

V. Recensiones

DEL SAZ, Silvia: *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blndado de alta dirección)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, 141 págs.

La laboralización de parte del personal al servicio del sector público es una realidad harto elocuente: según los datos oficiales del Boletín Estadístico del Registro Central de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, los laborales representan cerca de la cuarta parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas¹. En algunas Comunidades Autónomas como Madrid, los laborales casi cuadriplifican a los funcionarios y en las Entidades Locales, donde hay un peor conocimiento de los datos estadísticos, no es descabellado pensar que una gran mayoría de su personal está formado por laborales.

La autora Silvia DEL SAZ CORDERO, profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), ha tratado en profundidad el fenómeno de la «huida» del Derecho Administrativo, al que dedicó un elocuente artículo publicado en el número 133 de la *Revista de Administración Pública* (RAP), por lo que, a pesar de su juventud, ha de ser considerada, sin ambages, como reconocida especialista en la materia.

Al trazar en la introducción a este libro una visión comparada sobre lo que sucede en otros países de nuestro entorno señala la autora cómo la laboralización de la Función Pública no es un fenómeno exclusivo de nuestro país. En Alemania, pese a la garantía constitucional del régimen funcional, contenida expresamente en la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1943, conviven el modelo de Función Pública cerrada con el Dere-

cho Laboral, habiéndose generalizado la contratación laboral en los estratos inferiores de la Función Pública. En Italia, la reciente reforma operada por el Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993 ha privatizado las relaciones laborales de los empleados públicos con el Estado, a excepción de los dirigentes generales y de algunos colectivos específicos. La excepción sería Francia, donde tanto el personal funcionario como el contratado continúan sujetos al Derecho Público.

En nuestro país, la laboralización de la Función Pública ha venido a través de la actuación de una doble estrategia que ha causado la desvirtuación de los elementos propios del tradicional sistema cerrado de Función Pública: de un lado, la admisión de un régimen laboral paralelo al funcional en la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; de otro, la aparición del proceso de laboralización por la legislación sectorial que ha reconvertido al Derecho privado a sectores enteros de actividad tradicionalmente sujetos al Derecho público.

Ante esta realidad antagónica, la doctrina no ha permanecido indiferente, hallándose encontradas las posiciones entre quienes, desde uno u otro bando, propugnan por la conservación del régimen de Derecho público como sistema de Función Pública cerrado, o abogan por su apertura, con mayor o menor intensidad, hacia un régimen distinto de personal al servicio de las Administraciones Públicas regido por el Derecho laboral.

Leídas las primeras páginas de la introducción al libro que comentamos, no cabe duda que la profesora Silvia DEL SAZ se encuentra entre los detractores de la aplicación del Derecho laboral a la Administración Pública, como se desprende claramente de este juicio:

¹ Según la citada fuente, a 1 de diciembre de 1996 el personal laboral al servicio de los Ministerios, Organismos Autónomos y Administración de la Seguridad Social, alcanzaba la cifra de 81.521 efectivos (el 19,1%) del total.

«... no son tantas las ventajas que derivan de la aplicación del Derecho laboral al personal de las Administraciones. La pretendida flexibilidad a la que se refieren sus valedores es hoy casi un tópico que queda limitado al único aspecto del ingreso en la Administración pública y que, en la práctica, ha servido para evitar la aplicación de los principios de mérito y capacidad y de igualdad que consagra la Constitución. Por lo demás, el Derecho laboral ni ha servido a la organización más racional de los efectivos de personal ni ha permitido disminuir el crecido número de empleados al servicio de la Administración... Antes al contrario, la sustitución de la relación estatutaria unilateralmente definida por leyes y reglamentos por una relación contractual laboral, tutelada por un Derecho tuitivo y protector como es el Derecho laboral y reforzada por la negociación y otros derechos colectivos redundan, sin lugar a dudas, en beneficio del trabajador, pero es abiertamente contraria al interés público, que se ve obligado a ceder ante los intereses y derechos de los trabajadores».

La autora, conocedora de que las cosas deben estudiarse históricamente, aborda el problema de la progresiva laboralización de la Función Pública en España, desde los orígenes del Derecho de la Función Pública.

Establecido el Estatuto funcionalarial para todos los empleados públicos en época histórica muy temprana con relación a otros países, se aprecia que la única excepción inicial al régimen funcionalarial corresponde a las categorías más bajas. Así, en el Estatuto de Bravo Murillo de 1852 quedaban excluidos de su regulación los subalternos, clase que integraban los dependientes que prestaban un servicio material cualquiera que fuera la asignación que tuviesen señalada. La razón de esta exclusión quizás pueda hallarse en que, como señala ALONSO OLEA, se consideraba que el funcionariado estaba integrado por trabajadores intelectuales, de ahí, que los trabajadores manuales al servicio de la Administración fueran excluidos del estatuto funcionalarial². Luego, el Estatuto Maura de 1918, paradigma del modelo funcionalarial, funcionarizó incluso al personal subalterno de la Administración Civil del Estado que en 1924 pasó a denominarse Cuerpo de Porteros de los Ministerios

Civiles. Se debe hacer notar, no obstante, que, si hasta mediados de este siglo, las normas reguladoras del empleo público no contemplaban en la Administración del Estado más personal que el sometido al Estatuto funcionalarial, en la Administración Local, la Ley de Régimen Local de 1955 admitía ya la fórmula de contratación laboral aunque reducida exclusivamente a la prestación de servicios manuales similares a los de oficios, artes o industrias comprendidos en la legislación de trabajo.

La unidad del régimen jurídico unitario del personal al servicio de la Administración quedó rota con la Ley de Funcionarios de 1964 que admitió una pluralidad de relaciones de servicio. Así, al lado de los funcionarios de carrera, se creó una nueva categoría, la de funcionarios eventuales y dos nuevos tipos de relación contractual, de Derecho administrativo y Derecho laboral. Sin embargo, como observa la autora, la reserva de puestos de trabajo para los Cuerpos de funcionarios correspondientes al ejercicio de funciones para ellos atribuidas, limitaba estrechamente el ámbito de la contratación laboral reduciéndola a aquellas funciones para las que no existían Cuerpos de funcionarios apropiados, es decir, para las funciones manuales o propias de oficios no atribuidas al Cuerpo de Subalternos. Sin embargo, a pesar de la forma ciertamente restringida y condicionada con que la Ley de 1964 admitió la contratación laboral, esta apertura inició un proceso imparable de laboralización de la Administración que, superando su ámbito limitado a la Administración Civil del Estado, se desbordó al romperse la ecuación entre público-régimen jurídico público, lo que permitió la aplicación del Derecho privado a las Administraciones Públicas instrumentales.

Dice la autora que, si legal y prácticamente la contratación laboral había comenzado a convivir con el Derecho Funcionalarial en el seno de la Administración Pública, lo lógico hubiera sido que la Constitución hubiera realizado alguna referencia al régimen laboral; sin embargo, la Constitución española de 1978 no contiene referencia alguna a la contratación laboral en el seno de las Administraciones Públicas ni fija límite alguno al Derecho Funcionalarial, al que sin embargo, sí se refiere expresamente en los artículos 103.3 y 149.1.18. Estos preceptos han sido interpretados por la doctrina

² Como nota curiosa, se puede citar que las primeras aplicaciones de normas laborales al personal de la Administración a partir de comienzos del siglo XX lo fueron exclusivamente a los trabajadores de las fábricas o talleres, especialmente en los ámbitos de la Administración Militar o de la Hacienda Pública.

de forma diversa. De un lado, están quienes como Ramón PARADA o Diego CÁMARA han mantenido la inconstitucionalidad de cualquier relación de servicio en el ámbito de la Administración que no sea la funcional; de otro, autores como Tomás SALA FRANCO quien, destaca que, a su juicio, la normativa constitucional resulta totalmente neutra tocante al punto de la definición del régimen jurídico del personal a su servicio, siendo su concreción función del Parlamento a través de una ley ordinaria. En relación con esta última sesión doctrinal, la opinión de la autora es clara y terminante: *«si hay claro e irrefutable en la Constitución es, en mi opinión, que el Estatuto funcional es distinto y nunca podrá ser equiparado al Estatuto laboral, a los que la norma fundamental otorga un tratamiento distinto y diferenciado; por ello, el que la realidad discorra hacia la unificación del régimen de ambos colectivos podrá estar dándose en la práctica pero resulta inconstitucional».*

Otro grupo de autores se decanta en favor de tesis más moderadas entre las extremas mencionadas, admitiendo los contratos laborales pero no de forma indiscriminada (GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA, entre otros), tesis que será la confirmada por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 99/1987, criticada por la autora quien considera que la misma no construye *«un criterio con que fijar los límites de la contratación laboral, o dicho de otra forma, que deja en la más completa indeterminación qué funciones de la Administración Pública deben estar reservadas a funcionarios y cuales, por el contrario, pueden encomendarse a empleados unidos a ella por vínculos distintos del funcional»*, lo que conduce a la cuestión aún más compleja, de distinguir las funciones públicas de aquellas que no lo son. Una solución, a estos efectos, sería, según la autora, separar las distintas actividades que lleva a cabo la Administración y admitir la contratación laboral por sectores de actividad (servicios sociales, actividad económica o empresarial similar a la privada, etc.) reservando a los funcionarios aquellos otros como la Policía, la Justicia, los impuestos, el Ejército, que tradicionalmente han pertenecido a la Administración y que suponen el ejercicio de soberanía. Sin embargo, esta interpretación que permitiría evitar la existencia de un mismo ámbito o área de actividad administrativa de personal sujeto a distintos regímenes jurídicos, no ha sido, como ella misma observa, tomada en cuenta ni por la legislación ni por la doctrina mayoritaria que, por el contrario, distingue dentro de una misma actividad adminis-

trativa, las funciones que deben ser desempeñadas por funcionarios de las que deben ser atribuidas a los trabajadores.

En el lado extremo de este panorama doctrinal se encuentran quienes como ALONSO OLEA y ORTEGA, postulan una laboralización casi universal de la función pública, dejando reducida la relación funcional a aquellos puestos que tengan atribuidas relaciones jurídicas *ad extra*, es decir, que sean productores del acto administrativo como modo característico de actuación del funcionario. A juicio de la autora, admitir estas tesis supondría aplicación del Derecho laboral para aquellos puestos cuyas funciones exigen una alta especialización, lo que conduciría a la supresión de los Cuerpos especiales y facultativos de funcionarios. Del mismo modo, limitar el régimen funcional a aquellos puestos que conlleven el ejercicio de prerrogativas del poder público podría desembocar en la extinción de la especie de los funcionarios en favor del nivel político en el cual se sitúa cada vez más la toma de decisiones.

De entre todas las posibles interpretaciones de la Constitución, la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, optó por la más radical, por la admisión de un régimen laboral paralelo al funcional, mediante una ambigua redacción del artículo 15 que atribuye al Gobierno la facultad de determinación de los puestos de trabajo que habían de ser desempeñados por funcionarios o por laborales. Como es sabido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987 determinó la inconstitucionalidad del citado artículo basándose en una infracción de la reserva legal formulada por el artículo 103.3 de la Constitución para la regulación del Estatuto funcional y en la vulneración de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública. Y si bien es verdad que de su fallo se desprende el carácter excepcional de la contratación laboral, el Tribunal no entró a determinar expresamente el campo de aplicación de ambos regímenes estatutario y laboral, dando al legislador una excesiva libertad que, dice la autora, ha conducido, en la práctica, a abusos difícilmente controlables, pues los supuestos tasados en la nueva redacción del artículo 15 en los que tiene cabida la contratación laboral no tienen carácter básico y, por lo tanto, no son de aplicación en las Comunidades Autónomas, donde los casos tasados en los que puede o debe utilizarse la contratación laboral superan en algunas de ellas los previstos en la norma estatal, o en las Corporaciones Locales, para los que la Ley de Bases de Régi-

men Local ha establecido una reserva a los funcionarios de los puestos que conllevan exclusivamente el ejercicio de funciones de autoridad o de prerrogativas de poder público.

A juicio de la autora, una de las grandes cuestiones todavía pendientes es si la excepcionalidad del régimen laboral que parece deducirse de la jurisprudencia constitucional es extensible a todo el sector público o, sólo con carácter limitado, a la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y Entes Gestores y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

La realidad anterior a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) era favorable a la aplicación del Derecho laboral al personal de las sociedades estatales del artículo 6.1 de la Ley General Presupuestaria y a gran parte de los Entes Públicos del artículo 6.5 de la misma Ley, aunque alguno de estos Entes, como la Agencia Estatal de Administración Tributaria se han enmarcado en el régimen general de la Función Pública, si bien con una serie de peculiaridades funcionales y retributivas que lo convierten, ciertamente, en un régimen singular. En otros casos de Entes del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, se ha impuesto un régimen laboral para todo su personal, como es el caso del Consejo Económico y Social, del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), de la Agencia de Protección de Datos, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de los Entes Públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, donde el régimen laboral es predominante incluso para aquel personal que tiene encomendado el ejercicio de funciones públicas³.

Y es que la aplicación del Derecho laboral al personal de las Administraciones Públicas tropieza, a juicio de la autora, con principios y mandatos constitucionales vinculantes para la Administración Pública, los cuales se oponen frontalmente a principios y normas del Derecho laboral, por lo cual han tenido que, en cierta manera, superponerse las normas legales del Derecho público al contrato laboral, obligando a excepcionar sus reglas y principios para aquel personal laboral al servicio de la Administración, que de esta manera aparece

regido por un Derecho laboral ciertamente singular. Ello ha ocurrido con la selección del personal laboral, a través de los principios de mérito y capacidad, opuesto al principio de libre contratación que rige en el derecho laboral, como contrapartida al principio de libertad de empresa o al principio de publicidad que rige tanto para la Administración del Estado, como para las Comunidades Autónomas o Entidades Locales (no así para el resto del sector público para el que no hay ninguna previsión normativa general que imponga procedimientos de selección reglados, públicos y objetivos) o en la aplicación del régimen de incompatibilidades o, por último en el establecimiento, como es usual en las leyes de presupuestos de los últimos años de un tope máximo para los incrementos salariales del sector público que no pueden ser superados por la negociación colectiva.

Pero dejando al lado estos obstáculos constitucionales, de mayor utilidad resulta comparar las ventajas e inconvenientes de la aplicación del Derecho laboral en la Administración Pública, porque en el resultado de esa comparación dependerá, dice la autora la apuesta que desde el poder se haga en favor del Derecho privado o del Derecho público aplicable al personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La baza fundamental que juegan quienes abogan por la aplicación del Derecho laboral a la Administración Pública en materia de personal, reside, casi unánimemente en la prédica de su flexibilidad: *«si se quiere obtener en la Administración la misma eficacia que obtiene del sector privado habrán de aplicarse en ella las mismas técnicas empresariales y el mismo Derecho que rige el personal de las empresas privadas»*.

Frente a esta exaltación de lo privado, el juicio de la autora es igualmente categórico:

«... la laboralización del empleo público no es un remedio milagroso para los problemas actuales de la Administración, que no ha servido para evitar, sino todo lo contrario, que se multiplicase el personal al servicio de la Administración, que por si fuera poco, se ha agravado con los planes de funcionalización de laborales. En la cuenta negativa de esta laboralización hay

³ La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), racionaliza la normativa aplicable a la tradicionalmente denominada «Administración Institucional del Estado» distinguiendo entre Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, encuadrados ambos bajo la denominación genérica de Organismos Públicos. Por lo que se refiere al personal, el correspondiente al servicio de los Organismos Autónomos *«será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidas por la Administración General del Estado»* (art. 47), mientras que el personal al servicio de las Entidades Públicas Empresariales, *«se rige por el Derecho Laboral»*, con algunas especificaciones sobre selección y de carácter retributivo y con la posibilidad excepcional de que puedan cubrir destinos en la Entidad los funcionarios de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones Públicas.

que apuntar también el aumento de la discrecionalidad de las autoridades políticas y administrativas consecuencia de la eliminación de los controles públicos y, en fin, ha alimentado una política de personal basada en la improvisación y en la falta de planificación que se pretende cubrir con una supuesta pero inalcanzable movilidad de los trabajadores y con el recurso a la contratación temporal».

La autora pasa revista, en concreto, a los aspectos más destacados de los que se desprende para los defensores del Derecho laboral una mayor apuesta en favor de la flexibilidad, destacando por ejemplo como en la comparación entre los sistemas de ingreso por puestos, característico de un régimen laboral o para un cuerpo, como es el sistema de selección usual en el modelo cerrado de Función Pública, este último es claramente superior al permitir la especialización a partir de la experiencia y conocimiento de los servicios concretos y la identificación del funcionario con el servicio, mientras que la selección del personal laboral, que se realiza generalmente por concurso, esta forma de selección resulta sospechosa de discrecionalidad al permitir a la Administración fijar y aplicar los baremos o méritos que juzgue convenientes y ello ha conducido en la práctica al incumplimiento del principio de mérito y capacidad.

Tampoco resulta plenamente acreditada la mayor eficiencia del Derecho laboral frente al derecho estatutario en lo referente a la extinción de la relación laboral. El hecho de la pertenencia al sector público, aunque sea bajo la fórmula de contrato de trabajo, garantiza, según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, a los trabajadores una situación jurídica laboral en orden a la estabilidad y seguridad que no es coincidente con la existente en el sector privado (Auto del TC 858/85, de 4 de diciembre), por lo cual, cualquier despido injustificado de un empleado por la Administración Pública obliga a su necesaria readmisión, sin que sea posible en este caso sustituirla por la indemnización correspondiente, al considerarse este despido como radicalmente nulo. En consecuencia, la pretendida flexibilidad del Derecho laboral frente al régimen funcionarial a la hora de extinguir la relación contractual no es tal y los contratos laborales gozan en la práctica de la inamovilidad que tradicionalmente ha caracterizado el régimen de Función Pública.

Por último, las pretendidas ventajas del Derecho laboral frente al régimen funcionarial, en lo relativo a la movilidad del trabajador en su doble

vertiente funcional y geográfica, no resultan tales, al hallarse, de un lado, esta pretendida movilidad todavía hoy bastante limitada por el peso de la garantía de los trabajadores, y, de otra parte, porque también en el Derecho funcionarial existen hoy mecanismos que favorecen la movilidad, como las comisiones de servicio forzosas o la remoción de un funcionario de su puesto de trabajo por necesidades del servicio para ser adscrito a otro puesto distinto al que estaba desempeñando (artículo 21.2.d) de la Ley 30/1984), movilidad que en ambos regímenes funcionarial y laboral, se ha incrementado a partir de la Ley 22/1993, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, a través de los planes de empleo, mediante los cuales, al menos en teoría, se puede modificar estructuras administrativas, suprimir puestos de trabajo y reasignar forzosamente a funcionarios a puestos de similares características, funciones y retribuciones. Incluso comenta la autora que la aplicación de la movilidad resulta más rígida a los funcionarios que a los trabajadores dado que en la normativa específica del ordenamiento jurídico-laboral, no se contienen situaciones para los laborales semejantes a la expectativa de destino o a la excedencia forzosa por supresión del puesto de trabajo, por lo que de no ser posible la reasignación de efectivos los trabajadores sujetos al Derecho laboral deberían quedarse en sus anteriores puestos de trabajo ante la dificultad o imposibilidad de que la Administración pueda recurrir a un expediente de regulación de empleo.

Además de esta mayor flexibilidad del régimen laboral, se suele considerar también una ventaja que la resolución de los conflictos esté encomendada a la jurisdicción social, más ágil y económica que la contencioso-administrativa, afirmación sobre la cual la autora sale al paso al afirmar que, a diferencia de la jurisdicción social, los Tribunales Contencioso-Administrativos no están condicionados por la protección del trabajador ni aplican un Derecho tuitivo de éste, sino que por el contrario actúan en defensa del interés general interpretando la norma de las exigencias de este que prevalece incluso por encima del interés o derecho de los funcionarios.

En resumen, dejando tópicos aparte, lo cierto es que la pretendida flexibilidad del Derecho laboral no es tanta cuando se aplica en el seno de la Administración, y en todo caso, el Derecho funcionarial, no carece tampoco de mecanismos que permitan satisfacer las demandas exigencias del servicio. Si

a ello añadimos —dice la autora— que la flexibilidad del Derecho laboral basada en la discrecionalidad del empresario, en este caso la Administración, va en detrimento de la profesionalidad del empleado público, de su imparcialidad, neutralidad y objetividad, valores que justificaron la aparición del modelo funcionarial, no parece que quede un sólo argumento en pie para justificar las ventajas de la contratación laboral frente a la relación laboral en el seno de la Administración Pública.

Otro aspecto favorable que destacan los valores de la aplicación del Derecho laboral a las Administraciones Públicas es la negociación colectiva, derecho hoy consagrado «*en un claro intento de laboralizar la Función Pública*» por la Ley 9/1987, de regulación de órganos de representación y determinación de las condiciones de trabajo y participación de los funcionarios públicos, modificada por la Ley 7/1990, cuyos límites ampliatorios de la capacidad de negociación de los sindicatos funcionariales, son criticados por la autora, por entender que incluye entre las materias negociables las afectadas por la reserva de Ley del artículo 103.3 de la Constitución, según la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, las cuales habían sido expresamente excluidas de la negociación colectiva por la Ley anterior⁴. Coincide la autora con los defensores de la aplicación del Derecho laboral al personal de la Administración Pública en que la negociación colectiva favo-

rece los derechos colectivos de los trabajadores, lo que duda es que la negociación colectiva en los términos de su actual regulación «*no sea claramente inconstitucional y que constituya una ventaja y no un inconveniente en el seno de la Función Pública, porque liquida prácticamente la concepción estatutaria del Derecho funcionarial, suprime la unilateralidad en la determinación y modificación del régimen jurídico de los funcionarios y rompe por vía de convenio la uniformidad de los funcionarios al establecer tantas regulaciones singulares como Ministerios, Entes y demás organismos públicos*».

Lo que sí le parece a la autora indeseable es que existan dos colectivos, funcionarios y laborales, con regímenes jurídicos diferenciados en su seno lo que «*parece rechazable por sentido común y desde los más elementales principios de organización y gestión de personal*». A falta de reforma constitucional, dada la claridad de la distinción en la propia Constitución entre el Estatuto de los Funcionarios Públicos y el Estatuto Laboral, dice la autora que «*el único camino posible si se pretende la unificación... es hacerlo en torno al Derecho funcionarial, que no necesariamente tiene que ser el actual, pero cuyas ventajas sobre el modelo laboral avala nuestra historia administrativa y la probada eficacia de la Función Pública en la Administración Pública contemporánea*».

Según dice la autora, muchos de los problemas causados por la aplicación del Derecho laboral a la

⁴ Están afectadas por reserva formal y material de Ley según STC 99/1987 las materias relativas a la adquisición y pérdida de la condición funcionarial, las condiciones de promoción de la carrera administrativa, las situaciones, los derechos y deberes de los funcionarios, la responsabilidad y el régimen disciplinario, la creación de integración de Cuerpos y Escalas y el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas. Según SALA y ROQUETA los pactos suscritos en materias que sean reserva de Ley, al amparo de lo establecido en el artículo 32.j) de la Ley 7/1990, no tienen más valor que el de ser pactos políticos, no jurídicos, que ni el Gobierno está obligado asumir en sus propios términos ni tampoco el Parlamento debe tramitar y no enmendar, lo que desemboca en palabras de estos mismos autores en «*la coerción o restricción severa del contenido negocial*». Otro segundo límite, según los mismos autores, está constituido por las leyes que regulan la Función Pública, por lo que la negociación colectiva sólo será posible en aquellos puntos o aspectos que no estén previamente determinados por la Ley, o bien en aquellos casos en los que se trate de especificar o concretar puntos abordados legalmente, pero en ambos casos con respeto absoluto a lo en ellas regulado. En definitiva, dicen SALA y ROQUETA, los pactos y acuerdos podrán, en estas materias «*desarrollar la Ley en sentido acorde con lo en ella dispuesto, matizar y concretar las líneas generales expuestas en ella, pero no modificarla a menos que ella lo autorice*». Según Salvador del REY GUANTER, la reserva de Ley no se considera en el artículo 32 de la Ley 9/1987, como impedimento para la negociación colectiva. En consecuencia, la negociación puede ser desarrollada para modificar la Ley previamente existente, con tal que el órgano administrativo sea competente para realizar tal negociación. Para el citado autor que considera a los acuerdos y pactos, fruto de la negociación colectiva, como «*una fuente del Derecho jerárquicamente superior a los reglamentos*», esto es, con eficacia normativa y no sólo obligacional, la protección constitucional del derecho de negociación colectiva, vía artículo 28.1 CE, parece consolidarse como una opción argumental, sin acogimiento en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, (Véase Salvador del REY GUANTER y Manuel LUQUE PARRA, *Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos...*). Otros autores, sin embargo, consideran que la naturaleza normativa de los acuerdos (que no de los pactos) que apruebe el Gobierno, como resultado de la negociación colectiva llevada a cabo entre Administración y Sindicatos, según el régimen de la Ley 9/1987, es la propia del régimen general de las disposiciones reglamentarias, lo que conlleva la necesidad de seguir para su elaboración, el procedimiento especial que regulan los artículos 109 y ss. de la LPA, que no ha sido modificada por la LRI-PAC (Pedro GONZÁLEZ SALINAS, *La negociación colectiva en la Función Pública: el carácter reglamentario de los Acuerdos entre la Administración y los Sindicatos. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1993*). Una posición intermedia es la de Joan MAURI MAJÓS para quien el procedimiento convencional —limitado a los Pactos— es el procedimiento específico para la elaboración de un determinado tipo de reglamentos que el ordenamiento jurídico define como acuerdo y no sólo obligacional, de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, sin que sea necesario en el momento de la recepción del acuerdo dar cumplimiento a la normativa general en materia de disposiciones generales (véase Joan MAURI MAJÓS, «*Problemas de representación sindical y la negociación colectiva en la Función Pública*». *Documentación Administrativa*. Enero-agosto 1995, págs. 259 y ss.

Administración Pública podrían haberse evitado si la contratación temporal se hubiera canalizado por la vía de los contratos administrativos, opción ésta vetada por la disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984 salvo, en la Universidad, para el personal docente. A su decir, el contrato administrativo no sólo sirve mejor al interés público, sino que introduce una cierta flexibilización en la gestión al permitir hacer frente a las necesidades de personal temporal o eventual con mayores ventajas que el régimen laboral, como es la solución justamente, del Derecho francés.

Lo más grave de la aplicación del Derecho laboral a la Administración Pública, según Silvia DEL SAZ, es que se ha hecho sin ningún tipo de límites, por lo que lejos de circunscribirse a las funciones manuales y propias de oficios o a las puramente instrumentales y de apoyo administrativo, ha incidido en los estratos superiores de la Función Pública, es decir, en la función directiva misma. Con la sustitución del principio del mérito por el principio de confianza política (MORELL), el Derecho laboral ha ido desplazando en buena medida al Derecho público en los niveles superiores de la Función Pública, bien sustituyendo la relación estatutaria, que vincula a la Administración con los funcionarios políticos y eventuales por contratos laborales con sustanciosas indemnizaciones en caso de despido (contratos blindados), o bien expulsando de los niveles directivos a los funcionarios de carrera, que poco a poco se van viendo reemplazados por personal laboral. Más aún, muchas actividades se han privatizado totalmente y el personal a ellas adscrito laboralizado, como es el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de las autoridades portuarias, de AENA y de muchos otros Entes, a pesar de que, en muchos casos, realizan funciones que conllevan el ejercicio de prerrogativas públicas.

De la mano del Derecho laboral, han llegado, como antes decíamos, los contratos blindados a la Administración Pública, no sólo en los Entes Públicos y Sociedades Mercantiles, sino parece también en la Administración Central y Organismos Autónomos. Desde la perspectiva constitucional y legal, la autora juzga severamente la admisión de estos contratos blindados: «... ni siquiera en el caso de que una norma con rango de Ley lo autorizara podría admitirse que un cargo político, un Director General, por ejemplo, o su equivalente en un Organismo Autónomo, suscribiera un contrato laboral de alta dirección en el que se reconociera una indemnización para cuando fuese cesado».

Y ello porque dificulta, cuando no impide la libre remoción de los así nombrados, en cuanto se vería condicionada por la necesidad de abonar la indemnización pactada en cada caso o prevista legalmente, lo que resulta incompatible con el principio de confianza política que está en la base de esta relación.

El escándalo originado en la opinión pública por las noticias sobre existencia de contratos blindados en el sector público llevó al Gobierno a aprobar un Acuerdo de Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, con el que se limitaban las cuantías de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal. No obstante, a juicio de la autora, el incierto valor normativo de este acuerdo y las consecuencias de su incumplimiento, junto con el hecho de que se mantengan en vigor los contratos blindados realizados con anterioridad al 1 de enero de 1994, permiten albergar serias dudas sobre su efectividad.

El mensaje final que pudiera deducirse de esta amplia exposición, comentarios y notas sobre la obra de Silvia DEL SAZ es que, del estudio comparativo del Derecho laboral y funcionarial, no se deducen ventajas suficientes en favor del primero que justifiquen el abandono del sistema de Función Pública y si, al contrario, los inconvenientes que desde el punto de vista organizativo supone mantener dos colectivos con un régimen jurídico diverso, cuya unificación puede teóricamente, hacerse en torno a dos polos: el funcionarial o el laboral. Cada uno es libre de elegir intelectualmente su opción preferida. Lo que Fray Luis de León, llamaba el *quolibeto*.

Manuel Martínez Bargueño

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Protección penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1996.

Se ha escogido esta obra del profesor titular de Derecho penal DE LA MATA BARRANCO como objeto de una recensión en una Revista de Derecho administrativo por su importancia desde este punto de vista jurídico-administrativo. Versa aquélla sobre el llamado comúnmente delito ecológico que ha sido uno de los delitos nuevamente redactados por la reciente reforma del Código Penal de 1995, con el fin de reforzar la tutela penal del medio ambiente.

Cada vez más el Código Penal se integra mediante tipos penales que tienen una clara referencia en el Derecho administrativo, como la tienen, junto al delito ecológico, los delitos contra el patrimonio histórico o los delitos sobre la ordenación del territorio. En este contexto, el problema del delito ecológico, que motiva la publicación del libro que aquí se recensiona, es el de la accesoriadad de la norma penal respecto del Derecho administrativo, considerando que el tipo básico presupone una contravención de Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, para que pueda calificarse penalmente el daño ambiental.

La cuestión más compleja, a su vez, dentro del citado problema es la que aborda decididamente DE LA MATA BARRANCO: el grado de vinculación del juez penal respecto del acto administrativo, es decir: ¿es penalmente punible una acción de un sujeto que esté autorizada mediante licencia administrativa? Ésta va a ser sin duda la cuestión central que tendrán que resolver claramente los Tribunales en aplicación del delito ecológico y por eso es interesante conocer el criterio de una obra que se enfrenta decididamente con el asunto.

Pues bien, interesa destacar aquí la tesis del autor, de extensión de los poderes de los Tribunales penales, ya que se admite que aquéllos entren a discernir la licitud o ilicitud del acto administrativo; así, apunta el autor que «cuando se lesiona el ambiente en cuanto bien jurídico la autorización administrativa no habrá cumplido su función y por tanto debería ser revisada, en base a su falta de legitimidad por parte del juez penal. De ahí que acertadamente deba considerarse que la referencia a la existencia o no de una autorización administrativa en el tipo penal no legitima todas las actividades que puedan llevarse a cabo amparándose en ella, dada la capacidad de revisión y por tanto de inaplicación de la disposición administrativa que tiene el juez penal» (pág. 242).

Es importante constatar que el propio autor considera su tesis como una doctrina minoritaria, ya que la postura mayoritaria (el libro se basa, esencialmente, en la doctrina alemana) defiende el criterio por el cual siempre que la actuación del sujeto se ampare en un acto administrativo la conducta no puede ser sancionada penalmente (salvo que el acto sea nulo de pleno derecho o exista un abuso de Derecho por parte del causante del daño ambiental).

En suma, el presente libro lleva a extender el ámbito del Derecho penal, sin que la presunción de validez de los actos administrativos o la eficacia

de éstos o la protección de los estados de confianza que generan aquéllos en los ciudadanos sean suficientes para frenar el avance de un control penalista del medio ambiente.

Sin duda que por todo ello la obra merece atención en el Derecho administrativo como muestra de una tendencia que puede acentuarse en relación con todos los delitos en los que se presenta dicha accesoriadad respecto de un acto administrativo. Una llamada de atención, en cualquier caso, desde el Derecho administrativo, con el fin esencialmente de evitar que la ineficacia de sus medios pueda facilitar esta tendencia de búsqueda de soluciones en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Santiago González-Varas Ibáñez

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños al medio ambiente*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

El autor, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante, es un consumado especialista en temas de Derecho del medio ambiente, tal como lo demuestran trabajos precedentes. Son en este sentido de destacar sus numerosos artículos sobre el daño ambiental y la responsabilidad civil en relación con el medio ambiente. Puede presumirse por eso que el presente libro *La reparación de los daños al medio ambiente* suponga en cierta medida la reunión y perfección de las ideas principales de sus trabajos precedentes, hecho que proporciona un interés especial a la presente aportación del autor.

Después de tres primeros capítulos, que podríamos considerar introductorios, pienso que el núcleo de la obra se centra en dos temas esenciales. El primero, que ocupa el capítulo cuarto, versa sobre la responsabilidad civil por inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad. El segundo, en un extenso y central capítulo quinto, trata la responsabilidad civil por daños al medio ambiente al margen de las estrictas relaciones de vecindad.

Es conocido que la protección ambiental que se consigue a través del Derecho civil se vincula a daños ambientales que perturben las relaciones entre propietarios. Interesante de la doctrina del profesor CABANILLAS es, primeramente, la defensa de un completo sistema de acciones procesales y, en segundo lugar, la superación de ciertas limitaciones del Código Civil para otorgar la debida protección del ambiente incluso contra inmisiones de tipo industrial, donde no existe una clara apoyatura en el

Código Civil para la defensa de los perjudicados. Se propugna, así, la superación de las limitaciones tradicionales del sistema de responsabilidad civil subjetiva mediante el reforzamiento de las tendencias de responsabilidad objetiva (al ser ésta la que logra defender debidamente a las víctimas de los daños ambientales). Asimismo, se postula que la licencia administrativa no puede suponer obstáculo para el ejercicio de acciones civiles contra el causante de los daños. Todas las tesis defendidas cuentan con el respaldo de una base científica rigurosa y completa, pues ha de resaltarse el aparato bibliográfico, documental, doctrinal (tanto español como de Derecho comparado) y jurisprudencial, que apoya las tesis del autor.

De ello es también buen ejemplo el capítulo quinto de la obra, donde se aborda el núcleo del tema, que es el de la defensa en cuanto tal del medio ambiente al margen de las estrictas relaciones de vecindad, cuestión que viene suscitando posiciones doctrinales muy contrastadas entre sí. Dos son los momentos esenciales del libro.

El primero sería el de la defensa de un modelo abierto o amplio de legitimación procesal a efectos de recurrir los daños ambientales, en la línea de ciertas tendencias procesales progresistas en materia de medio ambiente, de España y del Derecho comparado (especialmente Italia, también Alemania, Francia o Estados Unidos). No puede extrañar, entonces, la defensa de la acción popular en materia ambiental. La obra pretende un derecho al ambiente a favor de cada ciudadano, al ser el ambiente un bien jurídico colectivo que afecta a todos y cada uno de los ciudadanos y porque habría que superar la visión tradicional del proceso, según la cual éste sirve exclusivamente al resarcimiento de intereses individuales de tipo patrimonial.

Acto seguido, se defiende que todo sujeto puede interponer ante la jurisdicción civil acciones inhibitorias y negatorias (obsérvese, más allá de las relaciones de vecindad) con el fin de paralizar o prevenir la realización de daños al ambiente. Interesa subrayar el nexo o relación jurídica que se está inventando entre el causante del daño y todo sujeto que pueda resultar perjudicado por una inmisión antijurídica.

Es destacable cómo el autor consigue un sistema completo de protección civil al margen completamente de la Administración Pública, ya que la reparación de daños ambientales se mueve en un plano estrictamente *inter privados* (entre un sujeto causante del daño y otro que lo padece), tesis ésta

que sorprende desde un punto de vista jurídico-administrativo y que por eso interesa reseñar. Estas tesis no contrarían que a la Administración corresponde la función de tutelar el ambiente, pero abrirían un sistema jurídico paralelo al administrativo que podría llegar a declarar obsoleto el propio Derecho administrativo ambiental.

Motivos no faltan, pues, para conceder a esta obra la atención que merece, dejando abiertos ciertos interrogantes acerca de los medios más idóneos para la protección que el medio ambiente necesita.

Santiago González-Varas Ibáñez

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El Derecho Administrativo Privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, 733 págs.

El Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de León Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ha tenido el acierto y la originalidad de presentar una obra en la que trata de ofrecer soluciones a la «crisis del Derecho administrativo». Un Derecho administrativo como el actual, que, por una parte, debe hacer frente al problema que la doctrina ha venido a denominar «huida del Derecho administrativo» de los Entes que desarrollan competencias administrativas y se someten al régimen jurídico privado; y, por otra parte, se ve influenciado, cada vez en mayor medida, por las normas jurídicas comunitarias inspiradas en los principios de liberalización y de libertad de mercado. Propone, como opción, la aplicación de la «teoría del Derecho Administrativo Privado».

En el marco de esta perspectiva general, divide la obra en ocho partes, estructuradas en varios capítulos cada una de ellas, siguiendo un excelente método de trabajo y de investigación, como el lector podrá apreciar en su lectura. Cada parte aborda una temática fundamental y en todas ellas encontramos una introducción y una conclusión final, lo que facilita la lectura y comprensión del texto. Se observa el interés tan de actualidad que tiene cada uno de los temas que se presentan.

I

Inicia el trabajo con las *consideraciones y exégesis del «Derecho Administrativo Europeo»*, en un momento, como el actual, en el que se aprecia con más intensidad la tendencia de lo económico, lo social, el comercio, la técnica, ..., hacia esa «superestructura» que es Europa, y no podía quedar al

margen de este proceso de construcción e integración europea el Derecho administrativo. Estas consideraciones constituyen un excelente punto de partida para la obra que reseñamos. En este sentido, el profesor GONZÁLEZ-VARAS se refiere a la «europeización del Derecho administrativo» como un proceso irreversible. En efecto, la fuerte incidencia del Derecho europeo en los Derechos nacionales da lugar a que aquél «deja de ser un *corpus* jurídico separado del Derecho nacional, al interferir en la conformación de las instituciones jurídicas nacionales» (pág. 23).

No obstante, la efectividad de este Derecho europeo, que ha nacido en un contexto puramente económico, y para cuya efectividad es fundamental la actividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, adolece de ciertos problemas, como la falta de claridad, de sistemática, de criterio y límites y, fundamentalmente, falta de armonización con los Derechos nacionales. Ante ello, se propone como vía alternativa para la realización del Derecho administrativo europeo, el establecimiento de un sistema de competencias claro en el ámbito comunitario, que en la actualidad se caracteriza por su sentido finalista, problema que puede superarse a través de la cooperación entre la Comunidad y los Estados miembros.

Sin embargo, también son evidentes las diversas concepciones que sobre el Derecho administrativo se mantienen en los distintos Estados miembros, pues son diferentes los criterios para delimitar lo público y lo privado en determinados sectores de actividad de la Administración (como es la actividad prestacional, la económica o la contractual).

De manera que, con el fin de dar respuesta a los problemas prácticos comunes a los Estados miembros, propone el autor utilizar el Derecho administrativo europeo como método, para lograr así la vinculación de la «actuación en forma privada» de la Administración con el Derecho público.

II

Es necesario entonces un estudio de las *relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, en relación con la regulación de este tipo de funciones administrativas.

El autor expone al respecto, con suma precisión y exquisito rigor científico, el análisis jurídico comparado, con especial tratamiento del Derecho alemán y el principio de libertad de elección entre el Derecho público o privado, por el cual la Administración puede elegir entre ambos Derechos para

el cumplimiento de sus funciones públicas típicas o propias; y busca en ello la adecuada integración que permita el desarrollo del Derecho Administrativo Privado como solución jurídica para evitar o corregir la huida del Derecho administrativo. Derecho administrativo privado que en el Derecho alemán consiste en la sujeción a los derechos fundamentales y a los principios generales del Derecho, junto al citado principio de libertad de elección. En todo caso, la privatización formal implica el respeto por el régimen jurídico privado del Derecho administrativo, de modo que se deja fuera de juego la «huida del Derecho administrativo».

En el Derecho español, la doctrina ha manifestado, de manera amplia y continuada, el problema que suscita el proceso generalizado de privatización de carácter formal, que, en definitiva, se traduce en la no aplicación del Derecho administrativo a Entes que llevan a cabo competencias administrativas y que, en virtud del principio de elección de las formas de autoorganización, se sujetan al régimen jurídico privado.

De este análisis comparativo entre el Derecho alemán y el Derecho español, que es un eje continuado en toda la obra, quiero destacar el acierto con que se realiza, donde el autor demuestra su serio y profundo conocimiento del Derecho alemán. Es original elegir este Derecho, sin perjuicio de la alusión a otros Derechos nacionales como el francés o el británico, en comparación con el Derecho español, pues refleja la oportunidad de los cambios que pueden realizarse en uno u otro y llegar a una posible integración en el contexto europeo, donde cada uno de ellos tendrá su peculiar configuración en su aplicación nacional.

En este sentido, trata de resolver el problema de la huida del Derecho administrativo mediante la aplicación de la teoría alemana del Derecho administrativo privado. Y define, a mi juicio acertadamente, el problema de la huida como «un aspecto patológico del tema, más general, de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado, que produce concretamente cuando se aplica incorrectamente este último ordenamiento para la regulación de los sujetos que cumplen funciones administrativas» (pág. 123).

El Derecho administrativo privado sometería al Derecho público los ámbitos privados de la actuación administrativa. Y se refiere específicamente a sectores especialmente afectados por el problema de la huida, como es el sector de los servicios públicos. En este ámbito es donde se aprecia con mayor ahínco la tendencia europea a la asimilación de

las formas jurídicas privadas y públicas, consecuencia de los principios inspiradores de este Ordenamiento. Su repercusión en los Derechos nacionales, y en concreto en el Derecho administrativo español, manifiestan la necesidad de integración de lo público y lo privado.

En la consideración de este aspecto, el autor entra en el estudio del Derecho británico y la contraposición de los regímenes de *droit administratif* y de *common law*, en un contexto europeo.

III

Las distintas concepciones de los Estados miembros sobre los criterios para delimitar lo público y lo privado se hacen presentes, asimismo, en el ámbito de la contratación administrativa.

Ello dificulta la adaptación por los Estados miembros del Derecho Comunitario en esta materia, ofreciendo serias resistencias a su asunción, frente a una normativa comunitaria que trata de generalizar una misma regulación básica en los distintos Derechos nacionales. Se analizan así la Directiva de Sectores (Dir. 93/38) y la Directiva de Recursos en materia de Sectores (Dir. 92/13), que, en definitiva, someten la voluntad contratante a los principios o reglas de publicidad, transparencia y no discriminación, otorgando una medida jurídica o criterio en Derecho para la contratación de tales entes (pág. 263).

La huida del Derecho administrativo aparece en el ámbito de la contratación administrativa y se hace frente a la misma a través de la aplicación del contrato administrativo privado, como opción para solucionar la búsqueda de un sistema público de contratación adecuado con las empresas públicas; opción que tiene su apoyo en la jurisprudencia (entre otras, STS 27 de diciembre de 1994).

Tras la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, y la distinción que establece entre dos regulaciones en relación a las empresas públicas, dependiendo de si se trata de empresas mercantiles o Entidades de Derecho público, el problema sigue pendiente. Más aún cuando el Derecho de la Competencia ha extendido su ámbito de aplicación al sector de la contratación administrativa, especialmente desde dos perspectivas principales:

1.— La legalidad de la adjudicación administrativa de contratos;

2.— la legalidad de la contratación a través de la técnica del «abuso de posición dominante en el mercado».

En este último aspecto, la calidad pública o privada del Ente es indiferente a la aplicación de las reglas de competencia del TCE.

En el campo de la contratación administrativa, distingue el autor tres formas contractuales:

1.— El *contrato administrativo*, como contrato de la Administración, regido por el Derecho administrativo.

2.— El *contrato administrativo-privado* para las empresas gestoras de servicios públicos y las Administraciones independientes, regido por el Derecho administrativo privado.

3.— El *contrato privado*, que habrá de respetar las reglas de la competencia.

Por tanto, la solución al problema de la huida del Derecho administrativo (una vez ha sido centrado dentro de unas determinadas dimensiones, esencialmente los servicios públicos), debe buscarse por la vía del contrato administrativo privado, del Derecho administrativo, pues, y no del Derecho de la Competencia (pág. 281).

IV

Imprescindible el estudio que del *Derecho de la Competencia* se aborda en la Cuarta Parte. Exigencia tanto del Derecho interno como del Derecho Comunitario. Y método eficaz para lograr «la sujeción a Derecho de la actividad administrativa económica en régimen jurídico-privado».

Por una parte, conforme a la directriz fijada por el Ordenamiento Comunitario, que conduce a la consecución del mercado único, es ineludible garantizar la absoluta libre competencia y eliminar las prácticas o medidas que sean contrarias a la misma. Desde este punto de vista, y en relación a la empresa pública, existe en el Ordenamiento Europeo una indiferencia inicial en orden a la titularidad pública o privada de la empresa (art. 222 TCE). Lo que exige el Derecho Comunitario es que los principios en que se inspira y las libertades que propugna sean reales y efectivas (art. 90.1 TCE), y establece al respecto una regulación con la que se pretende el no falseamiento de la competencia (Arts. 85 y ss. TCE, especialmente el abuso de posición dominante, las ayudas estatales a empresas y el control de las concentraciones de empresas).

En el momento presente parece claro que se tiende a un nuevo concepto de la teoría de la empresa pública, y se trata más que de potenciar la empresa pública, de unificar los criterios de actuación de la empresa pública y de la privada, incorporando el principio de libre competencia, entendido

como mecanismo que permite mejorar la asignación de recursos y favorecer el progreso (económico o tecnológico) o la innovación.

La aplicación del Derecho de la Competencia, desde el punto de vista del Derecho público, afecta, pues, a las empresas públicas que realizan actividades de carácter mercantil, así como las que llevan a cabo la gestión de servicios públicos. Con cierta dedicación se refiere el autor al «abuso de posición dominante» como técnica para llegar a un criterio que permita la sujeción a Derecho de la actuación administrativa de tipo económico. Regla que se aplica tanto si la empresa actúa en monopolio como si lo hace en competencia, que, en todo caso, deben someterse a los principios de claridad, transparencia, proporcionalidad y equilibrio presupuestario.

Por otro lado, la sujeción al Derecho de la Competencia en el Derecho español (a través de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal), constituye una parte importante que completa el estudio general del Derecho de la Competencia. Y dentro del cual, encuentro de gran interés el tratamiento de la jurisdicción del TDC, su extensión y límites, y la distinción, dentro de su misión general de velar por el respeto de la competencia, de dos tipos de controles:

1.— El control de la legalidad o acierto de las iniciativas públicas en el mercado, y que no le corresponde.

2.— El control sobre el respeto de las reglas de la competencia.

Aunque se aprecia la tendencia expansiva de su control, que, en modo alguno, podrá rebasar el límite del contencioso-administrativo.

En relación al control de las iniciativas públicas en el mercado, es un tema característico del Derecho administrativo y que el autor le dedica una reflexión que pasa por el análisis de la Constitución económica y el reconocimiento de la iniciativa pública económica (art. 128.2 CE) frente o junto a la iniciativa privada económica (art. 38 CE). Y afirma cómo la influencia del Derecho Comunitario en las Constituciones económicas nacionales ha dado lugar a «una sustitución de la función tradicional de los Estados (de empresarios públicos, asumiendo la gestión de los servicios públicos) por una función de dirección económica (que comparten a su vez con las instancias comunitarias)» (pág. 351).

Asimismo, expone con claridad el carácter expansivo del Derecho de la Competencia, centrándose en los Colegios Profesionales y el control del

TDC sobre ciertas prácticas que hasta hace poco eran naturales, y que por el respeto a las reglas de la competencia se rechazan (entre otras, Res. 20 de noviembre de 1992). En este análisis se pone de manifiesto la interpretación progresista que hace el TDC de la legislación para la aplicación del Derecho de la Competencia. Y deja claro que la aplicación de este Derecho respecto de las «Profesiones Liberales» es un tema en el que las Instituciones Comunitarias quieren profundizar.

V

La crisis de los servicios públicos en un contexto europeo, a mi juicio, representa uno de los temas de mayor interés e importancia de toda la obra, en el que se abordan con estudio crítico y riguroso, la discusión sobre el servicio público en el contexto comunitario, la defensa de los sistemas nacionales de servicios públicos frente a la comunitarización, así como el futuro de la teoría del servicio público que rige en el Derecho español.

El Derecho Comunitario no se refiere al servicio público, aunque, sobre la base de éste, emplea el concepto de «servicio de interés económico general» (art. 90.2 TCE); teniendo en cuenta que la teoría del servicio público no rige en todos los Estados miembros, de modo que, en principio, aparece como «un elemento perturbador del Derecho administrativo europeo», de la realización de la política comunitaria que se basa en la liberalización del mercado, dando lugar a problemas prácticos en relación con la aplicación del Derecho de la Competencia.

Muestra el autor que la compatibilidad entre servicio público (con vocación de monopolio y cuyo presupuesto lo constituye la *publicatio* del sector) y competencia exige la reforma del servicio público y la comprobación posterior de si con ello se logra mantener la teoría del servicio público.

Es cierto que la liberalización impuesta por el Derecho Comunitario y la introducción de la competencia, impide mantener el concepto clásico de servicio público. Por ello, en principio, el Derecho Comunitario es un elemento de crisis para el servicio público, y se destaca la necesidad de una «actualización» o adecuación a las nuevas circunstancias del servicio público, al nuevo escenario económico y comunitario.

En apoyo de esta afirmación debemos señalar que las categorías jurídicas no son estáticas, cambian; y lo hacen para adaptarse a las nuevas situa-

ciones que caracterizan una sociedad. Deben ser interpretadas a la luz de los nuevos acontecimientos, sin perder nunca su esencia; de lo contrario, sí desaparecen para ser sustituidas por otras categorías más acordes con la realidad. La capacidad de anticipación y la flexibilidad para adaptarse es un factor clave para el desarrollo.

Se exige la plena aplicación de los principios comunitarios de libre competencia en los Estados miembros; sin embargo, la liberalización de los servicios no puede arriesgar las «obligaciones de servicio público» que «aseguran» los monopolios.

El autor aboga por un servicio público que se integra dentro del planteamiento general de la competencia, y se intenta llegar a un equilibrio entre la competencia y las prerrogativas públicas, entre los intereses comunitarios y los de los Estados miembros. Es, en este sentido, en el que el servicio público «habría de dejar su impronta en los distintos Derechos nacionales europeos dentro del proceso de integración comunitaria» (pág. 427).

La política de competencia asumida por las Instituciones Comunitarias no debe olvidar las obligaciones de prestar el servicio público. No se puede primero liberalizar y después ocuparse del servicio público. El autor ofrece una interesante relación de las acciones comunitarias emprendidas en defensa de los servicios públicos, principalmente del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social. Y la inclinación que late hacia la efectividad de la Carta Europea de los Servicios Públicos, que representa la defensa de éstos frente al Derecho Comunitario, bien intentando su afirmación a nivel europeo para que la Comunidad reconozca los servicios públicos; bien intentando jurídicamente limitar las acciones de la Comunidad, en defensa de los servicios públicos.

La importancia de los servicios públicos en el contexto europeo se ve apoyada por la consideración, a juicio del autor, de una serie de factores, entre los que me parece de gran valor el de constituir (los servicios públicos) un medio para lograr la «ciudadanía social de los europeos», o ser una técnica que impulsa el proceso de integración europea, así como el complemento social de la Comunidad Europea.

Todo ello demuestra que la Unión Europea no se queda en un contexto puramente económico. Una plena integración de Europa exige, y también para la consecución del mercado único, el respeto y la defensa de la «conciencia social de Europa». Y ha de tenerse presente el reto que supone la liberalización de los servicios públicos, que, de modo

ilustrativo, con ejemplos de sectores concretos (transporte aéreo, energía), expone el profesor GONZÁLEZ-VARAS. E insiste, de nuevo, en la aplicación del Derecho de la Competencia a las empresas gestoras de servicios públicos, examinando, con mayor profundidad, las reglas de competencia del TCE (Arts. 85 y ss.), especialmente los «servicios de interés económico general», expresión genérica que engloba las distintas formas con que los Estados resuelven las necesidades colectivas. Pone de manifiesto, asimismo, que el «abuso de posición dominante» en el mercado, que se realiza tanto mediante el comportamiento de una empresa, como por efecto de una medida de los Estados miembros, constituye una vía para facilitar la liberalización comunitaria, por tanto, la apertura a la competencia de los servicios públicos.

Cierra esta Quinta Parte, con una certera discusión y reflexión sobre la crisis y necesidad del servicio público, que, en relación con el problema de la «huida del Derecho administrativo», recuerda la virtualidad del «Derecho administrativo privado» y su aplicación a la nueva realidad, caracterizada por la interconexión entre lo público y lo privado, y que trae su causa del Derecho Comunitario y las reglas de competencia por éste establecidas, y que han originado la crisis del servicio público y, como consecuencia, la crisis del Derecho administrativo.

VI

Los diversos problemas que han sido analizados en el ámbito de la Administración del Estado, son trasladados en esta Sexta Parte al ámbito de la *actividad económica local*. Es éste un estudio que revela la seriedad de su autor y el esfuerzo científico por ofrecer una obra completa, en la que se analizan con detalle todos los ámbitos en los que pueda tener aplicación el Derecho administrativo privado.

La iniciativa pública local implica libertad para desarrollar actuaciones económicas y organizar los servicios públicos locales. Lo que se traduce en discrecionalidad de la Administración Local para elegir el modo de gestión. El autor destaca los riesgos que supone un uso inadecuado de estas libertades, que puede llegar a anular el sistema de garantías establecido en el Ordenamiento Jurídico: la iniciativa privada y la libertad de empresa. Advierte la necesidad de diseñar límites jurídicos. Y, de igual modo que en el ámbito estatal, conside-

ra la opción del Derecho privado, en definitiva, del Derecho administrativo privado.

De otro lado, observa la aplicación del Derecho de la Competencia, configurado por el Derecho Comunitario, a las empresas gestoras de servicios públicos en el ámbito local. Y se pregunta si la liberalización comunitaria afecta a este ámbito concreto, a lo que se puede responder de modo afirmativo a la luz de ciertas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 4 de mayo de 1988, As. 30/87, Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des régions libérées; Sentencia de 3 de octubre de 1985, As. 311/84, CBEM contra CLT e IPB).

En el ámbito español subraya la trascendental importancia del papel desempeñado por el TDC, cuya última doctrina «es muestra de la necesidad de involucrar el Derecho de la Competencia en la búsqueda de soluciones frente a la huida del Derecho administrativo a nivel local» (así, Res. 30 de octubre de 1993) (pág. 611).

VII

El punto de partida de esta Séptima Parte lo constituye la afirmación, de otro lado presente en toda la obra, de ser el Derecho administrativo privado una teoría que se aplica a las Entidades afectadas por el problema de la huida del Derecho administrativo; de acuerdo con ello determina con claridad los criterios que deben establecerse para que no se eludan las garantías del Ordenamiento Jurídico.

Distingue, de este modo, los llamados *criterios materiales*, que implican la aplicación del Derecho de la Competencia teniendo en cuenta el tipo de función que realiza el sujeto, independientemente de cuál sea su forma jurídica. Así, sólo cuando los Entes públicos realicen funciones no económicas o mercantiles quedan libres de la aplicación del Derecho de la Competencia.

Es éste el criterio seguido por las leyes administrativas más recientes (Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1495), que hacen depender su aplicación del tipo de actividad que realice el Ente.

No obstante se ha de señalar el obstáculo que supone la dificultad de deslindar las funciones administrativas o soberanas del Ente.

La obra concluye con el estudio, en la Octava Parte, de la *teoría de la relación jurídica ante la*

crisis del Derecho administrativo. Considero que es de gran acierto y, en cierto modo, necesario. Por un lado, la liberalización, competencia y libertad de mercado, impuestas por el Derecho Comunitario; por otro, el problema de la «huida del Derecho administrativo», y como consecuencia la crisis de la teoría del servicio público, en definitiva, la crisis del Derecho administrativo. La alternativa: el Derecho administrativo privado y el Derecho de la Competencia.

Un nuevo orden que surge de la adecuada adaptación y actualización de lo tradicional, que no muere, sino que se renueva, y en todo ello permanece una institución que, en palabras del autor, ha sido «concebida precisamente para explicar o aglutinar las diferentes posiciones jurídicas con las que pueden presentarse los distintos entes administrativos» (pág. 663), esto es, la «teoría de la relación jurídica». Es justo, pues, su tratamiento, en el reconocimiento de tres de sus características principales: «la flexibilidad, el carácter abierto y la pluridimensionalidad».

Finalmente, la obra se acompaña de una bibliografía amplia y selecta que revela la profunda investigación realizada, recogiendo obras y artículos especializados en cada una de las materias estudiadas.

M.ª Asunción Torres López
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SOSA WÁGNER, F.; TOLIVAR ALAS, L.; QUINTANA LÓPEZ, T.; FUERTES LÓPEZ, M.; SÁNCHEZ MARÍN, R.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed. ampliada y puesta al día, Cedecs Ed., Barcelona, octubre de 1996, 341 págs.

Apenas medio año después de la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (desde ahora, LCAP), se publicó la primera edición de este comentario sistemático y riguroso de la misma que viene a aclarar muchas de las dudas que plantean las múltiples novedades que aquélla contiene. Tal y como concluye escuetamente el último apartado de la Exposición de Motivos de esta nueva Ley, «con la aplicación al articulado del texto de los criterios brevemente enunciados, se trata de conseguir una Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que responda adecuadamente a las necesidades

que la situación de la contratación pública exige actualmente en los distintos aspectos contemplados». Este es sin duda un objetivo ambicioso que no se ha podido —o querido— alcanzar en todas sus consecuencias, y así lo han sabido destacar los autores de esta obra a lo largo de sus páginas.

Y decimos que se trata sin duda de un objetivo ambicioso en la medida en que esta nueva Ley de la contratación pública —no ya simplemente de la contratación estatal— comporta básicamente dos novedades amplificadoras respecto de la normativa —hasta cierto punto dispersa— que la precede y a la cual deroga, novedades que afectan a su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo y que condicionan directa o indirectamente todas las soluciones aportadas en la misma. Una y otra encuentran su fundamento en dos circunstancias —precisadas en la propia Exposición de Motivos de la Ley y convenientemente destacadas en la Introducción a la obra objeto de nuestras reflexiones—, que han venido a trastocar sustancialmente los parámetros en que se movían básicamente la antigua Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, reformada por Ley de 17 de marzo de 1973, y el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre:

A.— La primera de estas circunstancias no es otra que la transformación del modelo territorial de nuestro Estado en un modelo autonómico a partir de la aprobación de la Constitución en 1978, incluyendo asimismo el reconocimiento de la autonomía local. Desde este punto de vista, la nueva Ley da un paso fundamental, ampliando su ámbito de aplicación subjetivo a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las entidades integrantes de la Administración Local, englobadas todas ellas bajo la expresión «Administraciones Públicas» que ya aparece en el propio título de la Ley.

No ha sido, pues, hasta ahora que el legislador estatal ha decidido hacer uso de las competencias que en materia de contratación pública le reserva el artículo 149.1.18 CE para establecer «la legislación básica sobre contratos y concesiones admi-

nistrativas», si exceptuamos las reglas básicas que para la contratación de los entes locales ya se recogían en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en los artículos 111 y ss. del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Como consecuencia de ello, y tal y como se precisa en la Disposición Final Primera de la LCAP, muchos de los preceptos en ella recogidos tienen carácter básico, lo cual restringe considerablemente el margen competencial autonómico, tal y como se destaca certeramente en el libro.

No es, sin embargo, ésta la única ampliación que la nueva LCAP ha supuesto en su ámbito subjetivo respecto de la regulación anterior. Y es precisamente aquí donde cabe expresar una primera duda acerca de la consecución del objetivo confesado del legislador, y especialmente cuando insiste en la «necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia». Tal y como se recoge en el primer artículo de la nueva Ley, ésta se aplica no sólo a las llamadas «Administraciones Públicas», sino también a «los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas», en tanto en cuanto cumplan ciertos requisitos relacionados con el interés general de sus fines y estén financiados o controlados mayoritariamente por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público.

El problema que plantea esta concreción del ámbito subjetivo de la Ley es que niega la aplicación de sus normas a la contratación realizada por un gran número de entidades de Derecho público, cada vez más, consecuencia que se puede incardinar perfectamente en un fenómeno que se viene detectando en nuestro ordenamiento por varios autores¹ y que se ha venido en llamar de forma muy expresiva «la huida del Derecho Público» e, inclu-

¹ Vid. las distintas valoraciones que de este fenómeno hacen J. M. SALA ARQUER, «Huida al Derecho Privado y huida del Derecho», en REDA, n.º 75, 1992, págs. 399-413; I. BORRAJO INIESTA, «El intento de huir del Derecho Administrativo», en REDA, n.º 80, 1993, págs. 233-249; criticando expresamente el Proyecto de Ley de Contratación de las Administraciones Públicas, S. DEL SAZ CORDERO, «La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en RAP, n.º 133, 1994, págs. 57-98; J. C. LAGUNA DE PAZ, «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», en RAP, n.º 136, 1995, págs. 201-229; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, especialmente págs. 113-128 y 295-271, en relación con la contratación pública, y S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo», en RAP, n.º 140, 1996, págs. 25-67.

so, «la huida del Derecho». La aplicación exclusiva a la contratación realizada por estas entidades públicas de las normas del Derecho Privado -ni siquiera cabe aplicarles la doctrina de los actos separables, que distingue momentos del proceso contractual siempre sobre la base de la concurrencia de una Administración Pública como parte contratante- deja al margen del control público un volumen cada vez mayor de contratación realmente pública, máxime cuando vienen proliferando cada vez más este tipo de entes sometidos al Derecho Privado (piénsese, por ejemplo, en los nuevos «Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.» y «Puertos del Estado»).

A pesar de que la explicación a esta restricción del ámbito de la Ley se encuentra —tal y como nos aclara el Prof. QUINTANA LÓPEZ— en la necesaria transposición de determinadas Directivas europeas, hecho que constituye por sí mismo la otra circunstancia condicionante de la redacción de esta Ley, como veremos a continuación, no evitará, sino que amparará, la producción de abusos en la contratación de las «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos, o entidades de Derecho público», por más que la Disposición Adicional Sexta de la LCAP prescriba con dudosa ingenuidad que «se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».

Además, tal y como se destaca en cada momento a lo largo de los Comentarios a esta Ley que ahora nos ocupan, no es ésta la única exclusión de las reglas garantizadas de la contratación pública recogidas en la Ley, sino que en aras a la «agilización de los procedimientos» se recogen nuevas medidas no siempre justificadas, entre las que destacan la simplificación del régimen de remisión de contratos al Tribunal de Cuentas; la limitación de la intervención preceptiva del Consejo de Estado, de los informes de la Asesoría Jurídica y de la aprobación de los contratos por el Consejo de Ministros; la potenciación de los llamados «contratos menores», de cuantía menor a 5 millones de pesetas, con el consiguiente relajamiento de los procedimientos y controles; la distinción entre *procedimientos* —abiertos, restringidos o negociados— y *formas* —subasta o concurso— de adjudicación de los contratos, con la difícil justificación de las posibles restricciones de concurrencia... medidas todas ellas que pueden dificultar la obtención del ya

mencionado objetivo de «transparencia en la contratación pública».

B.— Tal y como adelantábamos, no ha sido la aprobación de la Constitución la única circunstancia que había venido a alterar el régimen general de la contratación pública diseñado, en especial referencia al Estado, por la Ley de 1965. Nuestra incorporación a las entonces Comunidades Europeas en 1985 y la ininterrumpida aprobación de Directivas Comunitarias sobre los distintos tipos de contratos públicos obligó a abordar una reforma sucesiva de nuestra regulación de la contratación pública que se inició con la promulgación del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y que parece culminar con la aprobación de esta LCAP, la cual también incorpora las exigencias del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. En este sentido, la Ley incorpora dos tipos de novedades que han de ser bien recibidas:

- La nueva LCAP regula no solamente los tres tipos clásicos de contratos públicos —el de obras, el de gestión de servicios públicos y el de suministro—, sino que incorpora a su articulado otros tipos de contratos como son el de consultoría y asistencia y el de servicios de trabajos específicos y concretos no habituales, que ya venían siendo regulados por normas reglamentarias dispersas, a las que eleva de rango (Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sobre contratación con empresas consultoras y de servicios y el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración). De este modo la nueva Ley responde efectivamente a su nombre, y gana también en rigor sistemático, dado que en ella se incorpora un larguísimo Libro I —de 119 artículos— referido a los «Contratos de las Administraciones Públicas en general», respecto del cual la regulación de cada tipo contractual específico sólo recoge especialidades. Este rigor no es, sin embargo, absoluto, como así se viene a destacar por la Profa. FUERTES LÓPEZ respecto del Título III de este primer Libro, referido a las «Actuaciones relativas a la Contratación», si bien estos Comentarios a la nueva Ley posibilitan el acercamiento ordenado y coherente a sus disposiciones.

— La necesaria transposición a nuestro ordenamiento de múltiples directivas de la actual Unión Europea ha supuesto cambios fundamentales en la regulación de la contratación pública en nuestro ordenamiento, en aspectos de especial relevancia como son la capacidad de los empresarios, los procedimientos de licitación y, especialmente, la publicidad de los propios contratos, tanto de la licitación (art. 79), como de la adjudicación (art. 94). En lo que se refiere a este último punto, ha de tenerse en cuenta, no obstante, que nuestro legislador se ha acogido a la moratoria prevista en la Directiva 93/38/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, de modo que en estos ámbitos la publicidad comunitaria no será todavía obligatoria en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas españolas.

Quedan aquí, pues, meramente apuntadas las dos líneas básicas de la reforma operada por la Ley 13/1995. Son, por supuesto, muchas más las novedades introducidas por esta Ley, tal y como se va desgranando en los comentarios certeros y oportunos de los autores de este libro. La estructura sistemática del mismo y la incorporación a la edición del texto de la Ley y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley, facilitan su lectura, que no por densa y rigurosa deja de ser amena y clara. Teniendo en cuenta, además, la prontitud con que sus autores se han planteado el análisis de la nueva Ley para dar respuesta a muchos de los interrogantes que plantea, así como el interés del análisis del primer año de aplicación de la Ley incorporado en esta segunda edición, podemos concluir que su lectura resulta obligada para acercarse al régimen actual de la contratación pública en nuestro ordenamiento.

Matilde Carlón Ruiz
Universidad de Oviedo

