

ESTADO Y ECONOMÍA EN EPOCA DE CRISIS: LAS PRIVATIZACIONES (*)

Por JAVIER CORCUERA ATIENZA

SUMARIO

I. ESTADO SOCIAL Y SECTOR PÚBLICO.—II. LA PROPUESTA NEOLIBERAL: DESREGULACIONES Y PRIVATIZACIONES: 1. *La equiparación empresa pública-empresa privada: la «privatización en sentido amplio»*. 2. *Las privatizaciones en sentido estricto*: A) *Qué son*. B) *Por qué privatizar*. C) *Cómo privatizar*.—III. LAS PRIVATIZACIONES: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO: 1. *Cuestiones de Derecho constitucional*. 2. *Privatizaciones y Unión Europea*. 3. *La nueva regulación: la selección de compradores y los nuevos controles sobre las empresas privatizadas*: A) *Poderes extraordinarios del Estado*: Golden shares y acciones específicas. B) *La protección contra el control por parte de extranjeros o por accionistas mayoritarios: núcleos estables de accionistas, accionariado popular, protección de minorías accionarias, otros*. C) *Privatización y servicios públicos*.—IV. UNA NOTA SOBRE LAS PRIVATIZACIONES EN ESPAÑA.—V. REFLEXIONES FINALES.

I. ESTADO SOCIAL Y SECTOR PÚBLICO

El Estado social impulsa un «sistema de dirección general de la economía» (1), que pretende garantizar objetivos económicos nacionales que no pueden conseguirse por el mercado, manteniéndose a éste como mecanismo básico de asignación de recursos.

Uno de los instrumentos clásicos para conseguir aquellas finalidades ha sido la expansión del sector público, frecuentemente mediante nacionalizaciones. Previstas en algunas constituciones del período de entreguerras, las nacionalizaciones comienzan a adquirir alguna relevancia en los años treinta, como respuesta a la crisis

(*) Quiero agradecer a los muchos compañeros economistas que me han suministrado información sobre esta materia y, particularmente, a Sebastián García Trujillo, Pepe Moreno y Marisol Esteban.

(1) NORBERT REICH: *Mercado y Derecho*, Ariel-Derecho, Barcelona, 1985, págs. 75 y sigs., distingue en Alemania, una primera etapa (1948-1967) de «economía social de mercado», en que el Estado actúa como amortiguador de la crisis, a la que seguirá la etapa de «sistema de dirección general de la economía».

económica. Pero será a partir de la segunda postguerra cuando se emprenda el proceso nacionalizador más importante en Europa: el esfuerzo de reconstrucción económica se llevará a cabo partiendo del impulso del Estado, que nacionaliza la energía y los servicios más importantes.

En el momento constituyente de postguerra, la idea de economía mixta propone la posibilidad de conjugar la economicidad de la actividad productiva con el respeto a las razones de utilidad general, que se define como objetivo legítimamente vinculante, no sólo para la empresa pública, sino también para la empresa privada (2).

Durante la expansión económica de los sesenta, se produce una ampliación del sector público en casi toda Europa occidental (3). En Francia, se crean nuevas empresas nacionales en el campo de la aeronáutica, aeroespacial, nuclear e informática; se producen fusiones y reestructuraciones en el sector público, y se crean filiales, para obtener mayor autonomía y flexibilidad en la gestión (4), al tiempo que se adopta una serie de medidas orientadas a mejorar la gestión del sector público (5). En Italia, donde se mantenía la distinción entre ente público y sociedad anónima de titularidad pública (6), se unen al IRI (7) el ENI, creado en 1953, el ENEL, en 1962 y, en 1964, el EFIM (8). En la RFA, la crisis económica de 1966-1967 exige nuevas

(2) La inspiración general del sistema negaba, en principio, cualquier diversidad ontológica entre empresas públicas y privadas. En Italia, el artículo 41 de la Constitución subordina explícitamente la iniciativa económica privada a la utilidad social, y establece que «la ley determinará los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueda orientarse y coordinarse con los fines sociales» (ANTONIO LISERRE: «L'impresa pubblica tra socialità e profitto», en VV. AA.: *La Costituzione Economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta Fondamentale*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 146).

(3) En el caso español, ver en RAMÓN MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER: *Derecho Administrativo Económico. El Estado y la Empresa*, Ed. Pirámide, Madrid, 1974, págs. 109-110, la evolución del limitado proceso de nacionalizaciones emprendido hasta mediados de los sesenta.

(4) Cfr. ROBERT DELORME: «El fenómeno de la privatización en Francia», *Información Comercial Española*, núm. 707, julio 1992, págs. 35-36.

(5) ANDRÉ DELJON: «Entreprises publiques: privatiser ou réformer?», *RISA*, 1/1990, págs. 76-77. Ello se manifiesta particularmente a partir del Informe Nora («Rapport sur les entreprises publiques», *La Documentation Française*, 1967).

(6) En el primer caso, el Estado no entra en el capital de las empresas, no se hace accionista, sino que actúa a través de la mediación técnica del Ente Público, que es accionista y gestiona las participaciones en la forma de *holding* público. Las sociedades por acciones pertenecen al Derecho privado, cuya naturaleza jurídica se debate en aquellos primeros años. Puede verse una exposición resumida sobre la creación del sector público italiano y evolución desde la época fascista, en NATALINO IRTI: «Dall'Ente Pubblico Economico alla Società per Azioni (Profilo storico-giuridico)», en *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, a cura di Piergaetano Marchetti, Giuffrè, Milán, 1995, págs. 31 y sigs.

(7) El IRI, Istituto Nazionale per la Ricostruzione Industriale, fue creado por RDL de 23 de enero de 1933 como «ente público económico».

(8) Puede verse detalle de su creación, evolución e importancia en *Libro verde sulle partecipazioni dello Stato. Enel, Eni, Ina, Imi e Bul: situazione, prospettive, elementi per un programma di riordino (art. 16 Decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359)*. Noviembre 1992, ed. por Ministero del Tesoro. Direzione Generale del Tesoro, particularmente págs. 117 y sigs. Desde su fundación, el ENI (Ente Nazionale d'Idrocarburi) asumió progresivas compe-

medidas interventoras del Estado, reconociéndose un sistema de planificación de la economía a través de una dirección global (9)... A partir de los años sesenta la generalidad de los Estados emprende procesos de racionalización de la organización de su sector público, cuyas estructura y dimensión había sido el resultado de decisiones complejas, y no de un diseño institucional específico coherentemente perseguido.

Con peculiaridades organizativas y con mayor o menor efectividad en la gestión, los sectores públicos alcanzan, en vísperas de la crisis de 1973, un indudable peso en la dirección de las respectivas economías nacionales y dan empleo a porcentajes muy significativos de su población activa (10). Empresas públicas se convierten con frecuencia en líderes dentro de su sector, compitiendo con éxito en el mercado mundial (y emprendiendo en ocasiones actuaciones que responden más a la lógica de la empresa que a la de sus respectivos gobiernos) (11).

No podemos entrar aquí en un análisis detallado de las causas y consecuencias de la crisis de 1973. Su interpretación, como en el caso de la de 1928, se resiente de los planteamientos ideológicos, y su explicación se aleja de lo que pretende analizar este trabajo. Valga la remisión al excelente libro de Carlos de Cabo (12), limitándonos a dejar constancia del proceso de redefinición de las políticas públicas que se emprende a partir de entonces. «El Estado se propone como objetivo directo y básico incrementar la productividad del sistema económico: la lógica del beneficio se instala en el Estado» (13). La normativización o normalización institucional es sus-

tencias en el ámbito de los hidrocarburos, líquidos y gaseosos. El ENEL se crea por Ley 1.6 de diciembre de 1962, núm. 1.643. Asume la función de gobierno del sector eléctrico, también de las empresas excluidas de la nacionalización (sólo las dedicadas a autoproducción y otras pequeñas empresas). El EFIM (Ente Partecipazione e Finanziamento Industria Manifatturiera) engloba empresas dedicadas a la ingeniería y metalurgia. La extraordinaria complejidad del sector público italiano nos imposibilita aquí establecer ni siquiera un esbozo del mismo. Para ello, puede verse el citado *Libro verde*.

(9) Ello se refleja en la reforma del artículo 109 de la Ley Fundamental, que establece el principio de estabilidad económica como marco y función de la política presupuestaria del Estado. Por otra parte, y de forma complementaria, la Constitución pone otros instrumentos a disposición de la economía. NORBERT REICH: *Mercado y Derecho*, cit., págs. 79 y sigs.

(10) En 1970, el porcentaje que supone el gasto público en relación al Producto Interior Bruto es el siguiente: en Estados Unidos, el 31,7 por 100; Japón, 19,4; Alemania, 38,6; Francia, 38,5; Italia, 34,2; Reino Unido, 38,8; Suecia, 43,3; España, 22,2 por 100. (HOWARD OXLEY, Director de la División de Economía Pública OCDE: *El Sector Público en los ochenta y experimentos de política pública para los noventa*, Fundación BBV, Documenta, abril 1993, pág. 29). El porcentaje del empleo en el sector público con relación al total del empleo es, en el mismo año 1970: Estados Unidos, el 16,0 por 100; Japón, 7,7; Alemania, 11,1; Francia, 17,6; Italia, 12,3; Reino Unido, 18,1; Suecia, 20,9; España, 5,7 por 100. (*ibid.*, pág. 22).

(11) ROGER WETTENHAL: «La mondialisation des entreprises publiques», *RISA*, núm. 3, 1990, págs. 451-476, expone varios casos. Presenta algunas paradojas, como la de British Petroleum saltándose el aislamiento decretado contra Rhodesia y mantenido por el gobierno británico: la lógica de las empresas públicas cuando actúan como multinacionales subraya más la lógica de la empresa.

(12) C. DE CABO MARTÍN: *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.

(13) C. DE CABO MARTÍN: *La crisis del Estado social*, cit., págs. 53-56.

tituida por la normalización «industrial», y la producción jurídica se orienta en torno a una concepción puramente industrial del desarrollo, al tiempo que las decisiones políticas se someten a las exigencias de la batalla económica internacional (14).

En tal contexto, la internacionalización de la economía limita la autonomía del Estado a la hora de adoptar su política económica. Ello permite entender el fracaso de los intentos emprendidos por los socialistas franceses en 1981 de impulsar lo que habían venido siendo las políticas clásicas de la izquierda (políticas de demanda y expansión del sector público), y su necesidad de volver a las políticas de ajuste. Eran los tiempos en que comenzaba la gran ofensiva neoliberal de Reagan y Thatcher.

II. LA PROPUESTA NEOLIBERAL: DESREGULACIONES Y PRIVATIZACIONES

Los nuevos planteamientos difunden una teoría económica que afirma la perversidad e ineficiencia del Estado, la racionalidad y la lógica del mercado como elemento creador de riqueza, y la necesidad, desde una perspectiva económica, de desmontar el Estado intervencionista. El desarrollo económico, se dice, exige la liberalización de la economía, es decir, la reducción de las interferencias del Estado en el mercado.

Ello supone, en primer lugar, desregulación, es decir, la adopción de medidas «que consisten básicamente en la eliminación por las instancias públicas competentes de restricciones y constricciones que afectaban a las decisiones empresariales» (15). Pero la liberalización no se agota en las medidas desreguladoras, sino que incluye la apertura de un proceso de privatización del sector público. Ello viene urgido por argumentos menos teóricos: la necesidad de reducir el creciente endeudamiento público obliga a disminuir los gastos (también los sociales) e incrementar los ingresos (no por vía fiscal, sino mediante la venta de los activos del Estado).

En este marco, razones de orden económico y político plantean una profunda reflexión sobre la necesidad de cambiar los objetivos y la gestión de la empresa pública.

(14) J. P. HENRY: «La fin du rêve prométhéen? Le marché contre l'État», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, mayo-junio 1991, págs. 634 y 644.

(15) R. MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 47-52.

1. *La equiparación empresa pública-empresa privada: la «privatización en sentido amplio»*

Antonio Liserre, en un libro dedicado a la constitución económica italiana a los cuarenta años de su aprobación, titula su trabajo sobre la empresa pública «L'impresa pubblica tra socialità e profitto» (16), señalando de forma lúcida el cambio de punto de vista experimentado en la consideración de tales empresas: si en los años cuarenta se subrayaba su carácter de instrumento para conseguir intereses generales, el planteamiento ha cambiado hoy, cuando su actividad se quiere analizar básicamente desde criterios de rentabilidad.

Las justificaciones que, desde la teoría económica clásica (17) ha recibido la existencia de un sector empresarial público se han centrado en su capacidad para suplir las insuficiencias del mercado, garantizar el suministro de servicios públicos esenciales o impulsar el crecimiento de sectores o áreas geográficas determinadas. Desde una perspectiva constitucional, el punto de partida es el de la idoneidad de la empresa pública para actuar como uno de los instrumentos a través de los cuales los poderes públicos buscan dar efectividad a los valores constitucionales de libertad e igualdad de los individuos y de solidaridad entre ellos, e impulsan la realización de los principios rectores de la política económica y social recogidos en la Norma Fundamental (18).

Sin embargo, la vinculación entre la empresa pública y la utilidad general se convierte en un amplio paraguas que acaba cubriendo prácticas difícilmente justificables, como las nacionalizaciones de pérdidas o la utilización de la empresa pública como instrumento de reparto de poder político entre las distintas fracciones del bloque gobernante (19) lo que, de hecho, atenta contra las justificaciones, tanto económicas como constitucionales, del sector público.

La importancia de los argumentos no económicos en la gestión de la empresa pública generó frecuentemente disfuncionalidades e ineficiencia. Ello llevó temprana-

(16) ANTONIO LISERRE: «L'impresa pubblica tra socialità e profitto», en VV. AA.: *La Costituzione Economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta Fondamentale*, Giuffrè, Milán, 1990.

(17) Cfr., por ejemplo, FRANCO ROMANI: «Concorrenza e partecipazioni statali: considerazioni teoriche e caso italiano», en *Impresa Pubblica, privatizzazione e rigolamentazione*, a cura di Emilio Giardina, Franco Angeli, Milán, 1994, págs. 17 y sigs., o GASPAR ARIÑO: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 147.

(18) ANTONIO LISERRE: «L'impresa pubblica...», *cit.*, págs. 156-157.

(19) Esto ha tenido especial importancia en Italia, desde los años cuarenta. En aquellos primeros años tras la guerra, el control del sector público por parte de la Democracia Cristiana permite al partido disponer de instrumentos autónomos de arraigo en la sociedad, desvinculándose de la tutela tanto de la organización eclesiástica como de la burguesía industrial privada. Por otra parte, la complejidad de la estructura económica pública permite el reparto proporcional de poder entre las distintas familias políticas de la Democracia Cristiana italiana (PAOLO SIGATTI: «Pubblico e privato: profili sociologici», en *Pubblico e Privato, problemi e esperienze a confronto*, a cura di Silvio Beretta, Quaderni della Rivista *Il Politico*, núm. 37, Facoltà di S. Politiche dell'Università di Pavia-Giuffrè, Milán, 1993, págs. 25y sigs.). Sobre el mantenimiento de estas razones en los últimos años, «European privatisation. Two half revolutions», *The Economist*, 22 enero 1994, págs. 31-32.

mente a criticar las consecuencias negativas derivadas de una dirección política y no técnica, de una subordinación a intereses no empresariales, de una gestión carente de estímulos y de sanciones, de dificultades añadidas por el poder de los sindicatos... (20).

El debate relativo a la viabilidad y rentabilidad de la empresa pública va confluendo en posturas que plantean la necesidad de aplicar el criterio de economicidad al valorar su actuación, y que subrayan la necesidad de modificar sus procedimientos de gestión garantizando su autonomía con respecto a los poderes políticos. Se generaliza la opinión de que «una colocación constitucionalmente correcta de la empresa pública dentro del mercado exige en todo caso (...) que la empresa pública sea gestionada con los mismos criterios de economicidad que caracterizan toda actividad empresarial» (21).

El subrayado del criterio de economicidad implica subrayar paralelamente la equiparación entre la empresa pública y la privada (22). En tal marco se propone su sometimiento a normas de Derecho privado, lo que se ha denominado una «huida hacia el Derecho privado» (23). Este proceso plantea especiales problemas en el ám-

(20) Esta serie de razones suscita el debate de la mayor o menor rentabilidad de la empresa pública y de la privada. Entre los defensores de la menor rentabilidad de la empresa pública puede verse G. ARIÑO: *Economía y Estado...* a lo largo de todo el libro. Una posición más matizada es la de MARISOL ESTEBAN GALARZA y JOSÉ MORENO DÍAZ: *La privatización. Una panorámica internacional. Hacia nuevas formas de regulación estatal*, Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 1995, págs. 45-51, que ponen de relieve que «la teoría económica al uso no permite avalar ni desmentir la supuesta mayor eficiencia de las empresas privadas frente a las públicas». Las causas de aquellas diferencias, cuando se producen, no se deben tanto al dato de la propiedad, cuanto a la conjunción de varios factores, fundamentalmente el grado de competencia en los mercados y la calidad de las políticas reguladoras.

(21) Memoria que acompaña al Proyecto de Estatuto de la Empresa, elaborado en el Parlamento italiano por la Comisión Ferri en 1985. Las referencias a la obra de dicha Comisión están tomados de GIORGIO FLORIDIA: «L'economicità della gestione come principio di correttezza», en VV. AA.: *La Costituzione Economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta Fondamentale*, cit., págs. 235-239.

(22) Valga, por todas, la cita de Galbraith, para quien «en el caso de las compañías industriales muy grandes, a fin de cuentas importa poco si son de propiedad pública o privada. Lo importante es la autonomía de que dispongan sus directivos para actuar, y el rigor de las pruebas de eficacia que se exijan a dichos directivos. Las decisiones operativas, o las de política de personal u otras similares, jamás deben estar supeditadas a funcionarios de la Administración ni a los políticos. (...) La gestión de la empresa pública, además, debe estar firmemente sometida al criterio del beneficio. Ello es debido a que no existe ningún otro procedimiento de examen que mida de una manera tan exhaustiva la idoneidad para obtener el máximo resultado al mínimo coste. A la dirección se la debe dejar en paz mientras lo consiga. Y cuando fracase en obtener beneficios, hay que cambiarla y dejar que se desenvuelva la nueva, a ver si lo hace mejor» (J. K. GALBRAITH: *Memorias. Una vida de nuestro tiempo*, Grijalbo, Barcelona, 1982, págs. 374-375).

(23) Son muy numerosas las reflexiones sobre el fenómeno, particularmente entre la doctrina administrativista. Valga la cita de los trabajos de C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ: *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, prólogo de E. García de Enterría, Madrid, 1992; J. M. SALA ARQUER: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, 75, julio-septiembre 1992; JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993; SILVIA DEL SAZ CORDERO: «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, 133, enero-abril 1994, págs. 59-60.

bito de los servicios públicos, ya que su realización por fórmulas de Derecho privado tiende a excluir la vertiente garantista del Derecho administrativo (24) haciendo reaparecer los riesgos de «erosión del principio de legalidad» (25).

Ello conduce a una «privatización» de la gestión de la empresa pública, que permita agilizarla y garantizar su autonomía. El *status* jurídico general de la empresa pública se modifica: deja de gozar de privilegios, pero queda libre de las cargas y discriminaciones que le impone el Derecho público en materia de personal, en la gestión, en el régimen patrimonial, financiero y fiscal... (26).

El criterio de economicidad no implica que todas las empresas públicas tengan que orientarse siempre a maximizar los beneficios (27). Dentro del sector público existen unas empresas más directamente vinculadas con el criterio de economicidad que, dedicadas sobre todo a los monopolios naturales y los sectores tecnológicos de punta (28), adecúan su estructura y gestión a las de las empresas privadas y actúan en el mercado en situación de competencia con éstas (29). Otras empresas, justifi-

(24) FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: *Privatización de Servicios Públicos*, Tecnos-Universidad de La Laguna, Madrid, 1993, pág. 367. En el caso español, tales reducciones, señala Villar, suponen la reducción de las siguientes garantías administrativas: 1. La Ley de Procedimiento Administrativo es desplazada en la organización y funcionamiento interno de las entidades, *idem* en la relación con los particulares; *idem* la nulidad de pleno derecho aparejada a cualquier acto administrativo que omita total y absolutamente el procedimiento establecido (art. 47 LPA). 2. Exclusión referida a la contratación administrativa (principios de publicidad y concurrencia que inspiran la preparación y adjudicación de los contratos públicos). 3. Exclusión de la Ley del Patrimonio del Estado: la unidad patrimonial es desplazada por la creación de patrimonios *ad hoc* que pueden destinarse a fines distintos de los descritos en las leyes de creación de las entidades instrumentales. 4. Estatuto de los empleados públicos: laboralización del personal, que permite romper los techos salariales, reducir plantillas. 5. La responsabilidad extracontractual objetiva es suplida por la responsabilidad civil, basada en la culpa.

(25) R. MARTÍN MATEO: *Derecho público de la economía*, CEURA, Madrid, 1985, pág. 21. García de Enterría ha puesto de manifiesto los riesgos de la aplicación de técnicas de empresa pública a «verdaderos servicios públicos materiales que no es imaginable que puedan funcionar sin someterse al Derecho público», mencionando como ejemplo más claro el de la Agencia Estatal Tributaria (prólogo al libro de C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ: *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, cit., págs. 12-13).

(26) GASPAR ARIÑO: *Economía y Estado...*, cit., Madrid, 1993, págs. 153-154.

(27) F. GALGANO: «La società per azioni», en *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico*, vol. VIII, Padua, 1984, pág. 440.

(28) R. MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía*, cit., págs. 127-128. Tal era una de las propuestas de Ramón Martín Mateo que entendía en 1988 que el sector público español había de modificar su estructura siguiendo las siguientes directrices: freno a la expansión del sector público económico. Paulatina reconducción de la empresa estatal al ámbito de los monopolios naturales, de los sectores tecnológicos de punta. Apertura al accionariado privado, aunque manteniendo el control de la Administración. Sanciamiento y en su caso liquidación de empresas inviables. No sustitución pública de iniciativas privadas fracasadas.

(29) Valga una nueva cita del proyecto de la Comisión Ferri: el artículo 2 del proyecto, relativo a «criterios de economicidad de la actividad empresarial», señala que «las actividades económicas directas de producción e intercambio de bienes o servicios están organizadas según criterios de economicidad, también cuando sean ejercitadas por el Estado o por otros entes públicos o por sociedades de participación pública. Fuera de los casos consentidos por el artículo 43 de la Constitución, las empresas públicas o con participación pública obran en el mercado en competencia con las empresas privadas». Cit. en GIORGIO FLORIDIA: «L'economicità della gestione come principio di correttezza», cit., pág. 235.

cadadas por razones de interés general (30), pueden actuar al margen del criterio de beneficio económico, manteniendo su conexión con los Presupuestos Generales del Estado.

Tal distinción tiende a generar una reorganización del sector público, como la recientemente aprobada en España (31) pero, en cualquier caso, no estamos hablando todavía de privatizaciones. La experiencia ha demostrado que sectores públicos en que se garantizaba plenamente aquella gestión empresarial (el de Francia no es el único caso), se han visto sometidos a un amplio proceso de privatizaciones *stricto sensu*.

2. Las privatizaciones en sentido estricto

A) *Qué son*

El anterior proceso de desregulación y de «privatización de la gestión» no agota

(30) El artículo 3 del proyecto de la Comisión Ferri (1985) (cit., págs. 235-236) señalaba que sólo la ley podía determinar los sectores de la producción, distribución y servicios en los que, por razones de preeminente interés general, las empresas públicas o con participación pública pueden practicar precios no económicos; la norma, por otra parte, dispone que la misma ley que autoriza la práctica de los precios no económicos, fije los límites de la pérdida y las relativas fuentes de cobertura. En el mismo sentido, GIUSEPPE PALMA: «Una coordinata della costituzione tutta da riscoprire: il pubblico da soggettivamente pubblico a oggettivamente pubblico», en VV. AA.: *La Costituzione Economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta Fondamentale*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 373, señala que, aunque la economía no implica exigencia de beneficios en todas las empresas, ha de permitir la autosuficiencia, a largo plazo, de todo el sector público.

(31) La ausencia de grandes empresas de concentración industrial en España obliga a garantizar la presencia pública en determinadas empresas y, por otra parte, la búsqueda de eficiencia invita a potenciar el acceso de capital privado a las empresas públicas y a reducir el tamaño y delimitar las funciones del sector público. La necesidad de actuar conforme a los principios de la economía de mercado, dotando al sector público de una estructura «más pequeña y más potente» basada en entidades que actúan sometidas al Derecho privado, inspira las sucesivas reformas del INI introducidas en las leyes de Presupuestos para 1989 y para 1992. La primera somete su funcionamiento al Derecho privado excluyendo la aplicación de las Leyes de Entidades Estatales Autónomas y de Contratos del Estado, y la segunda da lugar al nacimiento de TENEEO.

El grupo TENEEO, constituido el 14 de julio de 1992, integra a las empresas potencialmente rentables y financieramente autónomas del INI. Está organizado como Sociedad Anónima, cuyo Consejo de Administración intenta legitimarse por su carácter técnico más que político y actúa plenamente sometida al mercado (a diferencia de las empresas que se mantienen vinculadas a finalidades de interés público, que han de permanecer vinculadas a los presupuestos públicos).

El paso siguiente en la reorganización del sector público intenta eliminar del INI-TENEEO lo que pudiera mantener de «cultura administrativa», para tender a una «cultura de gestión empresarial». A ello se orienta la supresión del INI y del INH y la reordenación de las participaciones industriales con la creación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y la de la Agencia Industrial del Estado (creadas por Decreto-ley 5/1995 de 16 de junio, su organización y funciones están reguladas por Orden del Ministerio de Industria y Energía de 13 de julio de 1995, *BOE* del 14 de julio) que sancionan la división del sector público en un sector rentable y otro con pérdidas. SEPI engloba las acciones de TENEEO y de REPSOL, y la Agencia Industrial del Estado recoge las participaciones públicas en las entidades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial, o a regímenes especiales derivados de su particular situación. (Véase en los anexos I y II al Real Decreto-ley 5/1995 de relación de las participaciones accionarias de titularidad pública que se transfieren a AIE y a SEPI.)

las transformaciones, sino que da paso a la «asunción por los particulares de bienes o actividades económicas anteriormente de titularidad o gestión pública» (32), es decir, a la transferencia de propiedad y entrega de la gestión a manos privadas de sectores o empresas que antes estaban en manos públicas (33).

El fenómeno privatizador ha adquirido una dimensión prácticamente general, y un volumen extraordinario (34), pero su generalidad no permite tratarlo unitariamente. Nos limitamos aquí a unas consideraciones reducidas a los países de nuestro ámbito.

Las formas que pueden adoptar las privatizaciones son muy diversas, en función de su intencionalidad o intensidad de la transferencia: Martín Mateo distingue entre desnacionalización, suspensión de monopolios, disociación de titularidad y gestión, y despublificaciones fácticas (35). No son las únicas posibles y, por ahora, limitamos nuestro comentario a su mera enunciación (36).

B) *Por qué privatizar*

Son muy variados los argumentos con que se pretende justificar la necesidad de privatización. Las motivaciones han sido diferentes en función del país y del momento, y responden a planteamientos en que con frecuencia es confusa la fron-

(32) R. MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía...*, cit., pág. 40.

(33) Guido Rossi trasciende el mero dato de la propiedad y señala que la privatización ha de suponer liberalización, considerando contradictoria la despublificación de empresas que se mantengan como únicos oferentes de servicios públicos y que, al tener que actuar sometidas a reglamentaciones de precios y calidades, funcionen de hecho como monopolios privados («Privatizzazioni e diritto societario», en *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*. Gli incontri di studio a Palazzo Giustiniani. Quaderno n. 1. Senato della Repubblica, 21 junio 1994, págs. 20-21).

(34) Las cifras que explican tales afirmaciones son reveladoras: en 1992 empresas estatales valoradas en 69.000 millones de dólares pasan a manos privadas en 50 países. Desde 1985 se ha privatizado por un total de 328.000 millones de dólares, y las ventas propuestas en Europa occidental pueden alcanzar los 150.000 millones de dólares en 1998. Se trata de un fenómeno general, impulsado por gobiernos de las más distintas ideologías: incluso China ha vendido participaciones minoritarias en numerosas empresas públicas, obteniendo 500 millones de dólares en 1992. «Privatisation. Selling the State», *The Economist*, 21 agosto 1993, págs. 16-18.

(35) R. MARTÍN MATEO: cit. *ibid.*

(36) Véase la que realiza Ariño en GASPAR ARIÑO: *Economía y Estado...*, cit., págs. 238-239. Es frecuente la distinción entre privatizaciones «políticas» o «programáticas» y privatizaciones «pragmáticas». Caben otras distinciones en función del carácter total o parcial de la privatización, de la existencia o no de cautelas por parte de la Administración para conservar algún control sobre la empresa privatizada... Comentaremos más adelante algunos de estos casos. Villar Rojas menciona entre las técnicas jurídicas que sirven a los objetivos de la privatización la desnacionalización, la concertación, la desregulación o liberalización, y el cambio en el sistema de financiación de las prestaciones públicas: que pague el usuario en lugar del contribuyente. (FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: *Privatización de Servicios Públicos*, cit., pág. 355). Como señala Martín Mateo, parece carente de justificación mantener distinciones entre «privatización», «desnacionalización» y «desestatalización»: la importancia de los matices ideológicos que pueden separar unas de otras es muy limitada y pueden ocultar que, en el fondo, se trata de fenómenos idénticos.

tera entre lo ideológico y lo científico. La importancia de lo ideológico es obvia, tanto cuando discuten los juristas como cuando lo hacen economistas (37) o políticos.

a) Los argumentos más usuales justifican la necesidad de privatizar en nombre del criterio de *eficiencia*. Si la nacionalización se justificaba por los fallos del mercado, la privatización lo haría por los fallos burocráticos: ausencia de incentivos, ausencia de responsabilidad, interferencias políticas... La entrada de capital privado permitiría, se dice, aumentar la competencia, introducir nuevas técnicas de gestión, acceder a nuevas tecnologías, reducir presiones laborales y, en consecuencia, incrementar la eficiencia tanto de la empresa privatizada como del conjunto de la economía.

El aumento de eficiencia esperable de la privatización no es igual en todos los casos: son distintas la importancia estratégica y la posibilidad de venta de cada empresa, su grado de adaptación a la competitividad, o la posición monopolista o no de la empresa que se nacionaliza (38). Generalmente, se entiende que la posibilidad de aumentar la eficiencia es mayor si se trata de monopolios, aunque la privatización de éstos ha de ir acompañada de una regulación que intente garantizar determinadas condiciones de precio y calidad de los servicios y bienes que se proporcionan al consumidor. En todo caso, los efectos positivos de la privatización exigirían otras medidas que fomentaran la competencia de los mercados y mejoraran la eficiencia de las empresas que permanezcan en el sector público.

(37) En el fondo de la mayor parte de las posturas en el debate político (o incluso jurídico) se suele intentar argüir con razones traídas de la economía, como si fuera éste un campo más «científico». Pero el debate de los economistas es, también, un debate ideológico. Nada permite aceptar acríticamente los argumentos neoliberales en virtud de los cuales es mayor la *eficiencia* en el empleo de los recursos sociales cuando la regulación y la gestión pública se emprenden desde manos privadas, o que la gestión del mercado permite una distribución más *equitativa*, o que sólo así se consigue el valor de la *libertad*. Semjantes argumentos acompañan al debate sobre el futuro y sentido del sector público, materia en la que, a pesar de todo, no se hace sino discutir los viejos paradigmas. (Sobre los argumentos neoliberales en la materia, cfr. S. PASTOR: «Las políticas de no intervención estatal: una revisión», *Hacienda Pública Española*, núm. 113. Puede verse una buena compilación del debate sobre la tensión «privado-público» en J. C. DONAHUE: *La decisión de privatizar*, Barcelona, 1989. Véase un excelente resumen del tema en MARISOL ESTEBAN GALARZA y JOSÉ MORENO DÍAZ: *La privatización. Una panorámica internacional. Hacia nuevas formas de regulación estatal*, Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 1995, págs. 29-32.)

(38) El *Libro verde sulle partecipazioni dello Stato...*, cit., págs. 92 y sigs., realiza una clasificación de las empresas, a efectos de analizar la conveniencia de su privatización, que es útil recoger aquí, a los efectos que comentamos: a) empresas que ya operan en mercados competitivos. b) Empresas que no operan en mercados competitivos: b-1: empresas que tienen un mercado «cautivo», en cuanto venden únicamente bienes y servicios al Estado directamente o a otras empresas públicas; b-2: empresas que venden bienes y servicios en el mercado, pero cuyos precios están sujetos a un régimen tarifario o a un régimen general de reglamentación de los productos; b-3: empresas que operan en régimen de monopolio, sea natural o legal; b-4: empresas con fuerte grado de integración vertical. c) Empresas cuya única razón de ser es transferir subsidios en cualquier área geográfica o sector económico específicos. Los autores del estudio entienden que la privatización ha de plantearse únicamente en empresas que pertenezcan a las categorías a) o b).

b) La necesidad de *incrementar los ingresos públicos*, y la necesidad de financiar el déficit presupuestario o de conseguir liquidez han sido argüidos frecuentemente para justificar las desnacionalizaciones. Aunque ello fuera cierto, la venta de empresas públicas no reduce el déficit público global en la cantidad por la que se ha vendido: al desprenderse de empresas, el Estado deja de obtener beneficios, y si la transferencia de riqueza del Estado al sector privado acaba en manos no nacionales, puede dejar de producir riqueza en el país.

Para que la privatización tenga un impacto global positivo, a largo plazo, los ingresos derivados de ella deben invertirse en otros usos que aumenten el crecimiento económico potencial (y no servir para aumentar el gasto corriente del gobierno o para reducir los impuestos) (39).

c) Entre los argumentos utilizados con alguna generalidad, aunque hayan podido tener más importancia en unos países que en otros, cabe mencionar la referencia a las privatizaciones como instrumento para conseguir una *participación accionarial más amplia*, una cierta forma de *capitalismo popular* en que muchos pequeños accionistas se beneficiarían de la (mayor) rentabilidad de las empresas desnacionalizadas, al tiempo que se favoreciera el acceso de los asalariados de la empresa a la titularidad de las acciones. Se ha señalado, igualmente, la importancia del proceso privatizador para atraer capitales extranjeros que permitieran dinamizar la economía nacional y desarrollar la Bolsa como mercado financiero (40).

d) Valga, como resumen, señalar que las razones que parecen aconsejar la privatización no son fácilmente sintetizables, y a veces son contradictorias entre sí (41). Por ello, prefiero no alargar más su exposición y limitarme a señalar, con Andrew

(39) ROBERT DELORME: «El fenómeno de la privatización en Francia», *Información Comercial Española*, núm. 707, julio 1992, pág. 57. Ha de señalarse, en este sentido, que la Ley francesa de 11 de junio de 1986, núm. 824, artículo 33, impide utilizar los fondos provenientes de las privatizaciones para hacer frente a gastos corrientes del Estado.

(40) El argumento de la necesidad de internacionalizar y desarrollar la Bolsa de París es frecuentemente mencionado en el caso francés (cfr. DELORME: *loc. cit.*, o las posturas de J. Peyrelevade ante el modo de luchar contra las «cuatro debilidades del capitalismo francés», en DOMINIQUE SICOT: «Quel modèle pour la France?», *Alternatives économiques*, julio-agosto 1993).

(41) GUIDO ROSSI: «Privatizzazioni e diritto societario», en *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, cit., pág. 17, señala cómo el objetivo normalmente más señalado es el de hacer disminuir el déficit del presupuesto estatal, hecho que justifica las privatizaciones inglesas, pero que en Francia está prohibido por la Ley de 11 junio 1986, núm. 824, artículo 33, que impide utilizar los fondos provenientes de las privatizaciones para hacer frente a gastos corrientes del Estado. Por otra parte, señala cómo el capitalismo popular ha supuesto normalmente el aumento de concentración del poder en grandes grupos, cómo la *golden share* es incompatible o poco compatible con el recurso a los mercados nacionales o internacionales; cómo la privatización puede no aumentar la competitividad de las empresas públicas si no va acompañada de liberalización (lo que no ha sido siempre así en todos los casos). De todo ello deduce que es precisamente el conjunto de aquellas finalidades, manifiestas u ocultas, lo que hace oportuno tal proceso (el trabajo está recogido, también, en *Le privatizzazioni in Italia. Suggi, leggi e documenti*, a cura di Piergaetano Marchetti, Giuffrè, Milán, 1995, págs. 125 y sigs.).

Dunsire, que la privatización es un acto político y que las ventajas sociales y económicas que permite obtener pueden alcanzarse por otros medios (42).

Quizá la mejor forma de probarlo es aludir, aunque sea brevísimamente, a los dos procesos privatizadores primeros y más significativos emprendidos en Europa, el británico y el francés.

Las privatizaciones británicas responden a razones programáticas. Se trata de una opción política que busca deliberadamente reducir el sector público de la economía. El proceso de privatización se planeó como un programa completo y con objetivos claros en lo referente al número de empresas a privatizar, métodos de venta, compradores elegibles y previsión de la esperada reducción del peso gubernamental en la economía (43).

En el origen del proceso confluyen, al margen de la creencia en las referidas bondades del mercado, razones económicas y, sobre todo, políticas (44). El compromiso del gobierno Thatcher de bajar los impuestos y de reducir la necesidad de préstamos para el sector público era políticamente más fácil de realizar mediante la venta de activos públicos que recortando los gastos públicos: las ventas fueron la forma de superar las restricciones fiscales que el gobierno se había impuesto a sí mismo. Cuando las iniciales declaraciones del gobierno entran en conflicto con los objetivos de aumentar el dinero mediante ventas rentables, los objetivos políticos se magnificaron, y se abandonó la política de promover la competencia en mercados liberalizados en favor de la simple transferencia de los monopolios públicos al sector privado (sectores energéticos y de telecomunicaciones).

(42) ANDREW DUNSIRE: «Le débat secteur public-secteur privé: l'expérience du Royaume Uni», *cit.*, pág. 66. Sigue: «Puesto que se trata ante todo de una cuestión política, las interpretaciones de sus ventajas y de sus peligros serán no sólo múltiples, sino también teñidas de ideología, lo que significa que los argumentos pueden ser muy poco racionales.»

(43) El programa de privatizaciones incluía, principalmente, las empresas más productivas y rentables del sector público británico (monopolios fiscales o naturales, Bancos estatales, principales empresas de servicios públicos y algunas industrias muy competitivas). De la importancia del proceso dan fe algunas cifras: desde 1983 (segundo gobierno Thatcher) hasta su dimisión en 1990 se vende por valor de 29.000 millones de libras (5,8 billones de pesetas al cambio de agosto 1993). Entre otros, se privatizan monopolios en los sectores de energía, telecomunicaciones, transporte aéreo y de suministro de agua; la siderúrgica British Steel, las automovilísticas Rolls Royce y Leyland (Jaguar y Rover), las compañías de transporte National Freight y National Bus Company. En el mismo período, el 50 por 100 de los activos del sector público y unos 800.000 puestos de trabajo fueron desplazados al sector privado; ANDY ROBINSON: «Privatización en el Reino Unido», *Cinco Días*, 2 agosto 1993. JOHN VICKERS: «El programa de privatizaciones británico: una evaluación económica», *Moneda y Crédito*, 1993, pág. 196, señala cómo las privatizaciones han promovido un cambio rápido e importante de la estructura de la propiedad de la economía: en 1979 las empresas públicas producían un 11 por 100 del PIB británico, y en 1993 quedan ya muy pocas.

(44) ANDREW DUNSIRE: «Le débat secteur public-secteur privé: l'expérience du Royaume Uni», *RISA*, núm. 1, 1990, págs. 33-72, señala la importancia que tiene en la política de privatizaciones de Thatcher su voluntad de acabar con el poder de los sindicatos (por otra parte, más poderosos en las industrias nacionalizadas) y su deseo de debilitar el poder de la burocracia y de los poderes públicos locales (más particularmente de los grandes municipios), al margen de las razones ideológicas que ven en la «política del consenso» y en la «mentalidad de asistencia» las causas del declive británico.

Las razones políticas de la privatización se manifiestan también en la forma de llevarla a cabo, particularmente en la búsqueda de creación de un amplio accionariado popular y en la conversión de los asalariados en accionistas. La subvaloración del precio de venta de las acciones exigida para conseguir tales finalidades no es, obviamente, económica (no habría razones para entender que el gobierno subvencione la inversión de particulares en empresas concretas), sino político-electoral del Partido Conservador (45). De sus consecuencias tendremos ocasión de hablar al referimos, con carácter general, a las técnicas de privatización.

La importancia político-ideológica de la política británica de privatizaciones hace difícil valorar el éxito económico del proceso o sus limitaciones (46). Baste con lo dicho para hacer notar la trascendencia que lo político ha tenido en su desarrollo (y sigue teniendo en sus valoraciones).

En el caso francés, la mayor parte de los autores destaca el carácter más técnico-financiero del proceso privatizador, aunque es clara su vinculación con los resultados electorales, e igualmente claro su carácter programático. Es imposible no establecer un paralelismo entre los avatares de la política privatizadora francesa y las oscilaciones de los resultados electorales.

La propuesta privatizadora tiene una trascendencia enorme en la campaña electoral del centro-derecha en las elecciones de 1986, y se pone en marcha por el gobierno Chirac inmediatamente tras su triunfo. Aprobada, tras varias vicisitudes (47), la ley autorizaba al gobierno a privatizar 65 sociedades enumeradas en anexo a la

(45) Las críticas al procedimiento para conseguir un accionariado popular se centran en señalar que el grado de subvaloración de las acciones vendidas ha sido innecesario (la venta por etapas y una mayor utilización de las subastas hubieran llevado a una fijación de precios más ajustada y, por tanto, a unos ingresos mayores) y, tarde o temprano, costoso. El número de accionistas se ha cuadruplicado, pero la proporción de acciones poseída por particulares en comparación con la mantenida por instituciones ha continuado descendiendo en este periodo. Los compradores de acciones de las empresas privatizadas suelen venderlas más tarde: muchos hacen efectivas sus ganancias inesperadas inmediatamente, y otros las venden con posterioridad. Si lo realmente pretendido era promover la ampliación de la base accionarial, se hubiera podido conseguir de un modo más efectivo mediante cambios generales y duraderos (a través de incentivos fiscales o eliminando exenciones fiscales para otros instrumentos de ahorro individual) mejor que por el costoso y posiblemente distorsionante método a corto plazo de subvalorar el precio de venta de las acciones de las empresas privatizadas. JOHN VICKERS: «El programa de privatizaciones británico: una evaluación económica», *Moneda y Crédito*, 196, 1993, págs. 95-98.

(46) Entre las valoraciones más matizadas, cfr. ANDREW DUNSIRE: «Le débat secteur public-secteur privé: l'expérience du Royaume Uni», *cit.*, págs. 59-61, que analiza los resultados conseguidos en cada uno de los objetivos pretendidos por el gobierno.

(47) Chirac pretende aprobar las privatizaciones por el procedimiento de ley de habilitación del artículo 38 de la Constitución. El proyecto fue recurrido ante el Consejo Constitucional, que estableció en su decisión de 25 y 26 de junio de 1986 los grandes principios en materia de privatización. Tras el pronunciamiento del Consejo, el gobierno transmite el proyecto de Ordenanza al presidente de la República, que se niega a firmarlo. El gobierno remite al Parlamento, en consecuencia, un proyecto de ley que repite los criterios de la Ley de 2 de julio de 1986, y que, con algunas enmiendas, sería promulgada como ley el 6 de agosto de 1986.

ley (48). El programa había de culminar antes del 1 de marzo de 1991, dejándose en manos del gobierno la decisión sobre el ritmo y la elección de las empresas que habían de privatizarse (49).

La confirmación de Mitterrand como presidente de la República, en 1988, y el posterior triunfo de su partido en las legislativas no suponen una vuelta a la situación de 1981: existe una voluntad de despolitizar la cuestión del sector público y, por otra parte, es claro que los tiempos no permiten volver a los programas de entonces. En la campaña de las presidenciales, el candidato socialista había dirigido una carta a todos los franceses en que plantea su propuesta «ni nacionalizaciones, ni privatizaciones», pero tal política, de hecho, no se aplica. Finalmente, el Decreto de 5 de abril de 1991 pone fin al «ni... ni»: la autorización de que empresas privadas de cualquier nacionalidad pudieran tomar participaciones minoritarias de hasta el 49,9 por 100 de empresas públicas abre la puerta a posteriores privatizaciones graduales.

La victoria de UDF-RPR en las elecciones de 1993 lleva al gobierno Balladur, en junio de aquel año, a proponer la privatización de 21 grandes empresas estatales, aumentando en nueve la lista de 12 que habían quedado pendientes de privatización en el programa de 1986 (50). El plan, que incorpora algunas novedades con respecto al anterior, permite reiniciar el proceso privatizador en el verano de 1993. Su volumen progresivamente mayor, ha permitido decir que «apenas pasa una semana sin que se decida la venta de una u otra empresa estatal». Justificado más por razones fiscales que por causas ideológicas, el proceso de privatización francés ha permitido al gobierno disponer de recursos para hacer bajar el déficit del sector público, incrementado con la recesión, y remediar los recortes presupuestarios y el descenso de las inversiones extranjeras (51).

(48) Se trataba, fundamentalmente, de los Bancos nacionalizados en 1982, y de los tres nacionalizados en 1945 (BNP, Société Générale, Crédit Lyonnais), los grupos industriales nacionalizados en 1982 y las sociedades de seguros nacionalizadas en 1946. El proyecto autorizaba, igualmente, a privatizar las empresas del sector público no controladas directamente por el Estado (las filiales o subfiliales de las empresas nacionalizadas), y aquellas que no entraron en el sector público por aplicación de una ley. Cfr. OLIVIER D'ORMESSON y DIDIER MARTIN: «L'élaboration des lois de privatisation: présentation générale du cadre juridique», en *Droit et Pratique du Commerce International*, núm. 3, 1987, págs. 405-456. Véase en dicho trabajo la regulación de la privatización en función de los distintos tipos de sociedades públicas.

(49) Las privatizaciones previstas afectaban a las dos terceras partes del sector público, que empleaba al 40 por 100 de las personas ocupadas en él, con un capital que entonces se estimaba entre 250 y 300 miles de millones de francos. De hecho, entre noviembre de 1986 y febrero de 1988 se vendieron doce grupos (29 empresas y, con las filiales, 1.082 compañías), lo que suponía una tercera parte del sector público, con más de 300.000 empleados, lo que suponía un sexto del personal empleado en el sector público. La importancia de los fondos conseguidos permite alcanzar buena parte de los objetivos propuestos (DELORME: *loc. cit.*, pág. 40).

(50) Entre ellas se incluyen el Banco BNP, la química Rhône Poulenc, Renault, Air France, Elf Aquitaine. Se esperaba conseguir más de 7.000 millones de dólares en 1993 y hasta 50.000 millones de dólares al final del programa («Privatisation. Selling the State», *The Economist*, 21 agosto 1993).

(51) La privatización se debe más a imperativos fiscales que a la ideología: medio para hacer bajar el déficit del sector público, que se ha disparado con la recesión, y remedio para los recortes presupuesta-

Supuesta la mención a la diversidad de razones existente en el origen de los procesos privatizadores, y supuesta la importancia que las razones políticas tuvieron en los dos primeros casos planteados en Europa occidental, valga una última mención a la variabilidad, ahora temporal, de los argumentos en favor de las privatizaciones.

Lo que implicó, en los primeros años ochenta, fortísimos debates tanto en el Reino Unido como en Francia, ha acabado, en buena medida, por convertirse en cuestión pacífica: a mediados de la década de los noventa, la exigencia privatizadora parece estar planteándose en todas partes no tanto desde argumentos de oportunidad, como desde la necesidad.

Diríase que la opinión de que el proceso privatizador es necesario ha acabado haciéndolo necesario en todos los países. Por eso puede decirse que «en los años ochenta se privatizaba por cuestiones político-ideológicas. En los años noventa se privatiza (o por lo menos se afirma privatizar) sobre todo por cuestiones económicas» (52).

C) *Cómo privatizar*

En función de las necesidades pretendidas por la privatización serán distintas las formas de realizarla. Si lo que se precisa es dinero y cuanto antes, si lo buscado son medidas políticas que permitan conseguir un accionariado popular o una gran difusión de las acciones entre un elevado número de pequeños accionistas, si se desea garantizar la integración de la empresa en el sector competitivo, si se desea el ingreso de determinados grupos extranjeros como forma de incorporar nueva tecnología o entrar en determinados mercados, si se pretende consolidar el control de la empresa por grupos económicos nacionales para evitar riesgos de deslocalizaciones, si se desea dinamizar la Bolsa de Valores... las formas de vender serán distintas en cada caso. Nuevas diferencias aparecerán si lo que se desea es deshacer un monopolio, vender separadamente ramas de actividad diversas englobadas hasta entonces, o si hay dificultades en vender o se desea salir de cualquier modo de una empresa poco rentable o que, por las razones que fuera, no interesa.

No podemos aquí establecer un sumario de los muy diversos procedimientos adoptados (53), básicamente reducibles a la adquisición por los empleados (en

rios y descenso de las inversiones extranjeras. «Privatisation. Selling the State», *The Economist*, 21 agosto 1993, págs. 16-18.

(52) M. CAVALLI: *Il Sole 24 Ore*, lunes 19 junio 1993, pág. 27, cit. en CARLO GERONIMO CARDIA: *Profili giuridici della privatizzazione*, *Il Sole 24 Ore Libri*, Milán, 1994, pág. 233.

(53) Entre la numerosa bibliografía al respecto, puede encontrarse una buena síntesis en MARCO NIADA: *Le privatizzazioni degli altri*, ed. *Il Sole 24 Ore Libri*, Milán, 1993, págs. 71-104, donde se distingue entre: 1) Cesión a sujetos privados y métodos de subasta: venta a intereses privados, representados por un patrimonio o por un grupo de inversores seleccionados por el gobierno tras una competición más o menos restringida entre potenciales adquirentes. 2) Colocación a sujetos privados: especie de oferta al

casos, por donación del Estado), la negociación privada, la subasta pública con eventual preselección de los participantes y la oferta pública de venta, a precio fijo o determinado por otro procedimiento. Baste, finalmente, con recordar la importancia que en su puesta en marcha tienen el gobierno y, según los países, comisiones de privatización, integradas por técnicos que, con mayor o menor vinculación con el gobierno, intervienen en diversos momentos del proceso (54).

III. LAS PRIVATIZACIONES: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO

El debate sobre las privatizaciones no se circunscribe, como es obvio, a economistas y políticos, sino que plantea importantes interrogantes a los juristas. Un primer ámbito de problemas es el relativo al Derecho constitucional, en la medida en que las Constituciones pudieran plantear, o no, límites de forma o fondo a la reforma del sector público. Ha de analizarse igualmente el influjo que tiene el Derecho comunitario en el proceso de desregulación y privatizaciones emprendido por los países miembros de la Unión Europea. Finalmente, se plantean problemas afectantes al Derecho administrativo y al Derecho de sociedades, supuesto que la privatización de determinadas empresas deberá ir acompañada, dada la trascendencia de los servicios que prestan, por nuevas reglamentaciones.

1. Cuestiones de Derecho constitucional

En el terreno constitucional se plantean problemas específicos en algunos países

público, aunque restringida a un número seleccionado de inversores profesionales (sociedades, institutos financieros o fondos de inversión). 3) Cesión a los directivos o a los empleados. 4) Operaciones de *joint venture*: apertura de la sociedad a un socio o grupo que adquiere una participación minoritaria, paritaria o incluso mayoritaria, conservando el Estado el resto: sociedad mixta en que los socios fundadores ponen en común recursos financieros y operativos. 5) Concesión de la gestión de servicios públicos a particulares, manteniendo la propiedad el Estado. 6) Colocación al público mediante «*coupons*» o «*vouchers*» (bonos): permite privatizar en países con mercado accionarial prácticamente inexistente (como en los países ex comunistas de Europa Oriental) mediante el reparto entre la población de bonos convertibles en acciones de las sociedades candidatas a la privatización, con el objetivo de crear un mercado accionario. 7) Oferta pública de venta: colocación de las acciones en Bolsa. Caben procedimientos diferentes de fijación del precio y de las cantidades adjudicadas, en función de los intereses del gobierno y de las características de la demanda en cada caso (empleados, pequeños accionistas, inversores institucionales nacionales e inversores institucionales extranjeros).

(54) Sobre la Comisión de Privatización francesa, cfr., por ejemplo, ROBERT DELORME: «El fenómeno de la privatización en Francia», *cit.*, pág. 40. Sobre el Comité italiano, PIERGAETANO MARCHETTI: «Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti (dicembre 1992-marzo 1994)», en *Le privatizzazioni in Italia*, *cit.*, págs. 49-50.

en que las Constituciones imponen la nacionalización de determinados sectores (55). De orden también constitucional es el alcance de cláusulas como la que afirma el Estado Social y Democrático de Derecho, el debate sobre el contenido de derechos como el de propiedad o de libertad de empresa, o sobre el carácter subsidiario o no de la intervención económica del Estado.

Por lo que afecta a los problemas de constitucionalidad que pudieran impedir las privatizaciones, y supuesta las reformas constitucionales portuguesas de 1982 y 1989, que eliminaron la prohibición constitucional de privatizar las empresas nacionalizadas tras la revolución de 1974, los únicos problemas de alguna entidad se han planteado en Francia, cuya Constitución exige que sean propiedad de la colectividad los monopolios de hecho y bienes con características de servicio público. Ello llevó a que se planteara ante el *Conseil Constitutionnel* la constitucionalidad de las leyes privatizadoras de 1986 (56).

En su decisión de 25-26 de junio de 1986, el *Conseil* recuerda que, en el caso de servicios públicos nacionales, la inconstitucionalidad de la privatización alcanza sólo a los «servicios públicos cuya existencia y funcionamiento son exigidos por la Constitución» (57). Pero, a la hora de determinarlos, se reconoce, *de facto*, una am-

(55) En Portugal, la Constitución de 1976 declaraba irreversibles las nacionalizaciones operadas tras la revolución de abril de 1974. Fue modificada en dos ocasiones (1982 y 1989) para autorizar la plena privatización de las empresas nacionalizadas.

En algunos países la Constitución excluye cualquier intervención del sector privado en determinados sectores de actividades económicas considerados como estratégicos: artículo 177 de la Constitución de Brasil, da al Estado monopolio sobre la prospección del petróleo, el gas natural y otros hidrocarburos, el refinado del petróleo, la importación y exportación de productos derivados del petróleo, transporte marítimo de petróleo bruto de origen doméstico (...) y la prospección, extracción, tratamiento, utilización y comercio de minerales necesarios para la industria nuclear. Artículo 27 de la Constitución de México, contiene disposiciones análogas. Textos constitucionales de este tipo son susceptibles de contemplar los sectores de la energía, el agua, las telecomunicaciones y los transportes.

Casos en que algunas actividades están reservadas al Estado, permitiéndose la participación de empresarios privados en el marco de sociedades de economía mixta o mediante contratos de concesión, o gestión: ámbito de los hidrocarburos: Bolivia: la Constitución establece que los yacimientos de petróleo pertenecen al Estado, pero su explotación puede ser confiada a operadores privados, notablemente por intermedio de contratos de gestión. Como hemos citado antes, el preámbulo de la Constitución francesa de 1948 impone que sean propiedad de la colectividad los monopolios de hecho y bienes con características de servicio público nacional, aunque no impide la ampliación o contracción del sector público, siempre que se haga por ley. PIERRE GUISLAIN: *Les privatisations. Un défi stratégique, juridique et institutionnel*, De Boeck Université, Droit/Economie, Bruselas, 1995, págs. 50-52.

(56) *Conseil Constitutionnel*, decisión de 25-26 de junio de 1986 (*JO* del 27 de junio de 1986, págs. 7978 y sigs.). Sigo en esta materia a FRANÇOIS COLLY: «Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le Droit de Propriété», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, junio-febrero 1988, págs. 159-161.

(57) Ello plantea el problema de cuáles sean tales servicios, cuestión en la que, como señala ALAIN GEORGES («Déréglementation: vers un renforcement des contraintes juridiques», *Revue Française de Gestion*, núm. 61, 1987, pág. 42), el propio Consejo no había querido entrar en su decisión de 16 de enero de 1982, relativa a las nacionalizaciones realizadas por gobierno de izquierda. El Consejo lo establece en algunos casos: se entiende que son tales, con carácter general, el servicio público de la justicia, el servicio

plia libertad al legislador. Es igualmente grande la discrecionalidad de éste en el momento de definir los referidos monopolios de hecho mencionados en el preámbulo de la Constitución de 1946: el Consejo entiende la noción de monopolio de hecho prescindiendo de «las posiciones privilegiadas» que pudieran darse en un momento, y «teniendo en cuenta el conjunto del mercado en el interior del que se ejercen las actividades de la empresa y de la competencia». Supuesto lo impreciso de tales extremos, el Consejo limita su capacidad de control a los casos de error manifiesto de apreciación. «Restringiendo así su control a una noción muy delicada y difícil de distinguir concretamente, el Consejo —señala Colly— deja una amplia libertad de apreciación al legislador y, prudentemente, evita comprometerse en delicadas apreciaciones» (58).

En consecuencia, los problemas de constitucionalidad se convierten en problemas de legalidad. Lo mismo sucede en la interpretación de los contenidos del derecho de propiedad o de la libertad de empresa, ámbitos en que la generalidad de los sistemas europeos había permitido incidir al legislador con las solas limitaciones del respeto a lo que en nuestro ordenamiento es el contenido esencial del Derecho, o la garantía institucional.

Nuevamente es en Francia donde la corte constitucional ha realizado un más explícito análisis de los efectos constitucionales del derecho de propiedad, en decisiones relativas a la legislación nacionalizadora de 1982 y privatizadora de 1986. Por lo que respecta a la primera, el *Conseil Constitutionnel* recuerda la vigencia de la Declaración de 1789 (que define la propiedad como «derecho inviolable y sagrado» y, exige que la expropiación se realice «cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa») pero se refiere al derecho de propiedad más como «Derecho Fundamental» que como «derecho inviolable y sagrado», lo que permite justificar las nacionalizaciones. Ello supone afirmar el principio de constitucionalidad, y la consiguiente posibilidad del Consejo Constitucional de examinar la decisión del legislador acerca de la necesidad de proceder a las nacionalizaciones, al tiempo que se re-

público fiscal y financiero, el de la defensa nacional y seguridad interior, así como aquellos cuyo fundamento está en el Preámbulo de 1946: protección de la salud o contra el paro. Se trataría, en palabras de Rivero, de aquellos servicios que «se derivan de la naturaleza, de la esencia misma del Estado o de la Administración Pública» (frente a aquellos servicios, de naturaleza privada, que sólo ocasional o accidentalmente son asumidos por el Estado, es decir, los servicios públicos industriales o comerciales. En consecuencia, sólo pueden privatizarse los servicios públicos no exigidos por la Constitución, mediante ley de privatización, con el control del Consejo Constitucional sobre la calificación de los servicios públicos de que se trate. (FRANÇOIS COLLY: «Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le Droit de Propriété», *cit.*, págs. 159-161.)

(58) FRANÇOIS COLLY: «Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le Droit de Propriété», *cit.*, pág. 161. Igualmente, OLIVIER D'ORMESSON y DIDIER MARTIN: «L'élaboration des lois de privatisation: présentation générale du cadre juridique», *cit.*, pág. 423, subrayan el carácter «relativamente ambiguo» de la noción de «posición privilegiada momentánea», dado que cabría preguntarse si todo «monopolio de hecho» no es, por definición, «momentáneo».

cuerda la inviolabilidad de la propiedad como institución: la conservación de la propiedad parte del reconocimiento constitucional de un «champ de la propriété privée» que no puede ser limitado excesivamente, sin violar la finalidad de conservación de la propiedad privada. En el caso del objeto de esta decisión del *Conseil*, si por la amplitud de las nacionalizaciones decididas, el legislador concluyera restringiendo demasiado el campo de la propiedad privada, su apreciación, manifiestamente errónea, violaría las disposiciones de la Declaración de 1789 (59).

En cualquier caso, las necesidades del procedimiento privatizador nunca han exigido la reforma de la regulación constitucional de estos derechos. El problema se ha formulado en sentido contrario, en relación particularmente con la libertad de empresa, intentando argumentar la incompatibilidad entre su reconocimiento constitucional y la existencia de un sector público fuerte, de donde se derivaría la exigencia (constitucional) de limitar el intervencionismo estatal en la economía (60).

Parece generalmente admitido, sin embargo, que la existencia de una «economía social de mercado» deja un amplísimo campo de decisión al legislador, que puede moverse libremente en un territorio limitado en sus extremos por un sistema colectivizado con planificación imperativa y otro de liberalismo extremo que impidiera la intervención del Estado para actuar las finalidades sociales recogidas en la Constitución (61). Dentro de ese marco se garantiza la libertad de empresa, institución (62) cuyo contenido habrá de ser modulado por el legislador: «Las limitaciones a la libertad de empresa no resultan de ningún contenido esencial específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por normas de rango infralegal, para cuya emanación la Administración no puede aducir más habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales» (63).

En las Constituciones de nuestro ámbito no existe una norma definitoria del contenido de la actividad económica pública: «En este campo, la Carta constitucional opera un reenvío en blanco a las opciones políticas que, en cada ocasión, serán actuadas por el legislador» (64). La actividad económica pública no está subordinada a la privada, ni existe ningún campo que le esté sustraído *a priori*, como queda claro

(59) *Conseil Constitutionnel*, decisión 16 enero 1982 —*Nationalisations*—, Considerando 20. Puede verse un comentario en FRANÇOIS COLLY: «Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le Droit de Propriété», *cit.*, págs. 138 y sigs.

(60) JAIME RODRÍGUEZ-ARANA: *La privatización de la empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 70, se ha referido a «... ese progresivo avance del sector público que, en cualquier momento, podría neutralizar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos y de cada uno de los miembros de la colectividad».

(61) Valga, por todos, la cita de M. GARCÍA PELAYO: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Obras Completas*, III, CEC, Madrid, 1991, pág. 2864.

(62) JOSÉ M.ª BAÑO LEÓN: «La distinción entre Derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC*, 24, 1988.

(63) STC 24 julio 1984.

(64) BRUNO CAVALLO y GIAMPIERO DI PLINIO: *Manuale di Diritto Pubblico dell'Economía*, Giuffrè, Milán, 1983, pág. 321.

en el artículo 128 de nuestra Constitución: aun cuando existen autorizadas opiniones en sentido contrario (65), entiendo que en el Estado Social la actividad económica pública no está sometida al principio de subsidiariedad (66). No se deriva de la Constitución ningún mandato que afecte a la dimensión que haya de tener el sector público, ni a los ámbitos en que debe de actuar. La amplitud de medidas con que puede impulsarse la defensa de los intereses generales permite notable autonomía a los poderes públicos en este campo.

Una última cuestión que puede afectar a la constitucionalidad de las privatizaciones es la relativa a los requisitos formales exigidos para realizarla. En tal terreno, como ha señalado Martín Mateo, es necesario utilizar norma del mismo rango que la que decidió la nacionalización o la regulación que se pretende derogar, y parece claro que un plan amplio de privatizaciones requiere su paso por el Parlamento, plasmandose normalmente en una ley de autorización (67). La cuestión tiene una espe-

(65) GASPAR ARIÑO: *Economía y Estado...*, cit., pág. 52, señala que la intervención empresarial del Estado debe venir exigida por un interés general prevalente y cierto, por la existencia de una especial utilidad pública en dicha actuación, y por la necesidad de atender a necesidades colectivas que, en otro caso, quedarían desatendidas. No debe intervenir el Estado por la vía de empresa pública «si en el campo de la actuación de que se trate, la iniciativa privada cumple su función productiva y no lo exige un interés general prevalente y cierto» (G. ARIÑO: «La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión», en VV. AA.: *La empresa pública*, Madrid, 1980, pág. 191). En el caso concreto de los servicios sociales, considera Ariño (*Economía y Estado...*, pág. 72) que el principio de subsidiariedad se afirma «no sólo como el más adecuado a la condición humana, sino también como el más eficiente a la hora de resolver los problemas sociales (...). Y este es también un planteamiento más acorde con el principio de subsidiariedad del Estado que hace a éste más eficaz y al ciudadano más libre». Son numerosas a lo largo de todo el libro citas en el mismo sentido. Pueden encontrarse semejantes planteamientos en JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: «La empresa pública en el estado social y democrático de Derecho», *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, Homenaje al profesor Garrido Falla, 3, Madrid, 1992: «La iniciativa pública operará sólo si la libertad de empresa no cumple su función según los parámetros de la productividad y si existe un interés general prevalente», pág. 1684. «El Estado, tal y como entiendo la cláusula del Estado Social, prácticamente no debe intervenir sobre la esfera personal de los ciudadanos, salvo que exijan razones de interés general constitucional. Eso sí, debe dirigir toda su actividad a procurar, promover, o facilitar el libre ejercicio de las libertades públicas a todos sus ciudadanos. En ningún caso, por tanto, deben resentirse las estructuras socioeconómicas de una sociedad libre.» Del mismo autor, puede verse JAIME RODRÍGUEZ-ARANA: *La privatización de la empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1991, donde defiende la utilización del término «subsidiariedad» frente a «compatibilidad», para subrayar que iniciativa privada y pública no juegan en el mismo plano.

(66) Ello no quita para que, cuando actúan fuera del campo de las reservas, los poderes públicos estén sometidos a las mismas reglas que los operadores privados (UMBERTO POTOSTSCHNIG: «Poteri Pubblici ed Attività Produttive», en VV. AA.: *La Costituzione Economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta Fondamentale*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 108) y que, en todo caso, hayan de actuar dentro de los cauces generales que la Constitución les impone (recuérdese, en el caso español, el art. 31.2, que señala que la programación y ejecución del gasto público responderán a los criterios de eficiencia y economía, y el 103, que vincula la actividad de la Administración con la sumisión a los intereses generales).

(67) R. MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía...*, cit., pág. 54. Señala, por otra parte, que en el caso de cesión de empresas públicas concurrenciales de creación puntual, salvo indicación en contra de la Constitución, nada se opone a que su enajenación pueda hacerse por el Gobierno (caso español, en virtud de la Ley General Presupuestaria). Cabe incluso que ciertas operaciones de transferencia se lleven

cial trascendencia cuando la Constitución impone determinados requisitos (normalmente, su aprobación por ley) para realizar la expansión o restricción del sector público. Ese es el caso de Francia (68), donde se planteó un largo debate sobre la viabilidad de los procesos de «respiración» del sector público realizados a iniciativa de la Administración o de los propios *holdings* públicos (69), materia finalmente resuelta por ley, y en la que el *Conseil Constitutionnel* tuvo ocasión de pronunciarse (70).

2. Privatizaciones y Unión Europea

Si, como acabamos de ver, no se plantean problemas constitucionales de entidad

a cabo por los propios órganos sociales de las empresas o por los Institutos que funcionan como *holding* de las empresas públicas (si operaciones que no implican la cesión de la propiedad y constituyen actuaciones normales de la vida de las empresas: toma y venta de participaciones...).

(68) Las Constituciones de 1946 y de 1958 contemplan la figura del monopolio estatal, y no impiden su ampliación, aunque no prevén la contracción del sector público, a no ser que se hiciera por ley (art. 34 CF, que define dentro del ámbito de regulación por ley de «la creación de establecimientos públicos» y «las nacionalizaciones de empresas y las transferencias de empresas del sector público al sector privado»). Ello suponía que las contracciones decididas por instancias administrativas sin habilitación legal eran inconstitucionales.

(69) Existía en Francia un proceso de «nacionalizaciones encubiertas» y de no menos encubiertas privatizaciones desde los años sesenta. La necesidad de responder a las cambiantes coyunturas económicas lleva a las empresas públicas a continuas políticas de reestructuración, comprando o vendiendo participaciones de empresas filiales, en función de sus necesidades de «respirar», inspirando o espirando («inspiración», o ampliación del sector público, y la «espiración», o contracción del mismo). La inconstitucionalidad de la práctica es recordada por el Consejo de Estado en 1978, y confirmada posteriormente, lo que no impide a las empresas públicas seguir con tal «respiración» de modo más o menos oculto. Ello plantea mayores problemas a partir de las nacionalizaciones de 1982, dado el aún mayor protagonismo del sector público. Las irregularidades se mantienen hasta que la Ley de 2 de julio de 1986 regula el régimen jurídico de la «respiración» del sector público. El fenómeno había venido siendo regulado por una práctica que dejaba en manos de la Administración la toma de decisiones en la materia (discriminándose en función del tipo de sociedad, y reconociéndose la completa libertad a los dirigentes de filiales de segundo o mayor grado de ceder sus participaciones, mayoritarias o minoritarias). Sobre el tema, ver OLIVIER D'ORMESSON y DIDIER MARTIN: «L'élaboration des lois de privatisation: présentation générale du cadre juridique», *cit.*, págs. 409-412, y LUCIEN RAPP: «Les lois de privatisation et la respiration du secteur public», en *Revue Française de Droit Administratif*, marzo-abril 1987, pág. 153.

(70) El Consejo, tras confirmar la constitucionalidad del doble procedimiento previsto en las leyes privatizadoras de 1986 (supuesto de empresas en que el Estado es mayoritario, o han entrado por ley en el sector público, y restantes casos), precisa que las jurisdicciones competentes pueden «paralizar y reprimir» los posibles abusos que pretendieran sustraer a la ley la transferencia de empresas en que el Estado es directamente mayoritario (cediendo a otras personas públicas un número de títulos suficiente como para que el Estado perdiera aquella condición de mayoritario). Por otra parte, se recuerda que el legislador no puede «atribuir a los órganos de las empresas afectadas un poder discrecional de apreciación y de decisión sustraído a todo control y de una extensión excesiva», *Conseil Constitutionnel*, decisión de 25-26 de junio de 1986 (*JO* del 27 de junio de 1986, págs. 7978 y sigs.). Sigo en esta materia a FRANÇOIS COLLY: «Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le Droit de Propriété», *cit.*, págs. 159-161.

a la hora de definir la dimensión y actividad del sector público, aparentemente la regulación comunitaria no influye en el régimen de propiedad de las empresas. En virtud del artículo 222 del Tratado constitutivo de la CEE (71), la Unión no afecta, en principio, a las privatizaciones: las decisiones relativas a nacionalizaciones, privatizaciones y, en general, estructura del sector público, corresponden a los Estados. Pero las cosas no resultarán tan claras.

El Derecho comunitario no discrimina entre operadores públicos y privados, limitándose a exigir su actuación conforme con las reglas de la competencia: los Estados miembros no podrán beneficiarse de su especial relación con sus empresas públicas para obviar la normativa comunitaria en materia de respeto a dichas reglas (72).

La equiparación entre empresas públicas y privadas se refleja igualmente en la regulación del control al que están sometidas las ayudas estatales, incluso cuando se destinen al saneamiento de empresas públicas previo a su privatización. El criterio que permite autorizarlas o no vuelve a asimilar la actuación del Estado con la que llevaría un empresario privado: «En el caso de una empresa cuyo capital social está en manos de las autoridades públicas, hay que examinar sobre todo si, en circunstancias similares, un socio privado habría procedido a una aportación de capital semejante, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad y haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de política regional o sectorial» (73).

Las normas relativas a la competencia dejan de aplicarse únicamente en el caso de empresas encargadas de la gestión de *servicios de interés económico general* o que tengan el carácter de monopolio fiscal. En tales supuestos, es posible la concesión de ayudas a las empresas, públicas o privadas, por parte de las Administraciones Públicas de los Estados miembros, pero sólo en los casos en que la aplicación de aquellas normas comunitarias sobre la competencia impidiera, «de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada» (art. 90.2 TCEE) (74).

(71) «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.»

(72) Artículo 90.1, Tratado Constitutivo de la CEE: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive» (el art. 7 establece la interdicción de discriminación por razón de nacionalidad. Los arts. 85-94 regulan las normas sobre la competencia). Téngase en cuenta, por otra parte, que la definición de empresa pública por el ordenamiento europeo se basa no tanto en la titularidad pública de la mayoría de las acciones cuanto en el concepto de influencia dominante. Sobre el tema, cfr. JOSÉ LUIS PINAR MAÑAS: «Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario», *RAP*, 133, enero-abril 1994, págs. 32, 35 y 40-42, o JOSÉ-WENCESLAO RODRÍGUEZ CURIEL: *Ayudas de Estado a Empresas Públicas*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1990, págs. 21-23.

(73) TJCE Sentencias de 10 de julio 1986, asuntos 234/84, Meura, y 40/85, Boch, fundamento 14 y fundamento 13, respectivamente, citadas en JOSÉ-WENCESLAO RODRÍGUEZ CURIEL: *Ayudas de Estado a Empresas Públicas*, cit., pág. 39.

(74) El artículo 90.2 TCEE dice así: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente

La definición del concepto de «servicio e interés económico general» es competencia de los Estados miembros, aunque la doctrina haya avanzado determinados criterios para establecerlo (75). En todo caso, la práctica de los Estados está sometida al control de las instituciones comunitarias (Comisión y TJCE) que, generalmente, ha interpretado de forma restrictiva la excepción del artículo 90.2. En consecuencia, cabe hablar de «un cierto control comunitario de la extensión del servicio público»: su aplicación por la Comisión y su interpretación por la Corte de Justicia afectan progresivamente al ejercicio mismo de la actividad de servicio público y a su extensión a actividades accesorias (76). En la práctica, la aplicación que la Comisión realiza de estas normas se traduce en una presión efectiva para que los Estados privatizen sus empresas públicas (77).

Como ha señalado Muñoz Machado, aunque el Tratado no altera las formas de propiedad existentes, el principio de igualdad entre empresa pública y empresa privada afecta a las formas de uso de esta propiedad pública, ahora juzgadas desde la lógica de la empresa privada, lo que supone condicionar su mantenimiento tanto como las políticas económicas estatales (78). Si los Tratados nada dicen de la dimensión y características del sector público, las políticas comunitarias impulsan una liberalización de los mercados, y las exigencias financieras derivadas de la convergencia proyectada en Maastricht obligan a un control del gasto público que puede afectar a las políticas sociales (79) y llevará a revisar la dimensión, estructura y papel de dicho sector público (80). La Unión Europea, en definitiva, sí está favoreciendo unas políticas privatizadoras.

Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

(75) Cfr. JOSÉ-WENCESLAO RODRIGUEZ CURIEL: *Ayudas de Estado a Empresas Públicas*, cit., págs. 59-61 y 64-65.

(76) STÉPHANE RODRIGUES: «Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques. À propos de la diversification d'Électricité de France-Gaz de France», *Revue Française de Droit Administratif*, noviembre-diciembre 1994, págs. 1154-1155.

(77) PATRIZIO BIANCHI: «Pubblico e privato in Italia in prospettiva europea», en *Pubblico e Privato, problemi e esperienze a confronto*, a cura di Silvio Beretta. Quaderni della Rivista *Il Politico*, núm. 37, Facoltà di S. Politiche dell'Università di Pavia- Giuffrè, Milán, 1993, pág. 61.

(78) Ello le lleva a plantearse hasta qué punto una aplicación exagerada del principio de igualdad no puede suponer un ataque al principio de neutralidad proclamado por el propio Tratado. S. MUÑOZ MACHADO: *Público y privado en el mercado europeo de la Televisión*, Cuadernos de Estudios Europeos, 1993. Véase una crítica a estos planteamientos en JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1993, págs. 22-24.

(79) La política de la Unión puede implicar el mayor control del gasto público e incluso el reexamen del Estado de Bienestar «a la luz de la capacidad financiera del país», de modo que el control del déficit público puede requerir «un acceso más selectivo a las prestaciones sociales». Comisión Europea, Informe económico anual de 1994, redactado por el comisario Henning Christophersen (*Cinco Días*, 21 marzo 1994, pág. 6).

(80) Cfr. «Privatisations wave sweeps across Europe», *Financial Times*, 24-VI-1993, donde se vinculan las privatizaciones en la Unión Europea con los criterios expresados en el Tratado de Maastricht

En el caso español, el propio gobierno ha asumido tales consecuencias, al afirmar en el «Programa de Convergencia con la Comunidad Económica Europea», de marzo de 1992, que «la actividad del sector público como proveedor directo de bienes y servicios ha exigido la canalización de cuantiosos recursos públicos a la absorción de las pérdidas generadas por dicha actividad empresarial. Por ello, el gobierno se compromete a no aumentar el tamaño del sector público empresarial y a crear el marco adecuado para que las actuales empresas públicas sean gestionadas de acuerdo con los principios de economía de mercado» (81), al tiempo que acoge el compromiso de emprender la liberalización y desregulación de sectores domésticos como telecomunicaciones o transportes (terrestre, marítimo y aéreo) y de suprimir las situaciones de monopolio que subsisten en la economía (82).

3. *La nueva regulación: la selección de compradores y los nuevos controles sobre las empresas privatizadas*

Las ventas de participaciones estatales en las grandes empresas públicas permite a la Hacienda Pública ingresar cuantiosos recursos, pero supone perder el control en sectores que mantienen su trascendencia en la economía nacional. Ello obliga a los poderes públicos a establecer un tipo de controles sobre tales empresas diferentes a los que anteriormente le eran posibles por la definición administrativa de ente público o por la derivada en la legislación mercantil de la titularidad de la mayoría de las acciones.

sobre la Unión Económica y Monetaria Europea. En el mismo sentido, aunque aplicado a España, GASPARI ARIÑO: *Economía y Estado...*, cit., pág. 37, según el cual los requisitos impuestos en Maastricht para la integración en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (relativos a inflación, tasas de interés, tipo de cambio, déficit público y deuda pública) exigirán, «según todos los expertos» la reducción del sector público y un papel estabilizador de la política fiscal.

(81) Sigue: «En este sentido, el gobierno propone congelar en términos nominales durante toda la duración del Programa de Convergencia el volumen de recursos públicos canalizados hacia las empresas públicas. Este marco de restricción financiera obligará a cada una de estas empresas a mejorar sustancialmente su gestión y, si esto no fuese suficiente, a redimensionar su ámbito de operaciones, o alternatively, acudir al endeudamiento en el mercado o a la realización de parte de su patrimonio». (Programa de Convergencia, Madrid, marzo de 1992, mecanografiado, pág. 44, cit. en JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS: «Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario», *RAP*, 133, enero-abril 1994, págs. 55-56). JOSÉ JAVIER GÚRPIDE HUARTE («El Sector Público y las Privatizaciones», *Jornadas Convergencia Europea: Estructura del Estado y Políticas Sectoriales*, cit.) entiende que se trata de que la gestión de la empresa pública sea homogénea a la de la empresa privada.

(82) Cfr. en FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: *Privatización de Servicios Públicos*, cit., págs. 360-361, un comentario de los efectos liberalizadores que, en virtud de la normativa europea se han producido o habrán de producirse en España: en Campsa se liberaliza la importación procedente de los países comunitarios, así como la exportación, distribución y comercialización de carburantes y combustibles por operadores económicos comunitarios. Existen otros ejemplos: en el sector de las telecomunicaciones con la reducción de los servicios básicos al teléfono, y la prevista liberalización de servicios y acceso a las redes. En los servicios de electricidad y de gas se ha planteado, igualmente, la abolición de los monopolios de producción y distribución.

Las medidas en tal sentido se han orientado a: a) permitir a los gobiernos autorizar o denegar determinados actos afectantes al control que algunos accionistas o grupos de accionistas, nacionales o extranjeros, pudieran tener sobre la empresa; b) garantizar una mayoría accionarial de inversores nacionales suficiente como para evitar decisiones que pudieran perjudicar los intereses económicos del país; c) establecer una nueva regulación que garantice las condiciones de suministro de actividades de servicio público cuando pasan a ser ejercidas por empresas privadas.

Su explicación manifiesta, en todos los casos, que «... le laisser-faire oblige à ne jamais cesser de faire» (83): la liberalización pretendida mediante la privatización no supone desaparición de la intervención estatal, sino su modificación. La referida «huida al Derecho privado» exige una simultánea «administrativización del Derecho mercantil» (84).

A) *Poderes extraordinarios del Estado:* Golden shares y actions spécifiques

La *Golden Share*, o «acción de oro», es el mecanismo utilizado en el proceso privatizador inglés para compatibilizar la pérdida de la propiedad de una empresa por parte del Estado, con la posibilidad de que, dada la importancia que se atribuye a determinadas medidas relacionadas con la vida de tal empresa, pueda aquél vetar algunas decisiones de la mayoría accionarial, pese a ser propietario minoritario (o, incluso, pese a que haya dejado de ser propietario).

La medida se inspira originariamente en una regla existente en el Derecho de sociedades británico, caída en desuso, en virtud de la cual, todo accionista privado de una empresa registrada en Gran Bretaña puede pedir beneficiarse de una acción especial para proteger lo que considere como intereses vitales (85). La resurrección de tal procedimiento en el proceso privatizador exigió incluir en los Estatutos de la sociedad afectada, modificados en tal sentido antes de su privatización, la posibilidad de que el Estado pudiera convertirse en titular de una acción especial. El precio de la *golden share* se fija normalmente en una libra y, aunque no da derecho de participar en el capital o en los beneficios, ni da voto en las asambleas generales de la sociedad privatizada, le permite tomar la palabra en ellas. Casi en todos los casos, la acción especial permite al Estado nombrar uno o dos administradores, que no tienen por qué ser funcionarios ni personalidades encargadas de defender los intereses del Estado y que, con frecuencia, son dirigentes de empresas privadas. Los objetivos de

(83) SERGE HALIMI: «La flambée des privatisations», *Le Monde Diplomatique*, febrero 1994.

(84) FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: *Privatización de Servicios Públicos*, Tecnos-Universidad de La Laguna, Madrid, 1993, pág. 362.

(85) YVES ROLLAND y PATRICK VIELLARD: «La Grande-Bretagne», en CHARLES DE CROISSET, BAUDOIN PROT, MICHEL ROSEN (coords.): *Dénationalisations. Les leçons de l'Étranger*, Economica, París, 1986, págs. 158-160.

tales *golden shares* son diversos, y pueden pretender preservar los intereses financieros del Estado, preservar la independencia de la sociedad, o evitar el control por un inversor extranjero (86).

El proceso privatizador francés utilizó el precedente británico para diseñar las *actions spécifiques*. La ley de privatización de 6 de agosto de 1986 autorizaba al ministro de Economía a determinar si la protección de los intereses nacionales exigía otorgar una acción específica al Estado en alguna de las empresas privatizables y, en su caso, a establecerla, modificando en tal sentido los estatutos de la sociedad. La acción era temporal (87), y permitía al ministro de Economía autorizar las adquisiciones de más del 10 por 100 del capital de la empresa a una persona o a varias que actúen concertadamente. La medida fue poco utilizada, en buena medida porque otras disposiciones legislativas entonces vigentes permitían al gobierno bloquear las adquisiciones no deseadas (88). Por otra parte, el *Conseil Constitutionnel* admitió la constitucionalidad de esta medida sólo si el ministro justificaba suficientemente su veto (y quedando abierto, en todo caso, el recurso al control del Poder Judicial).

(86) YVES ROLLAND y PATRICK VIELLARD: «La Grande-Bretagne», cit., *ibid.*, y ANDREW DUNSIRE: «Le débat secteur public-secteur privé: l'expérience du Royaume Uni», *RISA*, 1/1990, pág. 57; PIERRE GUISLAIN: *Les privatisations. Un défi stratégique, juridique et institutionnel*, cit., pág. 261. Tomo los epígrafes de Rolland y Viellard: para preservar los intereses financieros del Estado: casos de *British Aerospace* (el gobierno puede nombrar administrador mientras existan lazos financieros entre el Estado y la sociedad por la participación de ésta en el programa *Airbus Industrie*), *Britoil* (derecho de nombrar administradores ligado a la posesión por el Estado de una parte del capital de la sociedad: desde mayo de 1985, en que posee menos del 20 por 100, ya no hay administrador del gobierno). *Preservar la independencia de la sociedad*: limitar el número de acciones detentadas por un solo accionista: la mayoría de los estatutos de las acciones privatizadas impiden a todo accionista poseer más del 15 por 100 de las acciones que den derecho de voto en las Asambleas Generales. Esta disposición no puede ser modificada sin el acuerdo del detentador de la acción especial, del gobierno británico (*Cable and Wireless, British Telecom, Amersham International*). En tales casos, la acción especial da al gobierno un número de votos en las Asambleas Generales igual al número de votos que representan al conjunto de acciones no detentadas por el Estado más una (*Britoil, Enterprise Oil*, para evitar que nadie pueda poseer más del 50 por 100). *Evitar el control por un inversor extranjero*: en todas las privatizaciones los administradores deben ser ciudadanos británicos, en *British Aerospace* los administradores pueden oponerse a la detentación por extranjeros de acciones por más de 15 por 100, o que administradores extranjeros formen parte del Consejo. La abrogación de esos controles exige acuerdo del accionista especial. También se constituye *Golden Share* para *British Gas, Rolls Royce* y *British Airports*. Igualmente para *Jaguar, Sealink* y *Vickers Shipbuilding*, pese a tratarse de venta de filiales cuyo producto no iba al gobierno. En *British Airways*, no hay *Golden Share*, pero el nuevo acto constitutivo registrado algunos días antes de la venta de la empresa produjo los mismos efectos: no más del 15 por 100 del capital en las manos de la misma persona, y posibilidad para el ministro del Interior, a solicitud de los administradores, de imponer un techo máximo al número de títulos que pueden ser detentados por extranjeros. Sólo *Associated British Ports* y *British Petroleum* se privatizaron sin prever derechos preferenciales.

(87) «La acción específica puede transformarse, en cualquier momento, en acción ordinaria, por orden del ministro encargado de la economía. y lo es, en todo caso, al cabo de un período de cinco años» (art. 10 de la Ley de 6 agosto 1986).

(88) PIERRE GUISLAIN: *Les privatisations. Un défi stratégique, juridique et institutionnel*, cit., pág. 147.

La Ley 93/923, de 19 de julio de 1993, amplió las posibilidades de utilización de la acción específica, suprimiendo su limitación en el tiempo y sometiendo a la autorización del ministro adquisiciones de acciones que permitieran alcanzar un umbral inferior al 10 por 100 (89). Por otra parte, el Estado podía nombrar uno o dos representantes en el Consejo de Administración de las empresas privatizadas, sin derecho de voto, y podía vetar las decisiones relativas a cesión de activos que pudieran afectar a los intereses nacionales (90).

El mecanismo de la *golden share* se prevé también en el proceso privatizador italiano (91). La ley permite introducir en los estatutos de determinado tipo de sociedades estatales, antes de su privatización, cláusulas que permiten someter a la autorización del Ministerio del Tesoro decisiones relativas a la asunción de participaciones accionariales relevantes, acuerdos de sindicación, decisiones de disolución de la sociedad y otras significativas, pudiendo, igualmente, nombrar algunos administradores. Salvo en determinados extremos, corresponde al ministro la posibilidad indefinida de vetar las reformas estatutarias que afecten a tales poderes extraordinarios (92).

(89) La determinación de tal umbral no venía determinado por la ley sino, en cada caso, por un decreto.

(90) PIERRE GUISLAIN: *Les privatisations...*, cit., *ibid.* La previsión de una acción específica a favor del Estado francés en la fusión Renault-Volvo fue una de las razones que llevó a los accionistas de la Volvo a rechazar el proyecto en diciembre de 1993, aunque no ha impedido la de Elf.

(91) En diciembre de 1992 el *Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica* (CIPE) aprueba unas «Direttive concernenti le modalità e le procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome», en que se prevé la utilización por parte del Estado de poderes especiales. (Puede verse en *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, a cura di Piergaetano Marchetti, Giuffrè, Milán, 1995, págs. 62-66, y los comentarios relativos al punto que nos ocupa en el mismo libro, PIERGAETANO MARCHETTI: «Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti [diciembre 1992-marzo 1994]», págs. 48-49.) Previamente, el Decreto-ley de 5 de diciembre de 1991, núm. 386, convertido sin modificaciones en Ley de 29 de enero de 1992, núm. 35, (*ibid.*, págs. 2-6), establecía en su artículo 1.10: «La colocación y cesión de las participaciones deben realizarse de modo que se asegure, normalmente, su amplia y duradera difusión entre el público, *previniendo, también de forma indirecta, concentraciones o posiciones dominantes*» (cursiva mía, JC). El tema es desarrollado en el Decreto-ley de 31 de marzo de 1994, núm. 216, posteriormente modificado por el Decreto-ley de 31 de mayo de 1994, núm. 332, convertido, con modificaciones, en Ley 474/1994, de 30 de julio. (Pueden verse los textos respectivos en *Le privatizzazioni in Italia...* cit., págs. 54 y sigs., 144 y sigs. y 183 y sigs.).

(92) La ley se refiere, en su artículo 2 a sociedades controladas directa o indirectamente por el Estado o entes públicos, territoriales y económicos y que operen en el sector de defensa, transportes, telecomunicaciones, fuentes de energía u otros servicios públicos. Su determinación se realiza por decreto del presidente del Consejo de Ministros, adoptado a propuesta del ministro del Tesoro, conforme con otros varios ministros. Antes de pasar al mercado, se ha de introducir en sus estatutos, con deliberación de la Asamblea extraordinaria, una cláusula que atribuya al Ministerio del Tesoro, de acuerdo con el del Presupuesto y de Industria, y *teniendo en cuenta los objetivos nacionales de política autonómica e industrial*, uno o más de los siguientes poderes:

a) Aceptación de la asunción de participaciones relevantes, representadas por la vigésima parte del capital social o de otros porcentajes menores fijados por decreto del ministro del Tesoro, con prohibición de ejercicio del derecho de voto mientras tanto.

La quiebra del Derecho común de sociedades que supone el otorgamiento de este tipo de poderes especiales al Estado ha suscitado reticencias, particularmente entre los iusprivatistas. Se critica como «absoluta anomalía y monstruosidad jurídica respecto a los principios fundamentales del Derecho societario» (93) la existencia de medidas que impiden el funcionamiento normal del mercado o, lo que suscita más problemas, el intento de establecer límites a la propiedad de extranjeros, algo que no podrá hacerse si éstos pertenecen a la Unión Europea (94). La crítica ha sido especialmente intensa en Italia, donde se ha hablado de «aplicación salvaje e inusitada» de la *golden share* inglesa, dados la inexistencia de límite temporal para el ejercicio del derecho de veto del ministro y el notable incremento del ámbito de los poderes especiales con respecto a los casos británico o francés (95).

b) Aceptación de la constitución de pactos o acuerdos en que esté representada al menos la vigésima parte del capital con derecho de voto en la Asamblea ordinaria, o porcentajes menores fijados por decreto del ministro de Tesoro.

c) Vetar la adopción de decisiones de disolución de la sociedad, transferencia de la Administración, fusión, escisión, transferencia de la sede social al extranjero, cambio del objeto social, y *de modificación de los estatutos que supriman o modifiquen los poderes regulados en este artículo*.

d) Nombramiento de al menos un administrador o de un número de administradores no superior a un cuarto de los miembros del Consejo, y de un síndico.

Las cláusulas relativas a la limitación hasta el 5 por 100 para un propietario individual, su núcleo familiar o grupo, así como las destinadas a garantizar la tutela de las minorías accionariales, no pueden modificarse en un periodo de tres años desde la inscripción de la respectiva resolución asamblearia (cfr. arts. 2 y 3, *loc. cit.*, págs. 185-187).

(93) GUIDO ROSSI: «Privatizzazioni e Diritto Societario», *cit.*, pág. 132, señala que «la escasa y criticada aplicación en Inglaterra de la *golden share* y en Francia de la *action spécifique* nada quita a su absoluta anomalía y monstruosidad jurídica con respecto a los principios fundamentales del Derecho societario, del comunitario y de la disciplina de los mercados mobiliarios». Según Rossi, los principios elementales del Derecho societario quieren que las acciones confieran a sus poseedores iguales derechos, que las decisiones relativas a la vida y muerte de la sociedad sean adoptadas por la asamblea de socios conforme a la regla de la mayoría y que la gestión de la empresa se confíe a los administradores.

(94) GUIDO ROSSI: «Privatizzazioni e Diritto Societario», *cit.*, pág. 134, sostiene la incompatibilidad de estas limitaciones con el Derecho comunitario, citando en tal sentido Sentencia Karella e Karellas, de la Corte de Justicia de Luxemburgo, de 30 mayo 1991 (en *Racc.*, 1991, I, pág. 2690, puntos 25 y 26 de la motivación): «Por lo que respecta a la esfera de aplicación de la segunda directiva, se debe precisar sobre todo que esta directiva mira, según el art. 54, núm. 3, letra g) del Tratado, a coordinar las garantías que se exigen en los Estados miembros a las sociedades citadas en el art. 58, núm. 2 del mismo Tratado, para hacer equivalentes tales garantías y para proteger los intereses de los socios y de los terceros. La segunda directiva mira así a garantizar un nivel mínimo de tutela de los accionistas en todos los Estados miembros. Tal objetivo estaría gravemente comprometido si los Estados miembros pudieran derogar las disposiciones de la directiva, manteniendo en vigor normativas, aunque definidas como especiales o excepcionales, que permitan decidir, mediante procedimiento administrativo e independientemente de cualquier decisión de la Asamblea General de los accionistas, un aumento del capital social que lleve a obligar a los viejos accionistas a aumentar sus asignaciones, o a imponerles su entrada en la sociedad de nuevos accionistas para reducir su participación en el poder decisonal de la sociedad.»

(95) GUIDO ROSSI: *loc. cit.*, págs. 131-132.

B) *La protección contra el control por parte de extranjeros o por accionistas mayoritarios: núcleos estables de accionistas, accionariado popular, protección de minorías accionarias, otros*

Buena parte de las finalidades pretendidas con las medidas mencionadas en el epígrafe anterior son alcanzables de forma menos contradictoria con el Derecho de sociedades. Los gobiernos pueden intentar evitar el control de las empresas privatizadas por grupos que, por ejemplo, pusieran en peligro la localización de la empresa, su eventual desmantelamiento o reubicación en el extranjero, mediante una gran difusión en el reparto de las acciones, de modo que porcentajes no especialmente elevados de títulos fueran suficientes para garantizar una dirección estable en el Consejo de Administración de la empresa privatizada. Como hemos indicado anteriormente, existen numerosas fórmulas para conseguirlo.

La técnica del *núcleo estable* fue utilizada por primera vez en las privatizaciones francesas. Consiste en la selección por parte del Ministerio, entre una lista de solicitudes, de una serie de grandes accionistas que lleguen a cubrir alrededor del 25 por 100 de las acciones. Cualquier venta de acciones que aquéllos pretendieran hacer en el período de cinco años desde la venta inicial está sometida a la autorización de la junta de la compañía privatizada (96).

La técnica del núcleo estable fue acogida en Italia en la Directiva de 1992 (97) y en las sucesivas «Normas para la aceleración de los procedimientos de venta de participaciones del Ministerio del Tesoro en sociedades por acciones» (98). Un Decreto del presidente del Consejo de Ministros establece las sociedades en que la cesión de acciones puede realizarse, por negociación directa, con potenciales adquirentes que presenten requisitos de capacidad empresarial idónea para constituir un núcleo estable de accionistas de referencia. La negociación debe de incluir el compromiso de insertar en el contrato de cesión determinadas condiciones financieras, económicas y de gestión. El contrato puede también prever, por un período determinado, la prohibi-

(96) ROBERT DELORME: «El fenómeno de la privatización en Francia», *cit.*, pág. 41. Añade Delorme que el precio pagado por estos grandes accionistas era ligeramente superior al fijado para el público en general. En cada una de las operaciones de privatización, cerca de 10 grupos se convirtieron en accionistas privilegiados. Cada uno de ellos mantenía entre el 0,5 y el 5 por 100 del capital de la compañía privatizada, detentando, en conjunto, del 20 al 30 por 100, suficiente para controlar una empresa en que el resto del accionariado se encontraba bastante disperso y atomizado.

(97) PIERGAETANO MARCHETTI: «Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti (dicembre 1992-marzo 1994)», en *Le privatizzazioni in Italia...*, *cit.*, pág. 47. La directiva señalaba que el núcleo estable debe tener un número contenido de componentes, y no debe poseer la mayoría del capital (punto 4). El núcleo estable se constituye y consolida a través de un pacto parasocial de sindicación de voto y de bloqueo de duración entre cinco y diez años. La directiva contiene un elenco bastante extenso de materias que han de someterse a la valoración de la dirección del pacto de sindicación (punto 13). El Tesoro, o sus sociedades controladas, donde mantenga participación, podrá incluirse en el núcleo estable. En tal caso, el pacto parasocial deberá establecer una prelación a favor del Tesoro y se deberá remitir al socio público.

(98) Desde el Decreto-ley de 31 de marzo de 1994, núm. 216, hasta la vigente Ley de 31 de mayo de 1994, núm. 332, en su artículo 1.3. y 1.4.

ción de cesiones de la participación, la prohibición de cesión del negocio y la determinación del resarcimiento en caso de incumplimiento. Si entre los participantes en el núcleo estable está el ministro del Tesoro, éste puede reservarse, durante un período a indicar en el contrato, el derecho de prelación en el caso de cesión de la participación.

Como se ha señalado, la existencia del núcleo duro es compatible (o, quizá mejor, exige) la difusión de las acciones entre muy numerosos pequeños accionistas. Normalmente el Estado decide qué porcentaje de las acciones se reserva a los trabajadores o a los pequeños accionistas, y adopta el procedimiento correspondiente para conseguirlo.

La búsqueda de *venta al pequeño accionariado* incluye normalmente rebajas en los precios de venta, para lo que se han utilizado diversas técnicas. Tal tipo de medidas es semejante a las utilizadas en Gran Bretaña para conseguir la expansión del «*accionariado popular*» al que hemos aludido, y que se fomentó con toda suerte de medidas (99). Las motivaciones políticas que inspiraron estas medidas están en la base de su relativo fracaso: la considerable subvaloración de las acciones acaba resultando costosa (100) y provocó resultados contrarios a los que decía perseguir,

(99) La más significativa es el procedimiento de venta por adjudicación de las acciones (*tender price offer*): El gobierno anuncia la desnacionalización, estableciendo un precio mínimo de las acciones. Cada suscriptor interesado en la compra propone comprar un cierto número de acciones a un precio superior al precio mínimo fijado. El día de la adjudicación, se establece la lista de suscriptores que hayan propuesto los precios más elevados susceptibles de cubrir la totalidad de la emisión, y el conjunto de las acciones se vende al precio más bajo de esta lista (*striking price*). En ocasiones (BP, 1983) se favorece a los pequeños inversores, atribuyendo acciones a todos los solicitantes de menos de 1.000 acciones, al *striking price*, aunque ello implicara no cubrir demandas de oferentes por precio más alto; con Britoil (nov. 1992), se exime a los que quisieran comprar menos de 200 acciones de proponer precios, considerándolos adquirentes al precio de equilibrio. El procedimiento experimentó un relativo fracaso al dejar sin cubrir parte de la emisión, y concede, finalmente, a los inversores institucionales, la posibilidad de jugar también ellos a la baja. Se dieron otras medidas: otorgamiento de ventajas atípicas (en *British Telecom*, por ejemplo, los accionistas pueden beneficiarse —mientras sigan siéndolo— de bonos de teléfono que pueden deducir de su factura telefónica); posibilidad, en algunos casos, de fraccionar el pago; establecimiento de medidas orientadas a animar a los accionistas a conservar sus participaciones: en varios casos, atribución de nuevas acciones por un número determinado de acciones que se posean (YVES ROLLAND Y PATRICK VIELLARD: «La Grande-Bretagne», en CHARLES DE CROISSET, BAUDOIN PROT, MICHEL ROSEN (coords.): *Dénationalisations. Les leçons de l'Étranger*, Economica, París, 1986, págs. 146-150).

(100) JOHN VICKERS: «El programa de privatizaciones británico: una evaluación económica», *Moneda y Crédito*, 196, 1993, págs. 95-96. Se produjo un grado considerable de subvaloración (en seis de los diez casos, las ganancias porcentuales obtenidas el primer día de negociación superaron el 45 por 100 del precio de las acciones pagado en parte, y el 19 por 100 del precio total). Vickers entiende que el grado de subvaloración era innecesario: la venta por etapas y una mayor utilización de las subastas hubieran llevado a una fijación de precios más ajustada y, por tanto, a unos ingresos mayores. Por otra parte, la subvaloración de los precios de venta es costosa: a) tarde o temprano hay que compensar la pérdida de ingresos públicos con unos impuestos más elevados, que producen distorsiones en la economía y suponen costes de eficiencia reales; b) en la medida en que los beneficios van al extranjero, se produce una transferencia de ciudadanos residentes a no residentes; c) si las ganancias van a individuos más ricos, la subvaloración puede ser costosa desde el punto de vista de distribución de la renta (sin embargo, los grupos de renta media participaron activamente en la compra de acciones).

pues las ventas inmediatas de acciones compradas a bajo precio permiten una mayor concentración en manos de los inversores institucionales y colectivos. Como ha señalado G. Yarrow: «El capitalismo popular es un mal instrumento para una redistribución igualitaria (quitar a los ricos y dar a los pobres), pero puede ser, en su lugar, un óptimo instrumento para una redistribución inicua (favorecer a bien definidos grupos de intereses económicos)» (101).

Tal tipo de riesgos se intentan evitar mediante diversos medios. En Francia, el Consejo Constitucional consideró contrario a la Constitución el «que bienes o empresas que formen parte del patrimonio público sean cedidas a personas que pretendan fines de interés privado, por precios inferiores a su valor» (102). Ello no impidió, obviamente, el fomento de la difusión entre los pequeños accionistas en aquellas empresas o tramos accionariales en que así lo decidiera el ministro (con el asesoramiento de la Comisión de privatización a la hora, entre otras cosas, de fijar el precio).

Valga señalar, finalmente, que la consecución de un accionariado difuso puede intentarse mediante la limitación estatutaria del número máximo de acciones que puede tener cada socio, medida adoptada en Italia para determinado tipo de sociedades, donde se complementa con otras medidas de protección a las minorías accionarias (103).

C) Privatización y servicios públicos

La prestación por particulares no modifica la esencia de la institución servicio

(101) Citado en GUIDO ROSSI: «Privatizzazioni e diritto societario», en *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, cit., págs. 18-19.

(102) La obligación que tienen los poderes públicos de gestionar el patrimonio del Estado en interés de todos los ciudadanos les impide hacer algo que pueden hacer los propietarios privados, vender al precio que el adquirente acepte pagar. Ello obliga a que el valor de las empresas que se transfieren sea determinado por «expertos competentes, totalmente independientes de los eventuales compradores», cuya actividad se desarrollará «según los métodos objetivos practicados ordinariamente en materia de cesiones totales o parciales de activos de sociedad, teniendo en cuenta, según una valoración apropiada a cada caso, el valor en Bolsa de los títulos, el valor de los activos, los beneficios realizados, la existencia de filiales y las perspectivas de futuro». Decisión de 25 y 26 de junio de 1986 (núm. 86-207, *JO*, 27 junio 1986, pág. 7978 y sigs. [58e cons.], *loi portant DMOES d'habilitation*) citado en FRANÇOIS COLLY: «Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le Droit de Propriété», cit., pág. 141.

(103) La ley italiana de privatizaciones prevé, en su artículo 3 que las sociedades controladas directa o indirectamente por el Estado que operen en el sector de defensa, transportes, telecomunicaciones, fuentes de energía u otros servicios públicos, así como Bancos y empresas de seguros directa o indirectamente poseídas por el Estado, pueden introducir en sus estatutos, un límite máximo de acciones que pueda poseer cada socio o su núcleo familiar (cónyuge e hijos menores). La superación de tal límite comporta la prohibición de ejercer el derecho de voto y demás derechos no patrimoniales por la parte excedente del límite. Las cláusulas estatutarias así introducidas no pueden modificarse hasta pasado un período de tres años desde la inscripción de las decisiones asamblearias respectivas. Ello se complementa con el establecimiento de un procedimiento de voto de lista para nombrar administradores y síndicos, de modo que se permita la representación de minorías, y autorización del voto por correspondencia para participar en las Asambleas, de modo que se permita la participación de ausentes.

público, que ha estado siempre definida por la existencia de determinados controles, y no por la titularidad pública ni por el monopolio legal (104). No obstante, la privatización de los servicios públicos presenta problemas especiales, toda vez que la Administración no puede desentenderse del modo en que se realiza su producción, y ha de velar para que su suministro se realice de forma continua y regular, garantizándose el derecho de acceso igual para todos los usuarios, unos precios asequibles y calidad bastante.

En esta materia ha sido punto de referencia obligada la experiencia del Reino Unido donde, como hemos señalado, primero se emprendió una amplísima privatización de estas *public utilities* y hubo de abordarse la puesta en marcha de una autoridad de regulación eficiente (105). La responsabilidad pública por el mantenimiento del servicio es compartida por el gobierno y la agencia reguladora creada para cada uno. A ésta corresponde garantizar la universalidad de aquél, adoptar medidas referidas a su continuidad, proteger los intereses de los usuarios respecto a la calidad y precios de los servicios, y fomentar la concurrencia en todas las áreas que sea posible (normalmente producción y distribución).

La Administración, por su parte, mantiene una posición jurídica de supremacía que le permite reglamentar, autorizar, inspeccionar o controlar las tarifas (106), supremacía que no prejuzga el modo de verificarse la prestación: normalmente se rea-

(104) FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: *Privatización de Servicios Públicos*, cit., pág. 356, nota 3. Sobre el debate acerca de la caracterización de lo que sea servicio público, cfr. dicha nota y el capítulo 11 del libro, págs. 249 y sigs.

(105) En Italia, desde la Directiva de 1992, se prevé una regulación posterior a la privatización cuando se trate de empresas suministradoras de servicios de utilidad pública, para lo que se propone el modelo inglés de *public authority* neutral. La Ley 474/1994 de privatizaciones establece que, en el sector de las *public authorities*, el abandono de las participaciones públicas está subordinado a la creación de «organismos independientes» investidos de la tarea de disciplinar las tarifas y velar por el control de la calidad de los servicios (en septiembre de 1995 sigue sin aprobarse dicha ley sobre *authorities*).

(106) El control de la Administración se extiende también a los beneficios de las empresas (cfr. VELJANOVSKI: *Selling the State, Privatisation in Britain*, Weindelfeld Nicorson, Londres, 1987, págs. 140 y sigs.). El modo más extendido utilizado por el gobierno para la regulación de los precios impuestos por los nuevos propietarios, en monopolios naturales (telecomunicaciones, gas...) permite a las empresas aumentar sus precios en una proporción igual al alza del índice de los precios de consumo, menos un porcentaje determinado (el 3 por 100 en British Telecom), para tener en cuenta el progreso tecnológico y otros acontecimientos que tengan como objeto la rebaja de los costes. Por otra parte, se han desarrollado varios organismos de control particularmente desde 1985 (*Securities and Investment Board* y los *Self-Regulatory Organizations* o *SRO*, que reglamentan mercados bien definidos como los MATIF, corredores de seguros, consejeros fiscales), *Office of Telecommunications* —OFTEL—, *Office of Gas Supply* —OFGAS—, para la distribución del gas, *Cable Authority*, Comisión de la Distribución por cable... Son organismos que controlan el respeto por las sociedades de distribución de ciertas cláusulas de sus licencias de explotación, pero deben limitarse a llevar los conflictos de competencia o los problemas de monopolio al conocimiento de la OFT (*Office of Fair Trading*, Oficina de prácticas comerciales, creada en 1973) que, a su vez, puede presentarlas ante la MMC (*Monopolies an Mergers Commission*, Comisión de monopolios y de fusiones, creada en 1948). ANDREW DUNSIRE: «Le débat secteur public-secteur privé: l'expérience du Royaume Uni», cit., págs. 64-65.

liza por la iniciativa privada, a la que se imponen cargas de servicio público, aunque puede hacerse mediante empresa pública (107). Como hemos señalado, los problemas principales se han planteado cuando la privatización de monopolios públicos ha mantenido el monopolio en manos privadas, donde no siempre se ha mantenido la calidad del servicio para todos los usuarios (108).

IV. UNA NOTA SOBRE LAS PRIVATIZACIONES EN ESPAÑA

La reorganización del sector público emprendida en España en los últimos tiempos exigía regular los procesos de privatización parcial, y establecer mecanismos que permitan al Estado controlar determinadas decisiones en empresas estratégicas en las que ha dejado de tener mayoría suficiente. Ello ha sido abordado por la Ley 5/1995, de 23 de marzo (BOE de 25 de marzo), de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1.525/1995, de 15 de septiembre (BOE del 26 de septiembre).

La ley distingue dos tipos entre las empresas en las que el Estado dispone de participación accionaria: aquellas en que la presencia estatal se explica, desde el punto de vista del interés público, exclusivamente en la habilitación constitucional para la iniciativa económica (art. 128.2 CE), y aquellas en que la participación pública «constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público».

En este segundo caso, la enajenación de acciones por parte del Estado puede plantear, si éste pierde la mayoría accionaria, «el problema de la garantía suficiente del interés público», problema que se intenta solucionar introduciendo la exigencia de autorización administrativa previa a la adopción, por parte de los órganos sociales correspondientes, de determinados acuerdos.

En síntesis, el sistema adoptado permite que, 1) en determinadas empresas, 2) cuando se produzca un tipo de situaciones; 3) puede requerirse autorización administrativa previa para la adopción de acuerdos sobre ciertas materias; 4) el régimen de la autorización administrativa es establecido por Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros; 5) a partir del cual, en cada caso, se abre el procedimiento para otorgar la autorización administrativa; 6) de cuya falta se derivan específicas consecuencias. No es el objeto de este trabajo desarrollar un análisis del sistema español, por lo que me limitaré a mencionar someramente alguna de sus características:

- 1) La ley se aplica a empresas que cuenten con una participación del Estado en

(107) FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: *Privatización de Servicios Públicos*, cit., págs. 355-356 y 373.

(108) MARISOL ESTEBAN GALARZA y JOSÉ MORENO DÍAZ: *La privatización. Una panorámica internacional. Hacia nuevas formas de regulación estatal*, op. cit., pág. 309.

su capital social superior al 25 por 100, y estén controladas por el socio estatal, así como a las que formen parte de un grupo en que alguna de aquellas empresas tenga una posición dominante. En todo caso, ha de concurrir en la entidad alguno de los siguientes requisitos: *a)* que presten servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales; *b)* que desarrollen actividades sujetas por ley y razones de interés general a un específico régimen administrativo de control; *c)* que estén exentas total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del Tratado constitutivo de la CEE (art. 1).

2) Presupuesto de aplicación: el régimen de autorización administrativa previa se aplica cuando sea objeto de enajenación, en un solo acto o en actos sucesivos, un porcentaje de acciones de titularidad pública igual o superior al 10 por 100 (siempre que la participación directa o indirecta del Estado quede por debajo del 50 por 100), o cuando resulte de ella una reducción del porcentaje de acciones de titularidad estatal por debajo del 15 por 100 del capital social (art. 2).

3) Pueden ser sometidos a autorización administrativa previa (cuando se haya producido alguno de los presupuestos de aplicación mencionados) los siguientes acuerdos de los órganos sociales de las entidades mercantiles citadas: disolución voluntaria, escisión o fusión de la sociedad, enajenación o gravamen de los activos y participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y la sustitución del objeto social. Pueden igualmente someterse a autorización previa las operaciones que determinen la reducción de la participación social pública en porcentaje igual o superior al 10 por 100, así como las adquisiciones directas, indirectas, o a través de terceros, de participaciones que tengan por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social (se incluyen en este último caso las operaciones realizadas por grupos de sociedades físicas o jurídicas que actúen concertadamente, computándose las participaciones cuando se disponga de derecho a voto por concepto distinto del de titularidad dominical) (art. 3).

4) El régimen de la autorización administrativa previa se establece mediante Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro competente por razón de la materia, y previo el dictamen del Consejo de Estado. En él se determinará el ámbito subjetivo de aplicación, los actos concretos de disposición sometidos a previa aprobación, el órgano competente para otorgarla y el plazo de vigencia del régimen de la autorización administrativa. Tal Real Decreto deberá estar en vigor con anterioridad a la realización de los actos de disposición citados en el artículo 2 (art. 4).

5) Procedimiento para otorgar la autorización administrativa: el órgano competente para otorgar la autorización administrativa deberá resolver las solicitudes que se le dirijan en el plazo de un mes (salvo en casos especialmente complejos, y con decisión motivada). Cabe la posibilidad de suspender el cómputo del plazo en los casos previstos por la propia ley. El silencio del citado órgano permite entender estimada la solicitud (art. 5).

6) La falta de autorización administrativa convierte en nulos de pleno derecho los actos y acuerdos que no cuenten con aquélla, así como los acuerdos adoptados

por cualquier órgano social cuando, para su constitución, se hubieran computado participaciones sociales cuya adquisición no cuente con la preceptiva autorización administrativa (art. 6).

Dejamos aquí el comentario del procedimiento de privatizaciones español, señalando, únicamente, la intervención que el Real Decreto 1.525/1995, de desarrollo reglamentario de la Ley 5/1995, concede a las Comunidades Autónomas, a las que habrá de solicitarse un informe cuando la sociedad a la que se vaya a aplicar el régimen de autorización tenga «especial relevancia» para alguna de ellas.

V. REFLEXIONES FINALES

El proceso de desregulación y privatizaciones suscita una reflexión sobre la redefinición del ámbito de intervención del Estado en el gobierno de la economía y sobre la reforma de los procedimientos de gestión de las Administraciones Públicas en dicha tarea.

En lo relativo a esto último, los criterios de eficiencia y economicidad inspiran la reforma de las empresas públicas, al tiempo que se abre una amplia reflexión sobre la modificación de los modos de actuación de la Administración del Estado. El lema «menos administración», que propugnaba R. Martín Mateo (109) parece ser una consigna progresivamente asumida aunque, por el momento, parecen ser más los temores que suscita la «huida al Derecho privado» que las esperanzas derivadas del aumento de participación y autonomía.

Por lo que respecta a lo primero, parece obvio que, como han demostrado M. Esteban y J. Moreno, en el debate de las privatizaciones «lo que está en cuestión no es la existencia del Estado, sino sus funciones, y éstas van a abarcar siempre la definición, protección y modificación de los derechos de propiedad, sin los que el mercado se colapsaría» (110). Como hemos visto, el Estado no abandona la posibilidad de intervenir en la gestión de las empresas que privatiza, ni renuncia a regular el suministro de los servicios públicos que pasan a ser gestionados por el sector privado: no nos hallamos ante un problema de desregulación, sino de cambio de regulación (111).

La nueva «administrativización del Derecho mercantil» supone que el Estado, que asumió las formas iusprivatistas para gestionar más ágilmente el sector público, vuelve al Derecho administrativo para mantener determinados controles sin necesidad de contar con mayoría de capital.

(109) RAMÓN MARTÍN MATEO: *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, cit.

(110) MARISOL ESTEBAN GALARZA y JOSÉ MORENO DÍAZ: *La privatización. Una panorámica internacional. Hacia nuevas formas de regulación estatal*, cit., pág. 308.

(111) JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, cit., págs. 10-12.

En numerosos casos, ello supone introducir en el Derecho de sociedades interferencias que afectan y limitan los derechos de la propiedad, pero ni su contenido ni su trascendencia afectan al contenido esencial del derecho de propiedad ni rompen la institución acogida constitucionalmente. Ello es aún más claro en el caso español, donde las restricciones se plantean mediante la exigencia de autorizaciones previas de carácter administrativo, y están limitadas a un muy reducido ámbito de actividad empresarial.

El Estado mantiene instrumentos de intervención y de definición de las políticas. Pero, cuando ha entrado en crisis el Estado Social, el problema no es el de la existencia del Estado, sino el de cuánto Estado.

La respuesta a tal cuestión no puede hacerse desde el análisis de los procesos de privatización. Desregulación y privatizaciones no son causa de la eventual «reducción» del Estado, sino síntomas de un proceso más general que da lugar a la crisis del Estado Social, y que manifiesta específicas consecuencias como resultado de la existencia de la Unión Europea y de las políticas emprendidas desde ella.

La regulación, como se ha señalado, no implica la eliminación de los poderes del Estado, sino que puede provocar, incluso, el aumento de sus potestades de disciplina y de supervisión (112). Pero estas nuevas formas de control no hacen sino intentar paliar la pérdida de los controles de que los poderes públicos disponían previamente.

A mi entender, si estamos en un proceso en que, volviendo a Martín Mateo, la crisis no se está solucionando, como él quería, con «más Estado», sino con menos Estado. Ello es resultado de un complejo escenario donde la mundialización de la economía, las políticas comunitarias de defensa de la competencia o las exigencias impuestas por la convergencia europea, reducen la autonomía del Estado a la hora de decidir sus políticas.

Pero junto a las restricciones impuestas desde la economía y el Derecho comunitario, no cabe olvidar las que se derivan de aquél doble proceso de «socialización del Estado y estatalización de la sociedad» del que habló Pedro de Vega (113): la sociedad se hace Estado, los grupos sociales condicionan las decisiones públicas y, debilitados políticamente los sindicatos y los partidos de izquierda, los grandes grupos económicos incrementan su poder político y su autonomía.

Volviendo a las privatizaciones, parece hoy claro que no se han impuesto desde razones económicas. M. Esteban y J. Moreno han demostrado que no existe evidencia empírica que permita afirmar que las empresas privadas funcionen mejor que las públicas (114) y, como hemos indicado, las finalidades pretendidas al privatizar

(112) SORIANO: cit., *ibid.*

(113) PEDRO DE VEGA GARCÍA: «La socialización de los Derechos Fundamentales en el Estado Social», en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA (eds.): *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 123.

(114) MARISOL ESTEBAN GALARZA y JOSÉ MORENO DÍAZ: *op. cit.*, pág. 309, acaban su libro señalando tres conclusiones válidas derivadas del trabajo empírico existente: 1) ha sido positiva la privatización en los mercados más competitivos. 2) En actividades que pueden subcontratarse por medio de contratos relativamente sencillos, la privatización ha llevado a mejoras de la eficiencia sin deterioro

se podían haber conseguido por otros medios. Es cierto que, en muchos casos, las privatizaciones han permitido mejorar los resultados empresariales y activar la economía pero no menos cierto que, en otros casos, han sido mayores los problemas creados (115).

La expansión de las privatizaciones, sin embargo, refuerza los argumentos político-ideológicos favorables a la expansión del sector privado y a la simultánea reducción de la iniciativa pública en momentos en que la crisis fiscal del Estado replantea la continuidad de las prestaciones sociales que recibían los ciudadanos.

¿Nos hallamos ante una modificación de nuestra Constitución económica? Ciertamente, ha cambiado el contenido de muchas de las palabras que la definían (116), y con ello la posición y los derechos de los diversos sujetos y para ello no ha sido —ni será— necesario emprender una reforma formal de la Norma Fundamental. En cualquier caso, el proceso sigue abierto.

Sarriko, Bilbao, octubre 1995.

significativo en la calidad del servicio. 3) No hay evidencia de mejora de eficiencia en las privatizaciones de las grandes empresas públicas, sobre todo si funcionan en régimen de monopolio o *quasi* monopolio, planteándose dudas razonables sobre el deterioro de la calidad del servicio para muchos consumidores.

(115) Como ha señalado el informe «Desarrollo Humano en 1993», del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, tras muchas operaciones de privatización existe únicamente la búsqueda de ingresos a corto plazo, para financiar, entre otros aspectos, sus déficit presupuestarios, pero «la enajenación de activos para cumplir obligaciones corrientes equivale a hipotecar opciones de futuras generaciones». Junto a ello, y sobre todo en algunos países, se ha puesto de manifiesto el «amiguismo y corrupción» provocados por algunas privatizaciones. «Cuando se venden activos en secreto o sin licitación competitiva suele producirse corrupción y enriquecimiento de amigos de empleados públicos.» Existe frecuentemente, junto a ello, la tendencia a vender acciones públicas exclusivamente a inversores extranjeros o a «monopolios de unos pocos privilegiados», sin velar por la distribución generalizada y equitativa, al tiempo que suele faltar respaldo político en la mayoría de los procesos de privatización, cuya decisión no suele tomarse en los Parlamentos («Desarrollo Humano en 1993». Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, cit. en *Expansión*, 26 de mayo 1993). Pese a todo la ONU señala que no es contraria al hecho de la privatización, sino a las que «se acometen en un marco inadecuado y sin tener un objetivo de desarrollo humano en mente».

(116) PEDRO DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 183 y 187 y sigs.