos existentes en los *Länder* como infraestructura administrativa. Por consiguiente, los titulares de la «Administración indirecta del Estado» son el presidente del *Land* y los órganos subordinados a él en el *Land*. Para determinados ámbitos de funciones se prevén, sin embargo, algunos órganos administrativos establecidos por el propio Estado e instituidos en virtud de legislación ordinaria estatal (por ejemplo, las delegaciones de Hacienda, la Oficina del Patrimonio Artístico Nacional: en estos casos se habla de Administración estatal directa). La Constitución prevé una organización específica para las autoridades educativas y la Administración militar. En virtud de experiencias

2. Sobre la estructura de la Administración austríaca véase Walter Antonioli y Friedrich Kojas, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1986, pág. 379 y ss.

históricas concretas y en virtud de una determinación explícita de la Constitución, existen direcciones de seguridad como niveles medios de organización de la Administración de la Policía del Estado a escala de los *Länder* (es decir, en el territorio de cada Estado federal).

En cuanto a las administraciones de los estados, a su frente se encuentra el Gobierno del *Land* (como órgano colegiado bajo la presidencia del presidente del Estado federal) y, en casos aislados, cuando fue establecido el principio de las carteras a través de una resolución especial, los consejeros unipersonales del *Land* (miembros de los gobiernos de los *Länder*). Subordinadas al Gobierno del *Land* trabajan normalmente las autoridades administrativas de distrito en tanto que autoridades de la Administración general del Estado (las delegaciones de distrito en las comarcas y los consejos en las ciudades con estatuto propio).

Junto a la Administración clásica, organizada jerárquicamente, existen desde hace mucho tiempo órganos administrativos organizados colegiadamente e independientes. La tendencia a construir estos tipos de organización administrativa se ha incrementado cada vez más con el transcurso de los años, habiendo obtenido, ya recientemente, un reconocimiento constitucional específico. Por ello, la imagen de la Administración como unidad de acción bajo una dirección política unitaria se ha perdido parcialmente.

b) Órganos administrativos de naturaleza jurisdiccional

Son, por ejemplo, los «órganos colegiados con carácter jurisdiccional» establecidos por el art. 133, par. 4, de la Constitución federal. Algunos de éstos ya estaban en vigor desde 1920, y sus resoluciones no estaban ni están sujetas a posteriores controles por el Tribunal contencioso-administrativo, puesto que el legislador constitucional ha partido claramente del concepto de que estos mismos órganos ya ofrecen una garantía suficiente para el amparo jurídico. Con el art. 20, par. 2, B-VG (en la fórmula en vigor desde la enmienda a la Constitución federal de 1974) autoridades de este tipo alcanzaron reconocimiento constitucional genérico, disolviéndose con ello, en parte, el principio de jerarquía administrativa válido hasta entonces. Si el legislador establece tales órganos colegiados, a quienes pertenece al menos un juez independiente, de ello cabe deducir —de acuerdo con la mencionada disposición constitucional— que los miembros no judiciales de este órgano administrativo están también constitucionalmente fuera del orden jerárquico. En todos los casos en que tales órganos han sido establecidos se halla siempre latente la idea de garantizar la suficiente protección jurídica por medio de esta forma de organización y de la posibilidad de excluir la apelación al Tribunal administrativo (para descargar al Tribunal Supremo).

En casos particulares, el legislador ha asegurado la organización peculiar de tal órgano colegiado mediante una disposición constitucional especial (*lex specialis*). Ello se aplica, por ejemplo, en la Comisión para la determinación de prestaciones en el régimen estatutario de los funcionarios, en los tribunales de apelación durante el proceso tributario, en el de instancia y en el Tribunal de apelación en materia sancionadora financiera, así como en la Comisión de servicios civiles. (Se consideran también independientes —aunque sólo por ley ordinaria— los delegados de personal y el personal de confianza en el servicio público con arreglo a la Ley de representación del personal del Estado.)

c) Tribunales administrativos independientes³

Existen desde la enmienda a la Constitución federal de 1988, en vigor desde el 1 de enero de 1991. Son ante todo competentes:

- Para recursos en materia sancionadora administrativa, así como
- Para la impugnación de «actuaciones administrativas de hecho» (es decir, en la impugnación de actos de naturaleza coercitiva y del poder de mando policial inmediato).

El legislador ordinario está además autorizado para proveer también a estos órganos de ulteriores competencias, de manera que dichos órganos colegiados, también como de segunda instancia, puedan dotarse y organizarse fundamentalmente para cualesquiera otras causas administrativas.

La ventaja de esta organización se halla en la descarga de los tribunales superiores en materia contenciosa (del Tribunal administrativo y del Tribunal constitucional). Por otra parte, es cuestionable la posibilidad ya mencionada de que el legislador pueda establecer a su arbitrio tribunales administrativos independientes en otras materias para la instancia de recurso. Con ello se debilita la dirección unitaria de la Administración, pues no conduce ya el trámite a un órgano gubernativo superior, y porque los tribunales administrativos independientes no quedan fuera del principio jerárquico. Por eso se pone en duda finalmente la unidad de la acción administrativa, pues tampoco puede responderse políticamente ante los órganos del Gobierno por la actividad de los órganos independientes. Una responsabilidad política y jurídica de los órganos gubernamentales superiores sólo puede darse razonablemente en los ámbitos en que tales órganos tienen una posibilidad de influencia en la gestión administrativa (principio de intervención).

En efecto, la organización de los tribunales administrativos independientes, de los cuales existe una en cada territorio federal austríaco (*Bundesland*), es muy semejante a una jurisdicción contencioso-administrativa impropia. Dicha organización fue elegida para satisfacer los requisitos de la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) —especialmente su art. 6—. Los componentes de los tribunales administrativos independientes son cámaras administrativas independientes (libres de instrucciones) pero a diferencia de los jueces, con un mandato por un período funcional determinado. Estas garantías de independencia e imparcialidad son contempladas, sin embargo, como suficientes, ya que se trata de un tribunal en el sentido del art. 6 de la CEDH.

d) Órganos consultivos

En Austria no desempeñan ninguna función estatal por sí mismos, sino que se trata de órganos de asistencia administrativa para consulta de los titulares de la actividad resolutoria. Sus fundamentos jurídicos se encuentran:

- En normas legales especiales (*leges speciales*) (como, por ejemplo, la Comisión Oficial de Precios según la Ley de precios, el Consejo Supremo de Sanidad en la Higiene Pública, la Comisión de codificación para la elaboración del *Codex alimentarius* según la Ley sobre productos alimenticios, etc.), o

3. Al respecto, ante todo Rudolf Thienel, *Das Verfahren der Verwaltungsenate*, Viena, 1991.

● En el par. 8 de la Ley de ministerios federales. En virtud de esta disposición, el ministro federal puede procurarse algunos órganos consultivos dentro del marco de su ministerio (grupos de trabajo *ad hoc*, equipos de proyectos, así como juntas consultivas permanentes).

Estos sirven, en parte, para la incorporación de especialistas y, en parte, para la incorporación de grupos de intereses al proceso de la decisión.

Por encima de todas, los denominados Consejos Consultivos, órganos consultivos austríacos que poseen una notable tradición que se remonta históricamente en el tiempo.⁴ En el transcurso de los años se han ido multiplicando cada vez más y se encuentran en los diferentes ámbitos de la Administración.

Finalmente cabe mencionar:

e) «Representantes» de determinados intereses públicos

Aquí se trata de órganos administrativos, llamados por ministerio de la ley para la defensa de determinados intereses públicos ante otros órganos administrativos. Siguen un concepto de modelo desarrollado hace algún tiempo en los EE UU bajo la expresión *advocacy policy*. Tales órganos son, por ejemplo: los representantes para la Construcción en Carintia, para la Protección de la Naturaleza en Salzburgo, del Medio Ambiente en la Baja Austria, para los Incapacitados Físicos en Carintia, para Pacientes según las instituciones hospitalarias de los *Länder* y del Estado. A pesar de que dichos órganos se consideran normalmente independientes, gozan, sin embargo —aunque no posean intereses propios—, de la posibilidad de ser parte en el procedimiento administrativo, para el ejercicio de los intereses públicos a ellos especialmente confiados.

2. La Administración descentralizada y sus manifestaciones

Siempre que el desempeño de las funciones administrativas deba realizarse a través de otras entidades no estatales y por sus órganos se está hablando de Administración indirecta. Con la independización de los titulares se produce automáticamente una cierta independencia de sus órganos administrativos en la gestión administrativa. Su manifestación clásica es la Administración autónoma, aunque su desarrollo jurídico ha producido también numerosas formas de Administración descentralizada y, por tanto, indirectas.

a) Administración autónoma⁵

Como Administración autónoma se define, en general, la gestión administrativa de determinadas funciones por parte de personas jurídicas de Derecho público que ostentan un substrato personal determinado en cuyo interés tiene lugar la gestión administrativa. Una característica frecuente de este tipo es la elección de los órganos por el círculo de personas que compone el propio organismo autónomo administrativo. El criterio jurídicamente decisivo se halla, sin embargo, en la independencia de la gestión administrativa del organismo de Administración autónoma frente al Estado

4. Sobre esto ya escribió Max Layer, «Beiräte», en *Österreichisches Staatswörterbuch*, tomo I, Viena, 1905, pág. 436 y ss.; más tarde, Gustav E. Kafka, *Die Beiräte in der österreichischen Verwaltung*, Peters-Gedächtnischrift, 1967, pág. 168 y ss.; Elmar Puck, *Die Beiräte in der Verwaltung*, *Wirtschaftspolitische Blätter* 1970, pág. 168 y ss.; Elmar Puck, *Die Beiräte in der Verwaltung*, *Wirtschaftspolitische Blätter* 1970, pág. 38 y ss.; y Walter Antonioli y Friedrich Koja, *op. cit.*, pág. 331 y ss.

5. Véase al respecto Walter Antonioli y Friedrich Koja, *op. cit.*, pág. 410 y ss.

(sobre todo mediante la interrupción de la conexión entre la institución y la vía de decisión), debiendo existir al menos, por el motivo ya mencionado, un control estatal para la salvaguardia de la legitimidad de la gestión administrativa.

Así, existen diferentes formas y ámbitos de la Administración autónoma.

● La forma jurídica instituida más extensamente es la Administración autónoma *territorial* de los municipios. Sus órganos son, por regla general:

- El alcalde,
- El consejo municipal y la presidencia del consejo;
- Además, pueden establecerse todavía determinadas comisiones municipales y oficinas de control municipal.

● Existe una autonomía administrativa de carácter personal ante todo, en tanto que autonomía administrativa económica y profesional. El Estado ha organizado su propia persona en la representación de intereses organizados bajo la forma de cámaras de asociaciones profesionales (colegios profesionales), constituyéndolas en asociaciones obligatorias.

● La llamada Administración autónoma *social* se encuentra ante todo en forma de entidades de la seguridad social; éstas constituyen instituciones, pero poseen también rasgos de corporaciones y ciertos elementos de Administración autónoma.

● Finalmente, a veces se habla también de Administración autónoma *cultural*, refiriéndose con ello a la situación de las universidades principalmente, las cuales, sin embargo, sólo tienen carácter de institución y no gozan de ninguna autonomía completa frente al Estado. En tiempos más recientes aparecen tendencias en parte contrapuestas, cuando, por un lado, se concede a las universidades una considerable independencia económica y, por otro, la influencia estatal en la constitución de los órganos directivos debe ser más pronunciada.

b) La administración a través de otras personas jurídicas de Derecho público puede representar otra forma de descentralización de la Administración pública. Se encuentra en diferentes tipos, especialmente en la forma de:

- Corporaciones;
- Instituciones (con capacidad jurídica);
- Fondos (con capacidad jurídica) y, en todo caso — Patronatos (que, sin embargo, apenas juegan un papel significativo en el Derecho austríaco).

En el transcurso de la evolución jurídica y administrativa se están transfiriendo cada vez más funciones administrativas públicas hacia titulares jurídicos privados manteniéndose una cierta influencia y responsabilidad residual por la entidad pública matriz. Se habla aquí de una posición de garante del Estado. Tales son los casos apuntados a continuación.

c) Privados como «colaboradores»⁶

Aquí se trata del desempeño de funciones públicas en la forma de delegación y de asunción de deberes públicos. Siempre se trata, sin embargo, de la atracción de «ver-

6. Véase al respecto fundamentalmente Heinz Schäffer, «Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private (Beleihung und Inpflichtnahme)», en *Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte*, como 22 de la serie de escritos de la Cámara de Economía Federal, núm. 22, Viena, 1974, pág. 58 y ss.

daderos» particulares, los cuales no son incluidos como órganos en la organización administrativa, sino que permanecen privados y sólo desempeñan funciones administrativas delimitadas y determinadas, accesoria y accidentalmente. Por tanto, están agregados sólo funcionalmente a la organización administrativa.

d) «Empresas «separadas»⁷

Tales desvinculaciones en forma de empresa son instituciones del sector público que pueden tener lugar bajo principios jurídico-públicos o jurídico-privados. Para diferenciarlas de la administración empresarial, en la que el Estado gestiona una empresa bien directamente a través de sus órganos administrativos (p.e., correos), bien en la forma de una corporación económica no independiente que desempeña tales cometidos económicos (p. e., ferrocarriles y bosques federales), la tendencia constatada en los últimos años ha sido cada vez más la transferencia a entidades independientes. Especialmente en los últimos años se llegó a un estado de desvinculación a modo de «privatizaciones impropias»; es decir, la separación se produjo — más o menos — en la forma jurídico-privada, manteniendo el Estado, sin embargo, las acciones y la influencia decisivas y determinando en adelante las finalidades públicas y la gestión empresarial (p.e., la Caja Postal de Ahorros, el Dorotheum, la Casa de la Moneda Austríaca, las sociedades anónimas del monopolio estatal).

Según su forma jurídica, las empresas referidas pueden dividirse en:

- Empresas con capacidad jurídica especial y estatutos puramente jurídico-públicos;
- Empresas de capital, según el Derecho privado y el Derecho mercantil general, en todo caso con determinaciones especiales jurídico-públicas y concreción de objetivos. La mezcla de influencias jurídico-públicas y de formas jurídicas de Derecho privado puede ir tan lejos que resulta poco claro si realmente se configura como de Derecho privado o como de Derecho jurídico-público (así, por ejemplo, es discutible si el Banco Nacional de Austria, representante formal de una sociedad anónima, debido a sus muchas disposiciones especiales de carácter jurídico público, no debe ser considerado más bien como una institución pública en forma de sociedad anónima).

e) Empresas económicas con participaciones estatales o bajo dominio estatal

El dominio sobre empresas económicas puede tener lugar por participación financiera o por derecho estatutariamente determinado. Por este motivo se habla de dominio financiero u organizativo. Tales empresas sólo habrán de calificarse de empresas públicas en la forma jurídica-privada cuando sirvan a intereses públicos, conforme a la voluntad empresarial y según un eventual propósito de existencia (o al menos por su existencia).

II. La aplicación del Derecho privado por parte de las administraciones públicas

1. Generalidades

El Estado es primordialmente un fenómeno del Derecho público y está marcado por su poder coercitivo soberano. Posee una organización fundada en la autoridad y

7. Al respecto, por ejemplo, Bruno Binder, *Wirtschaftsrecht*, Viena-Nueva York, 1992, pág. 135 y ss.

por ello actúa también preferentemente con autoridad. Una actuación del Estado en la forma de Derecho privado no está asociada necesariamente con su conducta, pero sí prevista regularmente en los órdenes jurídicos modernos. Históricamente, la idea del Estado ha incluido la titularidad de la soberanía y al mismo tiempo la consideración de persona jurídico-privada, el denominado «fisco» (teoría de las dos organizaciones, antes conocida como «teoría del fisco»). Según esta construcción, sólo el fisco podría ser responsable por determinados ilícitos del Estado. Esta teoría, fundada sobre la base de la protección jurídica en la era absolutista, está hoy largamente superada por la idea de que el Estado es uno, la misma organización y la misma persona jurídica. Este titular del poder soberano también dispone, dentro del marco de su orden jurídico, de completa capacidad legal jurídico-privada (por tal motivo se habla también de una conocida «teoría de la identidad»). Este punto de vista se deduce de diversas disposiciones de la Constitución federal austríaca (art. 17 y 54 B-VG).⁸ Ello tiene como consecuencia que el Estado sea titular con capacidad patrimonial de derechos privados y disponga adicionalmente de una alternativa de acción jurídico-privada según sus formas de acción originarias jurídico-soberanas.

De ello se deriva sin embargo un problema: el Derecho privado recoge primariamente un orden de coordinación mutuo de los ciudadanos y se construye sobre la base de la autonomía privada, mientras que el Derecho público legitima las intervenciones soberanas necesarias, delimitándolas y disciplinándolas. Del principio del Estado de derecho hay que deducir fundamentalmente que la aplicación del Derecho privado por parte de los poderes públicos no pueden conducir a desmarcarse de los objetivos normativos y seguridades del Derecho público, es decir, a «socavarlas».

Por ello, una parte predominante de la doctrina jurídica sostiene también hoy la tesis de que, debido a la identidad de la persona jurídica, el Estado que actúa bajo formas jurídico-privadas se encuentra sujeto también a todas las vinculaciones derivadas del principio del Estado de derecho.

Excurso

Un problema especial, específico de Austria, se evidencia en la distribución federal de competencias. El art. 17 B-VG determina que las normas sobre distribución de competencias no resultan aplicables para la llamada Administración económica privada. Por consiguiente, la distribución de competencias es válida solamente para el acto soberano del Estado (en forma de leyes y de actos de autoridad de la Administración). Esto conlleva además que la Federación y los *Länder* pueden llegar a actuar en concurrencia, en todas las materias en la forma de Derecho privado. Así, pueden entrar en concurrencia persiguiendo determinadas finalidades administrativas bajo la forma de Derecho privado, en particular bajo la forma de administración por subvenciones (existe un último límite que resulta de obedecer los principios básicos de la Constitución federal, de forma que una autoridad no puede impedir las finalidades estatales de la otra bajo tales formas).⁹ La dirección de la articulación administrativa, normativizada según el principio del Estado de derecho, sólo es pensable en el sector de la

8. Bruno Binder, *Wirtschaftsrecht*, Viena-Nueva York, 1992, pág. 128.

9. Esta tesis fue creada por Heinz Peter Rill y Heinz Schäffer, *Planungskoordinierung im Raumordnungsrecht*, Viena, 1975, pág. 43 y ss.

Administración económica privada, de forma que no se irroge ningún título jurídico; únicamente es posible para los órganos administrativos en cada caso determinados por las leyes estatutarias o por las leyes de autovinculación de la Federación o del *Land*.

2. *La alternativa de actuación jurídico-privada de la Administración*

Dentro del marco de la organización estatal, es la Administración (no el poder legislativo ni el poder judicial) la llamada fundamentalmente a ejercer la capacidad jurídica del Estado en orden a su actuación jurídico-privada.

Como formas de actuación entran fundamentalmente en consideración todas las actuaciones jurídico-privadas que puede realizar una persona jurídica, a saber: contratos, declaraciones de voluntad de carácter jurídico-negocial, así como simples actos materiales sin significación normativa. No está prescrito ni determinado por el Derecho privado qué funciones u objetivos observa la Administración pública en las formas de actuación jurídico-privadas. La Administración puede llegar a actuar incluso con ánimo de lucro, utilizando el Derecho privado para el desempeño de una función pública (adjudicaciones de medios para la construcción de viviendas en la forma de Derecho privado en la forma de un contrato de préstamo o de fomento de una finalidad económica determinada mediante una garantía estatal para créditos privados). También es posible que ambos objetivos coincidan entre sí (por ejemplo, en correos, donde por una parte sirve para alcanzar objetivos contributivos, aunque también para proveer a la población mediante una prestación de infraestructura de alcance general). Por este motivo no resulta muy favorable ni ventajoso que la doctrina dominante utilice el término «Administración económica privada». Sería más correcto hablar en todos estos casos de «Administración no soberana». La respuesta a la cuestión sobre en qué forma debe producirse una determinada medida de la Administración debe ser contestada fundamentalmente conforme a la ley. Si de la ley no se deriva ninguna advertencia clara, los tribunales supremos austríacos opinan que «en la duda» puede permitirse una actuación «no soberana», ya que la coacción estatal, para el acto de autoridad, siempre requiere un fundamento legal específico. (Dicha argumentación sigue partiendo de la antigua concepción de que la protección jurídica contra el Estado en su actuación de autoridad es inferior que contra el Estado que actúa de forma jurídico-privada. En realidad, hoy se presenta prácticamente la situación contraria. Los déficits de protección jurídica se producen ante la Administración no soberana al no existir pretensión oponible en su contra. La adjudicación de un contrato estatal o la concesión de una subvención no pueden ser reclamadas judicialmente ante el tribunal porque no existe acción concreta contra ello en el marco del Derecho privado.) La cuestión reside en el legislador, que dispone de amplia libertad para decidir si encarga a la Administración el cumplimiento de la ley de forma soberana.

3. *Titulares de Derecho privado en la Administración pública*

a) En Austria no es el Estado en su sentido total, sino sus miembros a nivel territorial quienes ostentan capacidad jurídica y patrimonial: las entidades públicas territoriales de la Federación, los *Länder* y los municipios (art. 17 y 116, par. 2, B-VG). En el sentido de la teoría de la identidad, el derecho soberano de organización

regula de entre estas entidades públicas territoriales qué órgano administrativo concreto es competente para la representación jurídico-negocial de la entidad pública territorial en sus relaciones *ad extra* (así, según el art. 104, par. 2, B-VG, el ministerio federal competente; idénticas regulaciones contienen la Constitución de los *Länder* y las ordenanzas municipales).

b) La organización de la Administración estatal sólo está regulada por la Constitución en rasgos fundamentales, no en detalle. Con base en determinadas materias competenciales (art. 10, par. 1 y 13; art. 10, par. 1 y 16; y art. 15, par. 1, B-VG), el legislador federal y el legislador de los *Länder* están encargados de perfilar más detalladamente la organización administrativa de la Federación, de los *Länder* y de los municipios. En relación con las competencias en Derecho civil (art. 10, par. 1 y 6; y art. 15, par. 9, B-VG), dichos legisladores están también autorizados a conferir a los ámbitos concretos de la organización administrativa una porción de personalidad jurídica diferente de la de las entidades territoriales públicas. Por consiguiente, la legislación correspondiente puede crear tanto organizaciones público-jurídicas singulares (denominadas unidades administrativas con capacidad jurídica especial) con un patrimonio concreto excluido del presupuesto, así como «atribuir» determinadas funciones administrativas a dichas organizaciones. Ello puede tener lugar tanto para el desempeño de funciones administrativas en un sentido estricto (de medidas de intervención a través de técnicas jurídico-privadas en lo concerniente a la regulación del mercado agrario: por ejemplo, mediante fondos económicos para el mercado lácteo o para los cereales) como también para la actividad empresarial con ánimo de lucro (caso de la Caja Postal de Ahorros austríaca y de los bancos hipotecarios de los *Länder*). Susceptibles de transferencia son, en el sentido de esta construcción, sólo funciones administrativas que no impliquen autoridad y que podría desempeñar la misma entidad pública territorial («en nombre propio») bajo las formas de actuación de la llamada administración económica privada.

c) Además, las entidades públicas territoriales, debido a su capacidad jurídico-privada, están capacitadas para instituir mediante contrato de naturaleza civil a otras personas jurídicas de Derecho privado y transferir funciones administrativas a estas unidades con capacidad jurídica especialmente determinada. Para ello están sujetas a la tipología de las personas jurídicas de Derecho civil, mercantil y de sociedades (asociaciones jurídico-privadas, pero igualmente sociedades mercantiles y comanditarias, de responsabilidad limitada y anónimas, etc.; la incorporación en consorcios y *holdings* también es posible). Una construcción más detallada por parte del Estado sólo es dable en tanto que las leyes le concedan libertad de configuración según un estatuto de naturaleza jurídico-privado. Única y exclusivamente el Estado, al disponer de la competencia sobre Derecho civil, puede instituir también para sus fines un derecho de sociedades especialmente diferenciado (lo que ha hecho en parte, como muestran los ejemplos del Banco Nacional Austríaco y el *holding* estatal «Administración Austríaca de Industrias, SA»). El manejo de tales transferencias jurídico-privadas es posible de muchas maneras: una primera vía mediante la legislación, también mediante un convenio especial de funciones y, finalmente, y no menos importante, mediante dotaciones financieras.

Cuando se dan estas vinculaciones singulares jurídico-públicas, sus condiciones vienen expresadas de forma directa en la correspondiente ley. Sin embargo, muchas veces al elegirse una forma de configuración jurídico-privada se regula la obligación

de someterse a las vinculaciones jurídico-públicas en el estatuto de la sociedad respectiva (denominada como transformación estatutaria).

d) Si se elige una forma de organización jurídico-privada para determinadas actividades administrativas, especialmente de carácter prestacional, de ello se deriva inevitablemente la forma de actuación jurídico-privada. En estos casos su prestación a los partidarios sólo puede realizarse según las formas jurídicas de Derecho privado.

e) Causas y efectos de «la separación», por lo que respecta a formas de organización jurídico-privadas:

- Dirección empresarial según principios económicos.
- Organización «hecha a medida»: decisiones más rápidas pero en ocasiones también menor responsabilidad y controles políticos.
- En las empresas: política de personal más flexible (por el hecho de evitar el Derecho de la función pública; contrariamente, y precisamente por la circunstancia de que el derecho de la función pública y sus efectos protectores están vigentes y son procedentes, puede darse el caso de que se impida una privatización efectiva —como ofrece una muestra la necesidad de reforma de los ferrocarriles austríacos, conocida desde hace decenios, sin resultado hasta la actualidad debido a la oposición de los sindicatos ferroviarios).
- Menores vinculaciones de derecho presupuestario; manteniéndose, por lo general, la posibilidad de una planificación financiera y de inversión más a largo plazo, lo cual es necesario y deseable para determinados ámbitos económicos.
- Limitación de la responsabilidad.
- Motivos fiscales, especialmente en la llamada unión municipal horizontal, aplicada conscientemente para la compensación de pérdidas y ganancias en ámbitos de prestaciones particulares (por ejemplo, entre suministro de energía y empresas de transportes de los municipios; la legalidad de tal alianza horizontal es discutible, además, por contravenir la realidad presupuestaria y la neutralidad competitiva).
- Por medio de entidades autónomas, es posible una cooperación de las entidades públicas territoriales, tanto con otros titulares de soberanía como con titulares privados, sobrepasando sus límites competenciales. Un conocido ejemplo lo ofrece en Austria la «Publicidad turística de Austria»: una empresa de publicidad turística organizada como asociación, de la que el Estado y los *Länder*, así como la Cámara de Economía Federal, forman parte; por consiguiente, pueden desarrollar una actividad de fomento que excede de su límite de competencias. Otro ejemplo clásico en Austria lo ofrecen las sociedades especiales de construcciones viales, en las que el Estado y el *Land* interesado en concreto cooperan conjuntamente, dedicando una prefinanciación a las carreteras de primer orden que en el fondo incumbe al Estado, percibiendo dinero del mercado internacional de capitales en la mayoría de los casos. El ejemplo anteriormente citado muestra la desventaja de tal construcción. Si la cooperación en forma de entidades jurídicas autónomas se establece sistemáticamente, y en ámbitos de gran necesidad financiera, se produce una «compensación financiera gris» que deforma la responsabilidad financiera verdadera.
- Un motivo especial justificó en la creación del *holding* estatal austríaco ÖIG en 1967, donde se pretendía reducir la influencia política directa sobre las empresas monopolizadas, a través de la interposición de un nivel orgánico de economía empresarial.

f) Sobre la admisibilidad jurídica y sobre las consecuencias jurídicas de desintegración expuestas, especialmente en forma jurídica-privada, cabe decir lo siguiente:

El orden jurídico austríaco no conoce¹⁰ ninguna reserva de función que salvaguarda de la práctica de actividades administrativas de autoridad a los funcionarios, en la medida que la Constitución federal austríaca es más flexible y moderna que la Constitución alemana, al haber reconocido que el estatuto jurídico funcional del personal administrativo no tiene que ver necesariamente con su modo de actuar. Efectos directos de cierre deducibles del principio democrático y del principio estatal del Estado de derecho, como se admiten en Alemania,¹¹ no han sido discutidos hasta ahora en Austria.

Las consecuencias de la referida desmembración consisten en una cierta reducción de los controles políticos y financieros.

- El derecho de interpelación parlamentaria se refiere a la gestión del Gobierno federal (consúltese art. 53 B-VG, par. 90, de la Ley de régimen interior del Consejo Nacional), pero no al de las empresas en dominio. En la práctica estatal se ha dado siempre una actitud discrepante. Especialmente se ha manifestado en la respuesta a interpelaciones parlamentarias sobre la reforma más reciente de empresas estatizadas. El ministro federal competente se ha abstenido a menudo de ofrecer información alegando la personalidad jurídica diferenciada del Estado y de estas empresas, sobre las que él no tenía ninguna injerencia directa. Sin embargo, las interpelaciones habían sido transmitidas a las empresas en la mayoría de los casos y sus respuestas comunicadas normalmente al Parlamento —por cortesía—. En forma contraria, el ministro federal competente ha rechazado dar respuesta a varias preguntas delicadas, basándose en la Ley de protección de datos y alegando que ésta protege también la esfera empresarial de las sociedades.¹²

- De modo similar a lo expuesto anteriormente sobre el control parlamentario se suceden las cosas en el control de anomalías mediante el Defensor del Pueblo, referido igualmente a la Administración federal. Con lo que se excluye una observación directa y una crítica por el defensor del pueblo sobre las empresas propias o sobre las entidades administrativas autónomas, porque no se trata propiamente de Administración del Estado, y sólo como tal puede someterse al correspondiente control de supervisión de la Federación (art. 148.a B-VG).

- De esto difiere el control financiero por parte del Tribunal de Cuentas, el cual no sólo debe revisar la economía estatal inmediata de la Federación o de los *Länder*, sino que también puede revisar gestión de medios estatales (como, por ejemplo, la gestión de un titular de subvenciones) y la gestión económica de las empresas dominadas en gran parte por el sector público. Por otra parte, algunas empresas con participación pública minoritaria están excluidas, de derecho, de tales controles, porque, predominando la parte privada, tampoco podría hablarse, ni siquiera en sentido amplio, de una administración pública indirecta.

Con respecto a la posibilidad de intervención y de control que de ello se deriva todavía cabe añadir: la vinculación a objetivos públicos se desprende, en las institu-

10. Como sí reconoce, por ejemplo, el art. 33, par. 4, de la Constitución alemana.

11. Véanse las introducciones y notas al *Informe de la nación alemana* de Ossenhühl, pág. 8.

12. Doy esta interpretación por errónea, aunque actualmente es práctica estatal dominante.

ciones autónomas y en empresas, en parte inmediatamente de la ley, y en parte de una determinación exigida por la ley plasmada en los estatutos de estas empresas (transformación estatutaria). En las sociedades de capital, especialmente en las sociedades anónimas, apenas es posible una influencia estatal generalizada. Una transposición directa de la voluntad estatal en la gestión comercial de las sociedades anónimas no es posible puesto que el Derecho de sociedades anónimas vincula al consejo de administración para el cumplimiento de las finalidades estatutarias de la empresa, haciéndole responsable de ellos. La intervención del Estado es, por tanto, únicamente posible por vía de la política de personal, que a su vez se mueve en los límites del ámbito financiero. Lo que trae consigo el problema de la politización. En ocasiones las leyes especiales reguladoras de su constitución concretan poderes directivos específicos (así, por ejemplo, en las sociedades especiales de construcciones viales y en las sociedades ASFINAG, creadas para la financiación de otras sociedades).

4. *Formas de actuación jurídico-privadas*

Contrariamente a la situación jurídica alemana, el contrato jurídico-público no constituye ninguna forma genérica de actuación de la Administración pública reconocida en el Derecho austríaco. Está considerado lícito sólo cuando la ley lo prevé expresamente y, en todo caso, desde el punto de vista de sus efectos, presupone un acto administrativo que puede impugnarse en vía de recurso (de tal manera que la protección jurídica del Derecho público despliega todos sus efectos).

Tampoco la subvención ha dado lugar en Austria a una aplicación de la forma contractual jurídico-pública, porque o bien la subvención puede ser concedida mediante un acto administrativo de autoridad (entretanto ya son conocidas en Austria tales configuraciones legislativas) o bien se otorga mediante un acto administrativo (o a través de la mera formación interna de la voluntad administrativa) por medio de un negocio jurídico-privado (esta realización corresponde al modelo de la «teoría de los dos niveles», desarrollada por Hans Peter Ipsen).

Los campos de aplicación de las formas de actuación jurídico-privadas pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) Cada Administración realiza desde hace mucho tiempo las tareas de cobertura de necesidades aptas para el funcionamiento del organismo estatal, especialmente de la propia Administración. Entre ello se cuenta no sólo la consabida compra de tintas y lapiceros, sino también todo el autoabastecimiento público (como el alquiler de edificios administrativos, la compra de automóviles y máquinas y, en caso necesario, también el empleo de personal de régimen laboral). Se trata de la administración de intendencia sin propósito intervencionista.

b) Otra dimensión y propósito tiene la práctica de adjudicaciones públicas. Esto significa la adjudicación de contratos jurídico-públicos para la construcción de instalaciones de infraestructura y para la realización de obras públicas (construcciones viales, canalización, construcción de protecciones contra el agua, etc.). Dichos proyectos no son ejecutados por regla general por la propia Administración, sino que son sacados a licitación pública y realizados a través de contratos de ejecución de obras por particulares. Los principales problemas de regulación se hallan en el procedimiento reglamentario para información y selección del mejor licitador, o bien del más barato,

evitando al mismo tiempo restricciones abusivas de la competencia (improcedencia del cártel de concurso).

c) Problemas similares de objetivización los encontramos en la adjudicación de subvenciones, en tanto que no originan una pretensión jurídica, sino que se adjudican con cargo al presupuesto —lo que predominantemente ocurre en la mayoría de los casos—. La forma jurídica de ejecución puede adoptar diferentes formas jurídico-privadas, como por ejemplo el típico contrato de subvención (que, a causa de su vinculación a la finalidad pública no debe calificarse como donación), contratos de fianza personal y de garantía, contratos de préstamo, etc.

d) Finalmente, la participación de la Administración en la actividad económica de carácter competitivo pertenece al ámbito de aplicación de las formas de actuación jurídico-privadas.

- Esto puede tener lugar teóricamente —al igual que en la persona privada (capitalista)— mediante inversiones para obtener intereses de renta. A la vista de la actual situación financiera del presupuesto del Estado, ello no constituye ninguna variante real. A lo sumo plantea el problema de si los medios públicos, acumulados para determinados propósitos (fondos de la Administración), se disponen ordenadamente de manera económica, es decir, si se invierten a corto plazo mediante pactos de rentas correspondientes hasta su utilización.

- Mayor significación alcanza la participación del Estado en el tráfico económico en forma lucrativa, sea directamente, sea en forma de empresas organizadas jurídico-privadamente.

A la vista del predominio económico del Estado (medios de financiación prácticamente ilimitados, conjunto de funciones soberanas y no soberanas, poder especial de información) surge la cuestión de si la actividad de la Administración posee algún límite. Formulada jurídicamente, la pregunta sería si no se debería tener presente un principio de subsidiariedad general. En el sentido negativo del principio de subsidiariedad, el Estado tendría el derecho de actividad económica allí donde los impulsores económicos privados no ofrecieran bienes materiales y prestaciones en el mercado, o resultarían insuficientes. En el sentido positivo, el principio de subsidiariedad podría significar que el Estado estaría obligado directamente a la actividad económica allí donde el sector privado no ofreciera en absoluto determinados bienes materiales y prestaciones en el mercado, o resultarían estos insuficientes.

En el régimen constitucional austríaco no es deducible un principio de subsidiariedad, al menos en su sentido negativo.¹³ Una tal delimitación del margen de manobra del Estado no existe: ni las entidades públicas territoriales gozan de capacidad jurídica parcial, ni la actuación de los órganos estatales se restringe más que por la prohibición de la arbitrariedad. Por lo que se refiere a los municipios, la garantía de su propio radio de acción está formulada ampliamente, debiéndose entender que les está garantizada una actividad económica sin restricciones, derivada de la Constitución. En algunas ordenanzas municipales se contienen cláusulas de subsidiariedad por las cuales los municipios participantes en la organización de empresas económicas han de considerar que su propósito no puede ser llevado a cabo por otras empresas en la

13. Bindér, *op. cit.*, pág. 142, [Rz] 479.

misma forma. Tales cláusulas apenas se observan actualmente, siendo señaladas asimismo por la doctrina como constitucionalmente cuestionables, pues los municipios son titulares de derechos fundamentales (libertad de comercio).¹⁴

Otras vinculaciones de la Administración son, por otra parte, completamente aceptadas al menos en teoría. Esto es válido ante todo para la vigencia de los derechos fundamentales (conocida como vigencia fiscal) frente al Estado que negocia y actúa en formas jurídico-privadas. He aquí meramente el principio de igualdad, que obliga a tratar por igual a los socios económicos privados del Estado y puede llegar a alcanzarse, en caso extremo, sobre la base de un convenio forzoso reconocido por los tribunales.¹⁵

e) ¿«Huida» al Derecho privado?

Sin embargo, la aplicación de las formas de actuación jurídico-privadas puede estar motivada en muchos casos más por la idea de eficacia que por otros motivos; de ello resulta la flexibilización ya presentada de diferentes vinculaciones jurídico-públicas (extralimitaciones de competencia, imprecisión de responsabilidades financieras, reducción de controles políticos y financieros). No obstante, más decisiva que esta circunstancia es la conexión formal de los mecanismos de protección jurídica con la forma jurídica elegida. Sólo cuando la actuación administrativa está concluida en forma de resolución de autoridad es posible en última instancia el recurso ante el Tribunal administrativo o el Tribunal Constitucional. Por el contrario, si es elegida una forma de actuación jurídico-privada, no se contempla en esta relación general ninguna acción legal, porque en el marco del Derecho la Administración posee la correspondiente autonomía privada para la configuración de ámbitos de actuación. Por esta razón el control a través de tribunales civiles funciona sólo en caso de excederse por uso abusivo de una situación en régimen de monopolio que podría conducir hacia un tratamiento desigual y arbitrario. Sin embargo, la obtención de una acción de prestación en la vía civil no es posible mediante la conclusión de un contrato, ya que precisamente en esta relación no son dobles acciones.

III. Sobre el problema de la privatización

1. Sobre el concepto¹⁶

Ante todo hay que preguntarse cuándo puede hablarse de privatización. Fundamentalmente puede decirse que la definición de privatización revela muchas facetas y

14. Binder, *op. cit.*, pág. 141 y ss.

15. Ejemplos presentados en la adjudicación de contrataciones forzosas en que el Estado debe posibilitar también al propietario colindante el acceso de su propiedad a una carretera nacional construida por el Estado. Otro ejemplo concierne a la Radio Nacional austriaca, la única entidad oficial de radiodifusión austriaca permitida en la actualidad, cuya publicidad no cabría conceder a ningún otro medio de comunicación.

16. Véase, a tal efecto, Heinz Schäffer, «Privatisierung in Österreich», *Österreichisches Jahrbuch für Politik* 1988, pág. 615 y ss.; Heinz Schäffer, «Les privatisations en Autriche», en Charles Debbasch (ed.), *Les privatisations en Europe*, París, 1989, pág. 169 y ss.; Sabine Kraft y Gabriel Obermann, «Privatisierungen in Österreich und in anderen westeuropäischen Ländern. Ein Überblick», en Friedrich Schneider y Markus Hofreither (eds.), *Privatisierung und Deregulierung öffentlicher Unternehmen in westeuropäischen Ländern. Erste Erfahrungen und Analysen*, Viena, 1990, pág. 58 y ss.

de ningún modo debe equipararse con «desnacionalización». Privatización siempre es desnacionalización, aunque desnacionalización no siempre es privatización, sino un concepto más amplio. Ésta abarca, junto a la desburocratización, o sea, la desregularización (simplificación de normas jurídicas y administrativas y supresión de fatigas burocráticas a los ciudadanos), la privatización de prestaciones públicas de servicios, así como el cambio de la forma de organización de funciones estatales (viene a representar la transformación de un puesto administrativo público en una forma económica jurídico-privada sin transferencia de propiedad). También se describe como la creciente asunción de funciones colectivas a través de organizaciones autónomas privadas (grupos de ciudadanos, organizaciones autónomas de ayuda, asociaciones, etc.) entre las cuales debe clasificarse (sus esquemas básicos y lemas: «menos Estado, más sector privado»).

Tanto en las ciencias económicas como en las ciencias de la Administración (jurídica) se ha impuesto hasta hoy un concepto unívoco de privatización. De todos modos, es posible determinar las siguientes características principales del término «privatización»:

- Traslación total o parcial de la propiedad de empresas públicas o de bienes de la Hacienda pública a particulares.

- Transformación de la forma de organización y de la forma jurídica de las instituciones públicas; por ejemplo, independización de empresas públicas con forma jurídico-pública o especialmente con forma jurídico-privada: en estos casos se habla de «privatización jurídica» o de privatización de organizaciones (privatización formal), perdurando la competencia y responsabilidad del Estado sobre la base del desempeño de las funciones.

- Traslación total o parcial de la dotación de bienes y prestaciones al sector privado (*contracting out*, privatizaciones funcionales o de funciones).

- Finalmente, algunas veces también son caracterizadas como privatizaciones las variaciones en la estructura empresarial interna y la intensiva introducción de formas de conducta económica de carácter privado en la dirección de empresas públicas. De hecho, se trata de una transformación de los objetivos empresariales o de determinadas estrategias de comercialización.

De las formas antes mencionadas, la privatización formal ha jugado en Austria por encima de todas un papel importante durante algún tiempo. Esto es, se produjo la traslación de funciones públicas, que hasta ahora habían sido desempeñadas por el Estado en forma de empresa *en regie* o de empresa propia, hacia formas de organización jurídico-privadas (especialmente sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada). Cuando estas empresas de capital son dominadas financiera y/o organizativamente por la Administración, nos encontramos ante sujetos jurídicos privados según su forma, pero según su contenido, ante subordinados del Estado (privatización impropia). Esto puede llevar aparejadas las ventajas de economía de empresa y financieras (métodos de dirección, posibilidad de financiación a crédito), pero la responsabilidad última sigue residiendo todavía en el Estado. Este tipo de privatización (impropia o meramente formal) sirvió ante todo en los años setenta u ochenta para originar la libertad de decisión empresarial; sin embargo, no juega ningún papel en el nuevo debate sobre la privatización, ya que se trata aquí sólo de una separación de la

Administración ministerial, sin que nada cambie en el «régimen real de la propiedad».

En un sentido más estricto sólo puede hablarse naturalmente de privatización cuando se efectúa la transferencia de propiedad o de funciones por parte del Estado a (auténticos) sujetos privados.

2. *Historia de la privatización en Austria*

La historia es, por así decirlo, un espejo de las concepciones económicas y político-empresariales. Las oleadas de estas actividades están relacionadas también con los problemas de las finanzas estatales. De hecho, la privatización tiene en Austria una larga historia repleta de cambios. Ya en el siglo XVIII (1769) se tomó por vez primera la decisión fundamental de enajenar todas las fábricas estatales, pues el Estado debía obtener beneficios o al menos no sufrir pérdidas. Sin embargo, sólo se obtuvieron ventas de poco valor. Un papel más importante lo jugó la privatización en el sector de los ferrocarriles en el siglo XIX. En dos ocasiones se cambió el sistema ferroviario, de privado a estatal; finalmente, la incipiente crisis económica mundial de 1873 hizo necesaria una nueva nacionalización de los ferrocarriles, sin cambios esenciales hasta hoy. Por lo demás, ya ha sido mencionado que incluso antes de finales de siglo se formaron numerosas empresas públicas mediante la municipalización de empresas para el abastecimiento de gas y electricidad. Así se ha permanecido esencialmente por mayor tiempo. En los años veinte del presente siglo se suscitó la reclamación de desnacionalización por parte del gobierno social-cristiano (sobre todo contra el Ayuntamiento de Viena, que había fomentado enérgicamente las organizaciones municipales). Se pensó también en la venta de terrenos forestales federales, de la imprenta estatal e incluso de la red telefónica. Sin embargo, no han sido más que meras declaraciones de intenciones. No obstante, inmediatamente después de la II Guerra Mundial no fue la privatización, sino la nacionalización lo que estuvo en el centro de los debates. Fue solicitada por los socialistas aduciendo motivos ideológicos y de economía nacional, y fue aceptada por los conservadores especialmente para la protección de la propiedad nacional ante la intervención de las potencias ocupantes aliadas. Tras el Tratado de Estado de Viena de 1955, la cuestión de la nacionalización volvió a actualizarse, y se llevó a cabo una privatización parcial de algunos bancos nacionalizados mediante la distribución conocida como «acciones populares» (de cara a una mayor dispersión de la propiedad). Pese a todo, y en suma, la posición dominante del Estado no fue reducida esencialmente a través de tales medidas en la vida económica austríaca. Finalmente, el factor desencadenante del nuevo y amplio debate político sobre la privatización fue el retroceso catastrófico de la industria nacionalizada austríaca, que precisó un saneamiento en 1986. En la extensa privatización parcial entonces introducida prevaleció el punto de vista pragmático de sacar del apuro a las empresas y al mismo tiempo de aliviar o consolidar el presupuesto nacional.

3. *Marcos jurídicos de la privatización*

a) La Constitución austríaca es muy parca en cuestiones político-económicas. Tampoco contiene ninguna determinación referida a la privatización, ya sea como

prohibición de la privatización,¹⁷ ya como disposición de una forma jurídica determinada para la privatización.¹⁸

Existen unas meras determinaciones en el sector del suministro de electricidad desde la última enmienda a la segunda Ley de nacionalización, con categoría de disposición constitucional, prohibiendo una cesión de la parte pública (en general el 51%) en el suministro de electricidad estatal.

b) ¿Qué se privatiza? (Ámbitos de privatización)

En el debate sobre la privatización se oculta cierta crítica fundamental de las funciones estatales. Surge la cuestión de si cada actuación administrativa es privatizable o si existe un núcleo inviolable de estatalidad. En caso afirmativo, dónde y en qué se funda dicha inviolabilidad.

Seguramente existe una idea confusa sobre el núcleo esencial de la privatización. Las clásicas actividades estatales soberanas no son ciertamente privatizables (legislación, justicia, la clásica administración interna). Que la justicia se considere no privatizable se explica por el hecho de que constituiría un abandono del monopolio del poder estatal cuya consecuencia sería una reincidencia en el estatuto jurídico arcaico de la autodefensa. Tampoco se plantea en Austria una privatización del ejercicio de la justicia (por ejemplo, en cuanto a las instituciones penales), ni sería recomendable político-jurídicamente (a pesar de que en los EE UU tales reflexiones sean tomadas en consideración).

Hay que establecer diferencias acerca de las funciones de la Administración. La Administración clásica soberana (interna) en tanto que administración gubernativa no será privatizable, sólo en parte desburocratizable (cese de algunos controles exagerados, regímenes de autorización, etc.).

Por lo que se refiere al ámbito de la administración de prestaciones, deben tomarse en consideración ante todo las instituciones. Interesante resulta el hecho de que hasta ahora sólo hayan sido privatizados unos pocos hospitales públicos (en Vorarlberg y Estiria), de cara a flexibilizar plantillas y para racionalizar la adquisición de aparatos y materiales costosos.

En el extenso ámbito de la administración económica privada se considera actualmente ante todo la privatización del mantenimiento de carreteras y del servicio de su limpieza en invierno. Es inminente la preparación de una transferencia de la administración de edificios estatales a una «sociedad inmobiliaria estatal». Ésta no sólo deberá administrar el estado de los inmuebles alquilados, sino que también deberá gestionar los edificios a cargo de las oficinas e instituciones estatales —a cambio de una compensación en concepto de gastos por parte de dichas oficinas estatales—. Mediante esta acción también se pretende mejorar la concienciación respecto a los costes de la Administración pública.

Por lo que se refiere a la privatización como enajenación de objetos patrimoniales propiedad de la Administración, se contempla la siguiente imagen. A nivel federal se ha puesto en marcha una «privatización parcial», en cuyo marco ha sido enajenada hasta ahora una cantidad preestablecida de participaciones en sociedades anónimas.

17. Algo así como en Portugal.

18. Véase Instituto Fiduciario (Alemania), Kupon-Lotterie (Checoslovaquia), etc. Métodos clásicos de trasposición de la propiedad son: *going public*, *Verkauf an anderen Privatunternehmen*, *debt-equity-swaps*.

Pueden mencionarse especialmente: la compra de acciones de la Empresa Nacional Petrolífera (ÖMV) y la de la línea aérea nacionalizada AUA, así como una privatización parcial de la Sociedad Unificada Suministradora de Electricidad. Luego se ha venido discutiendo la venta de préstamos del Estado para la edificación de viviendas (préstamo de fondos para reconstrucción de viviendas y de fondos federales de establecimiento y de viviendas). En la mayoría de casos se trata de acciones tendentes a reunir fondos para, por una parte, asegurar el presupuesto del Estado y, por otra, posibilitar la reestructuración de las empresas mencionadas, y nuevas iniciativas económicas.

Nos encontramos ante una «privatización impropia» cuando el Estado renuncia a su patrimonio o a su participación, confiándolos luego a un subordinado del Estado para el desempeño de las funciones o de la administración de las participaciones. Muestra de ello son las empresas especiales creadas desde hace años para la planificación y financiación de autopistas en trayectos montañosos difíciles, así como los cambios más recientes en la economía nacionalizada de Austria. La sociedad unificada antes mencionada se ha hecho cargo, en virtud de un mandato legal, de las participaciones federales en las empresas especiales del Estado, convirtiéndose así en un *holding* de propiedad y, en definitiva, en un gran consorcio eléctrico altamente centralizado. Algo parecido sucedió poco antes en el sector de las empresas de industrias nacionalizadas, que se unieron a una sociedad anónima austríaca de administración industrial (ÖIAG) alcanzando tal función de *holding* de propiedad de cara a la administración de participaciones del Estado.

Una privatización impropia se dio también en la venta de la regalía de acuñación (Casa de la Moneda), transformada primero en sociedad anónima (Münze Österreich AG) y luego vendida por el Estado al Banco Nacional de Austria. En realidad sólo fue una acción de reunión de fondos para el saneamiento del presupuesto del Estado.

Se puede hablar de una privatización parcial auténtica cuando las participaciones se traspasan a verdaderos sujetos privados (personas físicas o también jurídicas no dependientes del Estado). Esta forma de privatización es fundamentalmente una medida política económica y social. Su finalidad radicaría ante todo en la enajenación de aquellas empresas o de aquellas contribuciones empresariales, donde la finalidad pública originaria quedaría suprimida o sería mejor alcanzable por otro medio (por ejemplo, cese de carencias de capital o cese de determinadas prestaciones de producción económicamente precisas a nivel nacional en un momento dado). Además, la privatización serviría especialmente también para configurar la propiedad con mayor dispersión entre la población.

c) ¿Cómo se privatiza?

En vista de su significación económica y política, es curioso que no haya ningún procedimiento adecuado de privatización a través de normas y controles formalizados. Las diversas privatizaciones fueron y son decididas caso por caso por las fuerzas políticas. No siguen ninguna concepción general ni mucho menos ningún procedimiento estructurado homogéneamente u ordenado jurídicamente. Tampoco existe un concepto definido de la privatización. En la praxis, los pasos de la privatización son establecidos esencialmente según las observaciones del ministro de Hacienda y conforme a los acuerdos del Comité de Negociaciones de los partidos integrantes de la coalición del Gobierno federal. Los trámites económicos tienen lugar en la mayoría de los casos por

medio de un consorcio de bancos. Por lo que se refiere a la valoración de los bienes a privatizar, se han desarrollado en algunos *Länder* normas organizativas y procedimentales (por ejemplo, comisiones especiales, valoración por la propia Administración, informes consultivos y auditorías o intervención de órganos jurisdiccionales); procedimientos de este tipo no existían en absoluto en Austria. Seguramente los órganos estatales, administradores de las participaciones en las empresas de capital, tienen nociones sobre el valor económico real; además, se solicitan algunos informes de expertos referidos, sin embargo, y por lo general, únicamente a una determinada empresa individual.

a) ¿Por qué se privatiza?

Por lo general, no sólo por motivos ideológicos sino también por motivos de índole económica y por la coacción que origina el déficit presupuestario. El endeudamiento del Estado ha alcanzado actualmente tales cifras que, en muchas ocasiones, sólo pueden pagarse los intereses de antiguas deudas con nuevos ingresos a crédito. Debe producirse, por consiguiente, una consolidación del presupuesto, realizada no sólo sobre una reducción de los gastos, sino también respecto al desarrollo de nuevas fuentes de ingresos. Junto a los motivos económicos también nos encontramos con nuevas orientaciones sociales e ideológicas. Mientras que el principio de subsidiariedad ha sido sostenido desde tiempo atrás por los círculos de pensamiento económico conservador («el Estado es el peor empresario»), también se ha producido un cambio en los estratos y opiniones sociales de la socialdemocracia austríaca. Todo ello ha conducido, a partir de 1986, hacia un «cambio» parcial en la política económica estatal y en la política fundamental para Austria.

e) ¿Qué permanece público en Austria?

Siguen permaneciendo públicos enormes sectores: los ferrocarriles estatales, los bosques estatales y las obras públicas viarias en su totalidad. Además, a pesar de la privatización parcial, permanecen en manos públicas las empresas estatales de electricidad y petróleo, así como los mayores bancos.

IV. El desempeño de funciones públicas a través de particulares (colaboración administrativa de particulares)

1. En numerosos casos el Estado recurre, para el desempeño de sus funciones, a algunos ciudadanos o a empresas privadas. Cuando la función es desempeñada en beneficio del Estado sin ejercicio del poder soberano, se está hablando de «obligación» o de «asunción de servicio»; por el contrario, cuando para la ejecución de estas funciones el Estado les traspasa algún poder soberano, recibe el nombre de «delegación». Sobre todo en el primer caso mencionado podría ser difícil determinar si se trata de una obligación propia del sujeto privado, o si éste, mediante tal ejercicio, desempeña en realidad una función estatal. Para tal delimitación serán de aplicación los fundamentos de derecho político-jurídicos del legislador; un indicio especial de que se trata de una función pública aparece cuando se establece la cesión gradual de la función para los sujetos privados, traspasándola en primer lugar a particulares para su ejercicio, para ser desempeñada a fin de cuentas de manera subsidiaria por oficinas públicas estatales (posición garante del Estado).

2. *Tipología*

a) Administración mediante delegados

Esta forma de gestión de la Administración consiste en que personas naturales o jurídicas de Derecho privado reciben el encargo de adoptar actos de la Administración soberana en nombre propio. En consecuencia, el titular de la delegación sigue siendo privado, aunque esté provisto parcialmente de poder jurídico de autoridad; funcionalmente es equiparable a una autoridad sin estar incorporado en la organización de la autoridad. Casos ilustrativos del orden jurídico austríaco:

- El Banco Nacional Austríaco está dotado por la Ley de divisas para el ejercicio de funciones oficiales relativas a divisas y puede promulgar, en virtud de tal función, actos administrativos (resoluciones) y disposiciones.

- La Asociación de normativas puede instituir y publicar, según la Ley de normativas, normativas técnicas (normativas austríacas, en comparación con las normativas alemanas DIN).

- También se confieren a los sujetos privados particulares competencias específicas de soberanía en los diferentes ámbitos administrativos. Tratándose de órganos de protección forestal, órganos de control de caza y pesca y de guardas rurales, éstos desempeñan competencias de policía, al menos, en interés del propietario o de quienes ejercitan sus derechos, pero no como sus representantes, sino como órganos policiales, accediendo a la función mediante juramento ante las autoridades.

- Tienen competencias policiales complementarias, por ejemplo, los organismos de vigilancia y de mantenimiento de carreteras en cuanto a las limitaciones imposterables de tráfico; las personas privadas (por ejemplo, padres) en cuanto a seguridad vial escolar, los órganos de control ferroviario, los comandantes de aeronaves y los capitanes de barcos.

b) Asunción de la obligación correspondiente

Personas privadas quedan obligadas en ocasiones para el cumplimiento de numerosas funciones administrativas de naturaleza soberana, de tal manera que se comprometen por la ley a desempeñar funciones auxiliares específicas. Ejercen, sin duda, funciones administrativas en el ámbito de la Administración de autoridad; no obstante, no pueden acordar por sí mismas actos de autoridad. Ejemplos:

- Órganos de control y de recuento de acuerdo con la Ley federal de estadística.

- Retenciones y pago de cotizaciones a la Seguridad Social y de impuestos sobre rendimientos del trabajo personal a través de los empresarios; recaudación de impuestos sobre vehículos motorizados por parte de empresas de seguros.

- Labor de vigilancia técnica (especialmente la inspección regular de vehículos motorizados aptos para circular y su incidencia en el medio ambiente; incluso la función del deshollinador según la Ley de protección del medio ambiente atmosférico).

La obligación puede también presentarse de tal manera que el colaborador privado de la Administración queda sometido a vinculaciones soberanas por la adopción de actos jurídico-privados y actos reales en favor de la comunidad, lo cual puede parecer directamente un desempeño de funciones públicas. Tales limitaciones jurídico-públicas de la libertad contractual son obligaciones de la gestión.

Existen además multitud de tareas públicas, en cuyo cumplimiento puede contemplarse la colaboración de particulares a la Administración (por ejemplo, cooperación en la política estatal del mercado laboral y de empleo, mediante la obligación de contratar a inválidos y a jóvenes).

Finalmente debe mencionarse que el desempeño de funciones públicas a través de verdaderos sujetos privados es posible también en el ámbito de la Administración económica privada. No sólo el otorgamiento, sino también la aplicación de subvenciones puede tener tal carácter. La vinculación genérica jurídico-pública, aparece, por lo demás aquí, en la forma de las condiciones que han de fomentarse y los objetivos a que se vincula.

- Debido a que las casas de propiedad o pisos pequeños y medianos, construidos por personas jurídicas (asociaciones de construcción de viviendas de utilidad pública) mediante medidas de fomento de la construcción de viviendas, sólo pueden traspasarse a otras personas beneficiarias, incumbe a dichas asociaciones de construcción de viviendas el papel de intermediario en las subvenciones. Algunas veces se fundan empresas especialmente para intervenir en una determinada modalidad de fomento (así, por ejemplo, la *Bürges, SL* para la mediación de créditos a pequeñas empresas o la *Sociedad Laboral Austríaca* para el Asesoramiento Regional, establecida como sociedad limitada, para la mediación y adjudicación de medios en el marco del programa estatal de desarrollo regional).

- No obstante, esta misma aplicación de subvenciones para fines específicos también puede constituir un desempeño del ejercicio de las funciones transferidas por el Estado. Esta organización particular se encuentra en la Ley federal para el fomento del trabajo cívico de formación en el ámbito de los partidos políticos, así como de la prensa. El fomento de academias políticas sirve para el trabajo de formación política, promovido y fomentado por el Estado; el fomento de la prensa obedece al mantenimiento del pluralismo de opiniones, distinguiéndose ahí, evidentemente, también una función pública.

3. Principales problemas jurídicos sobre la asistencia a la Administración por los particulares

En la Constitución austríaca no se encuentra ningún principio específico para lo anteriormente expuesta construcción. La doctrina dominante y la praxis estatal creen que es conveniente descentralizar funciones ejecutivas aisladas sobre colaboradores no estatales de la Administración, pero la transferencia a éstos no debería convertirse, sin embargo, en un sistema. Las relaciones ante el órgano estatal precisarían una disposición legal especial; el órgano estatal normalmente no tiene poder directivo, ya que los sujetos privados no están incorporados a la organización administrativa estatal. Como vínculo organizativo con la Administración estatal debería darse en cada caso un correspondiente derecho de control (no dirección sino mero control). Cuando no resulta ninguna posibilidad de corrección de vicios jurídicos, debería preverse una medida organizativa para la revocación de los sujetos privados de la función administrativa específica, como medio de reacción más débil del orden jurídico estatal, al objeto de que no quede ningún ámbito exento de responsabilidad en la actuación administrativa.

La sobrecarga de funciones públicas sobre el sector privado en las formas descritas anteriormente puede ser una molestia o incluso una carga económica. Por eso debe

respetar el Derecho constitucional (prohibición del trabajo forzoso y del trabajo obligatorio; garantía de la propiedad; igualdad y libertad del ejercicio profesional y elección de empleo). Finalmente, conviene observar que en cada caso al Estado le corresponde una «posición de garante» que le obliga a una injerencia y control de los sujetos privados, a los cuales recurre para el desempeño de funciones administrativas.¹⁹

V. La colaboración de particulares en la toma de decisiones de la Administración²⁰

1. La colaboración de particulares puede depender, por una parte, de la tendencia a la «participación» y, por otra, de la necesidad de atraer especialistas privados. Esto último existió siempre, intensificándose cada vez más en la época técnico-industrial, al no disponer la Administración de la especialidad científica necesaria en todos los dominios de las empresas industriales.

2. *Sobre el concepto de «participación».* La participación debe entenderse, por un lado, como poder jurídico del individuo para participar en procedimientos dirigidos a la confección de decisiones administrativas y, por otro, debe entenderse como participación de la comunidad en el proceso de deliberación de la Administración.

La participación en la Administración en el sentido de la participación no se ha desarrollado con la misma forma y envergadura que la tradicional participación en el poder judicial (jurado) ha experimentado.

La participación puede configurarse jurídicamente de diferentes maneras: «contribución, consulta, codecisión, decisión exclusiva», y puede ser directa o indirecta. La directa se ejerce a través de representantes, populares o bien de grupos de intereses.

3. La participación —hasta ahora— no es ningún término jurídico, sino una categoría política. La participación en procesos administrativos tiene menos aspectos de Estado de derecho que democrático-políticos. Con frecuencia se ha hablado de una «protección jurídica anticipada»; en la mayoría de los casos se trata, sin embargo, no sólo de posiciones jurídicas sino de influencias sobre decisiones de acuerdo con intereses propios. Junto a la canalización de intereses, son su coordinación conjunta y el consenso de su aceptación las causas esenciales para la exigencia o para la producción de reglamentaciones de participación. Sus principales ámbitos de aplicación son los procesos de planificación, inspección y evaluación de grandes proyectos, con incidencia sobre la ordenación del territorio y sobre el medio ambiente, así como los procedimientos de deliberación referidos al establecimiento de organismos de infraestructura

19. Algo más detallado sobre la doctrina de las organizaciones especialmente en Heinz Schäffer, «Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private (Beleihung und Inpflichtnahme)», en *Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte*, tomo 22 de la serie de escritos de la Cámara de Economía Federal, Viena, 1974, pág. 58 y ss.

20. Véase al respecto para Austria: Robert Walter, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, Mitbericht auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1972*, Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Estatal, cuaderno 31, Berlín, 1972, pág. 174 y ss.

más complejos. El proyecto de Ley sobre el procedimiento para la participación ciudadana, que la especifica en todos y en cada uno de los casos sometiéndola a regulación —por tal motivo aparece considerado (¡el proyecto prevé 45 casos de este tipo!)—, está en discusión en Austria desde hace dos períodos legislativos, no habiendo sido aprobado hasta este momento.

4. Con relación a la constatación de hechos y a la aplicación de la ley, el funcionario profesional es preferible a los participantes particulares por su conocimiento técnico y jurídico y su relativa neutralidad. Él es el garante del principio de Estado de derecho. Por ello, el lugar legítimo para las decisiones participadas se halla en la parte discrecional de las resoluciones administrativas. Por el contrario, una participación reforzada supondría una ampliación de los ámbitos libres de decisión de la Administración.

5. *Base jurídica actual de la participación en Austria.* La Constitución austríaca prevé, en general, la posibilidad de participación a través de órganos elegidos junto a los órganos encargados profesionalmente que habitualmente existen (funcionarios y empleados por contrato del Estado) (art. 20, par. 1, B-VG).

En los niveles legales ordinarios nos encontramos con las siguientes reglamentaciones:

- La participación de particulares como partes en el procedimiento administrativo (especialmente par. 8 de la Ley general de procedimiento administrativo).
- La participación de representantes de grupos como parte o como titulares del derecho de audiencia (con motivo de normas legales especiales en leyes particulares).
- La participación de la población, especialmente en el ámbito municipal, a través de «consulta popular», «consejo municipal», «referéndum deliberatorio».
- La participación de representantes de partidos políticos en juntas electorales y autoridades escolares.
- La participación de representantes de intereses en un gran número de órganos, especialmente en la Administración económica.
- La participación de especialistas como órganos co-consultores o de codecisión.

6. La problemática político-jurídica de la participación individual se halla, ante todo, en la delimitación correspondiente entre los interesados, al otorgarles la posición en parte procesal, y las autoridades. La parte procesal debe estar en situación de hacer válidos sus derechos e intereses, pero no debería interferir a las autoridades en la ejecución del derecho establecido y en la defensa de los intereses generales. En la participación de representantes de grupos, el problema radica ante todo en una representación lo más equilibrada posible de los intereses relevantes.

La participación a través de representantes elegidos lleva necesariamente, en el Estado partidario de ello, a la representación a través de representantes de partidos políticos, provocando también un riesgo de politización de la Administración.

La participación de representantes de intereses, bastante extendida en el Derecho austríaco, coloca al Estado jurídico-democrático en dirección hacia un Estado de aso-

ciaciones y de cámaras o colegios con facciones elitistas, porque las más de las veces sólo determinados colegios y representantes de intereses colaboran en la emisión de opiniones y en la expresión de deliberaciones.

7. *Problemática constitucional y político-jurídica.* La llamada a la participación es comprensible y legítima en términos claros y bajo aspectos políticos democráticos, hasta una cierta medida. Sin embargo, no debe llegarse a ninguna amenaza contra la voluntad central democrática mediante la actuación democrática en pequeñas comunidades. El mismo resultado también se exige por el mantenimiento del principio de Estado de derecho.