

El concepto de administración pública en el derecho comunitario europeo

PREMISA

Diversas son las transformaciones que está presenciando el derecho administrativo, con ocasión de la entrada en vigor de diferentes normas comunitarias que de una u otra manera inciden con las orientaciones tradicionales de los singulares “derechos administrativos” de los Estados miembros.

En este sentido, la normatividad jurídico-comunitaria no debe entenderse exclusivamente como una fuerte determinante política e inclusive doctrinaria para los diferentes ordenamientos jurídicos, sino que en virtud de su supremacía en confrontación con los derechos internos y el reconocimiento –por parte de los Estados miembros– del efecto directo de sus diferentes fuentes formales, se constituye en un importante motor de unificación jurídica, que para efectos de estudio de derecho comparado desborda la importancia tradicional, constituyéndose en un importante y casi obligado punto de referencia, por englobar los ordenamientos más representativos del derecho de tradición románico-germánica.

Las diferentes disposiciones comunitarias, resultan así no sólo objeto de estudio del derecho comunitario –o derecho de la integración– considerado aisladamente,

sino que éstas a su vez constituyen parte fundamental del capítulo de fuentes de los diferentes subsistemas normativos, entre ellos, de manera significativa, el derecho administrativo.

Resulta, pues, un primer requerimiento para el estudio del derecho administrativo –al igual que para los restantes subsistemas normativos– de los Estados europeos, un reordenamiento en su estructura de fuentes, que permita ubicar no solo el derecho comunitario en el peldaño que le corresponde, sino la variedad de fuentes formales que a su vez se desprenden de éste y su articulación con las restantes fuentes normativas de los ordenamientos internos¹.

Otro aspecto que resulta importante mencionar –para efectos del desarrollo del presente trabajo– es el papel de la jurisprudencia, donde las decisiones de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas no sólo han sido decisivas en la tarea de establecer la supremacía y el efecto directo de la normatividad comunitaria, sino que sus criterios interpretativos en múltiples controversias suscitadas a partir de la aplicación de normatividad comunitaria, han ido consolidando toda una disciplina en diferentes materias, como parece ser el caso de la concepción de la administración pública y muchos otros temas trascendentales

en la consolidación de lo que nos permitimos denominar *una nueva tendencia del derecho administrativo a partir del derecho comunitario*.

Una nueva tendencia del derecho administrativo, en el sentido de que no sólo se están configurando algunas reglas comunes en particularísimos aspectos de éste, sino que se está consolidando toda una nueva concepción del mismo, a partir de la transformación de diferentes contenidos que se han constituido tradicionalmente en sus piedras angulares, como el concepto de administración pública, el de ente público (en cualquiera de sus variantes, como empresa pública, ente público económico, etc.), la distribución de las competencias normativas en los diferentes ámbitos territoriales, servicios públicos y la justicia administrativa, entre otros.

Pretendemos a partir de las siguientes líneas acercarnos un poco al aspecto específico del concepto de *administración pública*, donde su mutación y la denominada “funcionalización” se han logrado principalmente a partir de algunas disposiciones de derecho positivo, así como algunas interpretaciones efectuadas por la Corte de Justicia a propósito de fenómenos laborales administrativos y de naturaleza de los “entes públicos”. Ésto dentro del marco de una nueva tendencia del derecho administrativo en Europa, que hemos intentado mencionar anteriormente, sin descuidar como lo hemos referido otras “piedras angulares” que resultan junto con el específico tema que nos ocupa, trascendentales como objeto de reflexión².

HACIA UNA FUNCIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Uno de los aspectos que de manera más determinante ha provocado problemas de

carácter comunitario en lo que a las “administraciones públicas” respecta, es el alcance de éstas y la disparidad conceptual que se presenta en los diferentes Estados. Como anota Sabino Cassese, en Europa (considerando singularmente los diferentes países) se puede fácilmente detectar y concretizar de la siguiente manera la evolución del concepto de administración pública: un primer estadio en el que su conceptualización es dejada a los teóricos; uno segundo en el que, como consecuencia de la incerteza creada por la situación anterior, se refleja una tendencia a definirla a través de los diferentes instrumentos normativos; y una última en la que dada la disparidad disciplinaria de los diferentes “entes públicos” se llega a una crisis, dada la imposibilidad de lograr una concepción unitaria³.

Si bien estas tentativas conceptualizadoras difícilmente han logrado una unidad en los países europeos singularmente considerados, aún más difícil ha resultado esta situación en el panorama “integracionista”, donde las concepciones resultan bien distantes, muchas veces como consecuencia de las diferentes percepciones jurídico administrativas; a título de ejemplo, puede referirse la influencia teórica que ejerce en Francia una concepción aún muy atada a los servicios públicos, en contraste con la alemana o incluso más la austríaca o la irlandesa.

De frente a esta latente dificultad, podría pensarse en el porqué de la búsqueda de una unidad conceptual en lo que respecta a esta materia, apareciendo consecuentemente un sinnúmero de convincentes respuestas que hacen relación a los objetivos mismos de los procesos de integración, como son –entre otros– la libertad de empresa y la libre movilidad de los factores productivos. A algunos casos prácticos que

hacen referencia a este último, nos referiremos en el presente apartado y a aquellos relativos al alcance conceptual de los “entes públicos”, que tocan directamente el principio de libertad de empresa, en el siguiente.

El artículo 48 del Tratado CEE, establece el principio de la libre circulación de los trabajadores al interno de la Comunidad Europea; sin embargo, en su cuarto párrafo se establece una excepción: «Las disposiciones del presente artículo no son aplicables a los empleos de la administración pública».

Una norma como la anterior, resulta plenamente razonable para los propósitos perseguidos por la CEE; sin embargo, en su aplicación teórica encontrará serios inconvenientes, dada la necesidad de que sea aplicada de igual modo a todos los estados miembros, sin mencionar las diferencias burocrático-cuantitativas que seguramente pueden presentarse entre los diferentes Estados, dado el tamaño de lo público en unos y otros⁴.

La problemática expuesta puede complicarse aún más si se piensa en las diferentes concepciones de la “administración pública” que puedan presentarse en los estados; piénsese por ejemplo en las disparidades que ocasionaría una concepción formal y orgánica de la administración pública de un Estado miembro, de frente a una funcional y operativa de otro.

Todo esto, sin embargo, no podría solucionarse con la abolición de la concepción referida y la consiguiente plena consolidación del principio de libre movilidad de trabajadores; esto, a más de consolidar también el abstracto concepto de la “ciudadanía europea”, acarrearía serios inconvenientes en lo que a la independencia nacional y política respecta, considerados también –desde el Tratado de Roma– principios y propósitos del proceso de integración.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas no ha tenido una posición uniforme al respecto. En un primer momento, ha dejado que se haga de esta disposición una interpretación bastante amplia por parte de los Estados miembros, generándose consecuentemente un sinnúmero de problemas –ya insinuados–, principalmente radicados en la tendencia estatal a aumentar de tamaño sus respectivas administraciones, adoptando para esto el mecanismo legal y concepciones objetivas y formales de la administración pública.

Solo hasta 1979⁵ ha desarrollado una clara posición, motivada principalmente por las siguientes reflexiones:

a) Una extensión general de la excepción, comportaría el hecho de dejar por fuera de las reglas de libre movilidad laboral, un buen número de puestos de trabajo (en Europa en aquel momento los trabajos en la administración pública, representarían hasta 1/3 de la fuerza laboral)⁶.

b) Esto produciría una gran desigualdad de tratamiento entre los estados, dadas las disparidades que caracterizan las organizaciones estatales.

Su trascendental pronunciamiento, podría también resumirse en dos puntos así:

a) La noción de administración pública adoptada por el inciso 4 del artículo 48 del Tratado, debe ser interpretada uniformemente en toda la Comunidad, sin poderse dejar a la completa discrecionalidad de los estados miembros.

b) La excepción –en mención– hace referencia a puestos de trabajo que *implican la participación directa o indirecta de poderes públicos y funciones que tienen por objeto la tutela de los intereses generales del Estado y otras colectividades públicas.*

La decisión anterior resulta trascendental en el proceso hacia la unificación del concepto de “administración pública”; cabe resaltar, cómo nunca antes se había pre-

sentado un pronunciamiento claro y decisivo sobre la necesidad de consolidar tal concepto, por resultar inequitativo, no sólo en la aplicación de algunas singulares normas comunitarias, sino de verdaderos principios y normas generales del proceso de integración.

Por otro lado, merece también destacarse cómo la interpretación de algunas expresiones como “poderes públicos”, “tutela de intereses generales” y “otras colectividades públicas”, resulta aún demasiado incierta, o cuando menos difícil de precisar unívocamente. Podría pensarse en la amplia discrecionalidad estatal en la adecuación de estas expresiones y su fácil ampliación del ámbito de lo público; sin embargo, visto desde la perspectiva de los entes comunitarios, también puede lógicamente pensarse cómo resultaría de estas una interpretación restrictiva tendiente a la consolidación de los pilares de la integración, como son los principios que venimos refiriendo.

En esta evolución jurisprudencial, siguió un momento en el que la Corte delante a particularísimos casos en los que se le preguntaba sobre la excepción referida, comenzó a excluir de ésta algunos empleos concretos, tales como: cargadores, conductores, señalador de servicios postales, jardineros, enfermeros, electricistas, plomeros y otros, en los precisos sectores municipales y de las ferrovías⁷.

De frente a esta confusa función “legislativa” más que interpretativa de la Corte, la Comisión, a través de directivas⁸, dio inicio a una “acción sistemática” tendiente a individualizar algunos sectores que resultarían excluidos de la excepción estudiada, tales como: servicios comerciales (ejercitados por organismos públicos), sanidad, escuela e investigación públicas. Algunos estados, en casos bastante particulares, no dieron cumplimiento a estas fuentes normativas

del derecho comunitario, dando lugar a los respectivos procesos de “incumplimiento”, que culminaron con una jurisprudencia –casi uniforme– que terminó consolidando y dando algunas precisiones a la ya comentada Xentencia de 1979⁹.

Sobre las particulares causas que dieron lugar a los respectivos procesos de incumplimiento, cabe destacar las de los procesos iniciados contra el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de Bélgica: en el primer caso, se trataba del sector educativo, donde el Estado demandado argumentaba la necesidad de que sus profesores de escuela media fueran nacionales luxemburgueses, por ser en esta instancia educativa donde se transmiten conocimientos relacionados con la identidad nacional que caracteriza al Gran Ducado; en el segundo, por tratarse de los trabajadores de una sociedad privada, que se había asociado con un municipio, formando una “entidad intermunicipal” (de carácter mixto).

En líneas generales, la Corte adopta en estos casos la misma concepción (funcional) de administración pública, tomada en la sentencia de 1979, persistiendo consiguientemente alguna incerteza e imprecisión sobre los cargos específicos que ésta implicaría. Sin embargo, establece un novedoso mecanismo para la particularización de puestos de trabajo que resultarían excluidos del principio del libre movimiento de trabajadores.

Dada la dificultad de realizar una enumeración de todos los puestos de trabajo que resultarían excluidos, dada su diversidad y alto número por un lado, y por otro los problemas que se generarían con un listado sectorial, que muy posiblemente incluiría cargos que no deberían ser comprendidos en la excepción, la Corte estableció un sistema mixto en el que se intentaría de manera general un acercamiento a los

sectores excluidos y, de manera particular, debiendo ser demostrada por el Estado interesado la inclusión de algunos puestos específicos.

Se refuerza, así, una concepción “funcional” de la administración pública, que no resulta del todo alentadora, al dejar incertidumbres en algunos alcances de la misma, a más del deber de puntualizar en algunos casos específicos qué puesto de trabajo resultaría público y cual no; pero que se convierte en un gran paso hacia la unificación de un concepto que de buena manera comienza a ser tratado con un mismo lenguaje por parte de los Estados miembros.

LA BÚSQUEDA DE UNA UNIFORMIDAD EN EL CONCEPTO DE “ENTE PÚBLICO”

La tendencia “funcionalista” de la administración pública, que anotábamos anteriormente, puede quizás consolidarse aún más con el tratamiento que el ordenamiento jurídico comunitario le ha dado a los “entes públicos”.

Apreciábamos claramente una tendencia restrictiva de “administración pública” por parte del derecho comunitario, tendiente a permitir en el margen del respeto a la identidad nacional y política, la máxima movilidad de trabajadores; en el caso de los entes públicos –al menos tratándose del proceso de selección del contratista– se observa una situación contraria, es decir, la búsqueda de la concepción más amplia posible de “administraciones públicas”, de tal manera que se logre la realización más generalizada posible de la apertura de concursos para la adjudicación de contratos de la administración en desarrollo de principios como los de libertad de inversión y de empresa.

Cabe también anotar de manera general, cómo uno de los grandes problemas que

se le han presentado al derecho comunitario, en la tentativa de normar estas actividades contractuales y en general de desarrollo de los “entes públicos”, ha sido el de la diferente denominación que a estas entidades se da en los distintos ordenamientos jurídicos internos, a más de la consideración como sujeto público a unos entes en unos estados y en otros no, de acuerdo a la disparidad conceptual de administración pública genéricamente considerada, que anotábamos en el apartado anterior.

Precisamente por esta dificultad, en esta específica regulación puede apreciarse un acercamiento a primera vista más orgánico que funcional de las administraciones públicas por parte del derecho comunitario; sin embargo, siendo tan vagas sus denominaciones y tan generales sus conceptualizaciones, a lo que se llega en últimas es a una consolidación del proceso de funcionalización que ya hemos insinuado.

Finalmente, y antes de comenzar con un acercamiento somero a alguna normatividad y jurisprudencia comunitarias, nos parece importante reiterar el vínculo teórico que debe existir entre estas concepciones y la visión general de administración pública pues nos parecen concepciones inspiradas por la misma corriente y que, así se trate de disposiciones e interpretaciones jurisprudenciales diferentes, estas segundas de una u otra manera desarrollan el primer argumento; para confirmarlo, pensemos en la incerteza que producían conceptos como el de “interés general” o “colectividades públicas” en las decisiones judiciales referidas.

En la adjudicación de contratos de la administración pública en materia de trabajo, servicios y suministro, el derecho comunitario busca la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios y circulación de mercancías en el interior de

la comunidad¹⁰. El Acto Único Europeo ha expresamente establecido «que la comunidad, para favorecer el desarrollo de la competitividad internacional de la industria europea, debe velar por la permisión a las empresas de disfrutar plenamente las potencialidades del mercado interno de la comunidad gracias, en particular a la apertura de las licitaciones públicas nacionales»¹¹.

Es así como en materia de licitaciones y en general de procesos de concursos para la adjudicación de contratos de la administración pública, se ha desarrollado toda una normatividad por parte de la Comisión, a través de directivas¹².

Tratándose de contratos de suministro, la directiva 77 de 1976 establece dentro de la categoría de administraciones adjudicadoras a:

- El Estado.
- Los entes públicos territoriales.
- Las personas jurídicas de derecho público.

En el caso de que en algunos países no se conozca esta última categoría, la directiva establece unos listados adicionales en sus anexos, tanto de carácter general como para cada Estado singularmente considerado¹³.

En la adjudicación de contratos de trabajo, la directiva 440 de 1989 establece como administraciones adjudicadoras las siguientes:

- El Estado.
- Los entes locales.
- Los organismos de derecho público.
- Las asociaciones constituidas por entes y organismos de derecho público.

Igualmente se propone una definición de “organismo público”, como «*cualquier organismo instituido para satisfacer específicamente necesidades de interés general con carácter no industrial y comercial, dotados de personería jurídica y cuya actividad sea financiada de modo mayoritario por el Estado, los entes locales*

o los otros organismos de derecho público, o que su gestión sea sujeta al control de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o vigilancia sea constituido por miembros cuyo número en más de la mitad sea designado por el Estado, por los entes locales o por otros organismos de derecho público»¹⁴.

Esta directiva resulta fundamental, al limitar un poco más el campo de acción de los “organismos públicos” reiterándoles la misión de satisfacción del interés general, aunque precisando que no pueden tener un carácter industrial y comercial. Los requisitos de personería jurídica y financiamiento mayoritariamente estatal no resultan tan relevantes, pues, como lo trataremos más adelante, categorías similares han sido extendidas a entidades de naturaleza privada, en las cuales es detectada una injerencia pública.

La directiva 50 de 1992 sobre contratos de servicios es casi idéntica a la anterior, con una incidencia determinante en el desarrollo contractual de los diferentes Estados; resulta de particular interés una jurisprudencia del derecho interno italiano, que en interpretación de la normatividad comunitaria no solo se desentiende de la normatividad interna reguladora de la materia, sino que extiende esta categoría a entes “aparentemente” privados, que independientemente de su naturaleza jurídica (formal) obedecen a los presupuestos comunitarios que hacen de un ente un “organismo público”. Este caso reitera de manera determinante la funcionalización que venimos tratando¹⁵.

Un concepto diferente y de significativa importancia, también desarrollado por la normativa comunitaria, es el de “empresa pública”, que aun sin existir (nominalmente) en algunos ordenamientos internos, ha sido fácilmente asimilado por éstos, principal-

mente a través del mecanismo de la subsunción de diferentes categorías¹⁶.

Se ha querido de este modo, distinguir el papel del Estado como “poder público” y como “propietario”, a partir de la distinción conceptual entre “poderes públicos” y “empresa pública”. Los primeros se han asimilado al Estado (entendido como sujeto de derecho público) y a los entes territoriales (de acuerdo a las deferentes formas de Estado que puedan presentarse en los países miembros); la segunda como «cualquier empresa en cuyas relaciones los poderes públicos puedan ejercitar, directa o indirectamente, una influencia dominante, por razones de propiedad (participación accionaria), participación financiera o de la normatividad que la disciplina»¹⁷.

Es precisamente a partir de esta última definición, entendida como desarrollo de disposiciones del Tratado de carácter programático, como aquella contenida en el artículo 92 del Tratado CEE (principio de libertad de competencia), donde las denominadas “ayudas financieras” han pasado a ser un importante objeto de controversia, pues al favorecer algunas empresas, o producciones de éstas, que atentan contra este principio, hacen que sean consideradas “empresas públicas”, para efectos del derecho comunitario¹⁸.

En desarrollo del principio de libre cambio también se han producido interesantes precisiones: en desarrollo de la normativa contenida en los artículos 30 y siguientes del Tratado CEE, que prohíbe a los Estados miembros restricciones cuantitativas «o cualquier otra medida equivalente», la Corte, considerando la actividad y las condiciones particulares de administración de un sujeto de derecho privado¹⁹, lo ha considerado sujeto de las directivas comunitarias (es decir, lo ha asimilado a la categoría de

empresa pública), argumentando que éstas son dirigidas «a cualquier organismo por medio del cual un Estado miembro, de *jure* o de *facto*, controle, dirija o inflencie sensiblemente, directa o indirectamente, las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros»²⁰.

CONSIDERACIONES FINALES

Partiendo de la multiplicidad y heterogeneidad de los acercamientos conceptuales que hemos señalado a lo largo de estas páginas, podemos deducir serias dificultades en la tentativa de encontrar un posicionamiento unívoco de la administración pública en el marco del derecho comunitario.

Estas dificultades podemos asociarlas en dos grupos; en primer lugar, aquellas que obedecen a razones jurídico-comunitarias de carácter general; en segundo lugar, las derivadas de aspectos concretos del tema examinado.

Las pertenecientes al primer grupo las sintetizamos así:

Existe en el ordenamiento normativo comunitario una variedad de fuentes formales, diversas en su naturaleza y alcances, que hacen de la metodología de estudio de éste una dificultosa tarea, que debe partir de la precisión sobre el alcance genérico y el posicionamiento jerárquico de éstas en los ordenamientos internos de los estados²¹.

Esta situación se complica cuando, a más de lo anterior, se debe pensar en la articulación de estos preceptos obligatorios en los sistemas normativos de cada uno de los estados, que a la vez están compuestos por una multiplicidad de fuentes formales, de no pacífico posicionamiento vinculante y jerárquico.

Hemos visto cómo en el caso que nos ocupa la importancia de las directivas comunitarias –y su aplicación directa de modo vertical– resulta fundamental; y cómo éstas, a lo largo del proceso de integración comunitaria, no han tenido la misma fuerza vinculante, e inclusive su consideración de fuente formal del ordenamiento comunitario²². Hemos señalado también –y este último aspecto resulta de particular interés– cómo una fuerza determinante y un papel protagonista en el derecho comunitario ha sido adquirido por las directivas, a partir de enunciados jurisprudenciales²³.

Otro aspecto del derecho comunitario, que nos resulta importante de considerar en vía conclusiva, es el papel de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

Independientemente del posicionamiento que ha adquirido este alto tribunal como verdadero cosolidador del derecho comunitario como superior y vinculante para todos los Estados miembros, su jurisprudencia ha constituido parte importante en la formación del derecho comunitario, consolidando verdaderos preceptos y llenando trascendentales vacíos que el derecho positivo comunitario ha dejado.

Este papel interpretativo de las más altas disposiciones comunitarias –la “Constitución comunitaria” la han denominado algunos– acorde no sólo con el proceso de integración europea sino con las nuevas tendencias interpretativas de los máximos tribunales estatales, encuentra sin embargo un obstáculo claro referido a su vinculatividad concreta y al carácter no general de sus decisiones; pues aunque éstas han llegado a consolidar, como lo anotábamos, importantes y trascendentales argumentos jurídico-comunitarios, su alcance no deja de ser vinculante solamente para las partes envueltas en el litigio particular, sino que

es también constitutivo de *orientaciones* para sucesivas interpretaciones de las *disposiciones positivas concretas*, por parte no sólo de las autoridades comunitarias, sino también de aquellas pertenecientes a los Estados miembros.

Es en este sentido como una noción comunitaria de la administración pública –emitida a través de decisión judicial– resulta vinculante para las partes del proceso determinado, orientadora de interpretaciones sucesivas y consolidadora de un nuevo derecho comunitario, aunque solamente con relación a la disposición comunitaria examinada²⁴.

En lo que respecta a los problemas suscitados en el caso concreto que nos ocupa (segundo grupo), y directamente relacionados con los apenas esbozados, podemos señalar:

– Observábamos una clara tendencia hacia la “funcionalización” del concepto de administración pública; sin embargo, ésta a su vez no puede consolidar una concepción unívoca del concepto, por referirse concretamente a una interpretación efectuada a una disposición del Tratado CEE (artículo 48), que por sí sola no engloba toda la disciplina comunitaria al respecto.

– En lo que hace relación a la concepción de “ente público”, ésta resulta supremamente interesante, no sólo por la tendencia unificadora del derecho comunitario, de frente a las diferencias –sobre todo nominales– de las singulares organizaciones administrativas, sino porque éstos muchas veces son tomados por el derecho positivo y la jurisprudencia (comunitarios) para hacer referencia a la “administración pública” genéricamente considerada.

Sin embargo, y pese a lo anterior, anotábamos una multiplicidad conceptual en la materia, que ni siquiera en el caso concreto de las “administraciones” contratantes logra

ser unívoca, o al menos alcanzar un grado considerable de uniformidad; aspecto éste que no sólo resulta contrario a una pretensión académica sino a los fines mismos del proceso de integración europea, como lo referíamos anteriormente.

Frente a esta problemática, que no resulta del todo fácil de corregir –al menos con un modo específico–, podemos anotar cómo pese a una relativa imprecisión de la concepción comunitaria de “administración pública”, basada en la multiplicación de orientaciones, tanto de fuentes primarias como secundarias, a más de posicionamientos jurisprudenciales, podemos observar una tendencia hacia una funcionalización del concepto.

Una “funcionalización”, apreciada en la tentativa de conceptualizar la administración pública de manera independiente a las denominaciones formales que de ella hagan los estados, o a la atribución de personería jurídica que de las singulares “administraciones” hagan los mismos.

Una funcionalización que parte de la verificación de las funciones que les corresponden a las “administraciones públicas”, en el marco del cumplimiento de las finalidades a ellas atribuidas por las singulares Constituciones y por el derecho comunitario, no sólo directamente aplicable, sino jerárquicamente superior a la normatividad interna de los estados.

Se convierte, pues, esta orientación que desde puntos distintos caracteriza el derecho comunitario actual, en un punto de referencia para los operadores del mismo (estructura organizativa comunitaria e interna de los estados) y en general para el desarrollo mismo de los derechos administrativos de los Estados miembros.

El frecuente desarrollo doctrinario sobre las diferentes teorías que orientan la esencia misma de la administración pública no

puede desconocer una realidad económica e internacional –caracterizada entre otras por la globalización, y de manera más concreta por la integración entre los estados–, que obliga una reestructuración de las concepciones convencionales del derecho administrativo; un derecho administrativo que no huye, sino se transforma, que hace parte de la realidad misma, sin descuidar sus cometidos máximos de interés general y defensa ciudadana de las eventuales arbitrariedades que pueden sucederse con ocasión del ejercicio malentendido del poder.

Resulta, en este orden de ideas, la experiencia europea un importante punto de referencia; no sólo por la originalidad y evolución de sus instituciones administrativas, sino también por representar un caso internacional en el que con gran velocidad se han debido asumir nuevas pautas de comportamiento, coherentes con los objetivos económicos y políticos propuestos en los Tratados mismos de integración.

Como lo anotábamos al inicio de este trabajo, el concepto de administración pública, constituye sólo uno de los temas del derecho administrativo, que de manera determinante se ven influenciados por los desarrollos del derecho comunitario. Un tema, sin embargo, que sin una claridad amplia sobre él, se convierte en obstáculo de partida en la reestructuración que en nuestros tiempos adelanta el derecho administrativo.

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Departamento de Derecho Administrativo,
Universidad Externado de Colombia

1. Esta tarea no resulta fácil para nada, si se considera la dinámica y mutación del derecho comunitario y en particular su esquema de fuentes, donde muchas veces disposiciones que se creía tenían un simple carácter enunciativo u orientativo, se

convierten en verdaderas fuentes normativas, con carácter vinculante para todos los Estados miembros. A título de ejemplo, puede mencionarse el alcance de las “directivas” (artículo 189 CEE), sobre las que llegó a cuestionarse su fuerza obligatoria o al menos que ésta no fuera asimilable a la de los “reglamentos”, aspecto este aclarado por la Corte en el sentido de que «la exacta y puntual actuación de una directiva es quizás más importante [que los reglamentos] en cuanto las medidas de actuación son dejadas a la discrecionalidad de los Estados miembros». *Comissione c. Italia*, causa 79/72, sentenza 21 giugno 1973, Racc. P. 667, punto 7; *Comissione c. Italia*, causa 52/75, sentenza 26 febbraio 1976, Racc. P. 277. Un breve comentario a estas sentencias, puede encontrarse en GIUSEPPE TESSAURO. *Diritto Comunitario*. Padova: Cedam, 1995, p. 92.

En cuanto a la discrecionalidad permitida a los Estados en el cumplimiento de los programas u objetivos propuestos por las directivas, también se han desarrollado importantes cambios; más adelante, a propósito de un análisis jurisprudencial, haremos referencia a este aspecto.

2. Numerosa literatura jurídica comienza a desarrollarse en estos diferentes aspectos. Para una lectura de carácter general, nos permitimos señalar la importancia del texto de: LUCIANO VANDELLI, CARLO BOTTARI y DANIELE DONATI, Editores. *Diritto Amministrativo Comunitario*. Università degli Studi di Bologna. Serie: Quaderni della SPISA. Rimini: Maggioli Editori, 1994.

De manera particularizada, para el caso de las competencias normativas en los diferentes ámbitos territoriales y su consiguiente mutación a partir de la aplicación del principio de subsidiariedad: LUCIANO VANDELLI. *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell' art. 3b del Trattato sull'Unione Europea*. Del mismo autor, “Ordinamento comunitario e autonomie locali”. En AA.VV. *Diritto comunitario amministrativo*, Cit. PAOLO MEGOZZI. “Il diritto comunitario e dell'Unione Europea”. En *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano. Vol. xv, pp. 79 y ss.; SABINO CASSESE. *L'architettura costituzionale della comunità europea dopo Maastricht e il posto dei poteri locali*. 1996.

Sobre el cambio en la concepción de servicios públicos, principalmente inducida por las reglas de libre competencia y la prestación de éstos por parte de los particulares, como consecuencia de la aplicación de los principios constitutivos de los Tratados de integración europea (principalmente el

de Roma), las disciplinas de sector, y las normas relativas a la contratación administrativa, resulta supremamente ilustrativo el trabajo del Profesor MARCO CAMELLI. “Comunità Europea e servizi pubblici”. En AA.VV. *Diritto Amministrativo Comunitario*, Cit.

Finalmente, sobre aspectos de Justicia Administrativa, puede consultarse: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del derecho comunitario. Sentencia Borelli de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE”. 1996. Y GIANDOMENICO FALCON. “Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa”. En AA.VV. *Diritto Comunitario Amministrativo*, Cit.

3. SABINO CASSESE. “Commento giurisprudenziale”. En *Giornale di Diritto Amministrativo*, N° 10 (1996), p. 922.

4. Puede pensarse a título de ejemplo en el tamaño de las administraciones de Italia y el Reino Unido.

5. Proceso 149/1979.

6. SABINO CASSESE. *Op. Cit.*

7. *Ibidem*.

8. A las directivas emitidas por la Comisión se les ha reconocido, como anotábamos anteriormente, efecto directo vertical como fuentes normativas del derecho comunitario, esto es, eficacia inmediata en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, siempre que se cumplan algunos requisitos: que la directiva contenga «disposiciones suficientemente precisas e incondicionales», y el termino dentro del cual el Estado debe adoptar medidas de actuación. DOMENICO SORACE. “L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale”. En V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI, Editores. *Ente pubblico ed ente pubblici*. Torino: Giappichelli, 1994, pp. 62-83.

9. Estos estados fueron Luxemburgo, Bélgica y Grecia, ocasionando los respectivos procesos: C-473/1993, C-173/1994 y C-290/1994, resueltos con sentencias del 2 de julio de 1996.

Otro antecedente jurisprudencial, puede resultar importante en este sentido, a más de la extensión de la naturaleza pública a administraciones “aparentemente” privadas: la sentencia C-188/89 del 12 de julio de 1990 hace relación a un ente británico que, aun “privatizado”, había sido creado mediante ley, para el suministro de gas en régimen de monopolio, cuyos administradores eran nombrados por el ministro competente, quien además gozaba de la facultad de impartir directivas e instrucciones en el desarrollo de su actividad. Consideró la Corte en

este caso que, por sus características particulares, se hacia destinatario de las directivas comunitarias, en materia de discriminación laboral, al detectarse fácilmente poderes especiales y autoridad y control por parte del Estado.

10. El artículo 30 del Tratado CEE prohíbe a los Estados miembros las restricciones cuantitativas a las importaciones, «asi como cualquier medida de efecto equivalente», el artículo 52 prevé la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento, y el artículo 59 impone la supresión de las «restricciones a la libre prestación de los servicios al interior de la comunidad».

11. DOMENICO SORACE. *Op. Cit.*, p. 10.

12. Ya anteriormente nos hemos referido al efecto directo y la supremacía de esta fuente comunitaria.

13. En este caso, la lista de carácter general preveía también a las asociaciones de derecho público constituidas por entes territoriales, tales como las asociaciones de municipios o los consorcios intermunicipales (estos últimos han sido eliminados por la directiva 295 de 1988). En el caso de las listas anexas del caso italiano, a título de ejemplo, se encuentran también: las universidades estatales, los institutos universitarios, los institutos superiores científicos y culturales, los observatorios astronómicos, astrofísicos, geofísicos o vulcanológicos, los entes de reforma de fondos y las instituciones de asistencia y beneficencia.

14. Artículo 1,b de la directiva 440 de 1989. Citada por DOMENICO SORACE. *Op. Cit.*, pp. 9-10.

15. Se trata de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Lombardía, N° 1365 del 17 de noviembre de 1995, Sección III. (Puede consultarse en el *Giornale di Diritto Amministrativo* N° 8 de 1996, pp. 735 y ss.)

En líneas generales, se trata de la decisión final de un recurso interpuesto por la sociedad de responsabilidad limitada: “Manifestazioni” contra “L’ente autonomo Fiera di Milano”, por considerar que éste ha violado la normatividad comunitaria (directiva 92/50) reguladora de los concursos públicos en materia de contratos de servicios, al adjudicar el contrato para la celebración de la Feria de Milán (edición 1995) a la sociedad por acciones “Fiera di Milano International”.

El TAR de Lombardía, reiterando una vieja jurisprudencia del Consejo de Estado, aclara cómo resultan irrelevantes los presupuestos que el derecho interno ofrece para establecer que el ente autónomo “Fiera di Milano” no sea un ente público, ya que conforme a los presupuestos establecidos por la normatividad comunitaria, esta entidad resulta

plenamente circunscrita dentro de la categoría de “organismo público”.

Quizás donde ofrece más dudas el encuadramiento del ente autónomo “Fiera di Milano” como organismo público es en su actividad “no industrial y comercial”, aclarando el TAR que esta actividad no engloba las tareas de promoción e incentivación de determinados sectores económicos, productivos, sino la satisfacción de la demanda de servicios de los singulares consumidores.

16. En el caso italiano, por ejemplo, la doctrina casi de manera uniforme incluye dentro de esta categoría los denominados “enti pubblici economici”.

17. Artículo 2° de la directiva 723, de junio de 1980.

18. Sobre este concreto particular, la Corte ha dicho que no se debe distinguir si la ayuda viene ofrecida directamente por el Estado (entendido como sujeto de derecho público), por entidades territoriales o por entes públicos o privados que el Estado instituya o designe para la gestión de la ayuda. Ver sentencia 305/1989 (Alfa Romeo). Un comentario de ésta puede encontrarse en DOMENICO SORACE. “L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale”. *Cit. supra*.

19. Se trata del ente *Irish Goods Council*, encargado de desarrollar una campaña promocional para los productos irlandeses, cuyos miembros del consejo directivo eran nombrados por el gobierno, quien a la vez daba subvenciones suficientes para cubrir la mayor parte de los gastos. Sentencia C-249/81 Comisión contra Irlanda. *Raccolta* 1982,4005, par. 29-30. Citada por SORACE. *Cit.*, p. 21.

20. Sentencia C-249/81 *Cit. supra*.

21. Más complicada puede parecer la situación, si se agrega que muchas veces es difícil establecer la presencia de una u otra fuente, como resulta en el caso de los reglamentos y decisiones, originando consecuentemente criterios interpretativos –en un primer momento esencialmente doctrinales–, como la de los principios formales y sustanciales, del acto normativo, que parecen ser superados por una concepción eminentemente sustancial, de conformidad con la lectura de algunas decisiones jurisprudenciales. CORTE DE JUSTICIA, 14 de diciembre de 1962, procesos 16 y 17 de 1962 (caso Confédération Nationale de Fruits et Légumes). *Cfr.* PAOLO MENGOLZI. “I diritto comunitario e dell’Unione Europea”. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, dirigido por Francesco Galgano, Vol. xv. Padova: Cedam, 1997.

22. GIUSEPPE TESSAURO. *Diritto Comunitario. Cit. supra*, nota 1.

23. Resulta importante resaltar cómo, si bien las

decisiones de la Corte han sido fundamentales en este sentido (*supra*, nota 1), a ellas no puede atribuirse un rol “legislativo” (como algunos parecen señalar), sino meramente interpretativo, aunque con una fuerte dosis constructiva y clarificadora del derecho comunitario.

Sobre el alcance de los diferentes instrumentos normativos hace referencia el artículo 189 del Tratado CEE, que claramente expresa el carácter “no

vinculante” de las recomendaciones y las consultas, mientras que considera de estricto cumplimiento el de los reglamentos y las decisiones; aunque estas últimas no con el carácter general y obligatorio «en todos sus elementos» del primero, sino de frente a los estados, en cuanto a los resultados que persigue.

24. En el caso de los litigios laborales señalados en la primera parte de este trabajo, al artículo 48 del Tratado CEE.