

Creación, modificación y extinción de las Entidades públicas empresariales

Sumario: I. CREACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.— II. ESTATUTOS Y PLAN DE ACTUACIÓN.—2.1. Los estatutos.—2.2. Requisitos formales.—2.3. Requisitos materiales.—2.4. El plan inicial de actuación.—III. MODIFICACIÓN Y REFUNDICIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.— IV. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—V. RECURSOS ECONÓMICOS Y BIENES ADSCRITOS.

I. CREACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

El tratamiento conjunto del régimen jurídico de la creación, modificación, extinción y liquidación de las EPE no es sino una exigencia lógica por cuanto su contenido es idéntico a aquél que ha sido objeto de estudio en los Organismos autónomos y, consiguientemente, nos vamos a limitar a recordar escuetamente dicho régimen jurídico, así como a hacer mención a las especificidades propias de las EPE¹.

En lo que concierne a la creación, la exigencia más importante, y que tiene su origen en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, es que habrá de realizarse por ley (art. 61.1 LOFAGE), cuyo contenido se encuentra condicionado en cuanto a la necesidad de que se incluyan: por un lado el tipo de Organismo público ante el que nos encontramos (esto es, Organismo autónomo o Entidad pública empresarial) y, en segundo lugar, sus fines generales, el Ministerio u Organismo al que se encuentre adscrito, y, en su caso, los recursos económicos, las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial y fiscal. Pero las exigencias de la ley no son únicamente materiales sino que también lo son de carácter formal,

* Letrados de las Cortes Generales.

¹ «Donde existe una mayor similitud entre los Organismos autónomos y las Entidades Públicas empresariales es en el régimen de creación, modificación y extinción». José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, «Entidades públicas empresariales», en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Enrique Álvarez Conde, *Estudios sobre la Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 97 a 121.

por cuanto se exige que el Anteproyecto de Ley de creación del Organismo deberá ir acompañado de una propuesta de Estatutos y del Plan inicial de actuación del Organismo². Es precisamente en esta ley de creación y más en concreto en su contenido, aquella en la que se ha señalado que nos encontramos ante la mayor diferencia entre las EPE y los Organismos autónomos y ello en cuanto que el estatuto de los Organismos autónomos se presenta como cerrado, mientras que es mucho mayor la libertad del legislador. Así siguiendo el criterio apuntado por Betancor Rodríguez podemos señalar algunos ejemplos³:

- La sujeción de las Entidades a los principios de organización y funcionamiento del Título I de la Ley deberá acomodarse a la «naturaleza de sus actividades» [art. 44.2.b) LOFAGE], a diferencia de la de los Organismos Autónomos que no admite modulación.
- La posibilidad de que las EPE estén adscritas, no sólo a un Departamento Ministerial, sino también a otro Organismo público (art. 43.3 LOFAGE), lo que da lugar, en este último caso, a un control más indirecto y, consiguientemente, a una mayor libertad.
- En fin, la genérica cuestión de que la vinculación de la ley de creación a lo dispuesto en la LOFAGE será mayor en el caso de los Organismos autónomos precisamente por el sometimiento de éstos al Derecho público y no al privado.

Pero las mayores críticas por parte de la doctrina han ido dirigidas a la afirmación de principio, esto es, a la necesidad de que el Organismo sea creado por ley. La base en la que se sostiene la crítica radica en que este criterio «lleva en su interior el germen del fenómeno que históricamente ha venido dinamitando la unidad del sistema»⁴; en clara contradicción con la Exposición de Motivos de la propia LOFAGE en cuanto al objetivo genérico, en el marco de la Administración Institucional, de «racionalizar y actualizar la normativa». Resulta obvio que nada impediría la posibilidad a una ley posterior de modificar el régimen jurídico que contempla la LOFAGE, pero lo que se denuncia es que «el sometimiento de su creación a una reserva de ley singular, facilita la tentación de singularizarlos»⁵. Como apoyo constitucional a esta postura, los autores críticos con la regulación de la LOFAGE recuerdan que el artículo 103.2 de la Constitución dice que «los órganos de la administración son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley». Son muchas las cuestiones que serían susceptibles de tratar con res-

² La denominación de requisito de contenido y de requisito formal responde a la terminología utilizada por Santamaría Pastor en *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 634.

³ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, pp. 440 a 493.

⁴ Mariano Bacigalupo, «La administración Institucional del Estado tras la LOFAGE», en *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, Papeles de la Fundación, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1999.

⁵ *Idem*, p. 139. Gráficas y expresivas resultan las palabras del profesor Bacigalupo cuando dice: «¡ya que hay que molestar al legislador para crearlo, aprovechése la oportunidad para hacer al ente un traje a medida!».

pecto a este último argumento pero escapan ya, con mucho, el objetivo de este comentario⁶, y además quedan enmarcadas en un fenómeno más genérico denunciado por autores como García de Enterría cual es el de que esta posibilidad de una *multiplicatio entium* no es sino una consecuencia directa de su artificiosidad⁷.

II. ESTATUTOS Y PLAN DE ACTUACIÓN

2.1. Los Estatutos

Este artículo contempla la normativa reguladora básica: los Estatutos y el Plan de Actuación. Comenzando por los Estatutos⁸, se trata de una norma legitimadora de su actuación, de su norma reguladora básica⁹, por cuanto, como recoge el último inciso de este artículo, deben ser aprobados y publicados con anterioridad al comienzo del desempeño de sus funciones.

2.2. Los requisitos formales

Es precisamente el apartado cuarto el que recoge los requisitos formales de aprobación, que requieren de nuevo de un triple estadio con un marcado protagonismo de algunos Departamentos ministeriales: una primera fase de iniciativa que correrá a cargo del Ministro titular del Departamento del que dependa el Organismo público, una propuesta conjunta por parte de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y la posterior aprobación del Real Decreto por el Consejo de Ministros. El hecho de que se exija únicamente el rango reglamentario permite una mayor flexibilidad, sin perjuicio de que algunos autores lo critican; unos como Font i Llovet porque afirman que en la relación existente entre la ley y 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

⁶ Nos referimos a la consideración de las entidades de la Administración Institucional como órganos o como personas jurídicas, la compatibilidad entre la condición de órgano y de personalidad jurídica; el desarrollo que ha dado la jurisprudencia constitucional a la fórmula «de acuerdo con la ley». En fin, a título meramente indicativo quepa recomendar en la primera cuestión el artículo del profesor Santamaría Pastor, «La teoría del órgano», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, y en la segunda recordar la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto a la fórmula «de acuerdo con la ley».

⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10.ª ed., 2001, p. 397.

⁸ Algunos ejemplos de Estatutos de Entidades Públicas Empresariales son: El Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero, que aprueba los Estatutos de la Entidad «Red.es» (modificado, en una muestra más de la «voracidad» de las denominadas leyes de acompañamiento, por el artículo 80 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre); el Real Decreto 50/1992, de 24 de enero, que aprueba los Estatutos de la Entidad «Escuela Oficial de Turismo»; el Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, que aprueba los Estatutos del «Instituto de Crédito Oficial»; el Real Decreto 1525/1999, de 1 de octubre, que aprueba los Estatutos de la «Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo».

⁹ María Calvo Charro, *op. cit.*, p. 537.

asignación de un mayor papel a los Estatutos, y a las exigencias derivadas de la legalidad, certeza y estabilidad que pueden reclamar una mayor intensidad en la intervención legislativa»¹⁰; y otros porque sostienen que supone «una degradación en el rango de las normas organizativas»¹¹. Se trata esta última de una postura discutible a nuestro juicio, por cuanto precisamente, y sin que compartamos dicha opinión, hubo que esperar a Santi Romano para reconocer la plena juridicidad de las normas organizativas y no faltan aquellos autores que siguen considerando el ámbito de organización administrativa como el último exponente de la modalidad de los reglamentos independientes. A este respecto es bueno recordar la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que declara que sólo es admisible «en el ámbito interno con fines puramente autoorganizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial» o la de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de diciembre de 1987; cierto es que todo ello con los oportunos matices en cuanto al sometimiento de las reglas organizativas que fija nuestro propio texto constitucional, y baste para ello releer el artículo 103.2 que contiene los principios básicos al respecto, manifestando, en último término que, como dice Martín Mateo «la organización, en el campo de la Administración, es eminentemente jurídica»¹².

2.3. Los requisitos materiales

Mayor interés tienen los aspectos de carácter material, por cuanto los Estatutos tienen un contenido tasado: cuáles hayan de ser sus competencias administrativas en función de los fines asignados; los órganos máximos de dirección y su rango administrativo, estableciendo la forma de designación de sus miembros o titulares; el patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que han de financiar al Organismo; el régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación; el régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y de contabilidad, que será, en todo caso, el establecido en la Ley General Presupuestaria; ... pero hay dos concretos aspectos en los cuales es necesario incidir: el primero referido a la única peculiaridad que contempla el régimen de creación, modificación, extinción y liquidación con respecto a las EPE; y el segundo concerniente al apartado f) del artículo 62.1 LOFAGE, esto es, la facultad de creación o participación en sociedades mercantiles cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

¹⁰ R. Font i Llovet, intervención en el seminario compilado en la obra colectiva *Estudios sobre la Administración General del Estado*, Universidad Carlos III, 1996; tomado de Calvo Charro, «La Administración Institucional. Los Organismos públicos», en Jaime Rodríguez-Arana (dir.) y María Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 538.

¹¹ María Calvo Charro, «La Administración Institucional. Los Organismos públicos», en Jaime Rodríguez-Arana (dir.) y María Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp. 529 a 559.

¹² Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, 22.ª ed., Aranzadi, 2003, p. 116.

En cuanto a la primera cuestión el artículo 62.1.b), en el último inciso, recoge la necesidad de que los Estatutos señalen los órganos a los que se confiere el ejercicio de las potestades administrativas. Se trata de una cuestión que ya ha sido objeto de un cierto tratamiento en el comentario relativo al personal al servicio de las EPE, por ello allí nos remitimos sin perjuicio de señalar algún ejemplo concreto: así es el caso de los artículos 10 y 14 del Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Entidad «Red.es», y que atribuyen dichas funciones al Consejo de Administración y al Director General respectivamente o el artículo 11 del Real Decreto 1525/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la Entidad «Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo».

Respecto a la segunda, la posibilidad de participación o de creación de sociedades mercantiles, se han vertido algunas críticas a lo que Mariano Bacigalupo, de nuevo en una gráfica expresión, ha denominado «entes instrumentales en cascada». Nos encontramos ante una nueva manifestación de quiebra de la *voluntas legislatoris* en cuanto al objetivo de racionalización que se pretendía con la Ley 6/1997. En realidad es una muestra más del fenómeno genérico, y absolutamente consolidado desde el punto de vista doctrinal, de huida del Derecho Administrativo que tiene como consecuencia directa, en este concreto supuesto, en una relajación de los vínculos entre la Administración matriz, el ente instrumental y la sociedad mercantil. En realidad esta opción la somete la ley al cumplimiento de un requisito: «cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados». Dos preguntas que plantea Bacigalupo son prueba de la incongruencia de esta disposición desde el punto de vista de la lógica teórica¹³: la primera sería ¿es siquiera concebible que los fines asignados a un Organismo autónomo no se puedan lograr sino a través de una sociedad mercantil interpuesta?; y si es así, ¿por qué opta el legislador por una personificación instrumental jurídico-pública y sometida al Derecho Administrativo? La segunda, que afecta directamente a las EPE ¿por qué y, sobre todo, para qué necesita una Entidad pública empresarial crear una sociedad mercantil, si ya de por sí se rige con carácter general por el Derecho privado?

2.4. El plan inicial de actuación

Distinto, aunque relacionado con los estatutos, es el plan inicial de actuación (art. 62.3 LOFAGE) que, desde el punto de vista formal es aprobado, no por el Consejo de Ministros, sino por el titular del Departamento Ministerial del que dependa el Organismo público, de nuevo con el absoluto protagonismo de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda por cuanto se requiere de un informe favorable. El contenido del Plan será concretado reglamentariamente, sin perjuicio de que

¹³ Mariano Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

la LOFAGE exige un contenido obligatorio: los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento del Organismo; y, en segundo lugar, los objetivos a alcanzar por parte del Organismo público. Este segundo inciso es particularmente relevante por varios motivos: en primer lugar porque delimita las funciones a desarrollar por parte del Organismo, lo cual es de agradecer frente a las críticas que hemos apuntado con anterioridad, por cuanto es un factor que sí contribuye, o así debería hacerlo, a una racionalización por lo menos explicativa; también sirven, tal y como posteriormente se mencionará, a los efectos de señalar el momento en el que se dé uno de los supuestos que provocan la extinción y posterior liquidación del Organismo público de que se trate. Hay un último factor al que contribuye este plan, cual es el permitir la posibilidad de medir, con base en dichos parámetros, la eficacia de la labor desempeñada por el Organismo, materia esta que en todo caso ha sido objeto de análisis con el comentario a lo dispuesto en el artículo 59 LOFAGE y al cual nos remitimos; sin perjuicio de recordar que, con base en el artículo 172 de la Ley 47/2003, le corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, el efectuar una revisión del cumplimiento de las previsiones recogidas en estos Planes a los efectos de informar sobre la adecuación a la realidad de sus objetivos y sobre la continuidad de las circunstancias que dieron origen a la creación del organismo.

III. MODIFICACIÓN Y REFUNDICIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

También se contempla al igual que en el supuesto de creación del Organismo, la necesidad de que se haga a través de una ley, sin embargo la diferencia es relevante por cuanto aquí constituye la excepción: así el artículo 63.1 LOFAGE sólo lo obliga cuando suponga una alteración de los fines generales del Organismo, del tipo de Organismo Público o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos, al régimen de personal, de contratación, patrimonial o fiscal. El resto de supuestos, esto es, la mayoría de los casos, bastará con un Real Decreto, eso sí, deberá ser a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del Ministro o Ministros de adscripción; ello salvo que se limite a modificar aspectos puramente organizativos, en cuyo caso basta la iniciativa por parte del Ministro de Administraciones Públicas (artículo 63.2 y 3 LOFAGE); encontrándonos de nuevo ante una nueva muestra de la relajación que se produce en cuanto al rango normativo exigible cuando nos limitamos a lo que podrían denominarse aspectos *ad intra* de la Administración Institucional.

IV. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

Al igual que hemos visto en nuestro comentario al precepto anterior, también nos encontramos ante la variación de rigor del tipo de norma exigible en función de los motivos a los que responda la extinción: en este caso la regla general sería la exigencia de ley, de forma correlativa a los requisitos de creación, pero se admite que sea necesario únicamente un Real Decreto cuando se dé alguno de los motivos contemplados en el artículo 64.1 LOFAGE: por el transcurso del tiempo de existencia fijado en la ley, porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por una Administración Territorial (estatal o autonómica) o porque sus fines hayan sido cumplidos, de tal modo que pierda sentido la permanencia del organismo autónomo.

Es el apartado segundo del mismo artículo 64 el que contempla el régimen jurídico de la liquidación propiamente dicha, haciendo hincapié en dos aspectos: el personal al servicio del Organismo público, respecto del cual se establecerán las medidas oportunas dentro del respeto a la normativa en la que se encuentren encuadrados; y el régimen patrimonial, quedando integrado en el Patrimonio del Estado los bienes y derechos sobrantes de la liquidación, a los efectos de su afectación a otros servicios de la Administración General del Estado o de su adscripción a los Organismos que procedan conforme a la propia regulación del Patrimonio del Estado.

V. RECURSOS ECONÓMICOS Y BIENES ADSCRITOS

Ya se ha hecho referencia a este precepto en un momento anterior, al comentar el artículo 56 LOFAGE. Dado que el régimen de recursos económicos de los Organismos autónomos se analiza en los comentarios a dichos entes públicos y el artículo 65.2 LOFAGE ha sido objeto de tratamiento en el comentario al artículo 56 del citado cuerpo legal, a efectos sistemáticos, lo más correcto es remitirse a lo allí expuesto.