

# **La Administración Institucional. Los Organismos autónomos y las Entidades públicas empresariales**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS.—III. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—3.1. Juicio de oportunidad sobre la huida del Derecho administrativo.—3.2. Las privatizaciones como reconocimiento expreso de una realidad de hecho demandada por los nuevos tiempos.—3.3. Juicio de constitucionalidad sobre la huida del Derecho administrativo.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Administración institucional viene constituida por lo que la LOFAGE denomina Organismos públicos. Como afirma Santamaría, se trata de organizaciones personificadas —cada una forma una persona jurídica distinta del ente matriz que las crea— pero esta personificación y su creación misma es un dato puramente instrumental; las funciones que se encomiendan a estas organizaciones podrían ser, *a priori*, desempeñadas por órganos integrados en la Administración territorial o directa. Si se independizan y confieren a entes personificados es por motivos de comodidad y eficacia de la gestión<sup>1</sup>.

Nos encontramos ante la denominada descentralización funcional, elevada a la categoría de principio organizativo por el artículo 41 (en relación con el art. 3.1), por lo menos por lo que respecta a las actividades de ejecución. Según Ferrer i Jacas, este paso adelante en la técnica de la descentralización funcional supone simultáneamente un retroceso en relación con las ambiciones de los documentos sobre modernización administrativa de los últimos años, donde la «*modulación*» parecía marcar todo el complejo de las Administraciones Públicas. Se vuelve pues en la LOFAGE a una visión más tradicional, en la que sólo la parte más gestora o ejecutiva de la Administración —la que reviste la forma de organismos públicos— adquiere auto-

---

\* Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1988, p. 46.

nomía funcional. Parece, por lo tanto, abandonado el intento de organizar en «*células autosuficientes*» todas las unidades administrativas<sup>2</sup>.

Se trata en efecto de organizaciones creadas y personificadas por los entes territoriales para el desempeño de funciones y servicios propios de los mismos; de funciones y servicios que, hipotéticamente, podrían llevarse a cabo por sus propios órganos, pero cuya gestión se ha considerado preferible ejercerla mediante estructuras independientes, personificadas y dotadas de patrimonio propio; que actúan con autonomía formal pero sometidas a las potestades de configuración, dirección y control del ente matriz al que se adscriben<sup>3</sup>. No obstante, tal instrumentalidad no es nueva sino que, por el contrario, desde los inicios del siglo xx comenzaron a proliferar en nuestro país personificaciones instrumentales a las que de forma general se les atribuía personalidad jurídica propia, se les concedía capacidad para contratar, algunas flexibilizaciones en materia patrimonial, tímidas competencias en materia de gestión presupuestaria y respecto a las cuales se aceptó la aplicación del Derecho privado como una posibilidad para los entes públicos de realizar actividades industriales y comerciales, surgiendo así empresas municipales y nacionales que realmente no realizaban actividad administrativa de ningún tipo<sup>4</sup>.

Esta constituyó una nueva forma de actuar de la Administración por medio de la creación de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público. La consagración legal de tal tendencia la encontramos, primero en plena Dictadura de Primo de Rivera, al contemplar la fórmula societaria como alternativa normal a la gestión por el propio Ayuntamiento<sup>5</sup>. Opción que se generalizó en el ámbito local por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 que, entre las fórmulas de gestión directa de servicios, regulaba la Sociedad privada municipal o provincial<sup>6</sup>.

Posteriormente, la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 añadió a los tradicionales organismos autónomos una nueva categoría de entes instrumentales: las Empresas Nacionales entidades de derecho privado creadas

<sup>2</sup> J. Ferrer i Jacas, «Descentralización funcional y carácter instrumental», en la obra colectiva *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, 1996, p. 184.

<sup>3</sup> G. Ariño Ortiz, «Perspectiva actual y de futuro de la Administración institucional del Estado», en la obra colectiva *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas, Madrid, 1998, p. 474.

<sup>4</sup> No obstante, como señala Gaspar Ariño, los primeros ejemplos los hallamos en la Junta del Canal de Aragón y del Canal de Isabel II y posteriormente en las Juntas de Obras de Puertos (1899-1901), las Juntas de Canales de Riegos y Pantanos (1903), el Instituto de Reformas Sociales (1903), el Consejo de Protección a la Infancia (1904), la Junta de Fomento y mejora de las habitaciones baratas (1911), el Instituto Nacional de Previsión (1908), y el Consejo Superior de Emigración (1907) entre otros (G. Ariño Ortiz, «Perspectiva actual y de futuro de la Administración institucional del Estado», en la obra colectiva *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, 1998, p. 470).

<sup>5</sup> Como señala Baena de Alcázar, la idea que subyacía a esta abundante utilización de la fórmula de descentralización por servicio no era otra que el intento de obtener una colaboración de las fuerzas vivas en la actuación estatal (M. Baena de Alcázar, *Administración central y Administración institucional en el Derecho español*, IEA, Madrid, 1976, p. 233).

<sup>6</sup> S. Del Saz, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 141.

para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades propiamente económicas<sup>7</sup>— y cuya existencia era justificada por el legislador en la necesidad de «... procurar a la Administración una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo»<sup>8</sup>.

No obstante, todavía en esta época la actividad de estas empresas quedaba sujeta a cierto control y transparencia, ya que, el Reglamento de Contratos del Estado de 1967 obligaba a las Empresas Nacionales a respetar y adjudicar los contratos de conformidad con la legislación contractual vigente —salvo que sus normas constitutivas lo prohibieran expresamente o la naturaleza del tráfico que realizasen fuera del todo punto incompatible con aquéllas—.

La generalización de la aplicación del Derecho privado comenzará más tarde con la Ley General Presupuestaria de 1977, en la que se diferenciaron los organismos autónomos de carácter administrativo de los de carácter comercial, industrial o financiero (art. 4)<sup>9</sup>. Estos últimos, de enorme similitud con las empresas públicas, van a iniciar, de acuerdo con sus reglamentaciones, una vía de sometimiento de parte de sus actuaciones al régimen jurídico-privado<sup>10</sup>.

También la creación de las sociedades estatales [art. 6.1.b) LGP] supuso una quiebra inicial al regirse aquellas prácticamente en su totalidad por normas de Derecho privado<sup>11</sup>. Lo mismo puede decirse de las Administraciones independientes («el resto de los Entes del sector público...») liberadas en gran parte de la normativa general de los entes públicos (*ex* art. 6.5 LGP).

De este modo, se llegó a una aplicación prácticamente indiscriminada del Derecho privado con la pretensión de escapar a los controles puramente administrativos, en especial, huyendo de los procedimientos públicos de con-

<sup>7</sup> La Exposición de Motivos de la LEEA justificó la adopción de la terminología Empresas Nacionales, frente a la tradicional de Empresas públicas, por considerar paradójico y contradictorio el apelativo de públicas respecto de unas empresas regidas en su actuación precisamente por el Derecho privado.

<sup>8</sup> La LEEA marca el inicio de una etapa en la que se pretendió conceder cierta uniformidad normativa a los entes instrumentales. Su aprobación estaba absolutamente justificada por el panorama fragmentado e incompleto de la regulación hasta entonces vigente. No obstante, su principal objetivo fue, como sucedió con las normas precedentes, favorecer el control de los fondos manejados por dichas entidades cuya procedencia solía ser, por lo común, ajena a los Presupuestos generales del Estado (M. Baena de Alcázar, «Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración central», *RAP*, núm. 44, 1964, p. 59).

<sup>9</sup> En palabras de Jiménez Blanco y Parada, «esta distinción no conllevaba, en lo esencial, diferencias sustantivas de régimen, sino únicamente en el orden presupuestario» (A. Jiménez Blanco y R. Parada en el trabajo *La Administración pública, reforma y contrarreforma*, 1999, p. 103).

<sup>10</sup> Entre los denominados Organismos Autónomos de Carácter administrativo figuraban, entre otros, la Biblioteca Nacional, el Centro de Estudios Constitucionales, el Centro de Estudios Judiciales, la Escuela Nacional de Sanidad, el Fondo de Garantía Salarial, el Instituto de la Mujer... Y entre los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, por citar sólo algunos: el Boletín Oficial del Estado, Correos y Telégrafos, el Centro Español de Meteorología, las Confederaciones Hidrográficas...

<sup>11</sup> La LGP abandonó definitivamente la denominación de Empresas Nacionales y adoptó la de Sociedades Estatales dentro de la que se incluían: tanto las empresas constituidas en forma de sociedad mercantil en cuyo capital fuera mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos Autónomos, como una nueva categoría de Entes de Derecho público con personalidad jurídica que por ley habrían de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico privado.

tratación y de sus controles tradicionales. Efectivamente, la «*huida del Derecho administrativo*» —en conocida expresión de Fleiner— comienza con la creación de entes públicos cuya actividad queda sujeta al Derecho privado —lo que es diferente de la aplicación del Derecho privado a la actividad industrial del Estado a través de empresas estatales—. Entes que ejercen auténticas funciones públicas o actuaciones típicamente administrativas (servicios públicos, obras públicas...) pero que, por expresa previsión de su ley reguladora, quedan exentos de la aplicación de las normas administrativas.

Tal tendencia quedó normativamente plasmada en el Reglamento de contratación aprobado en 1975 (Decreto 3410/1975) por el que se dispensó a las Empresas Nacionales de las reglas y procedimientos sobre contratación pública y, finalmente, como hemos dicho, con la Ley de General Presupuestaria de 1977, creadora de las entidades de Derecho público, sujetas por Ley al Derecho privado. Desde entonces hasta hoy la privatización de la actividad administrativa se ha ido intensificando hasta extremos impensables con la continua creación de entes regidos por criterios empresariales y cuya actividad de contratación de obra y servicio público se halla sujeta al Derecho privado. Los actos que dicten tales entes son públicos pero su actividad logística queda por entero sometida al Derecho privado. Así sucede, por ejemplo, con el ente público Puertos del Estado, creado por la Ley 27/1992; o el Consejo Económico y Social, regulado por Ley 2/1991 como ente público sometido al Derecho privado en su contratación y al laboral respecto de su personal; HOLSA, S. A., sociedad mercantil de capital íntegramente público —ente público «disfrazado» de S. A.— al que se encomendó la contratación de obras e infraestructuras de los Juegos Olímpicos del 92 evadiendo la aplicación del Derecho público; la Agencia Estatal de Administración Tributaria; la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación aérea.

Sin olvidar además las transformaciones de organismos autónomos administrativos en organismos de carácter comercial, industrial o financiero. Así como la transformación de organismos autónomos en sociedades estatales, sobre la base de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado<sup>12</sup>.

Todos estos entes, abstracción hecha de los puntos en común, se caracterizaban sobre todo por las diferencias existentes entre ellos. Son pues abundantes sus peculiaridades y singularidades. De manera que nos encontramos realmente, como afirma Jiménez Cisneros, ante un Derecho estatutario como sistema normativo aplicable a las entidades instrumentales<sup>13</sup>, lo que a su vez provocó una práctica inaplicación de la LEEA de 1958.

Con la aprobación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo, modificada por el RDLeg 2/2000, de 16

<sup>12</sup> Vid. al respecto G. Ariño Ortiz, *Administración institucional. Bases de su régimen normativo*, IEA, Madrid, 1972, y Jiménez Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el Derecho Público Español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1986.

<sup>13</sup> F. J. Jiménez Cisneros, «Organización instrumental pública en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado», en la obra colectiva *Estudios sobre la LOFAGE*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 157.

de junio) se intentó mitigar la «huida» pero de forma más que cuestionable. Efectivamente, esta Ley se aprobó tras la condena al Reino de España por parte del Tribunal de las Comunidades Europeas (Sentencia de 17 de octubre de 1993) en la que declaraba incompatible con el Derecho comunitario, entre otros, el artículo 2.8 de la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965, con base en el cual se inaplicaba el régimen jurídico público de contratos a las entidades administrativas, públicas o privadas, que sometían su actividad al Derecho privado<sup>14</sup>.

La situación previa a la LOFAGE se caracterizaba, como hemos visto, por la existencia de una absoluta heterogeneidad de personificaciones jurídicas. Variedad que, según Santamaría Pastor, no era enteramente caprichosa y arbitraria, pues las funciones que tales entidades habían de desempeñar eran lo bastante dispares como para que resultara imposible que su organización y régimen jurídico se acomodasen a patrones uniformes. Por ello, los escasos intentos legislativos que se hicieron para disciplinar este universo de personificaciones perseguían unificar su régimen a base a clasificaciones tipológicas que inmediatamente quedaban desbordadas por nuevas normas, tendentes a extraer del ámbito de la Ley general a determinados organismos, por razones no siempre justificadas<sup>15</sup>.

El primer gran reto de la LOFAGE fue pues establecer cierta unidad en el caótico panorama jurídico de los denominados entes instrumentales<sup>16</sup>. Para ello derogó la LEEA e incluso los artículos 4 y 6 LGP [Disp. Derogatoria 1.c) y f)], eliminando así las clasificaciones anteriores —acabando en consecuencia la diferencia que marcaba la LGP entre organismos autónomos de carácter administrativo y los de carácter comercial, industrial, financiero o análogos—<sup>17</sup>.

Su pretensión básica ha sido la de racionalizar y actualizar la normativa referente a las denominadas Administraciones institucionales del Estado, dotándolas de una denominación genérica: organismos públicos «*en un esfuerzo simplificador de la normativa reguladora de la Administración General del Estado*», según dispone su Exposición de Motivos.

No obstante, el proclamado deseo de uniformidad se disipa en cierta medida si tenemos presentes dos factores. Primero, como señala Parejo Alfonso, que el sistema encierra el mismo peligro que existió en la Ley de Entidades Estatales Autónomas, ya que las leyes de creación de cada Organismo pueden alterar, debido a su igual rango, el régimen jurídico previsto

<sup>14</sup> En concreto las Directivas incumplidas eran la 93/36/CEE y la 93/37/CEE, ambas de 14 de junio de 1993, la primera relativa a contratos de suministros y la segunda a contratos de obras, pues ambas sujetan a sus prescripciones no sólo a las Administraciones públicas sino también a los organismos de derecho público.

<sup>15</sup> J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 1186.

<sup>16</sup> Una visión general del panorama nos la proporciona la obra *Administración instrumental, Libro Homenaje a Clavero Arévalo*, Civitas, 1994.

<sup>17</sup> Sin embargo, conviene señalar que la LOFAGE no deroga otros artículos de la LGP que contienen previsiones relativas a estas entidades en materia de presupuestos, contabilidad, control de eficacia...

en la LOFAGE<sup>18</sup>. De tal modo que, sin pretenderlo, la LOFAGE abre la puerta a una nueva multitud de categorías en las que podrían integrarse las futuras Administraciones instrumentales.

Y, en segundo lugar, la uniformidad se rompe asimismo si tenemos presente, como nos muestra Bacigalupo, la vigencia del artículo 6 [apartados 1.a), 2, 3 y 4] del Texto refundido de la LGP, que escapó de la generalizada derogación, referido a las Sociedades Mercantiles, personificación instrumental típicamente jurídico-privada, a pesar de ser mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho público<sup>19</sup>.

Por otra parte, el artículo 41 dispone que son organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, sin embargo, las Comunidades Autónomas son competentes para, en el marco de sus competencias exclusivas, regular el régimen jurídico de su propia Administración instrumental. Sin olvidar además las competencias que corresponden a los Entes locales de conformidad con la LRRL<sup>20</sup>.

La realidad es que la LOFAGE no contiene una regulación de la totalidad de los denominados entes instrumentales, sino que únicamente en su Título III, regula dos categorías de los mismos: los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales. Los primeros se rigen por el Derecho administrativo, mientras que las Entidades Públicas Empresariales realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, a diferencia de los Organismos Autónomos, se rigen como regla general por el Derecho privado —salvo en la formación de voluntad de sus órganos, el ejercicio de potestades públicas y en determinados aspectos de su funcionamiento— [ viniendo a ser realmente una continuación de los entes públicos del artículo 6.1.b) LGP]. A éstas ha de añadirse además la referencia que la Disposición adicional duodécima realiza a las Sociedades mercantiles (en cuyo capital es mayoritaria la participación directa o indirecta de alguna Administración pública) que se rigen «íntegramente por el ordenamiento jurídico-privado» y que no resultan reguladas por esta Ley, al no ser consideradas parte de la organización de la Administración general del Estado.

Por fin, en cuanto a las Administraciones independientes, éstas son recogidas de forma desordenada en las Disposiciones adicionales 8 a 10<sup>21</sup>.

De este modo, podemos afirmar que estos entes se caracterizan por su absoluta heterogeneidad. Bajo la denominación genérica de Organismos

<sup>18</sup> L. Parejo Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, Ariel, 1998, p. 425.

<sup>19</sup> M. Bacigalupo, «La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE», en la obra colectiva *La Administración pública: reforma y contrarreforma*, Madrid, 1999, p. 108.

<sup>20</sup> Sobre las Administraciones instrumentales de las Comunidades Autónomas, *vid.* A. Pérez Moreno, «Las entidades instrumentales de las Comunidades Autónomas», en el *Libro Homenaje a García de Enterría*, Civitas, p. 87.

<sup>21</sup> A propósito de las Administraciones independientes *vid.* el trabajo de F. J. Jiménez Cisneros, «Organización instrumental pública en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado», en la obra colectiva *Estudios sobre la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, *Estudios de Derecho judicial*, núm. 14, 1999, pp. 181 y ss.



públicos se agrupan dos categorías de entes con perfiles bien distintos. No obstante, la común adscripción a un mismo género ha obligado al legislador a contemplar determinadas disposiciones comunes a las que nos referimos seguidamente.

En primer lugar señalar que ambos poseen personalidad jurídica. Lo que supone la creación de un nuevo centro de imputación de derechos y obligaciones distinto del Estado, así como la posibilidad de sustituir el Derecho Administrativo general del Estado por otro Derecho singular nacido para el caso concreto<sup>22</sup>. Estamos ante lo que Ariño denomina «empleo táctico» de la personalidad jurídica<sup>23</sup>.

No obstante, aunque la LOFAGE, en su artículo 42, proclama categóricamente la personalidad jurídica de los organismos públicos, posteriormente en otros artículos (arts. 45, 51...) establece ciertos controles de eficacia de la actuación del ente instrumental por parte del fundador, lo que demuestra la existencia una dependencia permanente entre los organismos públicos y la Administración matriz. Razón por la cual, García de Enterría y Fernández Rodríguez, sostienen la imposibilidad de hablar de verdadera personalidad jurídica de los entes instrumentales, dada la ausencia total de un sustrato sociológico o real que las justifique como entidades sustantivas<sup>24</sup>. Podemos pues afirmar, como hace Clavero Arévalo, que el Ordenamiento jurídico reconoce a la Administración pública una prerrogativa de personificación que constituye una verdadera facultad exorbitante puesto que supone conceder personalidad jurídica en supuestos que verdaderamente no son personificables<sup>25</sup>.

También común es su régimen de creación, modificación o desaparición. La LOFAGE establece una reserva de ley para la creación de estos entes<sup>26</sup>. Lo que implica la imposibilidad de crearlos por medio de un acto administrativo o por una disposición de rango inferior a la Ley. Esta reserva de Ley ha sido criticada por parte de la doctrina, pues, como afirma Bacigalupo, lleva en su interior el germen del fenómeno del surgimiento de los entes apátridas. Es decir la proliferación de entes instrumentales cuyas leyes de creación o bien los sustraen por completo o en parte a la aplicación de la LOFAGE o establecen multiplicidad de peculiaridades que singularizan su régimen jurídico en relación con el previsto en la LOFAGE<sup>27</sup>. Por ello, parte de la doctrina mantiene que habría sido preferible, en aras a garantizar la uniformidad, que la LOFAGE hubiera impuesto la creación por Real Decreto del Consejo de Ministros, siempre sometido a la Ley y, en consecuencia, a sus previsiones generales.

<sup>22</sup> M. F. Clavero Arévalo, «Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones Autónomas», *DA*, núm. 58, 1962, pp. 113 y ss.

<sup>23</sup> G. Ariño Ortiz, *La Administración instrumental. Bases de su régimen jurídico. Mito y realidad de las personas jurídico-públicas en el Estado*, IEA, Madrid, 1972, p. 96.

<sup>24</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 9.ª ed., p. 400.

<sup>25</sup> Clavero Arévalo, «Personalidad jurídica...», *op. cit.*, p. 13.

<sup>26</sup> Reserva de Ley no impuesta por la Constitución que en su art. 103.2 sólo exige que los órganos de la Administración del Estado sean creados, regidos y coordinados «de acuerdo con la Ley».

<sup>27</sup> Bacigalupo, *op. cit.*, p. 138.

Como afirma Navajas Rebollar, la LOFAGE establece una reserva de Ley por otra Ley manteniendo el criterio establecido por la LEEA<sup>28</sup>. La Ley de creación, de conformidad con el artículo 61, deberá determinar ciertos aspectos del ente, como la clase de organismos que se crea, sus fines, el Ministerio matriz, recursos económicos, régimen de personal, régimen de contratación, patrimonial y fiscal. Y, por otra parte, se exige que el anteproyecto de Ley de creación vaya acompañado de una propuesta de estatutos y Plan inicial de actuación (art. 61.2).

La creación por Ley de los organismos públicos ha supuesto una constante invitación al legislador para establecer en cada caso concreto las diferencias y peculiaridades de cada ente, excepcionando el régimen general y dando lugar, en consecuencia, a abundantes entes apátridas, pues como afirma Bacigalupo, «ya que hay que molestar al legislador para crear un determinado Ente, aprovechése la oportunidad para hacerle un traje a medida»<sup>29</sup>.

En cuanto a la modificación o refundición de organismos públicos se llevará a cabo por Ley si resultaran alterados sus fines esenciales o el régimen económico y de personal, el régimen contractual, patrimonial o fiscal (art. 63.1). Sin embargo, la modificación podrá realizarse mediante Real Decreto en el supuesto de que afecte a la norma de organización (art. 63.3).

Finalmente, su supresión se realizará por Ley o por Real Decreto o bien por el transcurso del tiempo fijado en su Ley de creación o por la asunción de sus fines y objetivos por la Administración general del Estado (art. 64).

Otro punto en común lo configura su norma reguladora básica: los Estatutos. Estos constituyen la norma habilitante y legitimadora de la actuación de los organismos públicos. Los Estatutos contemplarán cuales hayan de ser sus competencias administrativas en función de los fines asignados. La exclusión expresa que realiza la LOFAGE de la potestad expropiatoria confirma la regla general según la cual los entes instrumentales no pueden ser titulares de tal facultad. Como mantienen García de Enterría y Fernández Rodríguez, la potestad expropiatoria sólo puede ser atribuida a los entes territoriales como consecuencia de que únicamente este tipo de entes representan los fines generales y abstractos de la Administración y, por lo tanto, sólo ellos pueden ser titulares de los poderes públicos superiores<sup>30</sup>.

Son también los Estatutos los que han de fijar los órganos máximos de dirección y su rango administrativo, estableciendo la forma de designación de sus miembros o titulares, los cuales se regirán por los criterios fijados en la Administración General del Estado.

Su aprobación se lleva a cabo por Real Decreto de Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministerios a los que se adscriben y a propuesta conjunta del Ministerio Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Tienen

<sup>28</sup> La exigencia de Ley por la LEEA supuso un notable cambio en relación con la normativa precedente en la que la creación de entes descentralizados se llevaba a cabo por medio de normas reglamentarias.

<sup>29</sup> M. Bacigalupo, «La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE: cuestiones para el debate», *Actualidad Administrativa*, vol. 3, 1988, p. 707.

<sup>30</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, 1999, p. 220.



pues rango de norma reglamentaria, lo que permite la agilización del procedimiento de reforma pero a la vez supone una innegable degradación de rango de las normas organizativas. Según Ferrer i Jacas este fenómeno enlaza con la desjerarquización de la estructura administrativa: la inexistencia de jerarquía entre profesionales afirmada por los estudiosos de la organización, o la propia exigencia de polivalencia de los funcionarios públicos, son fenómenos concomitantes que se producen en la misma línea de flexibilización de la organización administrativa<sup>31</sup>.

En la relación existente entre la Ley y los Estatutos de cada ente se establece una tensión entre las exigencias de flexibilidad y adaptación a las necesidades presentes en cada caso, que favorecería la asignación de un mayor papel a los Estatutos, y las exigencias derivadas de la legalidad, certeza y estabilidad que pueden reclamar una mayor intensidad en la intervención legislativa<sup>32</sup>.

En relación con el régimen de control que ejerce el Ministerio al que se adscriben, según Jiménez Cisneros<sup>33</sup>, se trata más bien de una manifestación de tutela material que implica el control de organizaciones personificadas superiores sobre inferiores. Lo que se traduce de hecho en la posibilidad que tiene el Ministerio de ejercer una serie de controles funcionales —control de eficacia y de resultados de su actividad (art. 43.2), dirección estratégica del Organismo (art. 43.2), control de los nombramientos y ceses de los órganos de dirección (art. 46)...— que alejan esta figura de la independencia en principio invocada y provocan un sometimiento al titular del Departamento ministerial, sin olvidar la marcada naturaleza política de este puesto y las consecuencias que esto puede conllevar en la dirección de los organismos públicos<sup>34</sup>.

La actividad asignada a estos entes no es precisamente uno de los puntos en común, antes al contrario, se encomienda a los Organismos autónomos la realización de actividades de fomento, prestacionales o la de gestión de servicios públicos; mientras que corresponde a las Entidades Públicas Empresariales la realización de actividades prestacionales, la de gestión de servicios o la de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Sin embargo, hay categorías de actividades que se atribuyen indistintamente a uno u otro tipo de entes. La distinción entre ambos tipos de actividad no es en absoluto nítida, lo que conduce a una elección caso por caso del tipo de ente con las consecuencias que ello tiene en relación con su régimen jurídico. En opinión de Ferrer i Jacas, quizás hubiese sido mejor que el criterio para elegir uno u otro tipo de ente fuera el de la dependencia o no de las reglas del mercado. Aquello que está sometido

<sup>31</sup> Ferrer i Jacas, *op. cit.*, p. 187.

<sup>32</sup> T. Font i Llovet, intervención en el seminario compilado en la obra colectiva *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, 1996, p. 231.

<sup>33</sup> Jiménez Cisneros, *op. cit.*, p. 176.

<sup>34</sup> *Vid.* al respecto Ariño Ortiz, en el trabajo «De la empresa pública a la empresa con participación pública: privatización o reforma», en *Estudios Jurídicos en homenaje a profesor Aurelio Menéndez*, pp. 1512 y ss.

al mercado puede dejarse a las reglas más suaves del Derecho privado, pero cuando tal sometimiento no se da es preciso el mayor «*embridamiento*» que las normas de Derecho público suponen. Al no hacerlo así nos encontramos con actividades que teniendo la misma relación con el mercado pueden ser sometidas a uno u otro Derecho al libre albur de quien decida<sup>35</sup>.

## II. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

En palabras de Santamaría Pastor, podemos definir los Organismos Autónomos como «*aquellas personificaciones instrumentales a las que se confía la realización de funciones de intervención, promoción y prestación de servicios en régimen no empresarial y, por tanto, con sujeción al Derecho Administrativo*»<sup>36</sup>.

Realmente estos organismos a pesar de su denominación no son propiamente autónomos, pues como afirma Ariño, se trata de «*puros mecanismos de gestión de tareas propias de la Administración central, de la que dependen y a la que se inscriben*»<sup>37</sup>. El grado de autonomía de estos entes es muy relativo puesto que su relación con el Ministerio al que se encuentran adscritos es realmente una relación tutelar. Lo que se traduce en una serie de facultades del Ministerio en relación con la aprobación de propuestas de gastos [art. 12.2.c)]; control de eficacia [art. 12.2.e)]; nombramiento y separación de los titulares de órganos directivos cuando la competencia no corresponda al Consejo Ministros o al propio Organismo Autónomo [art. 12.2.f)]; resolución de recursos contra actos del Organismo Autónomo [art. 12.2.i)]; propuesta y ejecución de los planes de empleo del Organismo Autónomo (art. 13.5); aprobación del Plan Inicial de Actuación (art. 62.2); autorización para la celebración de contratos de determinadas cuantías (arts. 49.2 y 57.2)...

En cuanto al Derecho aplicable, la LOFAGE establece con claridad el sometimiento de los Organismos Autónomos al Derecho administrativo (art. 45.1: «*Los Organismos autónomos se rigen por el Derecho Administrativo...*»). Lo que se traduce en la aplicación de la propia LOFAGE; de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común; de la Ley del Patrimonio del Estado; de las leyes aplicables a funcionarios; de la Ley General Presupuestaria en sus aspectos financieros y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su contratación (art. 49.1).

Sin embargo, no es del todo exacto afirmar la total y absoluta aplicación del Derecho administrativo («... *se someten plenamente al Derecho público*»<sup>38</sup>) cuando sigue existiendo actividad comercial de los Organismos Autónomos,

<sup>35</sup> J. Ferrer i Jacas, «Descentralización y carácter instrumental», en la obra colectiva *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, 1996, pp. 186-187.

<sup>36</sup> J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1991, p. 585.

<sup>37</sup> G. Ariño Ortiz, «Perspectiva actual...», *op. cit.*, p. 474.

<sup>38</sup> Artículo 45.1 LOFAGE.

incluso tras la reforma operada por la LOFAGE<sup>39</sup> (BOE, Confederaciones hidrográficas, Parque Móvil Ministerial...).

Por lo que hace a su actividad asignada, los Organismos Autónomos se caracterizan por el desarrollo de actividades puramente administrativas, como son las de fomento de servicios públicos, prestación y/o de gestión de servicios públicos («... y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos», art. 45.1).

Listado al que, según Parada, ha de añadirse la actividad de policía, ya consista en una actividad de limitación o sancionatoria o arbitral sobre la actividad de los administrados<sup>40</sup>. Actividad ésta que según Bacigalupo goza sin embargo de carácter accesorio, secundario o instrumental respecto de su actividad principal que es la expresamente señalada en la LOFAGE<sup>41</sup>. Aunque no existe obstáculo alguno para que en el futuro el legislador cree Organismos Autónomos cuya principal función sea precisamente la de vigilancia y policía, como de hecho ha sucedido con el Comisionado para el Mercado de Tabacos, al que la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria le asigna funciones de vigilancia para salvaguardar la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de la libre competencia efectiva en el mercado de tabacos en todo el territorio nacional (art. 5.3).

La actividad de los Organismos Autónomos deberá estar sujeta a un Plan de Actuación previamente aprobado por el Ministerio del que el organismo depende, previo informe de los Ministros de Economía y Hacienda y de Administraciones públicas. El contenido de este Plan deberá referirse a los objetivos, recursos humanos, financieros y materiales para ello. Como señala Cosculluela Montaner, este Plan constituye el elemento esencial para la dirección estratégica de los Organismos Autónomos<sup>42</sup>. Pero además el Ministerio matriz mantiene un constante control de eficacia sobre la consecución de los objetivos señalados en el Plan, y de la adecuada utilización de los recursos asignados. Este control de la Administración matriz es independiente de otros controles previstos por la Ley General Presupuestaria.

Posiblemente la técnica de control más intensa de los Organismos Autónomos por parte de la Administración matriz radique en la facultad de nombramiento y remoción de los cargos directivos de los mismos de forma discrecional.

En el artículo 46, la LOFAGE dispone que el nombramiento de los titulares de los órganos directivos de los Organismos Autónomos se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado, lo que, según Navajas Rebollar, es tanto como mantener el nombramiento y cese de los

<sup>39</sup> F. J. Jiménez Cisneros, «Organización instrumental en la LOFAGE», en la obra colectiva *Estudios sobre la LOFAGE*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 169.

<sup>40</sup> R. Parada, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Organización y empleo público*, Madrid, 1997, pp. 251 y ss.

<sup>41</sup> Bacigalupo, *op. cit.*, p. 115.

<sup>42</sup> L. Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 275.

mismos en manos del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Departamento ministerial al que se encuentre adscrito el Organismo Autónomo<sup>43</sup>. De este modo se asegurará la «obediencia» de las directrices impuestas desde el Ministerio.

Como afirman García de Enterría y Fernández Rodríguez, la dirección sobre el ente filial se actúa esencialmente a través del personal superior que nutre los órganos directivos del ente, en cuanto que es un personal dependiente de los órganos superiores del ente matriz. La relación de confianza entre unos y otros queda enteramente garantizada con el poder de revocación o separación del cargo por parte de los titulares del ente matriz<sup>44</sup>.

Tradicionalmente en este tipo de organismos eran preferidos los funcionarios públicos al personal laboral. Así lo contemplaba la LEEA explicando, en su Exposición de Motivos, que se trataba de «una declaración necesaria para evitar la disparidad de trato entre unos y otros Organismos...» y de otra «porque no otra calificación que la de funcionarios públicos merecen quienes se consagran de lleno con los requisitos que esta Ley determina a servir los intereses públicos en los Organismos autónomos, instrumentos personificados del Estado».

La LOFAGE, sin embargo, sigue los términos fijados para la Administración General del Estado, distinguiendo entre el personal funcionario y el laboral, aplicándose las normas generales previstas para la Administración General del Estado (art. 47.1) —Ley de Incompatibilidades; Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública<sup>45</sup>— sin perjuicio de las peculiaridades que en los sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y movilidad de personal establezca la regulación propia del Organismo Autónomo (art. 47.3). Estas posibles reglas especiales, como afirma Parejo, pueden posibilitar el mantenimiento dentro del Organismo del personal que la propia entidad haya ido profesionalizando en el sector específico de la actividad encomendada al mismo, pero también pueden servir para posibilitar un «atrincheramiento corporativo de su personal»<sup>46</sup>.

La intervención del personal laboral que al principio fue tímida ha ido en claro aumento hasta el punto de poder afirmar que existe una tendencia a la laboralización del personal al servicio de las Administraciones públicas. En este proceso han sido determinantes las mismas causas que justificaron el progresivo uso del Derecho privado por las Administraciones públicas. En definitiva la necesidad de una mayor eficacia y agilidad en la selección del personal, así como la huida del derecho funcionarial dotado de una mayor rigidez y sometido en bloque al principio de legalidad.

La constitucionalidad de la laboralización del personal al servicio de la Administración pública ha resultado cuestionada por autores como Parada que establece tres criterios sobre los que basa la «reserva constitucional de Derecho administrativo»: 1) la expresa mención que al respecto hace nuestra Cons-

<sup>43</sup> Nabajas Rebollar, *op. cit.*, p. 109.

<sup>44</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, p. 403.

<sup>45</sup> Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública con las modificaciones introducidas por la Ley 30/1988, de 28 de julio, como resultado de la STC 99/1987, de 11 de junio.

<sup>46</sup> L. Parejo Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. II, Ariel, Barcelona, 1998, p. 427.

titución en los artículos 103 y 149.1.18; 2) la vulneración que del artículo 14 supone la aceptación generalizada del personal laboral por agravio a los funcionarios; y 3) la contradicción con el principio de jerarquía que supone la relación de carácter laboral en la que predomina el carácter tuitivo del Derecho laboral y no el interés público presente siempre en la relación funcionarial<sup>47</sup>.

Finalmente, la LOFAGE impone una intensa intervención ministerial en la política de recursos humanos al estar obligados los Organismos Autónomos a aplicar las instrucciones que al respecto les dicte el Ministerio de Administraciones Públicas, así como a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su propia Ley de creación (art. 47.4). Con estas medidas se trata de garantizar la transparencia en la relación de instrumentalidad en una materia de tanta importancia como es la del personal al servicio del Organismo Autónomo, debido fundamentalmente —como señala Valero Torrijos— a las importantes repercusiones presupuestarias, organizativas y de igualdad de acceso a la función pública que las decisiones en este ámbito pueden tener en el conjunto de la Administración respectiva<sup>48</sup>.

El control es ejercido también por los Delegados de Gobierno respecto a los Organismos Autónomos ubicados en su territorio (art. 22.1), llegando incluso a informar las propuestas de nombramiento de sus titulares (art. 23.1).

En cuanto al régimen patrimonial de estos entes, con carácter general se aplicará la Ley de Patrimonio del Estado. Esta dispone, en su artículo 84, lo siguiente: «*Los bienes inmuebles propiedad de los Organismos Autónomos, integrados por ende en sus respectivos patrimonios, que no sean necesarios para el cumplimiento directo de sus fines, se incorporarán al Patrimonio del Estado. La entrega se hará por conducto del Ministerio al que esté afecto el Organismo.*» En definitiva, la LPE establecía la indisponibilidad de estos bienes, excepción hecha de la previsión contemplada en el art 85, de acuerdo con el cual se permitía la enajenación por los Organismos Autónomos de «*los bienes adquiridos por los mismos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico de acuerdo con sus peculiaridades, así como los adquiridos para garantizar la rentabilidad de las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de las disposiciones por que se rigen*».

A pesar de lo previsto por la LPE, la LOFAGE contempla las siguientes especificidades (art. 48):

La competencia para la afectación o desafectación de bienes corresponde al Ministerio del que dependan los organismos autónomos, respecto de los bienes y derechos patrimoniales propios (art. 48.2). Cuando los bienes o derechos propios sean declarados innecesarios por el órgano competente del organismo autónomo, se incorporarán al Patrimonio del Estado, salvo que

<sup>47</sup> R. Parada, *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, pp. 370-371.

<sup>48</sup> J. Valero Torrijos, «Las peculiaridades básicas del régimen jurídico de personal al servicio de la Administración institucional. Opción de la LOFAGE», en la obra colectiva *El Estatuto de la función pública. ¿Una reforma adecuada?*, Genesam, Sevilla, 1999, pp. 391 y ss.

los Estatutos del Organismo Autónomo o la norma de creación del mismo hubieran previsto un destino diferente o su incorporación al patrimonio de la entidad (art. 48.1.2.º). Y si los bienes patrimoniales propios debieran afectarse a servicios públicos, el acuerdo corresponderá al Ministerio del que depende el Organismo Autónomo.

El Ministerio de Economía y Hacienda deberá no obstante ser informado de la enajenación de bienes inmuebles, pudiendo determinar su incorporación y afectación a cualquier otro servicio de la Administración General del Estado o su adscripción a otros organismo públicos en los términos y condiciones previstas por la Ley reguladora del Patrimonio del Estado (art. 48.1.4.º).

En cuanto a los bienes adscritos, su afectación o desafectación corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda que reúne sobre tales bienes todo tipo de competencias y funciones (art. 48.1 y 3).

En todo caso el Organismo Autónomo debe mantener actualizado un Inventario de bienes que será remitido al Ministerio de Economía y Hacienda con el fin de actualizar el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

Como se desprende del texto transcrito, el patrimonio de los Organismos Autónomos está constituido por bienes propios y bienes adscritos del Patrimonio del Estado<sup>49</sup>.

En relación con los bienes propios, autores, como Ariño, han mantenido la imposibilidad de hablar estrictamente de bienes de titularidad del Organismo Autónomo sino más bien de una titularidad fiduciaria, entendida como titularidad vicaria o en comisión, para un fin o destino, en la que, por consiguiente, el verdadero titular es el Estado<sup>50</sup>.

La Ley establece abundantes cautelas relativas al manejo de estos bienes por el Organismo Autónomo. En concreto las adquisiciones de inmuebles requerirán informe previo del Ministerio de Economía y Hacienda.

Otra forma de control radica en el inventario que de todos ellos, muebles e inmuebles, el Organismo autónomo, deberá mantener permanentemente actualizado.

En cuanto a los bienes adscritos mantendrán su naturaleza patrimonial o demanial abstracción hecha del destino que se les atribuya.

Como afirma Jiménez Cisneros, el artículo 49.2 constituye una positiva novedad frente a la vieja Ley del Patrimonio del Estado coherente con el principio de titularidad única del dominio público y en general del patrimonio por parte del Estado<sup>51</sup>.

Por lo que hace al régimen de contratación, de conformidad con el artículo 49, los Organismos Autónomos ajustarán su actividad contractual a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, esta

<sup>49</sup> Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley Bases del Patrimonio del Estado.

<sup>50</sup> G. Ariño Ortiz, *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico*, pp. 360 y ss.

<sup>51</sup> Jiménez Cisneros, en la obra colectiva *Estudios sobre la administración General del Estado*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, p. 202.



Ley excluye de su ámbito «los contratos de suministro relativos a actividades directas de los Organismos Autónomos de las Administraciones públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley» [art. 3.f)].

Esta referencia relativa a los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, debemos entenderla efectuada, tras la desaparición en la LOFAGE de esa figura, a las Entidades Públicas Empresariales en las que se convirtieron la mayor parte aquellos<sup>52</sup>.

En cuanto a los órganos encargados de la contratación, de conformidad con el artículo 12 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tendrán encomendada esta misión los representantes legales de los citados Organismos Autónomos, pudiendo fijar, no obstante, los titulares de los Departamentos ministeriales a los que se encuentren adscritos, la cuantía a partir de la cual será necesaria la autorización ministerial para la celebración de los contratos. El artículo 12.4 LCAP, contempla además la posibilidad de que en los Organismos Autónomos se constituyan las denominadas Juntas de Contratación, que actúan como órganos de contratación estando compuestas —de conformidad con el artículo 2 del RD 390/1996— por un Presidente, y el número de vocales que se determine por Orden ministerial a propuesta del Presidente o Director del Organismo.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de los Organismos autónomos será el establecido en la Ley General Presupuestaria (*ex art.* 50). Al respecto, el artículo 54 de la LGP dispone lo siguiente: «Los Departamentos ministeriales remitirán al Ministerio de Economía y Hacienda los estados de ingresos y gastos de los Organismos autónomos a ellos adscritos, formando un solo presupuesto por cada organismo, que comprenderá todas las actividades, operaciones y servicios que deba realizar en virtud de las funciones que tenga asignadas, y no podrá tener déficit inicial ni créditos destinados a obligaciones de carácter permanente que excedan el importe de sus ingresos ordinarios.»

El régimen económico de los Organismos Autónomos se encuentra regulado en el artículo 65 de la LOFAGE. Se trata éste de uno de los elementos clave que nos permiten marcar diferencias con las Entidades Públicas Empresariales. El rasgo diferenciador característico es que éstas no tienen consignaciones presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado [art. 65.1.c)], puesto que la regla general es su autofinanciación<sup>53</sup>, lo que sí sucede, sin embargo, con los Organismos Autónomos (art. 45.2: «Para el desarrollo de sus funciones, los Organismos autónomos dispondrán de ingresos propios que estén autorizados a obtener, así como de las restantes dotaciones que puedan percibir a través de los Presupuestos Generales de Estado»).

<sup>52</sup> Navajas Rebollar, *La nueva Administración instrumental*, Colex, Madrid, 2000, p. 111.

<sup>53</sup> Las Entidades Públicas empresariales deberán cubrir sus gastos con los ingresos que se deriven de sus operaciones y de los productos de su patrimonio, o a través de transferencias corrientes que les atribuyan las Administraciones Públicas.

Los Organismos Autónomos deben tener previstos en sus Estatutos los recursos económicos con los que financiarán su actividad. Estos, como hemos señalado, pueden provenir de las consignaciones presupuestarias de los Presupuestos Generales del Estado, pero también de transferencias corrientes o de capital de otras Administraciones o Entidades públicas, así como de ingresos que, en su caso, estén autorizados a percibir por su actividad.

En relación con el control interno de la gestión económico-financiera debemos tener presentes las reformas introducidas por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que añade al control ya existente a través de la Intervención General del Estado (arts. 92-98 LGP), otro control complementario de carácter permanente a realizar por la Intervención Delegada destacada en el Organismo correspondiente.

### III. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

En palabras de Parada Vázquez, las Entidades Públicas Empresariales pueden definirse como aquellos «*organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación y que se rigen por el Derecho privado excepto en la formación de voluntad de sus órganos, en el ejercicio de sus potestades administrativas y en aquellos otros aspectos previstos en la Ley, en sus Estatutos o en la LGP*»<sup>54</sup>.

Las Entidades Públicas Empresariales reguladas en la LOFAGE toman elementos tanto de los extintos organismos autónomos de carácter comercial, financiero o análogos, como de las Sociedades estatales del art. 6.1.b) LGP, e incluso de determinados entes de Derecho público sujetos a su propio estatuto jurídico<sup>55</sup>. Pero la realidad es que se caracterizan por una absoluta falta de sustantividad propia. En este sentido, afirma García de Enterría que la proliferación de estos entes denota por sí sola un rasgo capital de las mismas: su artificiosidad. Son creadas y extinguidas en virtud de simples decisiones de la voluntad estatal o autonómica (y paralelamente de los entes locales que más recientemente se han incorporado a este proceso disgregador) dando lugar a una multiplicatio entium que facilita precisamente la ausencia de un sustrato real<sup>56</sup>.

Esta crítica es aceptada por la mayoría de la doctrina, y así, por ejemplo, Betancor afirma que las Entidades Públicas Empresariales constituyen una figura injustificada desde el punto de vista del Derecho comunitario europeo, confusa respecto a los entes públicos de la Ley General Presupuestaria e incoherente respecto del régimen jurídico de los Organismos Autónomos

<sup>54</sup> R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, II, *Organización y Empleo Público*, p. 262.

<sup>55</sup> M. Navajas Rebollar, *La nueva Administración instrumental*, Colex, 2000, p. 121.

<sup>56</sup> E. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8.ª ed., Civitas, p. 389.

y de las empresas estatales contenido en la LOFAGE, pues se trata de una figura que intenta integrar de forma no acertada perspectivas lógicas radicalmente distintas: lo público y lo privado<sup>57</sup>.

Las Entidades Públicas Empresariales tienen atribuida la realización de actividades prestacionales, la de gestión de servicios públicos o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (art. 53). Es pues, como señala Jiménez Cisneros, la gestión económica la pieza clave de diferenciación entre ambos organismos públicos<sup>58</sup>.

No obstante, la cuestión relativa a la delimitación del ámbito funcional de estos entes resulta ciertamente complicada no sólo en relación con los Organismos Autónomos sino también respecto a las Sociedades mercantiles estatales. Esta problemática ha sido tratada en profundidad por Bacigalupo<sup>59</sup>, al señalar la existencia de *círculos secantes* en los ámbitos funcionales de las Entidades Públicas Empresariales y de los Organismos Autónomos en relación con las actividades «prestacionales», según se desprende de la lectura comparativa de los artículos 45.1 y 53.1 de la LOFAGE. Lo que nos lleva a pensar si en estas actividades «prestacionales» tiene libertad el legislador para seleccionar la forma instrumental a adoptar.

Al respecto, afirma Navajas Rebollar, que el dato clave para diferenciar una u otra figura instrumental radica en la existencia o no de «contraprestación» que sólo está prevista para la actividad de las Entidades Públicas Empresariales<sup>60</sup>.

Y, como ya hemos señalado, se nos plantea la posibilidad de crear Sociedades mercantiles para la realización de actividades propias de estos entes. Opción que nuevamente queda en manos del legislador<sup>61</sup>, dada la inexistencia de una genuina «reserva de funciones» a favor de las Entidades Públicas<sup>62</sup>.

El régimen de personal previsto para las Entidades Públicas Empresariales es diferente del contemplado para los Organismos Autónomos. Pues mientras el personal al servicio de éstos puede ser indistintamente funcionarial o laboral, el personal al servicio de aquellas se rige con carácter general por el Derecho laboral (*ex art. 55*).

No obstante, la existencia de personal funcionario podrá darse de forma excepcional siendo la Ley de creación del ente la que deberá determinar las condiciones conforme a las cuales los funcionarios de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas podrán cubrir estos

<sup>57</sup> A. Betancor, «Entidades Públicas Empresariales», en la obra colectiva *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, p. 215.

<sup>58</sup> F. J. Jiménez Cisneros, *op. cit.*, p. 171.

<sup>59</sup> M. Bacigalupo, «La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE», en la obra colectiva *La Administración pública, reforma y contrarreforma; Papeles de la Fundación*, núm. 46, 1999, pp. 117 y ss.

<sup>60</sup> Navajas Rebollar, *op. cit.*, p. 123.

<sup>61</sup> Un ejemplo de lo dicho lo encontramos en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en la que se regula el régimen jurídico de la empresa de Transformación Agraria, S. A. (TRAGSA). Sociedad mercantil a la que se encomiendan actividades típicas de la EPE.

<sup>62</sup> Bacigalupo, p. 126.

puestos, rigiéndose en todo caso por la legislación sobre funcionarios públicos. En este supuesto llama la atención que la LOFAGE no reserve el ejercicio de potestades administrativas al personal funcionario, como de hecho sí prevé en relación con los Organismos Autónomos (art. 47.1)<sup>63</sup>. Y ello a pesar de que el ejercicio de potestades administrativas por personal laboral es un fenómeno que viene siendo observado desde hace años y que se encuentra reconocido y generalizado en nuestro Ordenamiento<sup>64</sup>.

En cuanto a la selección del personal laboral, la LOFAGE marca nuevamente una excepción al regla general que rige para el resto de las Administraciones públicas incluidos los Organismos Autónomos (Ley 30/1984 y Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General de Estado, RD 364/1995). Efectivamente, dispone la LOFAGE que el personal directivo deberá ser nombrado atendiendo a criterios de profesionalidad y experiencia y el resto del personal, por lo tanto el no directivo, mediante convocatoria pública de conformidad con los principios de mérito, capacidad e igualdad (*ex art. 55.2*). Como señala al respecto Del Saz, esta declaración según la cual el personal laboral de estos entes se someterá a los principios de mérito, capacidad e igualdad es una «*mera declaración de intenciones o una simple obligación natural puesto que poco puede hacerse para controlar el fair play en la selección de personal de estos organismos. La amplia libertad de la que disfrutaban este tipo de entidades no sólo para fijar los procedimientos de selección sino también a la hora de excluirlas o dispensarlas para un contrato en concreto o para todo un tipo de contratos como es el caso del personal directivo y altos cargos, hace que esa invocación a los principios de mérito, igualdad y capacidad no sea otra cosa que un frío deseo cuando no una muestra de hipocresía*»<sup>65</sup>.

En cuanto al patrimonio de las Entidades Públicas Empresariales puede estar formado por bienes propios o adscritos para los que rigen las mismas normas ya expuestas que para los Organismos Autónomos. Tratándose de bienes de dominio público se cede también por el Estado el ejercicio de prerrogativas inherentes a estos bienes, en concreto, las relativas a su conservación, administración y defensa.

De conformidad con el artículo 48, las Entidades pueden adquirir a título oneroso o gratuito, poseer y arrendar bienes y derechos de cualquier clase, incorporándose al patrimonio el Estado los bienes que resulten innecesarios para el cumplimiento de sus fines. De este modo, el cumplimiento del fin se convierte en criterio delimitador de su patrimonio, perdiendo el derecho a tener la titularidad de aquellos bienes que no resulten necesarios y que pasarán por ello al Patrimonio del Estado.

La posición hegemónica de la que se dota al Ministerio de Economía y Hacienda, constituye una forma de control horizontal y en buena parte contradictorio e incompatible con los deseos de autonomía funcional y eco-

<sup>63</sup> Vid. en este sentido la opinión de S. Del Saz, *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995, p. 59.

<sup>64</sup> Navajas Rebollar, *op. cit.*, p. 126.

<sup>65</sup> S. Del Saz, *Contrato laboral...*, p. 59.

nómica de estas actividades empresariales públicas y, en todo caso, con la pretensión de autofinanciación de este tipo de organizaciones jurídico-públicas. Como afirma Jiménez Cisneros, lo razonable es que, cuando se plantea la decisión de desafectación y enajenación de estos bienes porque resulten innecesarios para la actividad o servicio a que en su día fueron afectados, quien deba decidir sobre la adopción de dicha resolución no sea un organismo o departamento exógeno a la actividad que, en la práctica constituye un verdadero freno al principio de autonomía funcional y económica que corresponde a tales entidades, sin perjuicio de que se establezcan otros controles de carácter financiero, presupuestario o incluso jurídico que modulen la actuación de estos entes<sup>66</sup>.

No obstante, la Ley de creación de cada Entidad Pública podrá, en atención a sus peculiaridades, prever un régimen diferente (art. 56). Como afirma Álvarez-Cienfuegos, de esta constante llamada a la excepcionalidad y singularidad se deduce que más que ante un régimen común para los organismos públicos en esta materia, la Ley permite y, en cierto modo potencia, la creación de tantos regímenes especiales como Entidades Empresariales se creen. Los puntos en común son cada vez menores entre las diferentes Entidades Públicas Empresariales<sup>67</sup>.

Por lo que hace a la contratación, la LOFAGE dispone, en su artículo 57, que se someterá al régimen establecido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, matizando que necesitarán autorización del titular del Ministerio del que dependa para la celebración de contratos de cuantía superior a la previamente fijada por él. La finalidad de esta previsión radica, en principio, en poner coto al anterior uso generalizado del Derecho privado en materia de contratos.

En este sentido, el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas dispone, en su artículo 1.3, que las Entidades Públicas Empresariales deberán ajustar su actividad contractual a sus postulados siempre que: 1) hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil, y 2) que se trate de entidades cuya actividad esté financiada mayoritariamente por las Administraciones Públicas u otras Entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se encuentre sometida a un control por parte de éstas últimas, o cuyos órganos de administración o dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas o por otras entidades de Derecho público<sup>68</sup>.

Cuando se trate de contratos de Derecho privado, según dispone el artículo 2 del RDLeg 2/2000, las Entidades deberán, no obstante, someterse

<sup>66</sup> F. J. Jiménez Cisneros, intervención en el seminario compilado en la obra colectiva *Estudios sobre la Administración General del Estado*, 1996, p. 182.

<sup>67</sup> Álvarez-Cienfuegos, *op. cit.*, p. 108.

<sup>68</sup> Al respecto dispone también la Disp. Adicional sexta del RDLeg 2/2000 que: «Las Sociedades Mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos Autónomos, o Entidades de Derecho público, 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 dichos principios.»

a sus previsiones relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de los contratos en los que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia y de servicios relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 891.521.645 pesetas, si se trata de contratos de obras o a 35.660.846 pesetas si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.
- b) Que su principal fuente de financiación tenga su origen en el capital transferido directa o indirectamente por las Administraciones públicas.

Pero además debemos tener presente que el artículo 61 de la LOFAGE permite que los estatutos de las Entidades Públicas puedan crear sociedades mercantiles, cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines que tienen asignados. Lo que puede significar, como indica Álvarez-Cienfuegos, que los controles públicos sobre los contratos celebrados en régimen de Derecho privado por estas sociedades mercantiles resulten casi imposibles, aún tratándose de la prestación o gestión de servicios y de la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación<sup>69</sup>.

Por último, sólo señalar en relación con los órganos encargados de la contratación que, de conformidad con el artículo 12 de la LCAP, hay que entender que serán competentes los representantes legales de las Entidades Públicas Empresariales, si bien, como ya indicamos, deberán obtener previamente, según dispone el artículo 57.2 de la LOFAGE, autorización del titular del Ministerio al que se hallan adscritos si se trata de la celebración de contratos de determinada cuantía superior a la fijada por el propio Ministro.

Por lo que hace a su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control financiero, en general, será de aplicación la Ley General Presupuestaria (*ex art. 58*).

Una de las diferencias fundamentales con los Organismos Autónomos, consiste en que las Entidades Públicas Empresariales se financiarán al igual que lo hacen las empresas privadas, es decir, como regla general no se benefician de partidas de los presupuestos públicos sino que sus ingresos provienen del precio que como contraprestación de su actividad perciban. Mientras que los Organismos Autónomos están sujetos a un presupuesto limitativo, las Entidades Públicas Empresariales lo están a otro estimativo<sup>70</sup>. En definitiva, deben cubrir sus gastos con los ingresos que generen en sus operaciones y de los productos de su patrimonio.

No obstante, de forma excepcional y cuando así lo contemple expresamente su Ley de creación, podrán beneficiarse de las consignaciones en

<sup>69</sup> J. M. Álvarez-Cienfuegos, «Entidades Públicas Empresariales», en la obra colectiva *Estudios sobre la LOFAGE*, 14, Madrid, 1999, p. 110.

<sup>70</sup> A. Betancor, «Las Entidades Públicas...», p. 221.



los presupuestos de otras Administraciones públicas, las transferencias de las mismas o la atribución específica de ingresos a percibir.

En cuanto al régimen de control y dependencia del ente matriz, mientras que los Organismos Autónomos dependen siempre de un Ministerio, las Entidades Públicas Empresariales pueden o bien depender de un Departamento Ministerial, o bien de un Organismo Autónomo. Pero al igual que los éstos, las Entidades Públicas Empresariales se hallan sometidas a controles de eficacia, es decir, control del grado de cumplimiento de los objetivos y de la correcta utilización de recursos asignados que corresponde al Ministerio o al Organismo Autónomo al que estuvieran adscritos.

Del texto del artículo 59 se desprende la escasa definición del contenido de la relación de dependencia o vinculación existente entre estas Entidades y la Administración General del Estado, en definitiva, de los poderes de los órganos ministeriales sobre aquellas. Se habla de dirección estratégica, de control de eficacia y de evaluación de los resultados obtenidos, pero no se precisan cuales han de ser las consecuencias jurídicas, las medidas a adoptar en el ejercicio de esas facultades de dirección en que consiste la dependencia o vinculación.

También se encuentran sometidos a controles de cumplimiento de los compromisos que, en su caso, hubiera asumido por medio del correspondiente convenio o contrato-programa. Control que ejercerá la Comisión creada ad hoc y el Ministerio de Economía y Hacienda en los casos previstos en la Ley General Presupuestaria. En concreto en los artículos 99 y 100, que han sido objeto de modificación por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, se establece el sometimiento de las Entidades Públicas Empresariales a un control financiero permanente que llevará a cabo una Intervención delegada ubicada en la Entidad de que se trate, todo ello sin perjuicio del control que directamente ejerza la Intervención General del Estado.

En relación con su actividad sometida a Derecho privado, el control judicial se ubicará evidentemente en la Jurisdicción civil o laboral, según corresponda, precisando reclamación administrativa que deberá resolver el órgano máximo de la Entidad, salvo si los estatutos atribuyen tal facultad al Ministro u Organismos público del que dependan. Su actividad sometida al Derecho administrativo, deberá estar sometida al régimen de recursos previstos por la LRJAP-PAC y posteriormente a los pertinentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Esta será asimismo competente para revisar la formación de voluntad de los órganos de gobierno, y aquellos aspectos señalados expresamente por la Ley, por sus Estatutos o por la Legislación presupuestaria.

En cuanto al Derecho aplicable, ésta constituye una de las más destacadas diferencias con los Organismos Autónomos, pues la LOFAGE dispone con claridad el sometimiento de las Entidades Públicas Empresariales al Derecho privado [viniendo a ser realmente una continuación de los entes públicos del art. 6.1.b) LGP]. Efectivamente, el artículo 53.2, prevé que éstas se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas que tengan atribuidas y en los

aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria. En definitiva, el personal se rige como regla general por el derecho laboral (*ex art. 55*) y los contratos por el derecho privado (*ex art. 57*). De este modo se manifiesta en toda su plenitud el fenómeno de la «huida del Derecho Administrativo».

Tal aplicación del Derecho privado a las Administraciones públicas se ha justificado en la teórica falta de agilidad y flexibilidad del Derecho público para la realización y desarrollo de determinadas actividades, en especial las relacionadas con la contratación; actividad contractual para la que pretenden un sistema de absoluta libertad al margen por completo de los controles públicos basados en la concurrencia, transparencia, publicidad y no discriminación. La manifiesta tensión existente entre la eficacia frente a las garantías precisas para una gestión transparente y pública, resultó salvada a favor de la eficacia que se suponía se derivaba de las fórmulas privadas de actuación. Pero esta mayor rapidez en la contratación implicaba inevitablemente la desaparición de la igualdad de oportunidades de los contratistas, dada la libertad adquirida en los procedimientos de selección.

Existe la convicción de que la buena marcha de determinadas actividades públicas de carácter económico requieren unas organizaciones con cierta autonomía, que se rijan por criterios empresariales y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad<sup>71</sup>. Se considera que *a priori* el ordenamiento jurídico-privado es más apropiado para el operador público que realiza una actividad económica<sup>72</sup>.

### 3.1. Juicio de oportunidad sobre la huida del Derecho administrativo

Existe la necesidad de «desmitificar» el uso del Derecho privado por la Administración. Lo primero que debemos señalar es que la pretendida mayor eficacia de la Administración cuando actúa bajo fórmulas de Derecho privado es, cuando menos, relativa. Al respecto, Martín-Retortillo, califica de «*enfermedad*» tal tendencia privatizadora y niega radicalmente que la utilización de la misma favorezca en absoluto la eficacia<sup>73</sup>.

Y esto porque, como señala Troncoso, se confunde la mayor eficacia de la empresa privada sobre el sector público, con la mayor eficacia de la Administración sometida al Derecho privado. La eficacia que la empresa privada obtiene proviene, entre otras muchas causas, de que los resultados de su gestión empresarial repercuten en el patrimonio del empresario y, por tanto, éste lleva a cabo un control más estricto de su gestión. Pero la Administración cuando actúa en régimen de Derecho privado «*no está con-*

<sup>71</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho...*, vol. I, p. 385.

<sup>72</sup> A. Troncoso, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 49.

<sup>73</sup> S. Martín-Retortillo, «Las empresas públicas; reflexiones en el momento presente», *RAP*, núm. 126, 1991.

dicionada por el riesgo empresarial, porque también en estos casos dispara con pólvora del Rey, que es, por definición, ilimitada»<sup>74</sup>. Sin perder de vista además los problemas relativos a la corrupción que tal huida al Derecho privado pueden sin duda traer consigo<sup>75</sup>.

Por otra parte, desde un punto de vista presupuestario, Jiménez Cisneros mantiene que, tras la huida del Derecho administrativo, se adivina la intención de evadir la aprobación presupuestaria de estos entes del control jurídico y político de las Cámaras; produciendo además la quiebra del principio de universalidad presupuestaria<sup>76</sup>.

En definitiva, como mantiene Ariño, es ilusa esa pretensión constante de la empresa pública por parecerse a la privada, pues difícilmente conseguirá la libertad de movimientos, la agilidad y prontitud de la privada al desarrollarse necesariamente en un sistema político, movido por intereses básicamente políticos<sup>77</sup>.

Pero tras tal desmitificación del uso del Derecho privado, es preciso reconocer que la «apostasía del Derecho administrativo», en conocida expresión de Garrido Falla<sup>78</sup>, viene a alertarnos sobre la innegable crisis de las instituciones administrativas y del propio Derecho administrativo que con su actual configuración se muestra incapaz de dar respuesta adecuada a las demandas y necesidades de la vida social del recién instaurado siglo XXI. Debemos pues interpretar la huida al Derecho privado como una muestra de la ineficacia actual de la Administración pública, lo que no significa en absoluto identificar tal huida con la solución ideal.

De este modo, las soluciones que se propongan han de partir de las causas que originan tal huida y, por lo tanto, es evidente que se precisa una flexibilización de los procedimientos de actuación administrativa, haciéndolos más operativos, de conformidad con las exigencias de la vida real. Es necesario, como mantiene Garrido Falla, una «reordenación de la tipología y régimen de las empresas públicas» impidiendo que el legislador y la propia Administración manejen a su antojo las categorías jurídicas<sup>79</sup>. En todo caso deben quedar en manos del Derecho público los procedimientos de preparación de los contratos y de selección de los contratistas. Y, por otro lado, la transformación en sociedades mercantiles para la prestación en régimen de gestión directa de determinados servicios públicos sólo estará realmente

<sup>74</sup> S. Del Saz, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo...», p. 177.

<sup>75</sup> Al respecto un conocido Profesor de Filosofía de Harvard, Robert Nozick afirmaba: «La corrupción es una muestra de lo que ocurre cuando el Estado detenta la mayoría del capital empresarial. A mayor poder (económico) estatal, mayor corrupción. Si un Gobierno es dueño de empresas, los gestores —políticos y funcionarios— pueden favorecer a unas compañías o particulares en detrimento de otros, facilitándoles información privilegiada, haciendo favores a cambio de votos» (cit. por G. Ariño Ortiz, *Economía y Estado*, p. 180).

<sup>76</sup> F. J. Jiménez Cisneros, *Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987.

<sup>77</sup> G. Ariño Ortiz, *Economía y Estado*, p. 207.

<sup>78</sup> F. Garrido Falla, «La nueva descentralización», *ABC*, 17 de febrero de 1992.

<sup>79</sup> Garrido Falla, «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», *REDA*, núm. 79, 1993.

justificada cuando se presten en régimen de competencia, en absoluto cuando se trate de una actividad monopolística<sup>80</sup>.

Como afirma Troncoso, el Derecho administrativo constituye una garantía de la sumisión de la Administración a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales. Respetado este núcleo del Derecho se puede reformar y reformular en aras a conseguir una mayor eficacia en su actuación<sup>81</sup>.

También el Derecho comunitario obliga a los entes públicos a adjudicar los contratos de obra pública y suministros según unos procedimientos públicos de selección de contratistas —aun cuando permite a cada Estado miembro establecer su propia regulación en lo relativo al contenido material, condiciones y ejecución de los contratos— con el fin de garantizar la libre competencia entre las empresas de todos los países miembros sin más excepciones que las expresamente previstas en su articulado. Desde la perspectiva del Derecho comunitario, ha señalado Muñoz Machado que la huida debe ser abandonada a riesgo de enfrentarse a este ordenamiento supranacional, en concreto, a los principios generales del procedimiento de las Administraciones públicas establecidos en el Derecho comunitario.

El Derecho administrativo, en cuanto Derecho público, es el resultado de la continua lucha por juridificar el ejercicio del poder y, por lo tanto, de fiscalización de sus actos<sup>82</sup>. La «privatización» de la actividad de la Administración supone pues la vuelta al pasado, ignorar las batallas ganadas y la lucha que durante años hemos llevado a cabo hasta lograr reconducir al poder a los límites que le corresponden. Es cierto que la Administración y su Derecho han de adaptarse al devenir de los tiempos —debería agilizarse, por ejemplo, el operar procedimentalizado retardatorio y carente de eficacia— pero ello no significa dar *a priori* por inválido e inútil lo que ha sido eficaz y válido hasta el presente. Se deben pues llevar a cabo aquellas modificaciones y adaptaciones de nuestro Derecho administrativo que permita flexibilizarlo y adaptarlo a las necesidades actuales y futuras pero, en ningún caso, como afirma Martín-Retortillo, relegar al «cuarto de los tratos viejos» al Derecho administrativo<sup>83</sup>, como si fuera absolutamente insusceptible de toda modificación o actualización. Y, por supuesto, debe mantenerse la integridad jurisdiccional del orden contencioso-administrativo. Se exige, pues, una necesaria adaptación de la actuación administrativa a las actuales circunstancias.

No estamos en absoluto en contra de determinadas excepciones a la regla general que debe ser el sometimiento al Derecho público de la Administración aunque actúe bajo personificaciones privadas, antes al contrario, tales excepciones bien justificadas tienen su razón de ser y han de ser aceptadas, pero, como señala Laguna de Paz, cuando la excepción pesa casi tanto como

<sup>80</sup> S. Del Saz, «La huida del Derecho administrativo...», p. 82.

<sup>81</sup> A. Troncoso, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 74.

<sup>82</sup> E. García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo...».

<sup>83</sup> S. Martín-Retortillo, «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *RAP*, núm. 140, mayo-agosto de 1996, p. 38.

la regla se evapora la garantía de los principios que las normas administrativas tratan de preservar<sup>84</sup>, y que, como hemos dicho, no son sino un logro que nos ha costado dos siglos alcanzar.

No debemos, pues, permitir que bajo la falsa idea de su anacronismo, obsolescencia y falta de validez para las exigencias actuales tal logro desaparezca, en expresión de Laguna de Paz, «*como el agua por el desagüe*». De este modo, la utilización de técnicas jurídico-privadas debe ser de nuevo reconducida al papel excepcional que tuvo en sus orígenes y siempre sometida a estrictos controles y límites. Debiendo existir un núcleo primero irreductible de Derecho público que preceda inexcusablemente a toda actuación de Derecho privado de la Administración<sup>85</sup>. En conclusión, y como afirma Martín-Retortillo, no debemos «*desandar la historia*»<sup>86</sup> y despreciar soluciones ya decantadas que, con ciertas matizaciones y modificaciones, nos vienen ya prácticamente dadas.

### 3.2. Las privatizaciones como reconocimiento expreso de una realidad de hecho demandada por los nuevos tiempos

La utilización del Derecho privado por las empresas públicas nos mueve asimismo a pensar en la conveniencia de *privatizar* definitivamente determinadas actividades hoy en día asumidas por el poder público de manera ciertamente «forzada» y utilizando técnicas de Derecho privado. Como afirman Raymon y González Páramo, «*la evidencia acumulada de la mayor parte de los estudios disponibles es concluyente: en general, la empresa pública es más ineficiente que otras alternativas organizadas basadas en la iniciativa privada*»<sup>87</sup>.

Se trataría de plantearnos abiertamente un «*proceso privatizador progresivo*», entendiendo por privatización: no la utilización del Derecho privado por la Administración, sino la transferencia de determinadas empresas públicas al sector privado, es decir, la *despublificación* de una actividad que deja de ser de titularidad pública para pasar a ser libremente desarrollada por los particulares. Y esto porque, como mantiene Troncoso, resulta difícil defender la necesidad de mantener una presencia activa de los poderes públicos en la actividad económica cuando éstos huyen del Derecho público hacia el Derecho privado para asimilarse de este modo a los empresarios priva-

<sup>84</sup> J. C. Laguna de Paz, «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995.

<sup>85</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1993, pp. 49 y ss.; A. Carretero Perez, «La teoría de los actos separables», *RAP*, núm. 61, 1970, pp. 83 y ss.; R. Alessi, *Instituciones de Derecho administrativo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 214 y ss. Martín-Retortillo contempla la importancia de la consideración de las Administraciones públicas y por lo tanto de las entidades jurídico-públicas, como poderes públicos a los que resulta en consecuencia aplicables aquellos principios constitucionales a ellos referidos —incluidas las personificaciones con forma de sociedad mercantil— y, por lo tanto, controlables por la jurisdicción de lo contencioso.

<sup>86</sup> S. Martín-Retortillo, «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *RAP*, núm. 140, mayo-agosto de 1966, p. 43.

<sup>87</sup> J. L. Raymon y J. M. González Páramo, *El papel de la empresa pública*, p. 22.

dos<sup>88</sup>. ¿No sería más lógico en estas circunstancias, y si efectivamente se consideran más aceptables las técnicas privadas, traspasar enteramente tales actividades a sujetos privados? De lo contrario, estamos dando lugar a unos «híbridos» difícilmente justificables en un contexto internacional caracterizado por el menor intervencionismo público, la liberalización creciente de la economía, la internacionalización de los mercados y la libertad de movimientos de capitales, bienes y servicios.

La realidad es que las empresas públicas a pesar del uso de técnicas privadas no han logrado la tan soñada y predicada eficacia. Sin olvidar además que privatizándolas se lograría una innegable reducción de gastos para los Presupuestos generales. Como mantiene López Guerra, «*la existencia de empresas públicas que no satisfagan adecuadamente esas necesidades ni, además sean rentables desde el punto de vista económico, supone una carga más a añadir al Presupuesto y una desviación de fondos públicos que resultarían más provechosamente utilizados en otras áreas*»<sup>89</sup>.

Lógicamente el proceso privatizador que predicamos debe ir inescindiblemente unido a las correspondientes medidas de control y fomento de la libre competencia, lo que supondrá por lo tanto una intervención administrativa y en absoluto el abandono total de los operadores privados a las libres fuerzas del mercado. Antes al contrario, el antiguo Estado productor e interventor debe ser sustituido por el *Estado regulador y controlador* que imponga una regulación, no como sustitutivo del mercado, sino al servicio del mercado, promotora e incentivadora de la competencia<sup>90</sup>.

### 3.3. Juicio de constitucionalidad sobre la huida del Derecho administrativo

Tras llevar a cabo un juicio de oportunidad, hemos llegado a la conclusión de la necesidad de intentar una «flexibilización» de nuestro Derecho administrativo con el fin de evitar seguir aceptando el uso de técnicas privadas de forma injustificada, dado que la soñada eficacia de las empresas públicas sometidas al Derecho privado en más teórica que real, escondiéndose tras ella en ocasiones el deseo de los poderes públicos de retener determinadas actividades o servicios de forma absolutamente injustificada en la actualidad.

Además, en aquellos supuestos en los que las empresas públicas están llegando a resultados claramente ineficaces, mejor sería sin duda alguna su privatización. Lo que además es plenamente acorde con las tendencias internacionales y conforme con el artículo 38 CE que podría resultar vulnerado en aquellos supuestos en los que los cambios en las circunstancias sociales y económicas hayan provocado el desmoronamiento de los antiguos servicios públicos.

<sup>88</sup> A. Troncoso, *op. cit.*, p. 76.

<sup>89</sup> L. López Guerra, «Las dimensiones del Estado social de Derecho», *Sistema*, núm. 38-39, 1980, p. 191.

<sup>90</sup> G. Ariño Ortiz, *Economía y Estado*, p. 357.



Por lo que hace al juicio de constitucionalidad, la situación expuesta ha sido denunciada por gran parte de la doctrina<sup>91</sup>, en especial, la exclusión de la aplicación de la Ley de Contratos —y por consiguiente de los procedimientos públicos de selección de contratistas— a los entes públicos que sometan su actividad al Derecho privado.

Opina al respecto Parada que, cuando la Administración «escapa» del Derecho administrativo «disfrazándose» de Sociedad Anónima o Ente Público sujeto al Derecho privado, no deja por ello de ser Administración y debería, en consecuencia, estar sujeta a los mismos principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad, neutralidad...), que el Derecho privado no sirve para garantizar<sup>92</sup>.

García de Enterría, recuerda al respecto que la Constitución impone a los poderes públicos determinados deberes que ninguna norma puede excluir por el procedimiento de creación de entes convencionales. Los poderes públicos no pueden equipararse a los privados entre otras muchas razones, porque manejan fondos públicos, y porque están obligados a la objetividad, imparcialidad y servicios a los intereses generales, quedando sometidos al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican<sup>93</sup>.

Para Del Saz, existe una «*reserva de Derecho administrativo*» en la Constitución que impide a la Administración convertirse en una persona de Derecho privado más evadiéndose de las garantías y controles a cambio de perder sus privilegios y que impediría que determinados actos administrativos quedaran excluidos del control judicial. Con base en esta afirmación, considera la autora que la huida del Derecho administrativo constituye una vulneración de la Constitución, al establecer ésta en sus artículos 103 y 106 una «*garantía institucional del Derecho administrativo que la hace inmodificable por el legislador ordinario*»<sup>94</sup>. Toda otra actuación administrativa sometida al Derecho privado es cuestionable desde un punto de vista constitucional con base en los artículos 103.1 («*La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*») y 106.1 CE («*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*»). A estos artículos es preciso añadir otros en los que se prevén una serie de principios connaturales al régimen jurídico-administrativo (el de legalidad y prohibición de arbitrariedad (art. 9.3); objetividad, mérito y capacidad

<sup>91</sup> Vid. al respecto, S. Del Saz, «La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, enero-abril de 1994.

<sup>92</sup> R. Parada, *Derecho Administrativo*, vol. I, *Parte General*, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.

<sup>93</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

<sup>94</sup> La *garantía institucional*, concepto acuñado por Carl Smith en referencia a la Constitución de Weimar, es una técnica que permite proteger a ciertas instituciones a las que se considera componentes esenciales de la organización jurídico-política y cuya preservación se juzga imprescindible e indispensable para asegurar los principios constitucionales.

(art. 23); imparcialidad (art. 103); igualdad (arts. 14 y 23) y actuación a través de procedimiento (art. 105.3), que forman lo que DEL SAZ ha denominado «*reserva de Derecho Administrativo*», a modo de garantía institucional del Derecho administrativo<sup>95</sup>, se trata de «*principios connaturales al régimen jurídico administrativo*» y que sólo ese régimen y los procedimientos que comporta es capaz de garantizar; y que deberán aplicarse incluso cuando la Administración actúa bajo personificaciones privadas pues aun entonces no deja nunca de ser Administración.

No faltan, sin embargo, asimismo autores que defienden la constitucionalidad de la huida del Derecho administrativo de forma sugerente y con argumentos a veces difíciles de rebatir. Entre otros, Borrajo o Malaret que defienden esta postura en especial en lo que atañe a la contratación. Entre sus argumentos en defensa de la «*desdramatización*» de la huida del Derecho administrativo se cuentan los siguientes: los cambios recientes que demandan asimismo nuevas fórmulas jurídicas; la vinculación, no sólo a la Constitución, sino también al Derecho comunitario; el posible control de la actuación de la Administración por otras jurisdicciones como por ejemplo, la penal. Argumentos que a pesar de su fuerza chocan frontalmente con la garantía de los principios constitucionales a los que toda actuación administrativa debe atenerse.

Borrajo Iniesta<sup>96</sup>, sobre la base del Derecho de la competencia, opina que la aplicación del Derecho privado no significa dejar exenta de control a la Administración sino someterla a mecanismos de control diferentes, pero en absoluto inexistentes. Mantiene la existencia de un nuevo Derecho privado, con gran cantidad de normas de *ius cogens*, que limita la libertad de la Administración, en especial con el fin de proteger a los administrados. Además los contratos que superen el umbral comunitario exigido por la CEE quedarían en todo caso sometidos a los principios de igualdad de trato y transparencia a los que obliga el Derecho europeo.

También Malaret, considera acertado el uso del Derecho privado por la Administración, si se tiene en cuenta que, según esta autora, los principios de publicidad y concurrencia en la selección de contratistas, deben imponerse con independencia del tipo de personificación adoptada y del régimen de contratación aplicable<sup>97</sup>. Para esta autora deben ser las cláusulas contractuales privadas las que hagan referencia a la vinculación a los principios de publicidad y concurrencia en el proceso de selección de contratistas.

Las de estos autores son, como vemos, soluciones *ex novo*, como si no resultase en absoluto posible modificar y adaptar a las actuales circunstancias nuestro ordenamiento administrativo, lo que entendemos perfectamente viable además de profundamente deseable y conveniente.

<sup>95</sup> S. Del Saz, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 178.

<sup>96</sup> I. Borrajo Iniesta, «El intento de huir del Derecho administrativo», REDA, núm. 78, 1993.

<sup>97</sup> E. Malaret, *Público y privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, 1993.

En definitiva somos de la opinión de que sólo el Derecho administrativo puede articular de forma efectiva la defensa de los principios y reglas que la Constitución impone a la Administración. Sin dejar de reconocer algo evidente como es la perentoria necesidad de una reforma de nuestras figuras administrativas y en definitiva del Derecho administrativo de cara a flexibilizarlo para adaptarlo a las demandas actuales.