

# INFORME SOBRE LA REPÚBLICA FEDERAL D'ALEMANYA. L'ADMINISTRACIÓ EN LA FORMA JURÍDICA PRIVADA I A TRAVÉS D'ENTITATS PRIVADES\*

Fritz Ossenbühl

Catedràtic de Dret públic de l'Institut für Öffentliches  
Rech, Abteilung Staatsrecht, de la Universitat de Bonn

En la mesura possible, l'exposició que segueix té com a base el qüestionari rebut i pensat per a possibilitar, d'aquesta manera, la comparació jurídica amb els altres informes.

## I. El fenomen de les administracions independents

Quan es parla del «fenomen de les administracions independents» es planteja en primer lloc la qüestió *de qui* són independents les entitats de l'Administració pública. En relació amb això hi ha dues respostes de caràcter general:

— *En primer lloc*, l'Administració pública pot ser independent de les influències, les instruccions i els controls de les instàncies estatals de nivell superior. En tal cas queda al marge de l'organigrama de l'estructura estatal. Una administració independent en tal sentit està vinculada a l'Administració pública només de manera funcional i no pas institucionalment.

— *En segon lloc*, l'Administració pública pot ser independent respecte als vincles de dret públic als quals el sector públic està sotmès en l'acompliment de les seves obligacions envers els ciutadans. Entre aquests vincles es troben, sobretot, els corresponents als drets fonamentals, però també altres principis de dret públic, com, per exemple, els principis bàsics respecte a la gestió financera del sector públic.

Ambdós aspectes, la segregació de l'àmbit institucional de l'Administració pública i la desvinculació del Dret públic en l'acompliment de les obligacions estatals, són característiques inherents a la problemàtica de l'Administració pública de Dret privat.

Com és natural, les dues «independències» mencionades no ho són de manera absoluta. Si ho fossin no es podria seguir parlant d'una administració pública, per tal com és propi d'aquesta que l'acompliment de les obligacions estatals es realitzi fonamentalment sota un control democràtic i respectant els principis rectors del Dret públic.

Per aquest motiu, quan aquí es parla de l'Administració pública de Dret privat només es fa per a saber fins a quin punt es poden reduir aquests controls i vincles sense

---

\* Conferència pronunciada en la *Jornada d'estudi sobre les perspectives del Dret administratiu*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, març de 1992.

traspassar els límits de l'admissibilitat. Des del punt de vista jurídic interessa sobretot, a més de la qüestió de les causes i els motius que indueixen a l'elecció de la forma jurídica privada, la determinació dels límits de l'admissibilitat. Aquest és el tema sobre el qual versarà essencialment aquesta ponència.

## II. La utilització del dret privat per l'Administració pública<sup>1</sup>

### 1. El problema

Ja des de sempre, la distinció entre Dret privat i Dret públic ha tingut a Alemanya una gran significació teòrica i pràctica; i això per causa de l'existència de dos àmbits jurídics diferenciats, cadascun amb competències concretes (tribunals civils i administratius). El Dret privat regula les relacions jurídiques dels ciutadans entre ells, i es basa fonamentalment en el principi de la coordinació i de l'autonomia privada; això vol dir que la configuració de les relacions jurídiques dels ciutadans entre ells es regeix en gran mesura d'acord amb llur voluntat.

El Dret públic és, en canvi, un Dret especial per als que posseeixen autoritat que reconeix al sector públic competències de sobirania enfront dels ciutadans però que el sotmet també per múltiples vies a la disciplina jurídica.

El Dret privat i el Dret públic es distingeixen d'acord amb les seves finalitats i estructures, i és per això que no són simplement intercanviables. L'ús del Dret privat pel sector públic no ens ha de dur a soscar les finalitats i garanties del Dret públic.

### 2. Nivells d'utilització

L'Administració pública se serveix del Dret privat en dos nivells diferenciats.

a) D'una banda, en l'àmbit de les *formes organitzatives* (utilització institucional). En tal cas l'administració no es realitza segons els models organitzatius del Dret públic dissenyats en la Constitució i les lleis sinó segons les formes de cooperació del Dret privat: per exemple, com a societat anònima, societat de responsabilitat limitada, associació registrada, etc.

b) D'altra banda, però, el Dret privat es pot aplicar també en l'àmbit de les *formes d'actuació* (utilització funcional). En aquest cas apareixen en el lloc de les formes específiques del Dret públic, com acte administratiu, contracte de Dret públic, estatuts, disposició administrativa, etc., formes d'actuació de Dret privat, i especialment el contracte de Dret privat, condicions generals de contractació, fixació de tarifes, etc.

c) La utilització pot aparèixer també combinada en l'àmbit de l'organització i en el de l'actuació. Tal combinació resulta preceptiva quan l'Administració ha elegit una forma organitzativa de Dret privat per a una entitat de prestació de serveis; en aquest cas només pot oferir els seus serveis als ciutadans sobre la base del Dret privat. Si, en canvi, l'Administració ha escollit una forma organitzativa de Dret privat, pot elegir, en cada nivell d'actuació, un sistema de relacions jurídiques corresponent al Dret públic o al Dret privat.

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

### 3. Formes d'organització de Dret privat<sup>2</sup>

#### a) Licitud

En principi, l'Administració està facultada per a escollir, quant a la seva organització, entre les formes del Dret públic i les del Dret privat (llibertat d'elecció). Sigui com sigui, hi ha una sèrie de condicionants i limitacions del Dret constitucional i del Dret administratiu que han d'ésser tinguts en compte en l'elecció de les formes organitzatives de Dret privat. Cal esmentar, de manera particular:

— Els límits de l'art. 34, par. 4, de la Llei fonamental. D'acord amb aquest article, «l'exercici de competències de sobirania com a funció permanent queda per regla general reservat al personal de la funció pública subjecte a una relació de servei i lleialtat» (funcionaris). Per tal motiu el conjunt de l'àmbit anomenat administració d'intervenció (per exemple, l'administració policial, l'administració d'hisenda) no és en principi assequible a les formes d'organització privades. El camp d'aplicació clàssic de les formes organitzatives de dret privat és, doncs, l'àmbit que s'anomena administració de serveis i prestacions.

— Els límits del principi de democràcia. D'acord amb aquest principi, només poden escollir-se aquelles formes organitzatives de Dret privat en les quals sigui possible de preservar l'obligació estatal d'intervenció i control en relació amb un acompliment de funcions respectuós amb la normativa.

— Els límits del principi d'Estat de dret. L'ús de formes organitzatives de Dret privat està sotmès fonamentalment a la reserva de llei. Les formes organitzatives de dret privat no poden conduir a una disminució dels elements fonamentals i d'estatut jurídic dels ciutadans.

#### b) Formes organitzatives

Es disposa de tota la gamma de les formes organitzatives del Dret privat en tant que estigui en relació amb les respectives obligacions de l'Estat respecte a les exigències de licitud. En formen part: societats anònimes, societats en comandita per accions, societats de responsabilitat limitada, associacions registrades, cooperatives, fundacions, societats mercantils col·lectives, societats en comandita. A vegades, i sobretot en l'àmbit econòmic, diverses societats de l'administració privada s'uneixen per formar un consorci o un holding que per la seva banda constitueix una persona jurídica pròpia amb capacitat legal.

#### c) Causes i motius<sup>3</sup>

Les causes i els motius en què es basa l'elecció de formes organitzatives de Dret privat són extremadament variats. Per regla general, l'elecció d'una forma de Dret privat es deu a motius pragmàtics. Entre ells hi ha sobretot els següents:

— Major simplicitat en la constitució i la dissolució d'associacions de Dret privat. Moltes vegades, per a la constitució d'unitats d'organització de Dret públic es fa

2. Eblers (nota al peu 1), pàg. 109 ss.

3. Eblers (nota al peu 1), pàg. 292 ss.

necessària una llei. La constitució i la dissolució d'associacions de Dret privat, en canvi, no fan necessària aquesta intervenció del legislador.

— Major flexibilitat en el desenvolupament d'estructures organitzatives i operatives internes. S'eviten estructures organitzatives jeràrquiques. Ús de models de gestió propis a l'economia.

— S'evita la normativa disciplinària de la funció pública. Amb l'elecció de la forma de Dret privat l'Administració es pot alliberar de les traves del dret públic disciplinari. No hi ha vinculacions als nivells retributius ni als escalafons. Cap sistema que es basi en funcionaris de carrera. Retribució segons el rendiment. Cap límit salarial. Poder-se desfer dels lligams del dret personal va resultar una circumstància decisiva, per exemple, quant a l'organització del servei dels controladors aeris com a societat de responsabilitat limitada.

— S'eviten els lligams pressupostaris. Desapareixen les formalitats dels pressupostos. Això té una importància notable sobretot quan es tracta d'aconseguir crèdits i, conseqüentment, d'obtenir fons.

— Despolitització de l'acompliment de funcions i limitació del control estatal.

— Ampliació de la congestió empresarial.

— Intenció de limitar la responsabilitat.

— Motius fiscals. Sobretot per mitjà del sistema integrat complex, és a dir la inclusió de diversos serveis (gas, aigua, piscines públiques, etc.) en una sola empresa municipal, és possible d'equilibrar guanys i pèrdues, i això permet de reduir impostos.

— Cooperació amb altres subjectes jurídics. Les formes d'associació de Dret privat són particularment adequades per a reunir els diversos actuants sobirans (Federació, *Länder*, municipis) però també actuants sobirans i sector privat en benefici d'un acompliment acurat de determinades tasques. Això s'esdevé sobretot en el sector cultural, però també en l'àmbit econòmic.

#### d) Camps d'aplicació<sup>4</sup>

Cal remarcar per endavant: formes d'administració pública de Dret privat n'hi ha en tots els àmbits de l'administració (Federació, *Länder* i municipis). El seu camp principal d'aplicació és l'àmbit que s'anomena gestió de serveis.

aa) Des del punt de vista de l'evolució històrica interessen dos fenòmens.

— Ja el segle XIX, quan el dret públic alemany es trobava encara en els seus inicis, els municipis es van valdre de les formes organitzatives del Dret privat i van gestionar com a societats anònimes els seus serveis, com, per exemple, els de gas, aigua i electricitat o els bancs municipals. I això, en essència, ha seguit igual fins als nostres dies. L'«elecció» de les formes organitzatives de dret privat, doncs, es degué al fet que el Dret públic no ofería formes d'organització adequades.

— Com que l'organització burocràtico-jeràrquica de l'Administració pública no estava capacitada per a dur a terme amb eficàcia una funció que se li presentava, l'Estat va refugiar-se en les formes del Dret privat. D'aquesta manera, un cop iniciada la primera guerra mundial es fundaren societats de capital («societats de guerra») destinades a inventariar i distribuir primeres matèries i béns de consum, entitats que

4. *Wolff/Bachoff/Stober* (nota al peu 1), par. 104 a, núm. marginal 10.

en part encara existeixen avui.<sup>5</sup> Un exemple instructiu i prou recent és la Societat Promotora i Constructora de Carreteres de Llarga Distància (Deges), de responsabilitat limitada; hi participen la República Federal amb el 25% i els cinc nous Länder de la federació amb el 50% en conjunt, i té la missió d'ampliar la infraestructura del trànsit en els nous Länder federals (700 km d'autopistes de nova construcció, 1.000 km d'ampliacions, amb un volum d'inversió calculat en 23.000 milions de DM).<sup>6</sup>

*bb)* Cal dir, endemés, que els camps d'aplicació de les administracions de Dret privat són extremadament variats i ni tan sols de manera aproximada poden ésser esmentats en llur conjunt. Només un esbós en resulta possible.

— En l'àmbit econòmic les societats administratives organitzades segons el Dret privat persegueixen finalitats orientades cap a la política estructural, conjuntural i competitiva, la satisfacció de les necessitats del consum, el dirigisme econòmic i l'obtenció de guanys. D'aquesta manera hi ha, distribuïdes a tots els nivells de l'administració, societats per al foment de l'economia, societats constructores d'universitats, entitats de crèdit, societats per al foment de l'exportació, societats organitzadores de fires i exposicions, empreses de serveis públics, oficines de turisme, societats per a publicitat televisiva pertanyents a les entitats radiofòniques dels Länder, empreses auxiliars del correu federal alemany i dels ferrocarrils federals alemanys.

— En l'àmbit social les entitats que presten determinats serveis es constitueixen freqüentment com a societats privades: sobretot, les empreses municipals de serveis públics (gas, aigua, fluid elèctric), hospitals, empreses de transport, empreses de construcció d'habitatges, societats promotores d'urbanitzacions, societats de foment, societats d'assessorament i investigació en el camp de la salut (per exemple, Pro Família, Unió Federal per a l'Educació de la Salut, etc.).

— Difusió especial tenen les formes organitzatives de dret privat en l'àmbit cultural.

S'organitzen amb freqüència segons formes de Dret privat les universitats, les associacions artístiques, les entitats museístiques, les orquestres simfòniques, les societats promotores de festivals, les empreses teatrals.

En l'àmbit del Ministeri de Relacions Exteriors i la seva Administració hi ha, per exemple, l'Institut Goethe, que vetlla per la propagació de la llengua alemanya a l'estranger, el Servei Acadèmic Alemany d'Intercanvi (DAAD), l'Internationes, la Fundació Alexander von Humboldt.

En l'àmbit d'ajudes al desenrotllament i la seva administració, per exemple, cal esmentar el Servei Alemany per al Desenvolupament del Tercer Món, societat de responsabilitat limitada, i la Societat Carl-Duisberg.

En l'àmbit del foment de la investigació i la ciència, per exemple, la Comunitat Alemanya d'Investigació, la Societat Max-Planck per al Foment de les Ciències, la Societat Fraunhofer per al Foment de la Investigació Aplicada, el Centre d'Investigació Nuclear de Karlsruhe, etc.

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

6. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10 octubre 1991, núm. 235, pàg. 18.

e) Problemes jurídics<sup>7</sup>

Els problemes jurídics de l'organització administrativa de Dret privat versen sobre dos aspectes: assegurar la intervenció i el control estatals i garantir els drets fonamentals que protegeixen els ciutadans.

aa) Quant a la garantia de la intervenció i el control estatals en les societats d'administració privades cal remarcar els punts següents.

Les formes de societats de Dret privat estan materialitzades i normades en lleis especials. En els casos concrets aquestes lleis permeten un variat marge de maniobra respecte a modificacions organitzatives.

Quan l'Administració pública actua d'acord amb les formes organitzatives de Dret privat queda sotmesa a la normativa organitzativa de Dret privat. Només pot modificar per a les seves finalitats aquestes formes d'organització en la mesura segons la qual el Dret privat ho permet. Si les modificacions organitzatives tolerades pel Dret privat no resulten suficients per a garantir com caldria la intervenció i el control estatals de l'actuació de la societat, la forma de societat de Dret privat en qüestió queda descartada com a possible forma organitzativa.

El fet d'assegurar la ingerència de l'Estat (intervenció i control) comporta problemes sobretot en una forma organitzativa prou sovint utilitzada com és la societat anònima, perquè el Dret que regeix aquestes societats preveu una acusada independència de la direcció, amb capacitat decisòria respecte als altres òrgans. Tampoc els membres del consell d'administració no estan sotmesos a les instruccions de la junta general, i han d'actuar per a la bona marxa de la societat. Aquí, doncs, l'aplicació directa de la voluntat estatal a la gestió comercial de la societat anònima es veu ja bloquejada pels criteris de l'especial independència d'estructures dels òrgans socials prevista pel dret de societats anònimes. En general, l'actuant sobirà a qui això afecti pot assegurar-se la necessària influència a través d'una política personal, recorrent a les societats anomenades unipersonals, on té a la seva disposició el conjunt del capital. En el camp institucional es poden obtenir encara altres possibilitats d'influència mitjançant el recurs al dret de grups industrials, on sota el concepte que s'anomena empresa dominant s'admet la presència de persones jurídiques de dret públic que en virtut de pactes de dominació intervenen en les societats administratives col·locades sota la seva dependència. En alguns casos concrets, aquestes estructures, sotmeses a la llei de societats anònimes, resulten molt complicades, i molt sovint discutides en llur materialització.<sup>8</sup> Cal fer ressaltar, però, que en la pràctica judicial no s'ha arribat encara mai, estranyament, a divergències substancials. Particularment, no conec cap resolució judicial que hagi declarat il·lícita una societat administrativa de dret privat per manca de garantia de la intervenció estatal.

La ingerència de l'Estat esdevé necessària no sols per introduir la voluntat estatal, democràticament legitimada, en l'actuació social administrativa sinó també per tal de garantir la protecció i l'homologació jurídiques dels ciutadans. Això resulta singularment aplicable a les societats administratives destinades a oferir als ciutadans serveis de competència estatal com són, per exemple, totes les institucions de previsió social, empreses de serveis públics, empreses de transport, teatres, museus, piscines

7. Cfr. *Eblers* (nota al peu 1), pàg. 251 ss.

8. Cfr. *Eblers* (nota al peu 1), pàg. 135 ss.

públiques, etc. Respecte a l'ús d'aquestes institucions els ciutadans tenen el dret d'admissió, contemplat en disposicions legals específiques, que podem exercir contra el respectiu actuant (federació, Land, municipi), però no contra cap de les societats de dret privat fundades per l'actuant. És per això que aquest s'ha de reservar el poder legal d'imposar tals reivindicacions d'admissió dels ciutadans també respecte als òrgans de la societat mitjançant la decisió pròpia o la instrucció.

Un problema amb prou feines discutit, i no cal dir que gens aclarit, és l'altra qüestió que es pregunta fins a quin punt i amb quina intensitat cal que segueixi també garantida la ingerència estatal en l'elecció de les formes de societat de dret privat. Com és natural, el transvasament de funcions de la jerarquia pública a formes d'organització de dret privat jurídicament autònomes va acompanyada per un allunyament respecte a la influència dels òrgans estatals pensats per a l'actuació dins l'àmbit del dret públic i democràticament legítims. Això és així fins i tot quan la societat administrativa en qüestió, transformada en societat unipersonal, no representa res més que l'*alter ego* en l'actuant corresponent, al qual queda subordinada la societat administrativa. Aquesta minva d'ingerència pot ser acusada o lleu, fet que altra volta depèn de nombroses circumstàncies, sobretot de l'estructura organitzativa de Dret privat. Malgrat tot, no es veu fins a quin punt aquesta estructura organitzativa necessita, si cal, una modificació o bé «correcció» per tal d'adequar-se a l'acompliment de funcions sobiranes. En definitiva, la resposta es redueix a una observació de caràcter general segons la qual l'Administració no pot sostreure's a la seva responsabilitat i al seu «paper de garant» recorrent a una «fugida cap al dret privat», i cal que mantingui la proporció d'influència necessària per a poder exercir l'esmentada responsabilitat.<sup>9</sup>

*bb)* La garantia de les restants prescripcions i vinculacions del Dret públic respecte a la protecció dels ciutadans es refereix no tant a l'àmbit organitzatiu institucional com a l'àmbit d'actuació, de què es tractarà ara més detalladament.

#### 4. Formes d'actuació de Dret privat<sup>10</sup>

##### a) Licitud

De la forma administrativa de l'entitat estatal de serveis cal distingir-ne la forma d'actuació, en virtut de la qual el servei és ofert al ciutadà. Fins a cert punt, forma d'organització i forma d'actuació són mútuament dependents. En la forma organitzativa de Dret públic l'Administració té la llibertat d'elecció en l'àmbit de l'actuació, i això tant si vol oferir els serveis estatals mitjançant les formes de Dret públic (per exemple, a través d'un acte administratiu) o bé segons les de Dret privat (per exemple, a través d'un contracte de dret privat). Si, en canvi, l'entitat estatal que presta el servei està organitzada d'acord amb el Dret privat, això pressuposa també la forma jurídica de l'àmbit d'actuació. Les entitats prestadores de serveis organitzades d'acord amb el Dret privat només poden actuar segons les formes d'aquest dret, llevat del cas d'una concessió (ampliació més endavant, IV).

9. Cfr. *Eblers* (nota al peu 1), pàg. 130 ss.

10. Cfr. *Eblers* (nota al peu 1), pàg. 172 ss.

b) Formes d'actuació

Les principals formes d'actuació de Dret privat estan repartides en tres grups: negocis jurídics, actuacions comparables a un negoci jurídic, i actes reals. Una significació pràctica rellevant tenen les actuacions negociables entre les quals figura el contracte de Dret privat, usat en l'oferta de serveis estatals.

En molts casos, però, les funcions estatals es duen a terme a través d'actes materials, com s'esdevé, per exemple, en les societats de planificació.

c) Causes i motius

L'ús de formes d'actuació de Dret privat s'imposa quan l'entitat estatal de serveis té una forma organitzativa de Dret privat. Hom pot només preguntar-se, doncs, pels fonaments i motius de l'ús de les formes d'actuació de Dret privat en tant que els serveis estatals siguin oferts en les formes organitzatives de Dret privat.

Aquí, igual que en la utilització de formes organitzatives de dret privat, val la pena d'esmentar que el desenvolupament del Dret públic havia quedat sempre endarrerit en relació amb les exigències pràctiques d'un acompliment de les funcions estatals. Així, per exemple, el contracte com a forma d'actuació no va ésser reconegut per la jurisprudència fins als anys 60. La legalització general de contracte de Dret públic no s'esdevingué fins més tard encara, concretament fins l'any 1977, mitjançant la promulgació de les lleis del procediment administratiu per a la federació i els *länder*. Això no obstant, el camp d'aplicació del contracte de Dret públic en la pràctica quotidiana de l'Administració no ha pogut estendre's, sobretot en l'ofertament de serveis de les entitats, per tal com les lleis del procediment administratiu condicionen formalment la conclusió del contracte de Dret públic.

Al llarg dels anys 50, l'absència del contracte de Dret públic com a forma d'actuació va fer que en l'administració de subvencions, que comprèn una part important de l'administració de serveis, el contracte de préstec de dret privat trobés una àmplia acceptació en la materialització oportuna de complicades configuracions de serveis. Avui, la situació jurídica vigent posa a disposició del contracte de subvencions la forma contractual de Dret públic. En canvi, els contractes de Dret privat són, com sempre, ben corrents arreu on per motius de caràcter pràctic no es pot satisfer el condicionament formal.

En conjunt es pot assegurar que, tenint en compte la riquesa formal del Dret públic, no resulta ja essencialment necessari recórrer forçosament a formes d'actuació de Dret privat. Les prestacions de serveis per part d'entitats organitzades segons el Dret públic permeten d'interpretar-les i configurar-les bàsicament d'acord amb aquest dret.

d) Camps d'aplicació

Els camps d'aplicació de les formes d'actuació de Dret privat són en particular les que segueixen.

aa) En primer lloc l'*administració fiscal*, que inclou transaccions destinades a cobrir les necessitats de l'administració pública. En formen part totes les actuacions auxiliars necessàries per a mantenir en funcionament l'administració estatal: comprèn tot el sistema d'adquisicions (compra o lloguer d'edificis per a l'administració, vehi-



cles, maquinària, etc., contractació del personal, sempre que no es tracti de funcionaris).

bb) En segon lloc cal esmentar el sistema d'adjudicacions,<sup>11</sup> que s'ocupa d'adjudicar contractes públics, com pot ésser l'execució d'obres d'infraestructura (per exemple, de carreteres, ponts, ajuntaments, dics, canalitzacions, etc.). En aquest àmbit es tracta de la conclusió de contractes d'obres de Dret privat, la tramitació dels quals s'efectua d'acord amb els principis d'aquest dret.

cc) També correspon a l'àmbit d'aplicació de les formes d'actuació de dret privat la participació de l'estat en la competència econòmica.<sup>12</sup> Aquí s'ha de parlar d'empreses organitzades segons el Dret privat que busquen preferentment l'obtenció de beneficis: pavellons d'esports, extracció de grava, manufactures de porcellana, empreses auxiliars del correu federal alemany i dels ferrocarrils federals alemanys, agències publicitàries de les entitats radiofòniques, participacions en societats de capital privades.

dd) Cal esmentar, finalment, l'àmbit anomenat administració de serveis. Aquí el contracte de dret privat té una considerable acceptació, i concretament com a contracte de subvenció, de fiança o de garantia.

#### e) Problemes jurídics<sup>7</sup>

D'origen, les formes d'actuació de Dret privat estan destinades i orientades a la reglamentació de les relacions jurídiques entre els ciutadans. Estan fonamentades en el principi bàsic de l'autonomia privada, i es caracteritzen per un alt nivell de flexibilitat i disponibilitat. El criteri bàsic per a l'ordenació de les relacions jurídiques dels ciutadans és la voluntat dels interessats. Contra aquest moment de «voluntarietat» en el Dret públic s'ha de poder imposar la llei. Per això en l'ús de les formes d'actuació de Dret privat cal garantir que el ciutadà no sofreixi cap minva de dret ni cap disminució del seu nivell jurídic en l'oferiment de serveis estatals. Aquesta és una qüestió que ha atret llargament l'atenció dels que han tractat el problema. De la disminució teòrica va sorgir-ne, però, la impressió segons la qual l'Administració es val de les formes d'aplicació de Dret privat sobretot per a defugir especialment els vincles jurídic-constitucionals. Malgrat tot, una motivació com aquesta no respon a la realitat, com mentrestant es va reconèixer. Sens dubte, hi ha normalment motius de caràcter pragmàtic que indueixen l'administració a desviar-se cap a formes de Dret privat.

Mentrestant s'ha arribat també a reconèixer de manera general que a través de la «fugida cap al dret privat» l'administració no pot eludir les vinculacions de dret públic que li són pròpies. Si es val de les formes d'actuació del dret privat, doncs, no podrà mai beneficiar-se de l'autonomia privada; ben al contrari, roman sota el règim de la llei. Les vinculacions al dret públic es sobreposen al Dret privat utilitzat per l'Administració per al seu servei. D'aquesta manera sorgeix un Dret privat especial per a actuants de sobirania i respecte al qual ha quedat fixada la denominació «dret privat administratiu».<sup>13</sup>

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

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

13. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9.<sup>a</sup> ed., 1974; Fritz Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV, 1971, pàg. 514 ss.

En la pràctica són quasi desconeguts els casos d'infracció de drets fonamentals en l'oferiment de serveis estatals segons formes de dret privat. Sols ocasionalment s'ocupen els tribunals de qüestions inherents a la igualtat de tracte, i aleshores es tracta gairebé sempre de divergències de tarifes en serveis públics.

En l'ús d'instal·lacions públiques la pràctica dominant es basa en el fet que l'argumentació sobre la utilització que pot haver-se configurat mitjançant un contracte de dret privat té com a premissa un acte específic d'admissió qualificat d'acte administratiu i que pot ésser demandat davant el tribunal contenciós administratiu. D'això se'n deriva una «estructura trencada» del servei (denominada teoria dels dos nivells) vinculada a notables complicacions pràctiques i dogmàtiques.<sup>14</sup>

Cal tenir en compte sobretot que l'Administració que actua segons el Dret privat està vinculada no sols als drets fonamentals sinó també a la resta del Dret públic, i particularment a la normativa referent a competències, a les disposicions de representació, a les normes pressupostàries, als principis bàsics de la gestió financera pública (principi del cobriment de costos, proporcionalitat) i també a les normes vinculants jurídic-processals. En teoria, però, aquesta problemàtica està encara molt poc tractada,<sup>15</sup> i això podria ésser degut al fet que manquen encara tant la matèria conflictiva de caràcter pràctic com les corresponents sentències judicials.

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

#### 1. Qüestions de concepte

El concepte privatització té significacions diverses. Qui vol parlar de privatització, per tant, ha de començar precisant el significat del concepte.

Cal distingir aquí entre la privatització formal (privatització d'organitzacions) i la privatització material (privatització de funcions). En la privatització d'organitzacions la competència i la responsabilitat de l'acompliment d'una funció segueixen essent de l'Estat; aquest estat, però, es val de formes d'organització i d'actuació privades per a l'acompliment de la citada funció. Aquest cas s'ha discutit abans, en el número II.

En canvi, la privatització de funcions, o privatització material, condueix a un traspàs de funcions de l'àmbit estatal al privat. D'aquesta manera es pot pensar altra vegada en diversos casos de configuració distinta. Pot esdevenir-se que l'estat traspassi a mans privades el conjunt d'una determinada funció que fins aleshores havia estat de la seva competència, i que ho faci desentenenent-se totalment de l'acompliment de la funció.

Però també és possible que l'Estat deixi lliure en favor d'entitats privades una funció estatal fins aleshores monopolitzada, però sense desvincular-se totalment de l'acompliment de la funció. En tal cas l'esmentada funció serà acomplerta paral·lela-

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

15. Cfr. *Eblers* (nota al peu 1), pàg. 225 ss.

16. *Görge*, *Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben*, DÖV 1977, 356 ss.; *Tiemann*, *Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit*, BayVB1., 1976, 261 ss.; *Leisner*, *Berufsbeamtentum und Entstaatlichung*, DVB1., 1978, 733 ss.; *Lecheler*, *Privatisierung — ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen?*, ZBR, 1980, pàg. 69 ss.; *Vitzthum*, *Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen*, AÖR 104 (1979), pàg. 580 ss.

ment per l'Estat i entitats privades mitjançant la distribució de la tasca o bé en competència mútua. N'és un exemple la dissolució del monopoli postal l'any 1989. Des d'aleshores només persisteixen com a monopoli de l'estat el de la xarxa i el del telèfon; totes les altres activitats postals han quedat lliures, i poden ser realitzades també per entitats privades, que així entren en competència amb les empreses postals subsistents però reorganitzades.

Cal diferenciar de la privatització de funcions la incorporació d'entitats privades a l'acompliment de funcions estatals, a través d'una concessió, per exemple. D'això es parlarà en la part que segueix, la IV.

De moment hem de fer referència al problema de la privatització de funcions (privatització material).

## 2. Motius i dimensió de la privatització de funcions

Privatització de funcions equival a decidir-se per «menys estat». Això pressuposa la creença que una funció d'interès públic pot ser realitzada per les iniciatives privades amb la mateixa eficiència, si no millor, que l'assolida per l'estat. Dit d'una altra manera: la privatització de funcions està inspirada per la confiança en les capacitats positives de l'economia de mercat. És comprensible que des d'aquest punt de vista els criteris sobre la utilitat de la privatització de funcions quedin àmpliament marcats i fins i tot determinats per la ideologia, o sigui per una coincidència de parers sobre la necessitat o la superfluitat i fins i tot la inconveniència de la intervenció de l'Estat en l'acompliment de funcions.

En conseqüència, és perfectament natural que el debat sobre la privatització no s'acabi mai. No obstant això, hi ha certs moments en els quals rep nous impulsos, sobretot quan en l'acompliment de funcions l'Estat arriba als límits de la seva capacitat i se sent empès a descarregar-se recorrent a les possibilitats del sector privat. D'aquesta manera, el debat sobre la privatització va conèixer un renovellament sobretot al llarg dels anys 70 i en l'àmbit municipal,<sup>17</sup> i en el camp pràctic va conduir a una sèrie de traspassos de funcions a entitats privades. En l'àmbit municipal cal esmentar de manera particular les tendències següents a la privatització:<sup>18</sup>

- *subministrament*: energia, gas, aigua;
- *neteja*: clavegueram, depuració d'aigües, recollida i reciclatge d'escombraries, neteja de carrers i edificis;
- *trànsit i comunicació*: trànsit de curta distància, transport de mercaderies i circulació d'autobusos, aparcaments (garatges, zones blaves), servei telefònic, ràdio, televisió;
- *sanitat*: hospitals, ambulàncies, sanatoris, piscines, assistència sanitària preventiva, control d'alcohol i drogues, servei veterinari;
- *serveis funeraris*: jardineria de cementiris, manteniment de tombes;
- *alimentació*: mercats detallistes i majoristes, escorxadors, inspecció de carns, cambres frigorífiques, restaurants i cantines, quioscos;
- *serveis socials*: residències i atencions per a la gent gran, ajuda a la joventut,

17. Cfr. la documentació de la nota al peu 16.

18. Cfr. *Leisner*, DVB1., 1978, 733.

orfenats, parvularis, assistència a minusvàlids i a marginats potencials, participació en àmbits de la seguretat social (atur, malaltia);

- *formació i educació*: escoles, formació professional i d'adults, instal·lacions esportives, universitats, investigació;
- *entitats culturals*: museus, teatres, biblioteques, concerts, curiositats i monuments, parcs zoològics, pavellons d'esports, turisme;
- *habitatges i terrenys, sector de la construcció*: figures i solars del sector públic o de la seva administració, sobretot habitatges, boscos, zones verdes, carreteres, camins, places i llur manteniment, oficines de l'habitatge, dipòsits de materials per a la construcció;
- *entitats de crèdit*: caixes d'estalvi, monts de pietat;
- *serveis d'ordenació*: urbanisme, inspecció tècnica, metrologia, agrimensura, assessorament agrícola, vigilància de persones (sobretot d'infractors) i protecció d'edificis, dotacions de policia, bombers, assessorament jurídic;
- *altres serveis*: impremtes, enquadradores, centres de càlcul, serveis de secretaria, cartells, bugaderies, tallers, etc.

La privatització d'aquestes funcions municipals ha progressat de manera molt variada en els diferents municipis.

Les reflexions que duen a cada una de les privatitzacions estan marcades fonamentalment per la necessitat de descarregar els pressupostos públics i per la creença que la competència pròpia de l'economia de mercat condueix a un acompliment de funcions més efectiu si no òptim. Això, naturalment, pressuposa que l'àmbit de funcions en qüestió faci possible una competència, i que l'acompliment d'aquestes funcions permeti l'obtenció de guanys, sense que això perjudiqui la regularitat del servei als ciutadans i la seva capillaritat.

El debat de la privatització ha rebut un nou impuls degut a les tasques i funcions que cal dur a terme a conseqüència de la reunificació. Condició prèvia per a la reconstrucció dels nous Länder és la creació d'una infraestructura pública capaç de funcionar, i sobretot en els àmbits:

- Trànsit (ampliació de la xarxa de carreteres i línies ferroviàries).
- Educació (ampliació i nova construcció d'escoles i universitats, com també de residències per a estudiants).
- Protecció del medi ambient (sanejament d'instal·lacions antiquades, instal·lacions compatibles amb la preservació del medi ambient).
- Urbanisme (sanejament de les construccions ja existents, noves construccions).

L'enorme necessitat d'inversions consegüent no pot ésser satisfeta amb els mitjans usuals, i això no sols per causa de les quantitats requerides sinó també en relació amb la urgència. Per aquest motiu cal «comprar temps» per a un més ràpid desenrotllament dels nous Länder mitjançant inversions privades en infraestructura.<sup>19</sup> La manera segons la qual s'haurà de procedir en aquest aspecte està essent motiu de discussions.

L'ús de capacitats privades administratives i financeres té encara un altre fonament: la manca, en els nous Länder de la federació, d'unes estructures administratives

19. Criteri del govern federal, BT-Drs. 12/962 de 16-07-1991, pàg. 2.

capaces de funcionar plenament i de tirar endavant la reconstrucció amb la necessària eficiència.

### 3. Problemes jurídics

#### a) Límits de la privatització

Hi ha una prohibició de privatització material que afecta les «funcions necessàries de l'estat», concretades sobretot en l'exercici del poder en les relacions exteriors, la defensa del país, la sobirania monetària, la fiscalitat, la policia, la legislació i la jurisprudència.

De l'art. 33, par. 4, de la Llei fonamental se'n deriva una altra delimitació referent a la privatització de funcions. Segons el text, però, aquesta norma constitucional és aplicable només als àmbits administratius que exerceixen «competències de sobirania». No queda clar si i en quina manera això també afecta l'administració de prestacions i serveis. Com a limitació de la privatització cal considerar només l'art. 33, par. 4, de la llei bàsica, per tal de veure si l'àmbit administratiu que es pensa privatitzar cau dins les competències de sobirania, com s'esdevé, per exemple, en l'àmbit d'ensenyament.<sup>20</sup>

#### b) Cap obligació de privatització

De la constitució no se'n deriva cap obligació de privatització. La decisió de privatitzar es deixa més aviat a la discreció del legislador.

## IV. L'acompliment de funcions estatals a través de particulars<sup>21</sup>

### 1. Situació actual

En nombrosos casos l'estat recorre a empreses privades o a particulars per a l'acompliment de les seves funcions. Aquest recurs a persones privades per a l'acompliment de les funcions de l'administració es debat sota els conceptes «atribució» o «assistència administrativa». Mitjançant l'atribució es traspassa a persones privades (delegats) una funció administrativa estatal a vegades vinculada a la concessió d'una llicència corresponent per a l'exercici de tal funció.

Els casos de concessió es donen als més diversos àmbits de l'administració; són extremadament variats, i no és possible de sistematitzar-los. En són exemples:

- Comandants d'avions i capitans de vaixell, amb facultats policiaques en el seu àmbit.
- Empresaris, entitats asseguradores i institucions bancàries quant a la recaptació d'impostos (impost sobre la renda de les persones físiques, impostos d'assegurances, impostos sobre cupons).
- Importadors de petroli, quant a l'emmagatzemament d'una reserva nacional petroliera.

20. Lecheler, ZBR, 1980, 71.

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

- Escoles privades, quant a la realització d'exàmens i l'expedició de certificats homologats.
- Entitats d'inspecció tècnica de vehicles, quant al control de vehicles.
- Institucions bancàries, quant a la concessió de crèdits públics.
- Escolars vigilants de circulació.
- Control de la part empresarial en el règim de pensions.

## 2. *Motius del recurs a particulars*

Els motius del recurs a persones privades són molt variats. A vegades es recorre al domini existent d'un particular en un camp determinat (comandant d'avió, capità de vaixell). En altres casos l'Estat vol servir-se d'un potencial d'execució ja existent i que només amb mitjans desproporcionats podria assolir, o fins i tot ni així (importadors de petroli, participació en la recaptació d'impostos assignada a empresaris, bancs i entitats asseguradores). La competència sobirana traspasada pot ser, finalment, un afegit a una determinada activitat privada d'interès públic que l'esmentada competència sobirana consolidarà (escoles privades, entitats col·laboradores en el règim de pensions).

## 3. *Condicció jurídica del delegat privat*

Quant a l'estat jurídic, el delegat segueix essent una persona privada. La funció traspasada manté el seu caràcter estatal, i el seu acompliment equival a l'exercici del poder públic. Per això els afectats frueixen de la protecció dels drets fonamentals i de protecció judicial enfront dels tribunals contenciosos administratius. Els concessionaris són considerats membres de l'administració estatal mediata.

Des del punt de vista del delegat, el traspàs de funcions estatals pot ésser considerat una càrrega (per exemple, empresaris, institucions bancàries, importadors de petroli) o una millora (escoles privades, entitats de control tècnic, entitats col·laboradores en el règim de pensions). En el primer cas cal preguntar-se si els drets fonamentals ofereixen protecció contra una càrrega de funcions administratives rebudes o si almenys donen dret a exigir una compensació pels costos que en deriven.

## 4. *Licitud*

D'una banda, la licitud del recurs a persones privades quant a l'acompliment de funcions de l'administració queda limitada pels drets fonamentals de les persones privades; de l'altra, ho està per la normativa respecte a l'organització administrativa contemplada en la constitució.

En relació amb els drets fonamentals que puguin entrar en conflicte, cal preguntar-se, per un cantó, si els drets fonamentals del delegat exclouen la càrrega d'una funció administrativa; per l'altre, però, també és possible que els drets fonamentals dels ciutadans afectats facin inviable una concessió perquè suposaria una minva de llur situació jurídica (ocultació de drets, protecció jurídica deficitària, etc.).

Respecte a les referències organitzatives contemplades en la constitució són vàlides les apreciacions ja esmentades quant a l'ús de formes privades d'organització i d'actuació. Cal afegir, però, que en qualsevol cas l'Estat té una posició de garant que l'obliga a la ingerència i al control en relació amb els delegats.

## V. La col·laboració de particulars en l'adopció de decisions per part de l'Administració

Fonamentalment, la competència i la responsabilitat quant a les decisions de l'Administració únicament corresponen als mandatariis específicament nomenats i democràticament legitimats. Molts són, però, els motius que recomanen la incorporació de persones privades en el procés d'adopció de decisions sobiranes per l'Administració. Cal, però, que el dret de col·laboració de les persones privades no arribi a desposseir els mandatariis sobirans de la potestat decisòria.

### 1. Motius per a una col·laboració de particulars

Els motius d'una col·laboració dimanen, essencialment, de la idea de participació i necessitat d'incorporació de persones privades científicament expertes.

#### a) Participació<sup>22</sup>

«Participació» no és cap terme jurídic, sinó més aviat un concepte de batalla de naturalesa política. Comprèn una plèthora de motius diversos que aconsellen la incorporació de particulars als processos decisoris administratius.

Cal esmentar, singularment:

- La participació del ciutadà com a autodeterminació democràtica que suposa un valor per ella mateixa i, en conseqüència, també per ella mateixa es justifica.
- La superació de l'«alienació» de la persona «administrada».
- El millorament de la qualitat del contingut en les decisions polítiques.
- Una consideració global i realista dels interessos en qüestió.
- L'establiment d'una predisposició a l'acompliment d'objectius i normes legals centrals (acceptació).
- El control efectiu de l'Administració.
- La participació dels afectats en els processos com a efectiva i oportuna garantia jurídica (garantia jurídica a la bestreta).

Una col·laboració dels ciutadans basada en el criteri de la participació té el seu camp d'aplicació en l'àmbit municipal sobretot (per exemple, pla general d'ordenació urbana, col·laboració de ciutadans en comissions del consell municipal, al costat dels consellers elegits) i en processos decisoris (com són els processos de determinació de plans) referents a la construcció d'instal·lacions complexes d'infraestructura (per exemple, carreteres, ponts, aeroports, centrals nuclears) molt significatives quant als seus efectes i profundament condicionants de l'espai vital dels ciutadans.

#### b) Incorporació d'experts privats<sup>23</sup>

Un món industrialitzat, tecnificat i dominat per la ciència requereix cada vegada

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

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

més decisions administratives que pressuposen uns elevats coneixements científics i tècnics no institucionalitzats en l'organigrama de l'administració ni tampoc amb possibilitats d'ésser-ho. Sobretot en el sector administratiu del risc (garanties de les legislacions sobre medicaments, tècnica genètica, alimentació, processos atòmics, protecció contra emissions nocives, productes químics, etc.) calen decisions i prospectives que pressuposen uns coneixements científics especialitzats (medicina, biologia, física, tècnica de reactors, etc.) que, en la combinació necessària, només poden veure's «reunits» en comissions científiques d'assessorament creades d'una manera específica per a cada cas.

## 2. Formes de la col·laboració de particulars

### a) Formes de la participació

Són formes de la participació sobretot:

— La informació pública, amb la possibilitat, per al públic, de formular al·legacions contra el projecte planejat que després seran públicament debatudes. Tal és la forma normal en els processos de determinació de plans i en els plans generals d'ordenació urbana dels municipis (bé que sense debat públic sobre les objeccions i els suggeriments formulats).

— La col·laboració de particulars en els òrgans assessors o decisoris de l'administració. Així, per exemple, d'acord amb el règim local d'alguns Länder de la República Federal d'Alemanya un ciutadà pot ser membre de les comissions del consell municipal, i precisament amb plens drets, al costat dels membres electes del consell. El nombre dels ciutadans incorporats, però, no pot superar una proporció determinada.

### b) Formes de la col·laboració d'experts:

— Assessorament *ad hoc* a través de dictàmens i informes especialment sol·licitats o mitjançant audiències.

— Òrgans assessors permanentment vinculats a l'organització administrativa, en particular comissions assessores (per exemple, comissions per a la seguretat dels reactors i la protecció contra les radiacions, en la legislació sobre processos atòmics, comissió per als medicaments, comissió central per a la seguretat biològica, segons la legislació sobre tècnica genètica).

— Normatives tècniques d'entitats privades, que serveixen de base a les decisions del legislador o de l'Administració (referència).

## 3. Problemes jurídics

En general, l'assessorament d'experts no està vinculat a la potestat decisòria, que segueix depenent de les corresponents instàncies administratives. Malgrat tot, l'assessorament d'experts comporta una pesada càrrega argumental per a qui pretengui eludir la recomanació d'un expert. Això és particularment aplicable en relació amb comissions d'experts d'alta reputació, com, per exemple, la comissió per a la seguretat dels reactors o la de protecció contra les radiacions. En tals casos el «consell» donat té un acusat pes, que pot perjudicar la decisió administrativa.



Això ha de comportar conseqüències quant a la composició dels consells assessors i la situació jurídica dels seus membres. Aquí hi ha moltes coses que es troben encara en fase inicial. Va guanyant progressivament terreny el criteri segons el qual la designació de comissions assessores que han de col·laborar en l'adopció de decisions administratives de notable importància cal que es faci mitjançant lleis aprovades pel parlament referides a la composició i l'àmbit de funcions d'aquestes comissions. Cada un de llurs membres ha d'ésser independent i no ha d'estar subjecte a instruccions. La composició de les comissions segueix essent problemàtica. Per un cantó, depèn notablement de la persona que ha de nomenar els experts: d'una elecció personal, doncs. Però també és molt important que el consell assessor tingui una posició que li permeti d'acomplir la seva tasca. En alguns d'aquests òrgans es juxtaposen coneixements i representació d'interessos, com s'esdevé, per exemple, en la comissió central per a la seguretat biològica, a la qual són cridats no sols representants de les diverses disciplines científiques sinó també representants procedents del món sindical, de la protecció laboral, de la protecció del medi ambient i dels organismes dedicats al foment de la ciència.

## VI. Efectes del canvi de formes organitzatives sobre la funció pública

Els efectes de l'esmentat canvi de formes organitzatives sobre la funció pública són un tema a part amb prou feines debatut fins ara. Únicament podem indicar aquí alguns punts d'aquesta problemàtica.

La privatització d'organitzacions de l'administració pública està vinculada a un canvi radical de la llei de la funció pública. Les relacions jurídiques entre els actants de l'administració organitzats segons el dret privat i els empleats estan reglamentades sobre la base del dret privat. En conseqüència, no hi ha cap vincle respecte a les normes retributives de la funció pública. Els sous, etc., poden ésser estipulats lliurement mentre no es doni cap subjecció a un conveni col·lectiu. En part, és precisament a través de la privatització d'organitzacions que es pretén realitzar l'esmentat canvi, com s'esdevé, per exemple, en el control de les comunicacions aèries, on resulta impossible retribuir suficientment dins el marc de la funció pública les millores de sou demanades pels controladors aeris i per això cal recórrer al Dret privat. Les retribucions dels empleats de les entitats públiques organitzades segons el Dret privat queden, així, notablement per sobre del nivell retributiu dels funcionaris. D'aquesta manera, el director d'una cadena radiofònica d'un Land guanya més que el president del Land, i un membre del consell d'una caixa d'estalvis municipal sol tenir un sou que supera notablement el del gerent de la corporació municipal. Moltes vegades, la privatització d'organitzacions serveix per a afavorir els funcionaris que han fet mèrits dins un partit amb un càrrec que els assegura una bona jubilació.

D'altra banda, la privatització d'organitzacions té com a conseqüència la supressió de la prohibició de vaga a la qual estan sotmesos els funcionaris. Això és una de les causes per les quals els sindicats no solen presentar, en general, cap resistència a la privatització d'organitzacions.

En conjunt, la privatització d'organitzacions suposa allunyar de la influència política l'acompliment de funcions concretes. Això condueix a problemes de moltes menes, que aquí no poden ésser exposats detalladament.

## VII. Efectes del dret comunitari sobre les «tendències privatitzadores» de l'administració pública

D'efectes del dret comunitari sobre les tendències privatitzadores de l'administració pública abans exposades només cal esperar-ne quan i on el dret comunitari estableix directament o indirecta normes organitzatives per a l'Administració pública dels estats membres. Per això s'imposa repassar el Tractat de la Comunitat Econòmica Europea (TCEE) per veure on es fa referència a les «administracions públiques» nacionals o es tracta el tema de l'exercici de l'administració pública en els estats membres. En tal aspecte cal esmentar essencialment les disposicions de l'art. 55, par. 1 (art. 66) TCEE («Exercici del poder públic»), referent a la llibertat de residència i a la lliure prestació de serveis, l'art. 48, par. 4 TCEE («Ocupació en l'administració pública»), sobre la lliure circulació de treballadors, i l'art. 90 TCEE, que parla de les «empreses públiques».

### 1. Aspectes fonamentals

L'execució del Dret comunitari és, per regla general, competència dels estats membres.<sup>24</sup>

Quant a l'aplicació del Dret comunitari pels estats membres resulta vàlid el «principi de l'autonomia institucional».<sup>25</sup> En virtut d'això, és competència de la sobirania organitzativa de l'estat membre la configuració de l'estructura executiva que ha d'aplicar el Dret comunitari. Tal prerrogativa inclou la possibilitat d'escollir també formes organitzatives de Dret privat o confiar a persones privades l'execució del dret. Els estats membres només estan obligats a donar urgència general al Dret comunitari (criteri de l'*effet utile*).<sup>26</sup>

En el tractat de la CEE no hi ha una normativa sobre l'organització administrativa dels estats membres; sí que està continguda però —almenys esporàdicament— en el dret comunitari secundari.<sup>27</sup> Cal ressaltar que amb l'establiment d'agrupacions de productors la CE ha fet servir un model ben conegut en els estats membres quant al traspass de funcions administratives a particulars.<sup>28</sup>

### 2. Àmbit de la llibertat de residència i de la lliure prestació de serveis

De la llibertat de residència i de la lliure prestació de serveis en queden excloses, d'acord amb l'art. 55 i el 66 TCEE, les activitats que en un estat membre estan vinculades permanentement o de manera temporal a l'«exercici del poder públic». Des del punt de vista alemany això inclou precisament els casos en els quals s'han

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

25. Oppermann (nota al peu 24), núm. marginal 547.

26. Oppermann (nota al peu 24), núm. marginal 549.

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

28. Cfr. Hilf, com en la nota al peu anterior, p. 73 s.; Götz, *EuR* 1986, 29 ss.

confiat funcions sobiranes a particulars i que han estat tractats abans en el núm. IV (L'acompliment de funcions estatals a través de particulars). Hi pertanyen, per exemple, notaris, inspectors d'escorxadors, guardes de cacera, guardes forestals i rurals, veterinaris, etc.<sup>29</sup>

Ben mirat, doncs, l'art. 55 i el 66 TCEE no enclouen cap normativa organitzativa o restricció quant a l'Administració dels estats membres. Només pretenen excloure del TCEE el poder sobirà dels estats membres.

### 3. *Lliure circulació de treballadors*

Segons l'art. 48, par. 4 TCEE, la lliure circulació de treballadors no és aplicable a l'«ocupació en l'administració pública».

Tal norma tampoc no està vinculada a intervencions en la sobirania organitzativa dels estats membres.<sup>30</sup> En definitiva garanteix que es reservi als mateixos ciutadans l'exercici d'una part significativa de l'activitat sobirana.

### 4. *Empreses públiques*

D'acord amb l'art. 90 TCEE, les «empreses públiques» queden incloses en la reglamentació de la CE sobre la competència. Això és així per a evitar que les diverses delimitacions existents en cada un dels estats membres entre el sector privat i el públic esdevinguin norma en l'àmbit d'aplicació de la CE.<sup>31</sup>

Per a determinar si una empresa és «pública» resulta decisiva no la forma jurídica sinó la influència estatal efectiva en la direcció de l'empresa. Si l'estat hi té una influència predominant, l'empresa és pública, i com a tal queda inclosa en la reglamentació de la CE sobre la competència. Com ja s'ha dit, doncs, no és la forma jurídica que compta. En conseqüència, és igual que una empresa estigui organitzada segons el dret privat com que ho sigui d'acord amb el dret públic.

### 5. *Valoració global*

Les tendències privatitzadores de l'Administració pública, almenys quant a la privatització organitzativa i a la incorporació de persones privades, no són contràries a les normes o restriccions del TCEE. No ha quedat definitivament clara la proporció segons la qual la CE pot influir, mitjançant el dret comunitari secundari, en la sobirania organitzativa dels estats membres. Cal dir, malgrat tot, que fins ara les influències conegudes no suposen de cap manera una restricció de la tendència privatitzadora; més aviat cal parlar de casos coneguts on tals tendències queden pròpiament reforçades.

29. Cfr. *Oppermann* (nota al peu 24), núm. marginal 1541; *Troberg*, a: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentierter EWG-Vertrag*, 3.<sup>a</sup> ed., 1983, art. 55, núm. marginal 1.

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

31. *Oppermann* (nota al peu 24), núm. marginal 916.

