

# Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA *DUAL* ALEMÁN DE EMPLEO PÚBLICO. LA COEXISTENCIA DE PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ALEMANAS. BASES CONSTITUCIONALES Y DESARROLLO LEGAL. III. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LABORALIZACIÓN (Y/O REDUCCIÓN) DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA *RESERVA FUNCIONARIAL* DEL ARTÍCULO 33.4 DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN: 1. Significado y alcance de la *reserva funcional* del artículo 33.4 LFB: A) Alcance *horizontal*. B) Alcance *vertical*. C) Excepciones a la regla permitidas por el artículo 33.4 LFB. 2. La *reserva funcional*, ¿límite constitucional (mediato o indirecto) a la privatización de funciones o servicios públicos?: A) La *reserva funcional*, ¿límite constitucional (mediato o indirecto) a la privatización *formal* de funciones o servicios públicos? B) La *reserva funcional*, ¿límite constitucional (mediato o indirecto) a la privatización *material* de funciones o servicios públicos? IV. LAS SUCESIVAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRIVATIZADORAS DE 1992, 1993 Y 1994. EN PARTICULAR, LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE GENERA EL *TRASVASE* Y LA LABORALIZACIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO ADSCRITO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIZADOS: 1. La privatización del control aéreo (1992): A) Antecedentes y líneas maestras de la privatización. B) Modalidades de trasvase o laboralización del personal funcionario. 2. La privatización de los ferrocarriles federales (1993): A) Antecedentes y líneas maestras de la privatización. B) Modalidades de trasvase o laboralización del personal funcionario. 3. La privatización del correo y de las telecomunicaciones (1994): A) Antecedentes y líneas maestras de la privatización. B) Modalidades de trasvase o laboralización del personal funcionario.

## I. INTRODUCCIÓN

Como muy tarde desde finales de los años ochenta Alemania se halla inmersa —al igual que muchos de los países desarrollados de nuestro entorno, en particular los comunitarios— en un proceso privatizador calificable de sistemático, que no sólo afecta a la actividad empresarial de los poderes públicos, tan característica del Estado social interventor de la postguerra y tan denostada hoy por los influyentes valedores del neoliberalismo económico, sino también a importantes servicios públicos de relevancia no sólo económica (control aéreo, ferrocarriles, correos y telecomunicaciones, etc.). Alemania vive, en opinión de destacados observadores de su vida política, jurídica y social, una auténtica «euforia privatista», a la que apenas consiguen oponer alguna —ya ni siquiera frontal, sino matizada— resistencia los defensores de lo *público*, prácticamente reducidos, por lo demás, al campo de los sindicatos<sup>1</sup>. Lo *público* es hoy por hoy en Alemania un valor que se bate en retirada frente a lo *privado*, un valor en alza en todos los ámbitos de la vida política y social. Es este último un valor que, a su vez, se asocia a otros valores positivos de la sociedad tecnológica de fin de siglo (eficacia, eficiencia, austeridad, competencia, etc.), mientras que lo *público* ha devenido paulatinamente —me atrevería a decir— en un *disvalor*, una rémora, asociados de modo creciente a la negación, precisamente, de dichos valores (ineficacia, ineficiencia, despilfarro, etc.). El derrumbamiento, por un lado, de las sociedades socialistas del este de Europa, entre ellas la de la República Democrática Alemana (RDA) especialmente, y la liberalización y desregulación de los mercados en el marco de la construcción de un mercado interior europeo y de una economía mundial fuertemente globalizada, por otro, han reforzado aún más este proceso. De ahí que la *privatización* (ensayada con aparente éxito en la antigua RDA) aparezca cada vez más en el debate político-jurídico, también de Alemania occidental<sup>2</sup>, como *la* solución a todos los (presuntos) *males* de lo *público*, a saber, entre otros: la ineficiencia y el carácter deficitario de los servicios públicos, las deficiencias de los servicios prestados

<sup>1</sup> Vid. por todos G. PÜTTNER, «Privatisierung», *Landes- und Kommunalverwaltung (LKV)*, 1994, núm. 6, págs. 193 y ss., quien habla incluso de «embriaguez privatista» (*Privatisierungsrausch*). K. LÜDER («Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor? Einige Anmerkungen zur aktuellen Verwaltungsreformdiskussion», *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 3, 1996, págs. 93 y ss.) plantea incluso la pregunta acerca de si ha de hablarse ya de un «triumfo del mercado en el sector público».

<sup>2</sup> Cfr. HARTWIG, «Privatisierung in Westdeutschland: Vertane Chancen bei der deutschen Wiedervereinigung», en H. J. THIEME (ed.), *Privatisierungsstrategien im Systemvergleich*, 1993, págs. 41 y ss.

(producto de la ausencia de un régimen de libre competencia), el creciente endeudamiento de las Administraciones públicas, etc.

A esta tendencia de progresivo acoso y descrédito de lo *público* tampoco escapa, como es fácil de suponer, el *régimen estatutario de la función pública*, considerado por muchos demasiado rígido y estático —sobre todo, en materia retributiva, de movilidad y de ajuste de plantillas— y, por ello mismo, inadecuado a las cada vez mayores necesidades de flexibilidad, dinamismo, austeridad e incentivación del rendimiento que, también en el ámbito de la gestión pública, generan las transformaciones de la sociedad moderna. En definitiva, la «euforia privatista» alcanza incluso —muy a menudo en estrecha conjunción con el discurso (tan extendido en la última década entre los gestores públicos) sobre la necesidad de una modernización de la Administración pública que suponga la incorporación a su actuación de técnicas gerenciales o de *management*<sup>3</sup>— al propio ámbito *doméstico* de las Administraciones públicas alemanas.

Como no podría ser de otro modo, el debate sobre la privatización, que comenzó librándose en el terreno de la política, ha acabado por penetrar de lleno en el ámbito de la ciencia jurídico-pública de dicho país<sup>4</sup>. La vertiginosa sucesión

<sup>3</sup> Cfr., por ejemplo, M. BULLINGER (ed.), *Von der bürokratischen Verwaltung zum Verwaltungsmanagement*, Baden-Baden, 1993. Entre nosotros *vid.* F. CASTILLO BLANCO, «Management y Derecho Administrativo: ¿Hacia una necesaria evolución del Derecho de la Función Pública y de la Gestión de los recursos humanos?», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 26, 1996, págs. 199 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. por todos G. PÜTTNER, *op. cit.*; VON HAGEMEISTER, *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, 1992; R. SCHMIDT, «Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts», en BIERNAT/HENDLER/SCHOCH/WASILEWSKI (eds.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung*, 1994, págs. 210 y ss.; G. F. SCHUPPERT, «Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisatoren des Dritten Sektors», en J. IPSEN (ed.), *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, 1994, págs. 17 y ss.; F. SCHOCH, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1994, núm. 17, págs. 962 y ss.; J. HENGSTSCHLÄGER/L. OSTERLOH/H. BAUER/T. JAAG, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, núm. 54, 1995; A. KRÖLLS, «Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik», *Gewerbearchiv*, 1995, núm. 4, págs. 129 y ss.; Chr. THEOBALD, «Privatisierung und staatliche Regulierung-Bericht über das Forschungskolloquium des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 13. bis 15.3.1996», *DVBl*, 1996, núm. 12, págs. 663 y ss.

El debate sobre la privatización *sensu stricto* (esto es, no sólo aquel —estrechamente vinculado pero no idéntico al anterior— sobre la llamada «huida al Derecho privado» de las Administraciones Públicas) ha penetrado también de lleno en el ámbito de la ciencia jurídico-pública española; véanse así, por ejemplo, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, del mismo autor, «Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario», *RAP*, núm. 133, 1994; J. PONCE SOLÉ, «Una aproximación al fenómeno privatizador en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 139; J. CORCUERA ATIENZA, «Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91, así como, monográficamente, M.ª N. DE LA SERNA BILBAO, *La Privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995; y A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, M. Pons, Madrid, 1997.

desde 1992 de nada menos que tres reformas constitucionales encaminadas a posibilitar la privatización (inicialmente sólo *formal*, aunque en algún caso también *material* a medio plazo) de otros tantos servicios públicos de naturaleza administrativa, hasta ahora *constitucionalizados* como tales en la Ley Fundamental de Bonn (control aéreo, ferrocarriles, correos y telecomunicaciones), hizo que la extrapolación de dicho debate al terreno del Derecho constitucional y administrativo fuera poco menos que inevitable.

Precisamente, un aspecto capital del aludido proceso de privatización de servicios públicos reside, según se reconoce abiertamente, además de en la pretendida reducción (*achicamiento*) de la función pública, en la privatización (*rectius*: laboralización) del régimen jurídico del personal, mayoritariamente funcionario, adscrito a aquéllos<sup>5</sup>. La consecución de ambos objetivos, sin embargo, genera una problemática jurídica altamente compleja, a la que también han procurado responder las reformas constitucionales antes mencionadas. A su estudio dedicaremos buena parte de la presente crónica (*infra* IV).

Previamente resulta oportuno recordar, sin embargo, las bases del marco jurídico general sobre el que operan las reformas privatizadoras que, como acabamos de apuntar, están teniendo lugar actualmente en Alemania. Desde el punto de vista de la privatización de la función pública, que es el aspecto que aquí nos interesa preferentemente, procede aludir, pues, con carácter previo al estudio de las reformas, a las características generales del sistema de empleo público en que éstas se insertan (*infra* II), así como a sus presupuestos constitucionales (*infra* III).

---

<sup>5</sup> Al respecto cfr. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung (Flugsicherung, Bahn und Post)», *Arbeit + Recht*, 1993, núm. 9, págs. 265 y ss.

Entre nosotros cfr. recientemente S. DEL SAZ CORDERO, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; J. RIVERO LAMAS, «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 6-7, 1995, págs. 79 y ss.; así como el número 2, de 1995, de la revista *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, cuyas colaboraciones están dedicadas principalmente al estudio de la «crisis y renovación del Empleo Público».

## II. EL SISTEMA *DUAL* ALEMÁN DE EMPLEO PÚBLICO. LA COEXISTENCIA DE PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ALEMANAS. BASES CONSTITUCIONALES Y DESARROLLO LEGAL <sup>6</sup>

Como es sabido, la característica fundamental del sistema alemán de empleo público, en lo que a la naturaleza de su régimen jurídico se refiere, radica en su carácter *dual*, esto es, en la coexistencia en el ámbito de las Administraciones públicas alemanas de dos tipos de personal cuyo rasgo diferenciador principal reside, precisamente, en la distinta naturaleza del régimen jurídico por el que cada uno de ellos se rige: por un lado, el personal funcionario (*Beamte*), sometido a un régimen jurídico-público (*estatutario*), y, por otro, el personal laboral (integrado, en terminología alemana, por los «empleados y trabajadores de la función pública» [*Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes*]), sometido a un régimen (formalmente) jurídico-privado, que, además de estar sujeto a las reglas moduladoras del llamado *Derecho administrativo privado* (*Verwaltungsprivatrecht*<sup>7</sup>), se halla cada vez más asimilado, en su contenido material (colectivamente pactado), al régimen jurídico-público del personal funcionario<sup>8</sup>. De este modo, se sigue hablando en Alemania, a pesar de todo, de un sistema de empleo público *dual* o, en traducción literal del término alemán, de «doble carril» (*Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes*)<sup>9</sup>, cuya sustitución por un sistema (híbrido) de empleo público unificado (*einheitliches Dienstrecht*), de régimen ni íntegramente jurídico-público ni íntegramente jurídico-privado (laboral), no llegó a prosperar en Alemania, no obstante haber sido objeto a finales de los años sesenta y principios de los setenta, no sólo de un vivo debate doctrinal, más tarde aplacado, sino incluso de un estudio (de tendencia más bien escéptica, eso sí) realizado por una comisión especial nombrada al efecto por el Gobierno federal<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Con carácter general cfr. al respecto en lengua castellana M. DEGEN, «La carrera administrativa en la República Federal de Alemania», en *Documentación Administrativa*, núms. 210-211, 1987, así como H.-U. DERLIEN, «Legado histórico y evolución reciente de la función pública superior en Alemania», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 57, 1991.

<sup>7</sup> Al respecto cfr. entre nosotros recientemente S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996.

<sup>8</sup> Cfr. Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», en E. SCHMIDT-ASSMANN (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Ed. W. de Gruyter, 10.ª ed., Berlín/Nueva York, 1995, págs. 577 y ss., en particular 583 y s.

<sup>9</sup> Cfr. JUNG, *Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes*, 1970.

<sup>10</sup> Cfr. *Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstes*, 1973, 12 vols.

La dificultad de una reforma de la envergadura de la recién aludida (y que a la postre determinó su fracaso) tiene que ver, entre otras razones (muchas de ellas ajenas a consideraciones de índole jurídica), con el anclaje constitucional del sistema dual de empleo público en el artículo 33.4 de la Ley Fundamental de Bonn (en lo sucesivo LFB), que es aquel del que, indirectamente —como veremos de inmediato—, se desprende la licitud (aunque no la imperatividad) constitucional de un sistema de empleo público en el que no sólo tengan cabida funcionarios (cuya existencia y régimen jurídico-público se garantizan constitucionalmente, en todo caso, en el artículo 33.5 LFB).

En efecto, al obligar el precepto constitucional mencionado a reservar el ejercicio con carácter permanente de prerrogativas de poder público, por regla general, a agentes ligados a los entes públicos por una relación jurídico-pública de servicio y fidelidad <sup>11</sup> (esto es, a funcionarios), la LFB está admitiendo, indirectamente —según acabo de apuntar—, que las demás funciones públicas —es decir, las que no conlleven el ejercicio con carácter permanente de prerrogativas tales— pueden, aunque no necesariamente, ser prestadas, incluso por regla general, por agentes que no se hallen ligados a los entes públicos por una relación jurídico-pública de servicio y fidelidad.

La apertura constitucional hacia la opción (política) por un sistema dual de empleo público fue tempranamente recogida por el legislador federal alemán en la Ley Federal Marco de Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos de 1957 (*Beamtenrechtsrahmengesetz [BRRG]*, que vincula con carácter básico a todas las Administraciones públicas y cuyo último texto consolidado data del 27 de febrero de 1985), quien, dando un paso permitido aunque no impuesto por la LFB, convirtió la *reserva funcional* del artículo 33.4 LFB (un límite de *mínimos*, según acabamos de ver) en un límite —a la vez— de *máximos* (*Funktions Sperre*<sup>12</sup>), excluyendo a los funcionarios del desempeño de funciones (públicas) que no entrañen el ejercicio de potestades públicas *stricto sensu* (art. 2.2 BRRG<sup>13</sup>). Con otras palabras, el legislador federal

<sup>11</sup> El tenor literal del artículo 33.4 LFB en lengua alemana es el siguiente: «Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnis stehen.»

<sup>12</sup> Cfr. H. LECHLER, «Der öffentliche Dienst», en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III (*Das Handeln des Staates*), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, págs. 717 y ss., concretamente 727, núm. marg. 25.

<sup>13</sup> De acuerdo con este precepto, «el nombramiento como funcionario sólo es admisible para el ejercicio de potestades públicas o el desempeño de aquellas funciones cuyo ejercicio no sea posible encomendar exclusivamente, por razones de seguridad del Estado o de la vida pública,

alemán transformó el espacio de actuación constitucionalmente *abierto* (¡pero no *reservado!*) al personal laboral en el desempeño de funciones públicas en objeto de una expresa reserva —aunque negativa— en su favor, simétricamente complementaria de la constitucionalmente establecida en favor de los funcionarios. De este modo se impide el solapamiento (no excluido constitucionalmente, en principio) de personal funcionario y laboral en aquellos ámbitos de la actividad administrativa (entendida ésta en el sentido más amplio posible) en los que no se han de ejercer necesariamente, al menos con normalidad, potestades o prerrogativas de poder público.

Ante este panorama, no debe extrañar que hoy en día el número de empleados y trabajadores públicos (laborales) en todas las Administraciones públicas alemanas (federal, de los *Länder* y locales) sea sensiblemente superior al de funcionarios. Así, mientras en 1992 el personal laboral de las distintas Administraciones públicas alemanas estaba integrado por más de tres millones y medio de personas (casi dos millones y medio de *empleados* y algo más de un millón de *trabajadores*), los funcionarios no llegaban a los dos millones<sup>14</sup>. Se da así la paradoja de que —siendo los funcionarios, según el art. 33.4 LFB, la regla (*Regeltypus*) entre los servidores públicos y los empleados públicos laborales la excepción<sup>15</sup>— sean estos últimos quienes predominan —desde hace ya bastante tiempo, por cierto— en las Administraciones públicas alemanas. Aunque posiblemente tenga ello que ver —todo sea dicho— con la extensión (probablemente ni siquiera barruntada por el constituyente alemán de 1949) que ha alcanzado hoy en día el vasto campo de la intervención administrativa, cada vez más alejada, en los nuevos sectores de la actividad administrativa, de las tradicionales formas de actuación vinculadas a la noción de potestad o prerrogativa de poder público.

---

a personas que se encuentren ligadas a la Administración por una relación jurídico-privada» (la cursiva es mía). El tenor literal de la norma en lengua alemana es el siguiente: «Die Berufung in das Beamtenverhältnis ist nur zulässig zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben oder solcher Aufgaben, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschliesslich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen».

<sup>14</sup> Cfr. Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., pág. 592.

<sup>15</sup> Interpreta así el sentido de la reserva funcional prevista en el artículo 33.4 LFB H. LECHERER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 726 y s.

### III. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LABORALIZACIÓN (Y/O REDUCCIÓN) DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA *RESERVA* *FUNCIONARIAL* DEL ARTÍCULO 33.4 DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

#### 1. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA *RESERVA* *FUNCIONARIAL* DEL ARTÍCULO 33.4 LFB

Como es obvio, la garantía institucional del régimen estatutario de la función pública (art. 33.5 LFB) y, sobre todo, la reserva constitucional en favor de los funcionarios de un determinado ámbito funcional dentro de la actividad de los poderes públicos (*Funktionsvorbehalt*, art. 33.4 LFB) transforman necesariamente, según se ha avanzado ya, el debate político acerca de la oportunidad de una creciente laboralización y/o reducción de la función pública (estatutaria) en un debate, también (y antes que nada) jurídico, sobre la medida y las condiciones en que la consecución de dicho objetivo resulta constitucionalmente admisible. Así ocurre siempre que un debate sobre opciones políticas se mueve en un terreno *constitucionalmente acotado* (lo que, ciertamente, sucede siempre de una u otra forma, aunque no en todos los casos con la misma intensidad, pues varía en cada sector la densidad *normativa* con la que la Constitución constriñe —unas veces mucho y otras poco— el margen de configuración del legislador).

Así las cosas, no asombra que el debate sobre la admisibilidad constitucional de las políticas de privatización y/o reducción de la función pública gire, en lo esencial, en torno a la cuestión del *alcance* de la reserva funcional establecida en el artículo 33.4 LFB, es decir, en torno a la interpretación de la noción «ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público» (*Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse*). Y es que sólo hasta donde se extienda podrá ella constituir un obstáculo constitucional a dichas políticas. Pues bien, este debate jurídico-constitucional no es, desde luego, menos polémico que el propiamente político sobre la bondad de las políticas de privatización y/o reducción de la función pública.

A los efectos del mencionado debate jurídico-constitucional, es lo común que se distinga —al menos, implícitamente— entre lo que podríamos denominar el alcance *horizontal* y el alcance *vertical* de la reserva funcional. El primero hace referencia a aquellas *clases de la actividad administrativa* (de limitación, de fomento, de gestión de servicios públicos, etc.) que se hallan comprendidas en la reserva [*infra* A)]. El segundo, por el contrario, se refiere al *tipo de función* (directiva, de gestión, instrumental, etc.)



que, dentro incluso de una determinada clase de la actividad administrativa consistente en el «ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público», queda abarcado —o no— por la reserva funcional [infra B)]. De este modo, no se discute sólo, por ejemplo, acerca de si la actividad administrativa prestacional está comprendida dentro de la reserva funcional (cuestión ésta relativa a su alcance *horizontal*), sino también —cuando la respuesta a esta primera pregunta es de signo positivo— sobre si la misma se extiende asimismo a aquellas personas que solamente desarrollan en ella tareas instrumentales de apoyo administrativo o aun meramente físicas o manuales (cuestión ésta relativa al alcance *vertical* de la reserva).

No obstante, se ha de tener en cuenta, en todo caso, que el artículo 33.4 LFB sólo obliga «por regla general» a reservar el ejercicio con carácter permanente de prerrogativas de poder público a funcionarios. Lo cual significa que la Constitución no excluye ni la posibilidad de que el ejercicio de tales prerrogativas *con carácter no permanente* sea encomendado, incluso con absoluta normalidad, a empleados públicos laborales, ni tampoco la posibilidad de que el ejercicio, aun permanente, de prerrogativas de poder público sea atribuido —eso sí, en este caso con carácter sólo *excepcional*— a estos últimos [infra C)].

#### A) Alcance horizontal de la reserva funcional

Como se acaba de apuntar, la discusión sobre el alcance *horizontal* de la reserva funcional versa sobre las características que debe reunir una actividad administrativa para poder considerarla comprendida dentro de la reserva.

Evidentemente, un pronunciamiento al respecto supone una interpretación de la noción «ejercicio (con carácter permanente) de potestades o prerrogativas de poder público», que es aquella con la que el artículo 33.4 LFB define la extensión de la reserva funcional.

Como en los conceptos jurídicos indeterminados (la noción mencionada lo es también, al fin y al cabo), la discusión se centra, no tanto en las *zonas de certeza positiva y negativa* del concepto, sino en su mucho más delicada *zona intermedia de incertidumbre*. Así, existe casi total acuerdo, por un lado, sobre que la actividad administrativa de limitación de derechos (*Eingriffsverwaltung*), sea ésta jurídica o sólo material<sup>16</sup>, sí se halla comprendida en todo

<sup>16</sup> Vid. H. LECHLER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 729, núm. marg. 31.

caso (zona de certeza positiva) y, por otro, sobre que la actividad económico-empresarial de los poderes públicos (*erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*), así como aquella de adquisición de bienes o contratación de obras (*fiskalische Hilfsgeschäfte, Beschaffungswesen*) no están alcanzadas (zona de certeza negativa) por la reserva funcional del artículo 33.4 LFB<sup>17</sup>.

La polémica surge a la hora de determinar su alcance en la zona de incertidumbre. Y es aquí donde se sitúa, señaladamente, la actividad administrativa *prestacional*, esto es, de fomento y gestión de servicios públicos (*Leistungsverwaltung*). A este respecto se sostienen tres puntos de vista: el más restrictivo (y también más minoritario), que circunscribe esencialmente el ámbito de aplicación de la reserva funcional a la actividad administrativa de limitación de derechos, excluye lógicamente del mismo en su integridad a la actividad prestacional; un punto de vista intermedio distingue en función del régimen jurídico (público o privado) de las formas de actuación de las que se valga en cada caso la Administración a la hora de realizar una actividad prestacional<sup>18</sup>; por último, están quienes —desde una posición ligeramente mayoritaria— consideran que tal actividad se halla incluida en todo caso (es decir, con independencia del régimen jurídico de las formas de actuación de las que se valga la Administración) en el ámbito de aplicación del artículo 33.4 LFB<sup>19</sup>.

Son tres los argumentos que esgrimen los partidarios de este último punto de vista. Dos de ellos van dirigidos a rebatir, respectivamente, las otras dos posiciones discrepantes, mientras que el tercero opera como sustento positivo de su punto de vista. En primer lugar, razonan, no cabe excluir que la actividad administrativa prestacional limite o menoscabe derechos públicos subjetivos, del mismo modo que lo hace la actividad administrativa de limitación. En segundo lugar, arguyen que si se distinguiera en función del régimen jurídico de las formas de actuación que la Administración estimara oportuno utilizar en cada caso,

<sup>17</sup> Cfr. H. LECHER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 728, núms. margs. 27 y 28 *in fine*; Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., págs. 595 y s., núm. marg. 32.

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, P. LERCHE, *Verbeamtung als Verfassungsauftrag?*, 1973, págs. 20 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. en esta línea, por ejemplo, H. LECHER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 731, en particular núm. marg. 37; del mismo autor, *Die Beamtenaufgaben nach dem Funktionsvorbehalt des Grundgesetzes*, 1986, págs. 32 y ss. (este autor considera suficiente, a los efectos de que se active la reserva funcional, que una actividad de la Administración persiga un fin público [*öffentlicher Zweck*]); *vid.* asimismo Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., págs. 595 y s., núms. margs. 32 y s.

sería ésta quien —por la vía del principio de libertad de elección de formas jurídicas (*Freiheit der Rechtsformenwahl*)— acabaría decidiendo sobre el alcance, nada menos, que de una norma constitucional que lo que pretende es, precisamente, vincularla (limitando su potestad autoorganizatoria). Por último, se sostiene que la reserva funcional del artículo 33.4 LFB —y, en particular, la noción de «ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público»— debe ser interpretada hoy en día funcionalmente (y no literalmente), entendiendo que lo que pretende este precepto es, sencillamente, que el desempeño de aquellas funciones públicas que revistan una especial trascendencia para la colectividad sea encomendado a aquel tipo de servidor público (el funcional) en el que la Constitución deposita, a todas luces, una mayor y especial dosis de confianza <sup>20</sup>.

#### B) *Alcance vertical de la reserva funcional*

Por otro lado, se discute, como se dijo, acerca de hasta dónde se extiende *verticalmente* la reserva funcional establecida en el artículo 33.4 LFB. También aquí cabe distinguir nuevamente entre unas zonas de certeza (positiva y negativa) y una zona de incertidumbre. Así, se está de acuerdo, de una parte, en que el superior jerárquico de un funcionario sólo puede serlo, en todo caso, otro funcionario <sup>21</sup> (zona de certeza positiva) y, de otra, en que los servidores públicos cuyas funciones, aun en ámbitos de la actividad administrativa comprendidos (desde el punto de vista *horizontal*) dentro de la reserva funcional, se limiten a tareas instrumentales de mero apoyo administrativo (*untergeordnete Hilfsdienste*) no están incluidos en ella <sup>22</sup> (zona de certeza negativa).

Como cabrá imaginar, el debate sobre el alcance *vertical* de la reserva funcional se centra, por lo tanto, en la zona intermedia, es decir, en aquellos servidores públicos que, sin llegar a ostentar la potestad decisoria *ad extra*, esto es, la potestad de dictar actos administrativos (en cuyo caso nos encontraríamos, sin lugar a dudas, en la zona de certeza positiva), tengan encomendadas igualmente funciones de cierta trascendencia (por ejemplo, de gestión, informe, asesoramiento, propuesta de resolución, etc.), en todo caso superiores, en entidad y envergadura, a las tareas

<sup>20</sup> Cfr. por todos Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., pág. 596, núm. marg. 33.

<sup>21</sup> Cfr. por todos H. LECHLER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 729, núm. marg. 30.

<sup>22</sup> *Vid.* por todos Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», pág. 597, núm. marg. 34.

instrumentales de mero apoyo administrativo. En este punto, se ha impuesto el criterio de que participan del «ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público» en el sentido del artículo 33.4 LFB (debiendo ser por ello funcionarios) aquellos servidores públicos que «o bien ostenten la potestad decisoria o bien colaboren o ayuden, de algún modo relevante, en su ejercicio»<sup>23</sup>. Lo decisivo, se añade, radica en que el servidor público en cuestión «esté integrado en el proceso de formación de voluntad del órgano administrativo»<sup>24</sup>.

### C) *Excepciones a la regla permitidas por el artículo 33.4 LFB*

Como se ha señalado anteriormente, el alcance de la reserva funcional del artículo 33.4 LFB viene determinado, además de por sus propios límites *internos* (recién analizados), por dos límites de tipo *externo*. El primero se deriva de la propia extensión formal del ámbito de aplicación del precepto. Este sólo abarca, como se dijo, «el ejercicio *con carácter permanente* de potestades o prerrogativas de poder público». Ninguna reserva (funcional) establece el artículo 33.4 LFB, pues, para el ejercicio de tales potestades *con carácter no permanente*. Aquí sería constitucionalmente admisible incluso la total laboralización de la función pública, igual que lo es para el desempeño de funciones públicas que directamente no conlleven tal ejercicio. Sin embargo, no dejaría de ser éste un fenómeno en cierto modo *excepcional*, pues excepcionales son los ámbitos de la actividad administrativa en que sólo con carácter no permanente son ejercidas potestades públicas; lo normal, desde luego, es que un sector de actividad esté sometido a intervención administrativa (en cuyo caso el ejercicio de potestades públicas reviste carácter permanente) o que no lo esté (en cuyo caso no hay lugar al ejercicio de potestades públicas, ni siquiera con carácter no permanente). La situación intermedia, que queda fuera *ab initio* del ámbito de aplicación de la reserva funcional, no es ciertamente descartable, pero no es, en cualquier caso, habitual.

El segundo límite *externo* que determina el alcance de la reserva funcional tiene su origen en una cierta relativización de su preceptividad normativa. En efecto, el artículo 33.4 LFB no obliga *en todo caso*, como se dijo, sino sólo «por regla general» a reservar el ejercicio con carácter permanente de potestades o

<sup>23</sup> Cfr. H. LECHER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 728, núm. marg. 28; Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., pág. 597, núm. marg. 34.

<sup>24</sup> Vid. H. LECHER, «Der öffentliche Dienst», cit., pág. 729, núm. marg. 31.

prerrogativas de poder público a funcionarios. De ahí se deriva la posibilidad de que el ejercicio —aun permanente— de potestades públicas sea atribuido con carácter *excepcional* a empleados públicos laborales, o incluso a particulares, como ocurre en el caso de los *ejercientes privados de funciones públicas (Beliebene)* <sup>25</sup>.

Esta posibilidad provoca inmediatamente, como es natural, una doble discusión (en parte *cualitativa*, en parte *cuantitativa*) sobre el alcance del *margen de desviación* (respecto de la regla) que el artículo 33.4 LFB abre en favor del legislador y de la Administración: en primer lugar, acerca de cuándo está justificada (materialmente) la atribución del ejercicio de potestades públicas —siquiera con carácter excepcional— a empleados públicos laborales (o particulares); y, en segundo lugar, acerca de cuándo deja de ser excepcional (o, dicho de otra manera, comienza a alterar la relación regla-excepción) la atribución del ejercicio de dichas potestades a servidores públicos que carezcan de *status* funcional. Lo cierto, sin embargo, es que no se han aportado hasta hoy criterios suficientemente precisos que permitan responder satisfactoriamente a tales interrogantes. El Tribunal Constitucional Federal alemán interpreta el margen de desviación abierto por el artículo 33.4 LFB más bien generosamente, pues se ha limitado a señalar, por un lado, que las excepciones a la regla establecida en dicho precepto constitucional sólo son admisibles en «supuestos excepcionales especialmente justificados» (*besonders begründete Ausnahmefälle*) —de los que no se dice cuáles son o pueden serlo— y, por otro, que las mismas no deben adoptar, en todo caso, dimensiones considerables (*in grösserem Umfang*) <sup>26</sup>. Algo más rigurosa es la doctrina, que exige, además, que cuanto más intensa sea la excepción más poderosas sean las razones —de tipo funcional (¡que no financiero!, por ejemplo) <sup>27</sup>— que se invoquen para justificarla <sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., pág. 597, núm. marg. 35.

<sup>26</sup> Sentencia de 27 de abril de 1959, en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, vol. 9, págs. 268 y ss., en particular 284.

<sup>27</sup> Cfr. en este sentido Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., pág. 597, núm. marg. 35.

<sup>28</sup> *Vid.* B. PIEROTH, en H. JARASS/B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), 3.ª ed., Munich, 1995, Art. 33, núm. marg. 10.

## 2. LA RESERVA FUNCIONARIAL, ¿LÍMITE CONSTITUCIONAL (MEDIATO O INDIRECTO) A LA PRIVATIZACIÓN DE FUNCIONES O SERVICIOS PÚBLICOS?

Cuando las políticas de laboralización —y aun reducción— de la función pública se inscriben, como ha venido ocurriendo en Alemania en estos últimos años, dentro de políticas más amplias y ambiciosas de privatización (*formal* o a veces incluso *material*, a más largo plazo) de funciones o servicios públicos, la cuestión que se plantea es la de si la reserva funcional establecida en el artículo 33.4 LFB constituye (o puede llegar a constituir), además de un límite constitucional a la laboralización del empleo público, un límite u obstáculo constitucional —al menos, mediato o indirecto— a tales políticas privatizadoras en sí mismas<sup>29</sup>. La respuesta a esta cuestión, que no se puede considerar —ni mucho menos— aclarada, difiere en todo caso, como se verá de inmediato, según que la privatización pretendida sea sólo de alcance *formal* o, por el contrario, *material*<sup>30</sup>.

### A) *La reserva funcional, ¿límite constitucional (mediato o indirecto) a la privatización formal de funciones o servicios públicos?*

Por *privatización formal u organizacional* (*formelle u Organisationsprivatisierung*) de una función o servicio públicos se entiende en la moderna doctrina jurídico-administrativa alemana aquella privatización que no afecta al carácter (*materialmente*) público de la función o servicio, sino sólo a la *forma jurídica de organización* —y posiblemente también a las formas jurídicas de actuación— del ente (antes público) que tenía y tiene encomendada su gestión<sup>31</sup>. Con otras palabras, se da una mera privatización formal cuando el ente público responsable de una función o servicio públicos es transformado en una sociedad mercantil de titularidad pública, cuyo objeto continúa siendo la gestión de dicha función o servicio, aunque ahora sí, en la mayoría de los casos, a través de formas de actuación jurídico-privadas<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Al respecto cfr. R. SCHOLZ/J. AULEHNER, «Berufsbeamtentum nach der deutschen Wiedervereinigung», en *Archiv Postverfassung*, 1993, núm. 1, págs. 5 y ss., en particular 19 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. Ph. KUNIG, «Das Recht des öffentlichen Dienstes», cit., págs. 592 y s., núm. marg. 26 *in fine*.

<sup>31</sup> Cfr. por todos F. SCHOCH, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», cit., págs. 962 y s.; A. KRÖLLS, «Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik», cit., págs. 130 y s.; G. PÜTTNER, «Privatisierung», cit., pág. 195.

<sup>32</sup> En efecto, las formas de actuación al alcance de una sociedad mercantil, aun de titularidad pública, son sólo, en principio, las del Derecho privado, salvo que medie una *Beleihung* (esto

Como la función o el servicio prestados siguen siendo (materialmente) públicos, su privatización formal no consigue, por lo tanto, sustraerlos al ámbito de aplicación de la reserva funcional establecida en el artículo 33.4 LFB, que, como sabemos, obliga a reservar «por regla general» el desempeño de funciones públicas de especial trascendencia para la colectividad a funcionarios.

Esto significa que la reserva funcional sí constituye un límite constitucional, siquiera mediato o indirecto, a la privatización formal de funciones o servicios públicos. Si su prestación supone el desempeño con carácter permanente de funciones públicas de especial trascendencia para la colectividad —según se ha interpretado, como se dijo, la noción de «ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público»— estas funciones o servicios permanecen comprendidos dentro de la reserva funcional, lo cual, como es lógico, excluye, en principio, la privatización formal del ente público gestor, en la medida en que sólo un ente público puede tener funcionarios. La privatización formal sólo sería admisible, por consiguiente, en el marco de las excepciones a la regla permitidas por el artículo 33.4 LFB [*vid. supra* III.1.C)]. Como veremos más adelante, fue ésta la razón por la que fracasó inicialmente en Alemania, en un primer intento previo a la posterior reforma constitucional, la privatización formal del control aéreo<sup>33</sup>.

B) *La reserva funcional, ¿límite constitucional (mediato o indirecto) a la privatización material de funciones o servicios públicos?*

A diferencia de la privatización meramente formal u organizacional, la privatización *material* (*materielle* o *Aufgabenprivatisierung*) es aquella que afecta —sacrificando o suprimiéndolo— al carácter *público* de la propia función o servicio. Se produce, pues, cuando cesa la intervención administrativa en un ámbito determinado o, en general, siempre que los poderes públicos se retiran de un determinado sector de actividad, dejando de prestar en él una función ordenadora o prestacional que, en consecuencia, pasa a

---

es, la atribución del ejercicio de potestades públicas a personas físicas o jurídicas de Derecho privado) en el marco de las excepciones a la reserva funcional permitidas por el artículo 33.4 LFB. Por otro lado, una privatización formal u organizacional no tiene que entrañar siempre, al mismo tiempo, una privatización de las formas de actuación hasta ese momento utilizadas, pues es posible que el ente público (formalmente) privatizado actuara ya con anterioridad (es decir, aún como ente público) con sujeción al Derecho privado.

<sup>33</sup> *Vid. infra* IV.1.A).

ser desempeñada, en su caso, en régimen de libre competencia por el sector privado <sup>34</sup>.

Radica ahí, precisamente, la clave para establecer la operatividad del artículo 33.4 LFB como límite u obstáculo constitucional a la privatización material de funciones o servicios públicos. Y es que una privatización material sustrae *ab initio* al sector de actividad privatizado del ámbito de aplicación de la reserva funcionarial establecida en el artículo 33.4 LFB, pues ésta se refiere sólo al desempeño de funciones públicas. En este sentido, se ha de tener en cuenta que el mencionado precepto constitucional sólo prohíbe al legislador y a la Administración atribuir a empleados públicos laborales o a particulares el desempeño con carácter permanente de funciones relevantes que ellos mismos hayan configurado jurídicamente como *públicas* (en ejercicio del margen de configuración política del que disponen), pero no les prohíbe atribuir a particulares el desempeño de funciones a las que decidan —dentro de lo admisible con arreglo a *otros* principios constitucionales (por ejemplo, el principio de Estado social)— no considerar o dejar de considerar como públicas. Por consiguiente, no constituye la reserva funcionarial, a juicio de la doctrina alemana predominante, un límite u obstáculo constitucional (siquiera mediato o indirecto) a la privatización material de funciones o servicios públicos, en la medida —insisto— en que una privatización tal sitúa de entrada al sector de actividad privatizado fuera del ámbito de aplicación del artículo 33.4 LFB <sup>35</sup>. Desde este punto de vista se considera además un exceso convertir la reserva funcionarial en el decisivo parámetro de constitucionalidad de las políticas de privatización material de funciones o servicios públicos, o lo que es lo mismo, pretender que es el precepto constitucional que la establece (y no otros de mayor trascendencia estructural, en su caso) el que delimita el margen de configuración política del legislador en este punto, trazando la extensión constitucionalmente exigida de las funciones públicas <sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. nuevamente F. SCHOCH, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», cit., págs. 962 y ss.; A. KRÖLLS, «Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik», cit., págs. 130 y ss.; G. PÜTTNER, «Privatisierung», cit., pág. 195.

<sup>35</sup> En este sentido, R. SCHOLZ/J. AULEHNER, «Berufsbeamtentum...», cit., pág. 21, así como Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., pág. 273.

<sup>36</sup> Cfr. F. SCHOCH, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», cit., pág. 969, así como G. PÜTTNER, «Privatisierung», cit., pág. 194.



#### IV. LAS SUCESIVAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRIVATIZADORAS DE 1992, 1993 Y 1994. EN PARTICULAR, LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE GENERA EL *TRASVASE* Y LA LABORALIZACIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO ADSCRITO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIZADOS

Como se ha señalado, se han sucedido en Alemania desde 1992 nada menos que tres reformas constitucionales dirigidas a hacer constitucionalmente viable la privatización (inicialmente sólo *formal*, aunque en algún caso también *material* a medio plazo) de otros tantos servicios públicos de naturaleza administrativa, hasta ahora *constitucionalizados* como tales en la Ley Fundamental de Bonn. Se trata de los siguientes: control aéreo, ferrocarriles, correos y telecomunicaciones. Dichas reformas debieron, por un lado, remover los obstáculos constitucionales que impedían hasta ese momento la privatización en sí misma y, por otro, responder a la siguiente pregunta: ¿qué hacer con los miles de funcionarios (sobre todo, en ferrocarriles y en correos y telecomunicaciones) que venían prestando servicios en los sectores que se pretendía privatizar? ¿Cómo *trasvasarlos* o laboralizarlos? Con otras palabras, las reformas debieron también introducir las bases constitucionales que permitieran legitimar constitucionalmente la inevitable afectación del *status* jurídico de los funcionarios adscritos a los servicios públicos privatizados, es decir, el posible menoscabo o sacrificio de derechos adquiridos en el proceso de su laboralización o trasvase (*Personalüberleitung*).

##### 1. LA PRIVATIZACIÓN DEL CONTROL AÉREO (1992)

###### A) *Antecedentes y líneas maestras de la privatización*

La privatización del control aéreo en Alemania constituye un ejemplo magnífico de una mera privatización formal, motivada —casi exclusivamente— por las insuficiencias y los consiguientes efectos desincentivadores del sistema retributivo de la función pública; máxime en un sector de actividad muy especializado y, al parecer, abierto a ofertas profesionales muy bien retribuidas en el ámbito privado<sup>37</sup>. Con el objeto, por tanto, de mejorar

<sup>37</sup> Cfr. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung...», cit., págs. 266 y ss.

sensiblemente (muy por encima de lo que hubiera permitido el sistema retributivo de la función pública) las retribuciones de los controladores aéreos, las dos Cámaras del Parlamento federal alemán aprobaron, el 31 de mayo y el 22 de junio de 1990, respectivamente, un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Tráfico Aéreo<sup>38</sup> (*Luftverkehrsgesetz*) que atribuía el ejercicio de las potestades públicas en materia de control aéreo a una sociedad mercantil de titularidad federal, a la que podían incorporarse, si lo deseaban, como contratados laborales, los funcionarios que hasta ese momento venían desempeñando dichas funciones. Como es obvio, sería ésta la opción que elegirían la amplia mayoría de los funcionarios, que así verían mejoradas sus retribuciones.

Este Proyecto de Ley, aprobado por el Parlamento, no llegó, sin embargo, a convertirse en Ley, al negarse el entonces Presidente de la República, Richard von Weizsäcker, mediante escrito dirigido al Canciller Federal y a los Presidentes de las Cámaras legislativas el día 22 de enero de 1991<sup>39</sup>, a sancionarla, por considerarla inconstitucional<sup>40</sup>. Estimó el Presidente de la República que el Proyecto vulneraba fundamentalmente el artículo 33.4 LFB, pues encomendaba éste —en abierta contradicción, razonaba, con el precepto constitucional recién mencionado— el ejercicio con carácter permanente de potestades públicas a una persona jurídica de Derecho privado. Además, el Proyecto infringía asimismo, en su opinión, el artículo 87.d) LFB, que —en su versión anterior a la reforma constitucional de la que aquí vamos a tratar— atribuía a la Federación la competencia *administrativa* en materia de control aéreo, sin especificar nada sobre si cabía ejercerla con sujeción a un régimen distinto del jurídico-administrativo. Von Weizsäcker entendió que, en su anterior redacción, el artículo 87.d) LFB no permitía un ejercicio de dicha competencia administrativa con arreglo a un régimen jurídico-privado, como el que pretendía introducir el Proyecto de Ley de privatización formal del control aéreo, aprobado por el Parlamento.

Así las cosas, el Parlamento alemán adoptó el 14 de julio de 1992 una Ley de Reforma Constitucional del apartado primero

<sup>38</sup> Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes (*Bundestag-Drucksache 11/6261*).

<sup>39</sup> Cfr. *Bundestag-Drucksache 37/91*, de 23 de enero.

<sup>40</sup> Al respecto *vid.* RIEDEL/SCHMIDT, «Die Nichtausfertigung des Gesetzes zur Privatisierung der Flugsicherung durch den Bundespräsidenten», *Die öffentliche Verwaltung*, 1991, págs. 371 y ss., así como V. EPPING, «Das Ausfertigungsverweigerungsrecht im Selbstverständnis des Bundespräsidenten. Warum der Bundespräsident das 10. Änderungs-gesetz zum LuftVG nicht unterschreiben wollte», *Juristen-Zeitung*, 1991, págs. 1102 y ss.

del artículo 87.d) LFB<sup>41</sup>, al que se incorporó una habilitación expresa al legislador para proceder a una privatización formal del control aéreo. En efecto, dicha Ley de reforma constitucional añadió al apartado primero del citado precepto la siguiente frase: «Por Ley federal se decidirá sobre la forma de organización jurídico-pública o jurídico-privada (del control aéreo)»<sup>42</sup>.

Sobre la base de esta habilitación constitucional, oportunamente introducida al efecto, el legislador alemán pudo adoptar finalmente, el 23 de julio de 1992, tan sólo nueve días después de haber adoptado la correspondiente Ley de reforma constitucional, la Ley de modificación de la Ley de Tráfico Aéreo<sup>43</sup> (que, a su vez, autoriza la privatización formal del ente público de control aéreo [*Bundesanstalt für Flugsicherung*]), que un año atrás se había negado a sancionar el Presidente de la República, invocando precisamente, como se dijo, el artículo 87.d) LFB en su anterior redacción, entre otros.

En su nueva versión, la Ley de Tráfico Aéreo [art. 31.b)] habilita a la Administración para atribuir el ejercicio de las potestades públicas en materia de control aéreo a una sociedad mercantil de titularidad federal (*Deutsche Flugsicherungsgesellschaft mit beschränkter Haftung [DFS]*), lo que ocurre en 1993.

Repárese, por lo tanto, en que la privatización de *la forma jurídica de organización* no va en este caso acompañada, como sucede habitualmente en las privatizaciones formales, de una simultánea y correlativa privatización de las *formas jurídicas de actuación*, que aquí permanecen siendo las mismas que antes (precisamente, a la sociedad mercantil que se crea se atribuye, como acabo de señalar, el ejercicio de las *potestades públicas* —en lo esencial, poderes de policía— en materia de control aéreo). Como vemos, la nueva Ley combina, pues, la privatización formal del ente público gestor con lo que en Derecho alemán se denomina *Beleihung*, es decir, la atribución del ejercicio de potestades públicas a personas físicas o jurídicas de Derecho privado. Lo cual confirma, sin lugar a dudas, que la privatización formal no perseguía en este caso otro objetivo que no fuera el de posibilitar la conversión en contratados laborales (retribuidos a un nivel inigualable en el marco del sistema retributivo funcional) de los controladores aéreos antes funcionarios.

<sup>41</sup> *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, de 14 de julio de 1992 (*Bundesgesetzblatt I*, pág. 1254).

<sup>42</sup> El añadido aclaratorio en paréntesis es mío. El tenor literal en lengua alemana del inciso añadido es el siguiente: «Über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform wird durch Bundesgesetz entschieden.»

<sup>43</sup> *Zehntes Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes*, de 23 de julio de 1992 (*Bundesgesetzblatt I*, págs. 1370, 1376).

El modelo introducido por esta reforma —consistente, como se ha visto, en la conversión formal de un ente público en sociedad mercantil de titularidad pública, a la que simultáneamente se encomienda a título de *Beliebener* (ejerciente privado de funciones públicas) el ejercicio de las mismas potestades públicas que aquél venía ejerciendo hasta ese momento— ha merecido fuertes críticas por parte de la doctrina jurídico-pública alemana, que ve en él una vía peligrosa que amenaza con vaciar de contenido, mediante reformas constitucionales puntuales, la reserva funcionarial establecida en el artículo 33.4 LFB, norma ésta con la que necesariamente entrarían en conflicto preceptos como el artículo 87.d) LFB en su nueva redacción <sup>44</sup>.

### B) *Modalidades de trasvase o laboralización del personal funcionario*

Como se ha apuntado ya, los obstáculos constitucionales con los que tropezó inicialmente en Alemania el proceso de privatización de servicios públicos no se limitaron a las normas de competencia de la LFB que los sometían a un régimen jurídico-administrativo [arts. 87 y 87.d) en su anterior redacción] y a la reserva funcionarial (art. 33.4). Por el contrario, constituía un obstáculo de entidad no menor el problema relativo a la legitimación constitucional de la inevitable afectación del *status* jurídico de los funcionarios adscritos a los servicios públicos que se pretendía privatizar. No obstante, este problema sólo se planteaba, como es obvio, en aquellos casos en que el colectivo funcionarial afectado se oponía a renunciar a su condición funcionarial o, lo que es lo mismo, a acceder a su laboralización voluntaria <sup>45</sup>.

Como se dijo, no sucedió así, sin embargo, en el caso de la privatización formal del control aéreo, que, precisamente,

<sup>44</sup> Cfr. por todos Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung im Falle einer Privatisierung...», cit., págs. 268 y ss.

<sup>45</sup> La cuestión se plantearía de modo similar en España. Es cierto que existe una modalidad de *excedencia por prestación de servicios en el sector público* (art. 15.1 del Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por RD 365/1995, de 10 de marzo), que incluye los supuestos de prestación de servicios en empresas controladas por las Administraciones públicas (caso éste, precisamente, de las privatizaciones formales), pero es ésta una modalidad de *excedencia voluntaria* (y no forzosa). Por otro lado, no cabe tampoco que un funcionario que venía prestando sus servicios en situación de servicio activo en un Ente público transformado en sociedad mercantil de titularidad pública pase a prestar servicios en ésta, manteniendo la situación de servicio activo (art. 3 del Reglamento de Situaciones Administrativas). El problema de la laboralización o trasvase de los funcionarios adscritos a entes públicos privatizados es en España comparable, pues, al que se planteó en Alemania.

se llevó a cabo, en parte, a instancias del propio colectivo de controladores aéreos con el objeto de mejorar, a través de su laboralización, su sistema retributivo. No obstante ello, se adoptó, conjuntamente con la Ley de modificación de la Ley de Tráfico Aéreo que autoriza la privatización formal del control aéreo, una Ley (de la misma fecha) que preveía el trasvase a la Oficina Federal de Navegación Aérea (*Bundesamt für Luftfahrt*) de aquellos funcionarios del antiguo Ente Público Federal de Control Aéreo que no accedieran a su laboralización en el marco de la transformación de dicho ente en sociedad mercantil de titularidad federal<sup>46</sup>. Como era de prever, sin embargo, la inmensa mayoría de los aproximadamente 2.900 funcionarios adscritos al antiguo Ente Público de Control Aéreo accedieron a su laboralización<sup>47</sup>.

## 2. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS FERROCARRILES FEDERALES (1993)

### A) Antecedentes y líneas maestras de la privatización

Hasta el año 1993 inclusive los ferrocarriles federales (*Deutsche Bundesbahn*) constituyeron en Alemania, por expresa previsión del artículo 87.1 LFB en su anterior redacción, un sector de actividad *administrativizado*. Aunque en su anterior redacción dicho precepto se limitaba a incluir a los ferrocarriles de titularidad federal entre las materias u objetos respecto de los cuales corresponde a la Federación la competencia administrativa, se entendió que ello implicaba asimismo la *administrativización* del régimen de gestión. La dicción del artículo 87.1 LFB avala esta interpretación, pues reza del siguiente modo la fórmula que utiliza para atribuir la competencia administrativa a la Federación: «*Se administrarán en régimen de administración federal propia con subestructura administrativa propia el servicio exterior, la hacienda federal (...)*»<sup>48</sup>. Se afirma, por ello, que el artículo 87.1 LFB no sólo posee una *dimensión competencial*, sino también una *dimensión organizacional*<sup>49</sup>. La privatización, siquiera formal, de los ferrocarriles federales exigía, por

<sup>46</sup> Gesetz zur Übernahme der Beamten und Arbeitnehmer der Bundesanstalt für Flugsicherung, de 23 de julio de 1992.

<sup>47</sup> Cfr. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., pág. 269.

<sup>48</sup> «In bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau werden geführt der Auswärtige Dienst, die Bundesfinanzverwaltung (...)

<sup>49</sup> Cfr. W. LOSCHELDER, *Strukturreform der Bundeseisenbahnen durch Privatisierung?*, Bonn, 1993, págs. 24 y ss., en particular 28 y s.

tanto, la previa reforma constitucional (que, como mínimo, debía sustraer los ferrocarriles de titularidad federal al ámbito de aplicación del art. 87.1 LFB)<sup>50</sup>, del mismo modo que la había exigido un año antes la privatización (formal) del control aéreo.

La privatización de los ferrocarriles federales —que entró en vigor básicamente el 1 de enero de 1994— se inicia también, pues, de la mano de una reforma constitucional, adoptada por el Parlamento federal alemán el 20 de diciembre de 1993<sup>51</sup>. Sus dos objetivos principales eran y son los siguientes: por un lado, contribuir a través de la privatización a su urgente saneamiento financiero<sup>52</sup> y, por otro, sentar las bases constitucionales que permitieran trasponer al Derecho interno y adecuar el mismo a la normativa comunitaria en materia ferroviaria: de una parte, la Directiva del Consejo 91/440/CEE, de 29 de julio (que postula, entre otros extremos, un «estatuto de independencia» para las empresas ferroviarias [art. 4], públicas o privadas [art. 3], un régimen patrimonial y financiero independiente de aquel del Estado, su gestión con base en criterios mercantiles [art. 5], etc.), y, de otra, el Reglamento 1191/69/CEE, modificado por el Reglamento 1893/91/CEE<sup>53</sup>. Esta reforma constitucional —que, como veremos de inmediato, va sin embargo bastante más allá de lo necesario para cumplir con el Derecho comunitario en la materia (empezando por que éste no exige necesariamente la privatización)<sup>54</sup>— ha introducido, entre otras modificaciones, un nuevo artículo 87.e) LFB (el precepto nuclear de la reforma), que, a su vez, ha sido desarrollado por un amplio paquete de medidas legislativas (*Artikelgesetz*) contenidas en una «Ley de Reordenación del Sector Ferroviario», adoptada tan sólo una semana después de haberse aprobado la mencionada reforma constitucional<sup>55</sup>.

Las líneas maestras de la reforma constitucional en materia ferroviaria son las siguientes:

<sup>50</sup> Cfr. W. LOSCHOLDER, *Strukturreform der Bundeseisenbahnen...*, pág. 29.

<sup>51</sup> *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, de 20 de diciembre de 1993 (*Bundesgesetzblatt I*, pág. 2089). Al respecto *vid.* E. SCHMIDT-ASSMANN/H. C. RÖHL, «Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87 e GG)», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 14, 1994, págs. 577 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», *cit.*, pág. 267.

<sup>53</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN/H. C. RÖHL, «Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts...», *cit.*, pág. 578.

<sup>54</sup> *Vid.* E. SCHMIDT-ASSMANN/H. C. RÖHL, *Ibid.*

<sup>55</sup> *Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens*, de 27 de diciembre de 1993 (*Bundesgesetzblatt I*, pág. 2378). Al respecto *vid.* G. FROMM, «Die Reorganisation der Deutschen Bahnen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 4, 1994, págs. 187 y ss.; J.-Chr. PIELOW, «El nuevo marco jurídico del transporte por ferrocarril en Alemania», *RAP*, núm. 141, 1996, págs. 377 y ss.

El apartado tercero del nuevo artículo 87.e) LFB establece que los ferrocarriles federales serán gestionados como empresas de actividades económicas organizadas bajo formas jurídico-privadas (*Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form*). Esto implica bastante más que una mera privatización *formal*, pues, si bien no se excluye la titularidad pública de las mismas, sí se excluye que sus actividades continúen teniendo la consideración de *servicio público*<sup>56</sup>. Además, la reforma no descarta la posibilidad incluso de una cierta privatización *material* en el futuro. Según el precepto citado, la titularidad de las empresas corresponderá necesariamente a la Federación *sólo* en el caso de las empresas dedicadas a la construcción, al mantenimiento y a la explotación de la infraestructura ferroviaria. Y aun aquí cabe la enajenación (parcial) de participaciones de la Federación en dichas empresas, aunque, eso sí, sólo por ley. Además, la participación federal en estas empresas deberá permanecer siendo, en todo caso, mayoritaria [art. 87.e), apartado tercero, LFB]. Ahora bien, de ahí se deduce también que la Constitución no prohíbe (aunque tampoco impone) la íntegra privatización *material* —esto es, la enajenación, incluso total y sin que medie una decisión del legislador— de las empresas dedicadas a la prestación de servicios ferroviarios<sup>57</sup>.

Según el apartado cuarto del nuevo artículo 87.e) LFB, la Federación debe garantizar, no obstante, la satisfacción del interés general, en particular de las necesidades del tráfico ferroviario, tanto en la construcción y en el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria como en la oferta de servicios ferroviarios que no sean de cercanías.

Por último, el apartado primero del nuevo precepto constitucional mantiene la competencia federal en lo referente al ejercicio de potestades administrativas *stricto sensu*<sup>58</sup> en materia de ferrocarriles federales (la atribución de la competencia administrativa ha dejado de suponer, pues, como ocurría hasta 1993, la entera *administrativización* de aquéllos).

Por otro lado, son estas otras las líneas maestras de la «Ley de Reordenación del Sector Ferroviario», de 27 de diciembre de 1993, que desarrolla y complementa el nuevo artículo 87.e) LFB<sup>59</sup>:

<sup>56</sup> Cfr. G. FROMM, «Die Reorganisation der Deutschen Bahnen», cit., págs. 191 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN/H. C. RÖHL, «Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts...», cit., pág. 581.

<sup>57</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN/H. C. RÖHL, «Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts...», cit., pág. 582.

<sup>58</sup> Cfr. por todos, en este sentido, E. SCHMIDT-ASSMANN/H. C. KOHL, «Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts...», cit., pág. 583.

<sup>59</sup> Cfr. G. FROMM, «Die Reorganisation...», cit., págs. 192 y ss.

Todo el sector de actividad empresarial de los antiguos Ferrocarriles Federales (*Deutsche Bundesbahn*), tanto en materia de infraestructura como de prestación de servicios ferroviarios, pasa a ser gestionado por una sociedad mercantil de nueva creación, de titularidad inicialmente federal en un cien por cien: «Ferrocarriles Alemanes, Sociedad Anónima» (*Deutsche Bahn Aktiengesellschaft* [DBAG]). Esta sociedad se divide en cuatro ámbitos o sectores, organizativa y —sobre todo, según exige el Derecho comunitario (art. 6 de la Directiva 91/440/CEE)— financieramente independientes entre sí: «cercanías» (*Personennahverkehr*), «transporte de viajeros de larga distancia» (*Personenfernverkehr*), «transporte de mercancías» (*Güterverkehr*) e «infraestructura» (*Fahrweg*). Dichos ámbitos o sectores de la empresa inicialmente unitaria deberán ser convertidos en sociedades independientes en un plazo de cinco años. La plena privatización *material* de las mismas sólo se excluye, como se dijo, en el caso de la sociedad encargada de la construcción, el mantenimiento y la explotación de la infraestructura ferroviaria.

Finalmente, se crea, para el ejercicio de las potestades administrativas en esta materia, una «Oficina Federal para los Ferrocarriles» (*Eisenbahn-Bundesamt*). Corresponden a ella, entre otras funciones, la supervisión de la(s) empresa(s) surgida(s) de los antiguos Ferrocarriles Federales, así como de otras que se autoricen (*Aufsichtsbehörde*), la aprobación de los planes de infraestructura ferroviaria (*Planfeststellungsbehörde*) y la autorización de nuevas empresas prestadoras de servicios ferroviarios (*Genehmigungsbehörde*).

#### B) *Modalidades de trasvase o laboralización del personal funcionario*

La laboralización y el trasvase de los funcionarios adscritos a los antiguos Ferrocarriles Federales planteaba, a diferencia de lo sucedido en el caso de la privatización formal del control aéreo, serias dificultades. Y ello, sencillamente, porque faltaba aquí el incentivo económico o retributivo que compensara con creces la pretendida renuncia voluntaria al *status* funcional, que hiciera posible la laboralización de estos funcionarios. Por ello fue imprescindible prever una fórmula que, para el supuesto de una imposible laboralización de los mismos en caso de no renuncia voluntaria al *status* funcional, permitiera lo hasta ese momento inviable con arreglo al Derecho funcional entonces vigente: la asignación de funcionarios en activo —aun con carácter forzoso— a sociedades mercantiles de titularidad pública, como las



surgidas de la privatización de los ferrocarriles federales. Como veremos a continuación, las dudas sobre la constitucionalidad de esta fórmula<sup>60</sup> llevaron al legislador alemán a incorporarla ya en la reforma constitucional y no sólo en las leyes de desarrollo.

En efecto, la reforma constitucional de 20 de diciembre de 1993 introdujo a tal fin, además del nuevo artículo 87.e) LFB (que es, como vimos, el que privatiza los ferrocarriles federales), otro precepto, el artículo 143.a) LFB, que, entre otras cosas, habilita al legislador en su apartado primero para ordenar la asignación de los funcionarios de los antiguos Ferrocarriles Federales a la nueva sociedad mercantil en que éstos pasan a organizarse, aunque manteniéndoseles en su «situación jurídica consolidada» (*unter Wahrung der Rechtsstellung*) y «bajo la responsabilidad de los poderes públicos» (*Wahrung der Verantwortung des Dienstherm*). A este modelo de *trasvase* —que supone la conservación (formal) de la entidad pública de procedencia (en este caso, el *Bundeseisenbahnvermögen*) a los meros efectos de la adscripción a una entidad pública de los funcionarios que pasan a prestar servicios en una sociedad mercantil de titularidad pública que asume la totalidad de las actividades materiales anteriormente atribuidas a aquélla— se lo conoce en Alemania con el nombre de «*Modell einer Dienstleistungszuweisung*»<sup>61</sup> (asignación de funcionarios a sociedades mercantiles de titularidad pública para prestar servicios en ellas)<sup>62</sup>.

En este modelo el poder de dirección funcional (*Weisungsrecht*) sobre los funcionarios asignados corresponde a la sociedad mercantil de titularidad pública en la que prestan servicios, y a la entidad pública de procedencia (que, como se acaba de señalar, se mantiene prácticamente a estos solos efectos), además del *control de legalidad* sobre su ejercicio por parte de la sociedad (control que puede llegar hasta la sustitución), el ejercicio de las genuinas potestades o prerrogativas de poder público en materia funcional (potestad disciplinaria, ascensos, etc.)<sup>63</sup>. A la entidad pública de procedencia incumbe, pues, la tutela de los derechos e imposición de deberes a los funcionarios asignados a la sociedad mercantil de titularidad pública. Es ésta la «responsabilidad de la entidad pública de

<sup>60</sup> Vid. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., págs. 273 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., págs. 271 y ss.

<sup>62</sup> Sería como convertir en nuestro Derecho en una nueva modalidad de *servicio activo* la modalidad de *excedencia voluntaria* prevista en el párrafo segundo del artículo 15.1 del Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por RD 365/1995, de 10 de marzo (prestación de servicios en empresas controladas por las Administraciones públicas).

<sup>63</sup> Al respecto cfr. en detalle Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., págs. 272 y s.

procedencia» a la que se refiere el artículo 143.a) LFB como cláusula de salvaguardia a la que queda sometida la asignación de los funcionarios de los antiguos Ferrocarriles Federales a la sociedad mercantil de nueva creación.

Por lo que se refiere a las retribuciones de los funcionarios, éstos las perciben de la entidad pública de procedencia que, a su vez, obtiene por la asignación de los mismos a la sociedad mercantil de titularidad pública una contraprestación económica a cargo de ésta <sup>64</sup>.

### 3. LA PRIVATIZACIÓN DEL CORREO Y DE LAS TELECOMUNICACIONES (1994)

#### A) *Antecedentes y líneas maestras de la privatización*

La privatización del correo y de las telecomunicaciones en Alemania, la llamada «reforma postal II» (*Postreform II*), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1995, venía ya precedida de una (aún reciente) primera reforma (*Postreform I*) <sup>65</sup> acometida en 1989, que había transformado la entidad pública «Correo Federal Alemán» (*Deutsche Bundespost, DBP*) <sup>66</sup>, una vez desprovista del ejercicio de potestades públicas (que pasaban directamente a la competencia del Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones), en un *holding* público integrado por tres «empresas públicas» (*öffentliche Unternehmen*) dotadas de una amplia autonomía organizativa y económica e incluso (si bien sólo parcialmente) de capacidad jurídica propia; a saber: «DBP Postdienst» (DBP Servicio de Correos), «DBP Postbank» (DBP Banco Postal) y «DBP Telekom» (DBP Telecomunicaciones).

Esta primera reforma, impulsada también en su origen por la necesidad de adecuar el sector a las más apremiantes exigencias del Derecho comunitario europeo (en particular, a los arts. 59 y 90 TCE), tal como habían quedado reflejadas en el «Libro Verde» de la Comisión de junio de 1987 <sup>67</sup>, resultó sin embargo al poco

<sup>64</sup> Cfr. Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., pág. 271.

<sup>65</sup> Adoptada a través de un paquete de medidas legislativas contenidas en la «Ley de Reestructuración del Correo y de las Telecomunicaciones, así como del Correo Federal Alemán» (*Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost, Bundesgesetzblatt I*, pág. 1026), de 8 de junio de 1989. Esta Ley entró en vigor el 1 de julio del mismo año. Al respecto *vid.* W. SCHATZSCHNEIDER, «Die Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, núm. 38, págs. 2371 y ss.

<sup>66</sup> Esta entidad venía regulada por la «Ley de Administración Postal» (*Postverwaltungsgesetz, Bundesgesetzblatt I*, pág. 676), de 24 de julio de 1953.

<sup>67</sup> Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios de telecomunicaciones, de 30 de junio de 1987.

tiempo insuficiente para poder afrontar el reto de la conversión de estas empresas, especialmente de DBP Telekom, en empresas económicamente potentes y competitivas a nivel internacional. La consecución de este objetivo, así como la adaptación a la política comunitaria de liberalización de las telecomunicaciones<sup>68</sup>, exigían, según el Gobierno alemán (al que finalmente —y tras una dura negociación política— se acabó por adherir la propia oposición socialdemócrata), la privatización de las tres «empresas públicas» en que pocos años atrás se había estructurado la *Deutsche Bundespost*<sup>69</sup>.

Tal privatización requería nuevamente una previa reforma constitucional, por las mismas razones que la habían exigido ya las privatizaciones del control aéreo y de los ferrocarriles federales (también la *Bundespost* se hallaba *administrativizada* por el art. 87.1 LFB en su anterior redacción)<sup>70</sup>. Dicha reforma se adoptó por Ley de 30 de agosto de 1994<sup>71</sup> y entró en vigor el 3 de septiembre del mismo año. Para su desarrollo legal se adoptó, unos días después, un paquete de medidas legislativas (contenidas en la «Ley de Reordenación del Correo y de las Telecomunicaciones», de 14 de septiembre de 1994<sup>72</sup>), que a su vez entró en vigor el 1 de enero de 1995.

Éstas son las líneas maestras de la reforma constitucional, cuyos dos preceptos nucleares son los nuevos artículos 87.f) (relativo, en lo esencial, a la privatización *material* de los servicios postales y de telecomunicaciones) y 143 b LFB (relativo a la privatización *organizacional* del *holding* público *Deutsche Bundespost*):

El artículo 143.b) LFB impone en su apartado primero la conversión por Ley de la entidad pública «Correo Federal Alemán» (*Deutsche Bundespost*), esto es, de las tres empresas públicas en que se estructura, en «empresas privadas» (*Unternehmen privater Rechtsform*)<sup>73</sup>. A dos de ellas, las que surjan de la «DBP Postdienst»

<sup>68</sup> El Gobierno alemán invocaba la Resolución del Consejo de 22 de julio de 1993 sobre la liberalización del mercado de las telecomunicaciones hasta finales de 1997.

<sup>69</sup> Al respecto cfr. L. M. BÜCHNER, «Vom Sondervermögen zur Aktiengesellschaft-Strukturen der Postreform II», *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, núm. 3, págs. 120 y ss., en particular 121.

<sup>70</sup> Sobre el particular cfr. R. SCHOLZ/J. AULEHNER, «Postreform II und Verfassung- Zu Möglichkeiten und Grenzen einer materiellen oder formellen Privatisierung der Post», *Archiv Postverfassung*, 1993, núm. 3, págs. 221 y ss.

<sup>71</sup> *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, de 30 de agosto de 1994 (*Bundesgesetzblatt I*, pág. 2245).

<sup>72</sup> *Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (PITNeuOG)*, de 14 de septiembre de 1994 (*Bundesgesetzblatt I*, pág. 2325). Al respecto *vid.* L. M. BÜCHNER, «Vom Sondervermögen zur Aktiengesellschaft...», *cit.*, así como L. GRAMLICH, «Von der Postreform zur Postneuordnung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, núm. 43, págs. 2785 y ss.

<sup>73</sup> *Vid.* «Ley sobre la conversión de las empresas del Correo Federal Alemán en sociedades

(«Deutsche Post AG» [Correo Alemán, S.A.] y de la «DBP Telekom» («Deutsche Telekom AG» [Telecom Alemana, S.A.]), podrán otorgarse mediante Ley y por un período transitorio, según dispone artículo 143.b) LFB en su apartado segundo, los derechos exclusivos (para el transporte de cartas, la explotación de la red telefónica y la prestación del servicio de telefonía básica) que hasta ese momento correspondían a la Federación (se piensa aquí en la fecha del 31 de diciembre de 1997, que es la prevista para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones<sup>74</sup>). Por otro lado, la privatización *material* de las sociedades<sup>75</sup> a crear sólo se somete a determinadas condiciones en el caso de la sociedad mercantil que debe surgir de la antigua empresa pública «DBP Postdienst» (DBP Servicio de Correos). A este respecto establece el artículo 143.b) LFB en su apartado segundo que la Federación no podrá renunciar a su participación mayoritaria en ella antes de transcurridos cinco años (es decir, antes del 1 de enero del año 2000) y, en todo caso, mediante Ley.

El otro precepto clave introducido por la reforma constitucional es el nuevo artículo 87.f) LFB. En él se prevén los siguientes extremos:

— Su apartado segundo impone la distinción entre la *prestación de servicios* y el *ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público* en materia postal y de telecomunicaciones. En este sentido, califica este precepto la prestación de servicios postales y de telecomunicaciones como «actividades económicas de carácter privado» (*privatwirtschaftliche Tätigkeiten*), cuyo ejercicio corresponde a las empresas surgidas de la entidad pública «Correo Federal Alemán» (*Deutsche Bundespost*) y a otras empresas privadas [el art. 87.f) LFB excluye, por tanto, no sólo la gestión directa por la Administración de los servicios postales y de telecomunicaciones, sino aun su configuración jurídica como *servicios públicos*<sup>76</sup>]. La competencia administrativa para el ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público en materia postal y de telecomunicaciones (por ejemplo, normalización y homologación de instrumentos, administración de frecuencias, otorgamiento de autorizaciones, etc.<sup>77</sup>)

---

anónimas» (*Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaften*, Art. 3 *PTNeuOG*), incluida en el paquete de medidas legislativas contenidas en la «Ley de Reordenación del Correo y de las Telecomunicaciones» (*PTNeuOG*), de 14 de septiembre de 1994.

<sup>74</sup> Cfr. *Bundestag-Drucksache* 12/8108, pág. 7.

<sup>75</sup> El pasado 18 de noviembre de 1996 comenzó mediante oferta pública de venta de acciones (OPV) la privatización *material* (parcial) de la «Deutsche Telekom AG».

<sup>76</sup> Cfr. *Bundestag-Drucksache* 12/6717, pág. 4.

<sup>77</sup> *Vid. Bundestag-Drucksache* 12/7269, pág. 5.

continúa correspondiendo, por el contrario, a la Federación [art. 87.f) LFB, apartado segundo, *in fine*].

— No obstante la calificación *constitucional* de la prestación de servicios postales y de telecomunicaciones como actividades económicas de carácter privado, el artículo 87.f) LFB establece en su apartado primero la obligación de la Federación de garantizar por Ley «que en el conjunto del territorio se presten servicios postales y de telecomunicaciones adecuados y suficientes»<sup>78</sup>. Aunque devaluada en intensidad y grado de responsabilidad para el Estado, aparece aquí de nuevo una noción cercana a la de *servicio público* (servicio universal), en principio excluida en este terreno por la reforma constitucional. En cualquier caso, es ésta, junto a las antes mencionadas, otra de las funciones públicas que en esta materia incumbe a la Federación.

— Por último, el artículo 87.f) LFB prevé en su apartado tercero la creación por Ley de una Entidad Federal de Derecho Público (*bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts*)<sup>79</sup> para el ejercicio de determinadas funciones públicas relacionadas con las empresas surgidas de la antigua entidad pública *Deutsche Bundespost* (principalmente, la titularidad de la participación accionarial de la Federación en las mismas y funciones relacionadas con los funcionarios *trasvasados* a éstas).

## B) Modalidades de trasvase o laboralización del personal funcionario

El trasvase de los funcionarios adscritos a la antigua entidad pública «Correo Federal Alemán» (*Deutsche Bundespost*) sigue al pie de la letra el modelo utilizado en la privatización de los ferrocarriles federales. También aquí la reforma constitucional introdujo una específica previsión relativa a la asignación de los funcionarios a las nuevas empresas privadas surgidas de la privatización de la entidad pública recién mencionada. En este sentido, el artículo 143.b) LFB establece en su apartado tercero que los funcionarios hasta ese momento adscritos a la *Deutsche Bundespost*

<sup>78</sup> A tal fin, el paquete de medidas legislativas contenidas en la «Ley de Reordenación del Correo y de las Telecomunicaciones» (*PTNeuOG*), de 14 de septiembre de 1994, incluye una «Ley de Regulación de las Telecomunicaciones y del Correo» (*Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens*, Art. 7 *PTNeuOG*), así como una «Ley de Aseguramiento del Correo y de las Telecomunicaciones» (*Gesetz zur Sicherstellung des Postwesens und der Telekommunikation*, Art. 10 *PTNeuOG*).

<sup>79</sup> *Vid.* «Ley de Creación del Ente Público Federal de Correos y Telecomunicaciones» (*Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation*, Art. 1 *PTNeuOG*), incluida en el paquete de medidas legislativas contenidas en la «Ley de Reordenación del Correo y de las Telecomunicaciones» (*PTNeuOG*), de 14 de septiembre de 1994.

pasarán a prestar servicios en las nuevas empresas privadas (repárese en que este precepto no se limita, como sí lo hacía el artículo 143.a) LFB —relativo al trasvase de los funcionarios de ferrocarriles—, a habilitar tal asignación, sino que la ordena *ex constitutione*<sup>80</sup>). Se reitera aquí, no obstante, que ello no afectará a «la situación jurídica consolidada» de los funcionarios ni a «la responsabilidad de los poderes públicos» en relación a ellos.

Sin embargo, el modelo de trasvase de los funcionarios seguido en este caso da un paso más respecto del ensayado con ocasión de la privatización de los ferrocarriles. Y es que a la asignación de los funcionarios a las sociedades mercantiles de titularidad inicialmente pública se suma —por previsión expresa del nuevo artículo 143.b), apartado tercero, LFB<sup>81</sup>— la atribución a las mismas —vía *Beleihung*— del ejercicio también de las genuinas potestades y prerrogativas de poder público en materia funcional (de ahí su calificación como *Beleihungsmodell*). Recuérdese que en el caso de la privatización de los ferrocarriles el ejercicio de dichas potestades había permanecido atribuido, no obstante la asignación de los funcionarios a la empresa surgida de la privatización, a la entidad pública de procedencia (que se conservaba formalmente a tales efectos). Aquí, por el contrario, la «responsabilidad de los poderes públicos» respecto de los funcionarios asignados se limita esencialmente, según se deduce de la ley que desarrolla en este punto el artículo 143.b) LFB<sup>82</sup>, al *control de legalidad* (que incluye, eso sí, facultades sustitutorias) que al Ministro Federal de Correos y Telecomunicaciones compete ejercitar sobre el ejercicio de las potestades y prerrogativas de poder público en materia funcional por parte de las sociedades mercantiles de titularidad pública, así como a otras facultades de intervención y supervisión que en esta materia corresponden al nuevo Ente Público Federal de Correos y Telecomunicaciones<sup>83</sup>.

Al igual que en el caso de la privatización de los ferrocarriles, el *blindaje* constitucional de ambos modelos de trasvase de fun-

<sup>80</sup> El desarrollo legal de esta previsión constitucional se halla en una «Ley reguladora del régimen de personal de los antiguos funcionarios y empleados del Correo Federal Alemán» (*Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost*, Art. 4 *PTNeuOG*), incluida en el paquete de medidas legislativas contenidas en la «Ley de Reordenación del Correo y de las Telecomunicaciones» (*PTNeuOG*), de 14 de septiembre de 1994.

<sup>81</sup> Su tenor literal en este punto es el siguiente: «Las empresas ejercerán las potestades y prerrogativas de poder público en materia funcional» (*Die Unternehmen üben Dienstherrenbefugnisse aus*).

<sup>82</sup> *Vid.* artículo 20 de la antes citada «Ley reguladora del régimen de personal de los antiguos funcionarios y empleados del Correo Federal Alemán», de 14 de septiembre de 1994.

<sup>83</sup> Cfr. L. M. BÜCHNER, «Vom Sondervermögen zur Aktiengesellschaft...», cit., págs. 124 y s., así como L. GRAMLICH, «Von der Postreform zur Postneuordnung», cit., pág. 2790.

cionarios ha conseguido en Alemania el objetivo pretendido: hacer *inmunes*, si no —como es obvio— al cuestionamiento político, sí al menos al cuestionamiento jurídico, unos modelos de trasvase inicialmente muy controvertidos (jurídicamente<sup>84</sup>) y contestados (políticamente), sobre todo desde el ámbito sindical.

---

<sup>84</sup> Cfr. señaladamente al respecto Th. BLANKE/D. STERZEL, «Probleme der Personalüberleitung...», cit., págs. 270 y s.

