

Las Entidades públicas empresariales

Sumario: I. FUNCIONES Y RÉGIMEN GENERAL APLICABLE A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—1.1. Introducción.—1.2. Las entidades públicas empresariales como parte integrante de la Administración instrumental.—1.3. Régimen Jurídico.—1.4. Diferenciación de figuras afines: las Sociedades Mercantiles Estatales.—1.5. Funciones.—1.5.1. Las funciones de la Administración pública en general.—1.5.2. Las actividades de prestación y de servicio público.—1.5.3. La actividad de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.—1.6. Diferenciación de figuras afines.—1.7. La sumisión al ordenamiento jurídico privado.—1.8. Excepciones a la regla general de sumisión al ordenamiento jurídico privado.—II. EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS.—III. PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—IV. PATRIMONIO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—4.1. Introducción.—4.2. El régimen patrimonial de las entidades públicas empresariales en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.—4.2.1. El concepto de patrimonio del Estado.—4.2.2. Los fines de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con la Administración Instrumental.—4.2.3. El principio general: Autonomía de los organismos públicos en la gestión de su patrimonio.—4.2.4. Normas organizativas y competencias.—4.2.5. Análisis de los distintos tipos de recursos de la Administración Instrumental.—4.2.6. El patrimonio empresarial de la administración General del Estado.—V. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—VI. RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—6.1. Introducción.—6.2. Régimen Presupuestario.—6.3. Régimen contable.—6.4. Régimen de control.—VII. CONTROL DE EFICACIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—7.1. Introducción: control y eficacia.—7.2. Control genérico.—7.3. Control específico.—7.4. Conclusión.—VIII. IMPUGNACIÓN Y RECLAMACIÓN CONTRA LOS ACTOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.—8.1. Introducción.—8.2. Las vías administrativas impugnatorias.—8.3. Actos que ponen fin a la vía administrativa: la disposición adicional decimoquinta.—8.4. Las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral.

* Letrados de las Cortes Generales.

I. FUNCIONES Y RÉGIMEN GENERAL APLICABLE A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

1.1. Introducción

El Capítulo III del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE) desarrolla el régimen jurídico de las llamadas Entidades Públicas Empresariales (en adelante EPE). Su análisis exige diferenciar, como la propia Ley hace en su articulado, entre el concepto de EPE, sus funciones, régimen jurídico y distintos aspectos de las mismas: personal, patrimonial, de contratación, financiero, de eficacia y de impugnación.

El artículo 53 de la LOFAGE define a las EPE como Organismos públicos. Con ello ya se están anunciando varias cosas: la primera, de naturaleza conceptual, es que las EPE forman parte de lo que doctrinalmente se ha denominado la «Administración Institucional» del Estado; la segunda, de carácter normativo, es que a las mismas es de aplicación la regulación general de los Organismos públicos, contenida en los artículos 41 a 44 y 61 a 65 LOFAGE; la tercera, a efectos de una delimitación clara de su naturaleza, es que en la medida en que las EPE son Organismos públicos deben ser distinguidas con precisión de las llamadas sociedades mercantiles estatales a las que se refiere la DA 12.^a de la LOFAGE.

Además, el precepto analizado de la LOFAGE especifica cuáles son las funciones que pueden tener encomendadas este tipo de Organismos públicos: actividades prestacionales, gestión de servicios o producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Estas funciones se inscriben dentro del amplio abanico de formas de actuación que puede llevar a cabo la Administración Pública, se contraponen a las que pueden desarrollar los Organismos autónomos y presentan, cada una de ellas, características propias.

Por último, el artículo 53 LOFAGE establece cuál es el régimen general por el que se rigen las EPE —el Derecho Privado— y cuáles son las excepciones a esta sumisión al Derecho Privado —formación de la voluntad de sus órganos, ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y aspectos específicamente regulados para las mismas en la propia Ley—. En relación con este régimen al que se someten las EPE habría que analizar los siguientes aspectos: la problemática derivada de la sumisión de determinadas personificaciones de la Administración Pública al Derecho privado, en lo que doctrinalmente se conoce como la «huída del Derecho Administrativo» y las tres excepciones a esta sumisión expresamente contempladas en la LOFAGE anteriormente señaladas, tres aspectos que no son más que una manifestación de los requisitos que impone el Estado de Derecho al funcionamiento de la Administración Pública.

A lo largo del comentario al presente artículo, se analizarán los distintos aspectos señalados, con la intención de que, a su través, se logre obtener una percepción más o menos clara de qué es una EPE.

1.2. Las Entidades Públicas Empresariales como parte integrante de la Administración Instrumental

La consideración de las EPE como Organismos públicos supone la inclusión conceptual de éstas en lo que se denomina «Administración Institucional»¹. La complejidad organizativa es uno de los rasgos característicos de las actuales Administraciones Públicas y se manifiesta, fundamentalmente, en el recurso continuo a la creación de entes instrumentales en la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Tal creación tiene como finalidad, el hacer frente a la dificultad creciente y a la especialización de las funciones administrativas y a la necesidad de lograr una mayor eficacia en la gestión de las mismas²; el problema, como apunta Parejo Alfonso³ es que el espectacular crecimiento de las actividades y responsabilidades estatales no ha ido acompañado de una adecuada actualización de las formas de organización de la actuación pública, de un «repensamiento de lo Público», como apunta Betancor Rodríguez⁴. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA) y 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP), forman parte de esa galaxia de Administraciones Públicas: la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales y la Administración Institucional o Instrumental, además de la Administración Corporativa.

Históricamente, la Administración Institucional encuentra sus precedentes en conceptos antiguos como el de *ecclesia mater et domina* frente a las *ecclesia filiae*, en realidades propias del Antiguo Régimen como las Fábricas Reales, en el fenómeno de las Cajas Especiales o de las Compañías Comerciales de Colonias⁵. Doctrinalmente, es una manifestación o plasmación de la denominada «descentralización funcional»⁶, una técnica organizativa que

¹ Sin perjuicio de que se utilizan en el presente comentario ambos conceptos, preferimos la denominación de «instrumental» a la de «institucional», y ello porque refleja mejor la noción de dependencia; sin perjuicio de otras razones como la consideración de Ariño Ortiz de que se trata de una denominación «menos pretenciosa»; en Gaspar Ariño Ortiz, «Perspectiva actual y de futuro de la Administración Institucional del Estado», en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómicas*, XIX Jornadas de Estudio, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Civitas, p. 487.

² Germán Fernández Farreres, «Administraciones instrumentales», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 341.

³ Luciano Parejo Alfonso, *Eficacia y Administración: tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, BOE, 1995.

⁴ Andrés Betancor Rodríguez, «Las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre de 1996 y abril de 1997, p. 444.

⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, 10.^a ed., 2000.

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, t. I, 3.^a ed., Ceura, septiembre de 2000, p. 621.

⁶ Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y función pública*, Marcial Pons, 16.^a ed., 2003, pp. 236 y ss.

se basa en una multitud de justificaciones: ser alternativa política a las pretensiones de descentralización territorial de los servicios estatales (tal y como defendió Hauriou en 1895 o en España Royo Villanova que hablaba de ella como «la nueva descentralización»), conseguir lograr una Administración lo más despolitizada posible —lo que se conoce en palabras de Carl Schmitt como *Ministerialfreienraums*— a imagen de la Administración anglosajona o alemana (BBC, los llamados *quangos*, los *independent regulatory commissions* de USA o el *Bundesbank*), tratar de lograr una mayor eficacia en la prestación de servicios públicos, sobre todo en aquéllos de carácter especializado, y finalmente, intentar dar una cierta entrada en la organización de la Administración Pública al principio representativo. Constitucionalmente, se vio potenciada por la conversión del Estado Liberal en Estado Social, con lo que ello comporta en aumento de funciones públicas y la consiguiente necesidad de legitimación del Estado⁷. Consecuencia de todo ello fue el surgimiento y proliferación de la llamada Administración Institucional, como un conjunto de organismos a los que se confía el desempeño de funciones estatales típicas antes desarrolladas de modo directo por la Administración Pública y a las que se dota de un cierto nivel de independencia respecto a sus Administraciones Públicas matrices (en España en 1914 se crea el Instituto Nacional de Oceanografía y en 1907 la Junta Central de Colonización Interior, para adquirir un despegue definitivo durante la etapa de autarquía franquista, llegando a más de mil en 1962).

Desde el punto de vista de su regulación, se suceden la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 18 de diciembre de 1958, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 y, finalmente, la LOFAGE, que ha sido modificada, en lo que a la Administración Institucional respecta, por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La LOFAGE se caracteriza, entre otras cosas, por llevar a cabo un importante esfuerzo de racionalización y sistematización del conjunto de entes que integran la Administración General del Estado, tal y como explica su Exposición de Motivos, y, en lo que a la Administración Institucional respecta, por intentar clasificar los distintos tipos de Administraciones Públicas instrumentales, por tratar de dotarlas de un régimen jurídico unitario y por establecer un conjunto de características comunes a todas ellas.

Así, en primer lugar, al amparo de la LOFAGE, la Administración Institucional quedaría dividida en los llamados Organismos públicos —Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales— y los Entes que tienen un régimen jurídico especial, cuya regulación general se contiene en determinadas Disposiciones Adicionales de la LOFAGE, que, a su vez,

⁷ Una de las consecuencias del advenimiento del Estado Social en el marco de la Teoría Política es la necesidad de lograr un aumento de legitimación, dado que, al aumentar sus funciones, el Estado entra en un mayor contacto con el ciudadano y, consecuentemente, dada la vigencia del principio democrático, se hace necesaria una mayor participación de la sociedad que legitime tal aumento de las funciones estatales.

remiten a su normativa concreta⁸. Precisamente por eso la generalidad de la doctrina estima que ese intento clasificatorio de la LOFAGE fracasa⁹.

En segundo término, se ha apuntado que la LOFAGE trata de dotar a todas las Administraciones Públicas de naturaleza instrumental de un régimen jurídico unitario. Sin perjuicio de que en el epígrafe siguiente se haga una enumeración lo más completa posible de las normas que son de aplicación a las EPE, lo que aquí procede es indicar cómo, en relación con la Administración Institucional en general, esa voluntad de enmarcarla en un conjunto normativo unitario no se logra tampoco del todo. Así, existe, en primer lugar, un régimen aplicable a los entes instrumentales de la Administración General del Estado contenido en la LOFAGE y que es objeto de este comentario, un régimen aplicable a los de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y otro a los de la Administración Local¹⁰. Como ha puesto de relieve la doctrina¹¹, al amparo de la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución e, incluso, para lo que a la Empresa Pública en sentido amplio respecta, en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución, el Estado puede perfectamente fijar el régimen jurídico básico de toda la Administración Institucional. Además, en segundo lugar, existe un régimen jurídico diferenciado dentro de la propia regulación de los entes instrumentales de la Administración General del Estado contenida en la LOFAGE: para los Organismos autónomos, para las EPE y para los distintos entes públicos mencionados en las Disposiciones Adicionales 8.^a a 10.^a Finalmente, porque conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la LOFAGE, la creación de los Organismos Públicos se produce por Ley, y cada una de las normas legales que los crean contienen peculiaridades que hacen que realmente se pueda hablar de tantos regímenes jurídicos cuanto entidades administrativas instrumentales existen¹².

Por último, tal y como se ha puesto de manifiesto, los entes administrativos instrumentales son la manifestación más clara de la llamada «descentralización funcional» en el seno de la Administración Pública. Ello supone que en ellas se cumplen las tres notas definitorias de este tipo de sujetos públicos: la instrumentalidad, la autonomía y la dependencia o vinculación a otra Administración. Son instrumentales respecto al ente de la Administración General del Estado al que se adscriben y respecto a los fines que se les encomiendan en las leyes de creación; son autónomas porque gozan

⁸ Ver comentarios a las Disposiciones Adicionales Sexta a Undécima.

⁹ José María Álvarez Cienfuegos, «Las entidades públicas empresariales y el derecho administrativo», *La Ley-Actualidad*, enero de 1999, y Germán Fernández Farreres, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰ Ejemplos de esta regulación por las Comunidades Autónomas de la Administración Institucional son la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública de Cataluña, la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas vinculadas a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la Ley de Cantabria 4/1999, de 24 de marzo, de Organismos Públicos.

¹¹ Germán Fernández Farreres, *op. cit.*, p. 343.

¹² José María Álvarez Cienfuegos habla de la creación de tantos regímenes especiales como EPE se creen, *op. cit.* Y por eso, *lege ferenda*, Germán Fernández Farreres aboga por prescindir de la reserva de ley para la creación de los Organismos Públicos, *op. cit.*, p. 364.

de personalidad jurídica, autonomía de gestión y tienen su propio régimen de recursos¹³; son dependientes o vinculadas —a pesar de que parece que la LOFAGE no extrae ninguna diferencia de la utilización de uno u otro de estos dos adjetivos¹⁴— porque se adscriben a un Ministerio, un Organismo autónomo o, excepcionalmente, a una EPE, y porque, consecuentemente, éstos ejercen facultades de control sobre ellas.

1.3. Régimen jurídico

Además de la normativa específica que regula las EPE en la LOFAGE, y que es el objeto específico de este comentario, estos Organismos públicos están sometidos a otras normas. Por un lado, al conjunto normativo que regula a la Administración Pública: el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), la LRJAP, la LPAP, la Ley General Presupuestaria¹⁵, la LRJCA. Por otro, a la normativa reguladora de la actividad económica de la Administración en la medida en la que, como hemos anunciado, y como se verá a continuación, una de las funciones que pueden desempeñar las EPE es precisamente la de naturaleza empresarial o económica: el artículo 128.1 de la Constitución, el Derecho Comunitario, artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCU). Además, a las normas que regulan la Administración Local en este aspecto: artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRRL) y artículo 96 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL). Por otra parte, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2002, de 14 de octubre, a la normativa reguladora del control parlamentario sobre la Administración Pública: artículos 109 de la Constitución y 7 y 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Finalmente, en la medida en la que son Administración General del Estado, a las reglas generales de organización y funcionamiento de la misma: Título I, Capítulo I, artículos 1 a 7 de la LOFAGE, y a las disposiciones generales que regulan a los Organismos Públicos: artículos 41 a 44 de la LOFAGE.

En los preceptos mencionados (artículo 1.1 LOFAGE) se establece la determinación de que esta Ley es el marco regulador de la organización

¹³ No obstante, algunos autores consideran que esta autonomía no es real y que en la pugna autonomía-dependencia o instrumentalidad, la victoria corresponde a estas últimas. Por eso, por entender que no basta con los rasgos que se han apuntado como ejemplificativos de la autonomía, entienden que la descentralización funcional lo que oculta es una real situación de desconcentración. Así Andrés Betancor Rodríguez, p. 446.

¹⁴ *Idem*, p. 445.

¹⁵ No introducimos las clásicas siglas, LGP, como consecuencia de que haremos diversas referencias al Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria; y a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

y funcionamiento de la Administración General del Estado, dentro del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas y Organismos públicos dependientes o vinculados a ella.

En el artículo 1.2 se especifica qué es un Organismo público, definiéndolo como aquellas Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta, por lo tanto, plenamente inscritas en el concepto de Administración Instrumental o Institucional.

En los artículos 2, 3 y 4 de la LOFAGE, tal y como se ha puesto de manifiesto en el comentario correspondiente, se enumeran los principios fundamentales tanto de su funcionamiento, cuanto de su organización: sumisión a la dirección del Gobierno (lógico conforme a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución), sometimiento al Ordenamiento Jurídico, servicio objetivo a los intereses generales (tal y como exige el artículo 103.1 de la Constitución), desarrollo de funciones ejecutivas de carácter administrativo, jerarquía, personalidad jurídica única (lo que plantea el problema de determinar cómo es posible que existan personas dentro de otras personas jurídicas)¹⁶, funciones de los Organismos públicos, adscripción orgánica de los mismos, capacidad de obrar medida por las potestades y competencias atribuidas, competencia en todo el territorio español salvo que sus normas reguladoras dispongan lo contrario, descentralización y desconcentración funcional y territorial (los dos primeros indudablemente vinculados a la propia existencia de la Administración Instrumental), economía, suficiencia, adecuación estricta de los medios a los fines institucionales, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos, coordinación, eficacia, eficiencia, programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y los resultados, responsabilidad, racionalización y agilidad en los procedimientos administrativos y las actividades materiales de gestión, servicio efectivo a los ciudadanos, objetividad, transparencia, cooperación, coordinación con otras Administraciones Públicas, efectividad de los derechos de los ciudadanos cuando se relacionen con la Administración y mejora de los servicios en sentido amplio¹⁷.

Por su parte, los artículos 5 a 7 de la LOFAGE, se centran en la organización administrativa, recogiendo el principio de reserva de Ley en la creación, modificación y supresión de órganos conforme a lo dispuesto en el artículo 103.3 de la Constitución, la consideración de las unidades administrativas como órganos en el caso de que sus actuaciones produzcan efectos

¹⁶ Una de las cuestiones que se suscitan en el marco de la Teoría de la Organización es si es posible o no que existan personas jurídicas dentro de otras personas jurídicas. Véase Santamaría Pastor, «La teoría del órgano», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41.

¹⁷ A la mayoría de estos principios se refiere, novedosamente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

frente a terceros (conforme a la teoría general del órgano¹⁸), la determinación de que en los estatutos de los Organismos públicos se determinarán cuáles son sus órganos directivos, así como los criterios de nombramiento de los mismos, de ejercicio de sus funciones, y de control y evaluación de su gestión y el régimen básico de organización de las unidades administrativas.

Naturalmente, el régimen de las EPE, exige tener en cuenta las normas comunes a todos los Organismos públicos, contenidas en los artículos 41 a 44 de la LOFAGE. En estos preceptos lo que se hace es recoger el régimen general de los mismos especificando que: son creados bajo la dependencia de la Administración General del Estado, que su función consiste en el ejercicio de cualquiera de las actividades previstas en el artículo 2.3 LOFAGE, que responden al principio de descentralización funcional, que tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, autonomía de gestión (siempre con respeto a los términos de la LOFAGE), que son titulares de las potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines en los términos previstos por sus estatutos con la excepción de la potestad expropiatoria, y que sus estatutos pueden, incluso, atribuir a los Organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado. Ya se ha puesto de manifiesto la voluntad clasificatoria de la Administración Institucional por la LOFAGE, a la que hace referencia el artículo 43 de la LOFAGE: Organismos autónomos y EPE, que se diferencian diciendo que, los primeros, dependen de un Ministerio y los segundos de un Ministerio, de un Organismo autónomo y —excepcionalmente— de una Entidad Pública Empresarial, que tiene las funciones de dirección y control. Como ya destacó Font i Llovet¹⁹, se permite así, si bien con carácter excepcional y circunscrito sólo a las EPE, la existencia de entidades que actúen a modo de *holding*. El artículo 44 de la LOFAGE insiste en el principio de instrumentalidad respecto a sus fines y objetivos.

1.4. Diferenciación de figuras afines: las Sociedades Mercantiles Estatales

La correcta conceptualización de las EPE exige diferenciarlas netamente de las llamadas Sociedades Mercantiles Estatales (en adelante SME), cuyo régimen jurídico se contiene en la propia LOFAGE, en su Disposición Adicional Duodécima, y que es objeto de comentario en el lugar correspondiente de esta obra. Se hace preciso recordar simplemente que, conforme al artículo 2.1

¹⁸ La consideración de órgano exige precisamente eso: la producción de efectos frente a terceros y la posibilidad de imputación al ente de la actuación del órgano. Ver Santamaría Pastor, «La teoría del órgano», *op. cit.*

¹⁹ Tomás Font y Llovet. En su ponencia al Seminario sobre el proyecto de LOFAGE desarrollado en la Universidad Carlos III de Madrid. Tomado de María Nieves de la Serna, «Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, núms. 246-247, septiembre de 1996 y abril de 1997, p. 501.

de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y conforme al artículo 166 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas al que la anterior se remite, sociedades mercantiles estatales son aquéllas en las que la participación directa o indirecta, en su capital social de las entidades que conforman el sector público estatal, sea superior al cincuenta por ciento, sumando las participaciones correspondientes a todas aquellas si dicho capital se encuentra repartido entre varias. El elemento nuclear que permite diferenciar a las EPE de las SME es la forma de personificación jurídico pública de las primeras, que determina que aquéllas se incardinan dentro de lo que formalmente se conoce como Administración Pública y las segundas queden al margen aunque materialmente no lo estén.

A su diferenciación de los Organismos autónomos se hará referencia en un momento posterior al tratar de las funciones que corresponden a las EPE y del régimen jurídico de Derecho privado al que, con carácter general, se encuentran sometidas, dado que es en ambos aspectos donde residen las diferencias entre estos dos tipos de Organismos públicos.

1.5. Funciones

1.5.1. *Las funciones de la Administración Pública en general*

El elemento más definitorio de las EPE, además de su ya analizada condición de Organismos públicos —y por tanto de Administración instrumental—, es el del conjunto de funciones que pueden serles atribuidas. La Administración Pública desarrolla multitud de actividades, heterogéneas, ligadas a la propia evolución del Estado (como explica Jouvenel²⁰ o como explica Naef²¹, el surgimiento y evolución del Estado moderno no es más que un proceso de exponencial crecimiento de las funciones públicas, especialmente visible en el paso del Estado liberal, gendarme, garantizador del orden, al Estado Social, interventor, que busca procurar la *Dasaeinvorsorge* y en donde han desaparecido las barreras entre el Estado y la sociedad) y difícilmente sistematizables, pese a los múltiples intentos doctrinales habidos al respecto. Dejando a un lado éstos²², es obligado recoger aquí la tradicional clasificación de las formas de actuación administrativa que, sobre la base del binomio *activité de police* —*activité de service public* o *Ordnungsverwaltung*— *Leistungsverwaltung*, llevó a cabo Jordana de Pozas²³. Distingue este autor entre actividad de policía, de servicio público, y —añade— de fomento, en una sistematización exitosa que ha servido para interpretar las distintas for-

²⁰ Bertrand de Jouvenel, *Sobre el poder*, Unión Editorial, 1998, p. 58.

²¹ Werner Naef, *La idea de Estado en la Edad Moderna*, versión del alemán por Felipe González Vicén, 1947.

²² Intentos doctrinales de clasificación de las formas de actuación de la Administración Pública han existido muchos. Véase Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Ceura, 2000, p. 248.

²³ Jordana de Pozas, «Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.

mas de actuación administrativa, y, con ellas, no debe olvidarse, para valorar el grado de intervención de la Administración en la esfera de los ciudadanos, y que ha sido recibida no sólo por la doctrina —con más o menos modificaciones y aportaciones— sino también en el propio Ordenamiento Jurídico²⁴. Posteriormente, como se apuntaba, otros autores han ido añadiendo nuevas denominaciones a las formas de actuación de la Administración, en unos casos porque realmente se detectaba una actividad distinta y no encuadrable en las tres anteriores y, en otros, por considerarse más útil desgarnar alguna de ellas²⁵.

Dentro pues, de las distintas actividades que la Administración Pública puede llevar a cabo, las EPE pueden tener encomendadas tres tipos distintos de ellas: la prestacional, la de gestión de servicios públicos y la de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Cada una de ellas presenta unas notas diferenciadas, pero con carácter general, hay que destacar su naturaleza derivada y su imprecisión. Se habla de actividades derivadas porque las mismas corresponden a la Administración General del Estado y forman parte de su ámbito competencial²⁶. Y se habla de imprecisión porque, como se verá, partiendo de ellas no se puede diferenciar netamente entre las EPE y los Organismos autónomos, y, lo que es más, ni siquiera queda muy claro cuáles son las actividades que las EPE pueden desarrollar.

1.5.2. *Las actividades de prestación y de servicio público*

La actividad prestacional y la actividad de gestión de servicios pueden ser objeto de análisis conjunto, dada la estrecha vinculación que entre una y otra existe.

Dejando al margen toda la teoría de este tipo de actividad administrativa, el presente comentario se limita a poner de manifiesto la siguiente problemática: dentro de esa imprecisión a la que antes se hacía referencia, apunta Betancor²⁷ que mientras que de los servicios nada se dice con relación a su naturaleza, respecto de los bienes se apunta la necesidad de que sean de interés público, ¿implica algo esta distinción? Según el autor citado, de una interpretación sistemática con el artículo 45.1 LOFAGE se puede deducir, bien que el legislador quiere disponer que sólo los Organismos autó-

²⁴ La primera recepción que se produce en el Ordenamiento Jurídico es en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

²⁵ Ejemplos de aportaciones doctrinales en este punto son: Villar Palasí, actividad de gestión industrial o económica; Ariño Ortiz, actividad de planificación; Parada Vázquez, actividad arbitral; Santamaría Pastor, actividad de ordenación.

²⁶ Así, la STC 52/1994, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 5, matiza que: «*Que la Administración actúe sometida al Derecho Mercantil o civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias. Resulta indiferente que su actuación sea llevada a cabo a través de sus órganos y servicios encuadrados en su organización matriz, o que por el contrario sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración del Estado.*»

²⁷ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, pp. 451 y 452.

nomos puedan gestionar servicios públicos, o bien que las EPE pueden gestionar cualquier tipo de servicios, incluidos los públicos. Claro es que todo ello está directamente relacionado con las dificultades normativas y doctrinales existentes para la determinación del concepto de servicio público y que exceden el objeto del presente comentario.

1.5.3. *La actividad de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación*

La actividad de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación constituye lo que se ha denominado la actividad económica de la Administración Pública. Piénsese que las EPE deben su nombre precisamente a la posibilidad de ejercer tal tipo de actividades. Define Bermejo Vera²⁸ la actividad económica de la Administración Pública como la de producción o prestación de servicios de carácter económico, bien mediante el ejercicio directo del comercio, bien como consecuencia del ejercicio directo de una actividad industrial. En el fondo, esta forma de actuación de la Administración no es más que una de las manifestaciones de la intervención del Estado en la economía, intervención que también puede llevar a cabo por otros cauces como la intervención como Estado legislador configurando el sistema normativo aplicable a determinada materia, las otras dos formas de actuación administrativa clásica —fomento y servicio público—, y la intervención en el ámbito macroeconómico para configurar las líneas esenciales de la economía de un país²⁹.

Históricamente, esta forma de actuación de la Administración Pública es consecuencia de la evolución progresiva de la actividad de prestación a la que antes se ha hecho referencia. Con posterioridad a las dos guerras mundiales se produce la asunción de la titularidad y gestión de empresas privadas, como consecuencia de las experiencias de los socialistas fabianos en los municipios del Reino Unido, la asunción de industrias estratégicas (que se produce tras la Primera Guerra mundial, y cuya propiedad y gestión conservaron al terminar la guerra), la instauración de nuevas actividades —petróleo, teléfonos— que, por considerarse de interés estratégico y por ser potencialmente productoras de importantes beneficios, debían ser prestadas en régimen de monopolio, las necesidades de reconstrucción y reindustrialización para generar tejido industrial y crear riqueza y trabajo —creación del *Istituto di Ricostruzione Industriale* de la Italia fascista y el Instituto Nacional de Industria creado por Ley de 25 de septiembre de 1941—, las ideologías socialistas con su nueva concepción del Estado, la

²⁸ José Bermejo Vera, *Derecho Administrativo especial*, 4.ª ed., Civitas, 1999, p. 68.

²⁹ Así sintetiza las distintas formas de intervención del Estado en la Economía María del Mar Sebastián Merino, «Iniciativa e intervención pública en la actividad económica», en XXV Jornadas de Estudio, *El sistema económico en la Constitución Española*, vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1994, p. 509.

necesidad de salvar empresas en crisis y la necesidad de desarrollar regiones deprimidas³⁰.

A diferencia de la actividad de servicio público de la Administración, estas actividades prestacionales se van a llevar a cabo en concurrencia con los particulares, bajo formas de personificación jurídico privada o jurídico pública, y sometiendo su actuación al Derecho Privado. Garrido Falla entendía que tal actividad podía ser integrada dentro del concepto de servicio público, Villar Palasí³¹, por su parte, habló de una nueva forma de actuación de la Administración Pública: la dación de bienes al mercado. Por tanto, las características teóricas de esta actividad serían, además de las tres ya mencionadas (concurrencia con los particulares —salvo publicación de las mismas en los términos previstos en el artículo 128.2 CE y en la normativa autonómica y local—, formas de personificación jurídico privada o jurídico pública —y entonces se puede hablar de EPE o de SME—, y sumisión al Derecho privado), la dirección y control de las mismas por la Administración Pública, el que no aseguran una prestación continuada y regular como pretende la actividad de servicio público (salvo en el caso de que estas Administraciones instrumentales se utilicen para gestionar servicios públicos), y la inexistencia, para los particulares, de una exigibilidad o derecho para obtener las prestaciones del Estado.

Una vez hecha una mención al origen, justificación y características de esta actividad (su régimen jurídico ya ha sido objeto de mención en un momento anterior de este comentario), procede cuestionarse la que, junto con la huída del Derecho Administrativo, es la gran cuestión relativa a la actividad económica de la Administración Pública: ¿procede la creación de entidades que ejerzan tal actividad económica? y ¿cuándo? Parece que el reconocimiento de la legitimidad de la acción pública en materia económica por el artículo 128.1 de la Constitución, sin más añadiduras, da a entender que el Estado no necesita de títulos específicos habilitantes para intervenir en cada caso concreto, sino que ostenta una capacidad general idéntica a la que tendría un particular. Sin embargo, como apunta De la Cuadra Salcedo³², esta impresión es falsa, en la medida en la que el Estado en su actividad económica está limitado por varios parámetros: la existencia de competencia³³, la limitación de la intervención a la existencia de un servicio de interés general —condicionante general de toda la actividad administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución y así la propia dicción del artículo 86.1 de la LBRL³⁴—, o el artículo 31.2 de la

³⁰ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 622.

³¹ J. L. Villar Palasí, «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950.

³² Tomás de la Cuadra-Salcedo, «Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público», comentario al artículo 128 de la Constitución, en Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española*, t. X, pp. 45 a 85.

³³ Así la STC 54/1992 anteriormente citada.

³⁴ Como ejemplos de ese interés general: necesidad de redistribución social, reequilibrio territorial, defensa, compensación de tendencias oligopolísticas, garantía de un servicio universal y accesible a todos.

Constitución que exige una equitativa asignación de los recursos públicos con arreglo a criterios de eficiencia y economía. Por su parte, el respeto al principio a la libre competencia exige que se garantice y salvaguarde tal principio, lo que implica que las empresas públicas estén sujetas a idénticas cargas fiscales, sociales, financieras y de toda índole que las privadas, y que habrán de soportar los mismos riesgos.

En este punto es necesario traer colación la discusión en torno a si, en el marco del Derecho Comunitario, es posible la actuación económica de la Administración Pública. La normativa de Derecho Comunitario que se refiere a esta cuestión es, sobre todo, la relativa al principio de defensa de la libre competencia: artículos 81 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea. Precisamente por eso se plantea, con carácter general, si es posible o no la realización de esta actividad económica dada la normativa existente. Y, con carácter más concreto, el problema de la inyección de fondos en las empresas públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su colisión con el régimen de prohibición de ayudas públicas. Con respecto a esta última cuestión, se ha producido una importante jurisprudencia del TJCE tendente a identificar cuándo las ayudas suministradas a las empresas públicas han de considerarse o no ilícitas: para eso ha seguido la pauta de analizar si un accionista privado habría obrado igual ante las mismas circunstancias por ser factible obtener rentabilidad en la empresa en un futuro (asunto BLOCH 1986 o asunto FIAT).

Como conclusión, las posturas más tajantes han llegado a considerar, como apunta T. R. Fernández³⁵ que «no hay, pues, ningún espacio específico propio para las empresas públicas en el marco de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht». Según el autor, aunque la cuestión de la propiedad de las empresas es absolutamente indiferente, porque el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros, y por lo tanto, nada impide que sigan existiendo, sin embargo, esta subsistencia depende de que las mismas sean capaces de sostenerse por sí mismas en el mercado en igualdad de condiciones con las restantes empresas que en él operen, de manera que, «a partir de ahora sólo puede contemplarse a la empresa pública como un puro instrumento fiscal productor de rentas para las arcas públicas, en ningún caso como un instrumento de política económica o de política social». más matizada es la opinión de otros autores que entienden que la actividad empresarial se debe regir por el Derecho privado y que la asignación de prerrogativas típicas de Derecho público a entes públicos que desarrollan actividades empresariales debe otorgarse en la única y exacta medida en que lo exija el cumplimiento del interés general asignado a la empresa; valoración que en todo caso debe realizarse conforme al Derecho comunitario³⁶.

³⁵ Tomás Ramón Fernández, «Empresa pública y servicio público el final de una época», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, p. 43.

³⁶ María Nieves de la Serna, «Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Fun-

Esta actividad plantea también el mismo problema que la anterior de gestión de servicios: se habla de bienes de «interés general», ¿cuáles son esos bienes de interés general?, ¿por qué razón las EPE pueden gestionar cualquier tipo de servicio pero en cambio sólo pueden producir bienes de interés público?, ¿el concepto de bienes de interés público identifica materialmente un tipo de bienes o sólo alude al interesamiento público de cualquier tipo de ellos? Además, la redacción del precepto plantea un segundo problema: ¿qué se entiende por contraprestación? Parece que se trata de una fórmula lo suficientemente genérica para integrar todas las posibles modalidades que existan de contrapartida entre la producción de bienes y la obtención de los mismos³⁷.

Por último, una vez contemplada la actividad económica de la Administración Pública desde una perspectiva genérica, abstracta y funcional, debemos concretarla desde otra orgánica en lo que se denomina el «sector público económico»: la empresa pública, *enterprice publique*, *public enterprice*, *impresa pubblica*, *öffentlichen Unternehmung*. Dice Alonso Ureba que, «pocos asuntos jurídicos ofrecen al estudioso, en el campo del Derecho de la Economía, un panorama tan amplio y tan cargado de implicaciones como el que presenta el de la empresa pública»³⁸. Como apunta S. Martín Retortillo³⁹, son el conjunto de unidades organizativas dotadas generalmente de personalidad que, con independencia de su forma jurídica, producen en el mercado bienes y servicios y que son creadas, dirigidas y controladas por la Administración Pública. El concepto de empresa pública suscitó una importante oposición entre los mercantilistas que entendían que el concepto central de la empresa era el ánimo de lucro, mientras que el del servicio al interés general era propio de la Administración Pública; además, no se concebía a la Administración Pública como un «comerciante». Hoy se entiende que forman parte del concepto general de empresa pública: las organizaciones no personificadas que se dedican a realizar este tipo de actividades, las organizaciones dotadas de personalidad jurídico pública —EPE— y las dotadas de personalidad jurídico privada —SME—, ya sean en este caso de capital íntegramente público o de capital mixto (pudiendo tratarse bien de un accionariado gestor, bien de un accionariado testigo, en expresión de Villar Palasí⁴⁰, en función de cuál sea el montante de la participación estatal).

Desde el punto de vista organizativo, simplemente se sintetizará de manera muy breve, cuál ha sido la organización de este sector público económico

cionamiento de la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, núms. 246-247, septiembre de 1996 y abril de 1997, pp. 506 y ss.

³⁷ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, pp. 450 y 451.

³⁸ A. Alonso Ureba, *La empresa pública. Aspectos constitucionales y Derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1985.

³⁹ Sebastián Martín-Retortillo, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, tomado de José Bermejo Vera, *op. cit.*, p. 913.

⁴⁰ J. L. Villar Palasí, *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, tomado de José Bermejo Vera, *op. cit.*, p. 915.

en España. Dice Tomás Ramón Fernández, «en los últimos quince años nos ha tocado vivir un proceso de cambio espectacular —todavía no ultimado— de estructuras jurídicas y económicas que constituían el soporte material de nuestra vida cotidiana y que, como tales, estaban incorporadas a nuestra cultura de tal forma que nos parecían incommovibles»⁴¹. Son varios y de diferente naturaleza, explica Gimeno Feliú, los motivos que explican cualquiera de las medidas o técnicas liberalizadoras existentes: motivos de índole política, porque supone la acogida de planteamientos neoliberales; y motivos de índole económico-financiera, buscando la reducción del déficit y el aumento de la eficacia de las empresas⁴².

Antes de llegar a la situación actual, hay que hacer un sucinto repaso histórico⁴³. Comienza con la creación en 1941 del Instituto Nacional de Industria, ente a través del cual se crearon diferentes empresas públicas y que también sirvió al Estado para participar en otras a modo de empresa mixta. Será en 1981 cuando del citado Instituto se segregó el Instituto Nacional de Hidrocarburos, un nuevo ente público que aglutinó los derechos y acciones del Estado en empresas de combustible líquido (Petroliber, Hispanoil, Enagás, Campsa, Butano y otras). En 1992 cuando dentro del Instituto Nacional de Industria se crea el Grupo «Teneo, S. A.» integrando las empresas públicas más rentables (AVIACO, CASA, ENCE, ENDESA, IBERIA...).

Pero con independencia de estos precedentes históricos, la Ley 5/1995, de 16 de junio, y la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas Entidades de Derecho Público, supusieron la supresión del Instituto Nacional de Industria y del Instituto Nacional de Hidrocarburos y el surgimiento de: la Agencia Industrial del Estado (AIE), para aglutinar a las empresas sometidas a procesos de reconversión y reestructuración, necesitadas de regímenes especiales de ayuda (AES, BARRERAS, ASTANO, HUNOSA...); y la sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), para aglutinar a las empresas rentables y susceptibles de una gestión netamente empresarial y competitiva (Repsol, Gas Natural, Enagás...).

Dicha orientación se consolidó con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 por el que se establecen las bases del programa de modernización del sector público empresarial del Estado, que estableció como objetivo último del Estado la salida de órbita del mismo de toda la cartera industrial dando lugar a la intensificación del proceso de privatización de activos públicos y a la reunificación de la cartera de participaciones en la SEPI, desapareciendo así la AIE. Se buscó así potenciar la imagen de la

⁴¹ Tomás-Ramón Fernández, Prologo a *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Rafael Gómez-Ferrer Rincón, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2003.

⁴² José María Gimeno Feliú, «Fundamentos de la ordenación jurídica de la economía y escenarios del intervencionismo administrativo», en José Bermejo Vera (coord.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, 5.ª ed., Civitas, 2001, pp. 824-865.

⁴³ Tomamos el resumen realizado por Luis Martín Rebollo en su comentario al esquema de la Organización de la Administración General del Estado, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, 2003, pp. 874 y ss.

SEPI como agente único de la política desinversora del Estado ante los interlocutores económicos y sociales; y también la necesidad de atender los compromisos de saneamiento del sector público y de reducción de la deuda y del déficit público para cumplir los criterios de convergencia de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. Todo ello se canalizó a través del Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, de modificación de la Ley 5/1996. En fin, con este panorama general, en los últimos años se ha producido un destacado proceso de privatización de empresas, bien mediante su total o parcial venta directa, bien mediante la colocación en la bolsa de paquetes significativos de acciones⁴⁴.

1.6. Diferenciación de figuras afines: los Organismos Autónomos

La atribución de las funciones analizadas a las EPE, es uno de los rasgos que permite diferenciarlas de los Organismos autónomos. Efectivamente, el artículo 45 LOFAGE, que es objeto de comentario en otro lugar de esta misma obra, encomienda a los Organismos autónomos la realización de actividades prestacionales y de gestión de servicios públicos, además, la de actividades de fomento —de las que carecen las EPE—, y, a diferencia de éstas últimas, les veda el ejercicio de la actividad que se ha denominado «económica» o de producción de bienes y servicios de interés público susceptibles de contraprestación.

Así pues, aparentemente, Organismos autónomos y EPE están diferenciadas en la LOFAGE en atención a dos criterios: el de sus funciones y el de su régimen jurídico. Sin embargo, prácticamente la totalidad de la doctrina está de acuerdo en poner de manifiesto cómo uno de los problemas que la LOFAGE no ha resuelto es precisamente el de la delimitación de estos dos tipos de Organismos públicos. En cuanto a sus funciones, porque lo único claro es que las EPE no pueden ejercer actividades de fomento y, a la inversa, los Organismos autónomos carecen de la posibilidad de desarrollar la llamada actividad económica de la Administración. Y en cuanto a su régimen jurídico porque, con carácter general, las EPE están sujetas al Derecho Privado, mientras que los Organismos autónomos lo están al Derecho Público. Una vez constatadas estas dos primeras delimitaciones entre los dos tipos de Organismos públicos, de un análisis algo más profundo se deducen algunas de las dificultades de diferenciación entre ambos a las que se aludía: la actividad de prestación y la actividad de gestión de servicios

⁴⁴ Entre 1985 y 1996 numerosas empresa públicas pasaron ya íntegramente a manos privadas; así, a título de ejemplo: ENTURSA, ENFERSA, INDRA INTELHORCE, SEAT o Viajes Marsans. Pero ha sido a raíz de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en Determinadas Empresas cuando se ha profundizado en esta vía dándose la privatización de algunas de las empresas más destacadas: Telefónica, Repsol, Argentaria, la antigua Tabacalera, Iberia... A título de ejemplo en la doctrina sobre la materia ver Álvaro Cuervo García, «La empresa pública entre 1978 y 2003: de la justificación a la privatización», *Economía industrial*, núms. 349-350, 2003, pp. 233 a 248.

públicos puede ser desarrollada indistintamente por un Organismo autónomo o por una EPE, en función de lo que legítimamente decida el legislador y la Ley de creación del Organismo Público puede establecer especificidades en la configuración del régimen jurídico del ente al que da nacimiento.

1.7. La sumisión al Ordenamiento Jurídico Privado

Junto a su naturaleza de Organismos públicos y el tipo de actividades que pueden desarrollar, el elemento más característico de las EPE es el régimen jurídico general al que se someten: el Derecho Privado. El artículo 53.2 LOFAGE se introduce de lleno en la problemática de lo que se ha denominado, como se anticipaba, la «huída del Derecho Administrativo».

Antes de hacer referencia a la problemática cuestión de la huída del Derecho Administrativo, es conveniente hacer una semblanza de cómo se produce esa sumisión de la Administración Pública a tal Ordenamiento jurídico. Es conocido que el Derecho Administrativo, como explica García de Enterría⁴⁵, surge como una solución de compromiso entre los postulados liberales —que exigían, ante todo, la sumisión del Poder al Derecho— y la realidad emanada de la Revolución Francesa: una Administración Pública enormemente extensa y poderosa, asentada, por un lado, en la fuerte Administración del Antiguo Régimen —como agudamente apreció Alexis de Tocqueville⁴⁶—, y, por otro, en la desaparición de los cuerpos intermedios que hasta entonces habían ocupado los cargos públicos, y a la que correspondía llevar a cabo la misión modernizadora de los revolucionarios y el cumplimiento de todas esas funciones estatales que habían ido surgiendo como consecuencia de la Ilustración. Por tanto, una Administración fuerte y una Administración sometida al Derecho. Esa sumisión al Derecho se debía hacer, no obstante, con respeto al principio de separación de poderes, conforme a los postulados liberales clásicos. Es por ello, que, entre otras cosas, se excluiría cualquier control judicial sobre la Administración Pública (tal y como se plasma en la Ley de 16-24 de agosto de 1790 de la Asamblea Constituyente), se interpondrían requisitos de procedibilidad para demandar a los funcionarios públicos o, fundamentalmente, que se atribuiría el conocimiento de los reclamaciones administrativas a órganos de esta naturaleza y no a los del Poder Judicial. De la confluencia de estas circunstancias contradictorias, como explica Santamaría Pastor⁴⁷, voluntad de limitar al poder juridificándolo, crecimiento exponencial del aparato administrativo y principio de separación de poderes, surgirá el Derecho Administrativo: la Administración Pública actúa, en su actuación adopta formas jurídicas, tales formas jurídicas se inspiran en las del Derecho Privado, pero, a pesar de inspirarse

⁴⁵ Eduardo García de Enterría, *La revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.

⁴⁶ Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la revolución*, traducción de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, Colección Política y Derecho, 1.ª ed., 1996.

⁴⁷ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 65.

en el Derecho Privado, difieren del mismo porque la finalidad de la Administración Pública en su actuación es distinta a la de los particulares ya que pretende la consecución del interés general.

Una vez sintetizado dónde se sitúa el origen del Derecho Administrativo, corresponde plantearse dónde se encuentra el nacimiento de la sumisión de la actuación de la Administración Pública al Derecho Privado. Si en un primer momento se excluyeron de la aplicación del Derecho Administrativo y del control por los órganos de lo Contencioso Administrativo las cuestiones de propiedad o la gestión del patrimonio privado de la Administración Pública por considerarse cuestiones ajenas a la función administrativa que era a la que se aplicaba el Derecho Administrativo, posteriormente aparecen nuevas fórmulas de sumisión de la Administración Pública al Derecho Privado, como consecuencia de la irrupción pública en el campo económico e industrial: la actividad económica de la Administración Pública, en su doble manifestación de empresas públicas —capital público y personalidad jurídica privada— y entidades con personalidad jurídica pública pero sometidas al Derecho Privado; ambas con las distintas finalidades que evolutivamente va teniendo tal participación administrativa en la economía y a la que se ha hecho referencia al hablar de las distintas funciones de la Administración Pública.

El primer problema que plantea la sumisión de la Administración al Ordenamiento jurídico privado es el de su justificación: si precisamente como se apuntaba, el Derecho Administrativo surge como una forma de sumisión al Derecho de la actividad administrativa, que se dota de una serie de especialidades respecto al Ordenamiento Jurídico privado para permitir la aplicación de éste a aquélla y lograr, sobre todo, de ésta una actuación eficaz, objetiva, de servicio al interés general, ¿qué sentido tiene que precisamente para lograr tales resultados ahora se huya del Derecho Administrativo? Al respecto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 52/1994, de 24 de febrero, y 14/1986, de 31 de enero, insiste en que la utilización sistemática del Derecho Privado no supone la liberación de la sumisión a la legalidad de Derecho Público, sino que se trata simplemente de la utilización por la Administración Pública de técnicas ofrecidas por el Derecho privado como un medio práctico para ampliar su acción social o económica⁴⁸. Por lo tanto, parece que la sumisión al Derecho Pri-

⁴⁸ La STC 14/1986, de 31 de enero, en su Fundamento Jurídico 8, cala que «parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian dichos entes con la Administración de que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como medio práctico de ampliar su acción social y económica». Por su parte, la STC 52/1994, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 5, matiza que: «Que la Administración actúe sometida al Derecho Mercantil o civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias. Resulta indiferente que su actuación sea llevada a cabo a través de sus órganos y servicios encuadrados en su organización matriz, o que por el contrario sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración del Estado.» STC de 8 de junio de 1989 o 27 de septiembre de 1993 que para la selección de su personal, las

vado estaría vinculada a una mayor flexibilidad en la gestión y que tal flexibilidad se vería frenada por las rigideces y formalismos del Derecho Administrativo y, en general, de cualquier Derecho Público. No faltan autores que, de una manera crítica, insisten en que la mayor eficacia del sector privado respecto al público, nada tiene que ver con el régimen jurídico aplicable, sino con que, en el sector público, se dispara con pólvora del Rey, mientras que, en el sector privado, los riesgos recaen sobre el empresario⁴⁹.

Además, y en segundo término, tal y como precisa García de Enterría y T. R. Fernández sólo se plantea esta problemática en relación con las instituciones que el Ordenamiento Jurídico administrativo duplica con respecto al privado (precisamente los distintos aspectos de las EPE que van a ser objeto de comentario): función pública, contratación, régimen de titularidad de bienes, contabilidad, dominio público, responsabilidad administrativa...

Pero la cuestión fundamental que se suscita, y que ha sido objeto de tratamiento y discusión por la doctrina, es la relativa a la admisibilidad constitucional del empleo de esta técnica. Si en un primer momento la doctrina respondió no a cuándo se aplica el Derecho Privado sino a cuándo se aplica el Derecho Administrativo (en relación con una concepción objetiva de la Administración Pública, más como una función que como un sujeto —doctrinas del acto autoridad frente al acto de gestión, actuación de servicio público, actuación de prerrogativa⁵⁰—), hoy, al concebirse el Derecho Administrativo como un derecho estatutario de las Administraciones Públicas, lo que hay que preguntarse es si es constitucional, y con qué límites, la aplicación del Derecho privado a las Administraciones Públicas. Surgen así las tesis de Silvia del Saz⁵¹ sobre una «reserva de administración en la Constitución», Parada Vázquez⁵² «el régimen administrativo goza de una verdadera garantía constitucional a través de los artículos 103 a 106, 149.1.18.^a, 24 o 153.3 de la Constitución», o García de Enterría cuando dice que lo que es evidente es que la Constitución impone deberes a los poderes públicos que no pueden ser excluidos por ninguna norma: el principio de legalidad y no libertad en su actuación —artículo 9.3 de la Constitución—, la promoción de la libertad y la igualdad —artículo 9.2 de la Constitución—, vinculación a los derechos fundamentales y libertades públicas —artículo 53.1 CE—, sumisión al Derecho Presupuestario —artículo 134.2 CE—, censura del Tribunal De Cuentas —artículo 136 CE—, obligaciones del artículo 103 CE, sumisión a ciertos principios del procedimiento administrativo —artículo 105 CE—, control judicial de su actividad —artículo 106 CE—. Todo ello sin olvidar que, incluso en las Administraciones instrumentales some-

Empresas públicas, al margen de que les sea aplicable el régimen jurídico privado, no pueden incurrir en discriminaciones contrarias al orden constitucional o en la STC 18 de julio de 1991, que dispone que deben actuar con sometimiento a la Ley e interdicción de la arbitrariedad.

⁴⁹ Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, vol. I, 12.^a ed., Marcial Pons, 2000.

⁵⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, pp. 27 a 62.

⁵¹ Silvia del Saz en VVAA, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1992.

⁵² Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, 2000, p. 30.

tidas a Derecho Privado se aprecian aspectos en los que siempre se aplica el Derecho Público: creación, dirección, gestión, actos separables —art. 9.1 LCAP—. Según el autor, todos estos principios, son respetados precisamente a través del conjunto de privilegios en más y en menos que es el Derecho Administrativo⁵³.

En cuanto a los límites de la utilización del Derecho Privado, la doctrina está de acuerdo en indicar los siguientes: la creación, dirección y gestión de los entes públicos, la formación de su voluntad en materia contractual (lo que se conoce como «actos separables») y los demás supuestos previstos en las Leyes. El mayor problema en esta materia reside, no obstante, en las Sociedades Mercantiles Estatales. Sin perjuicio de hacer una remisión al comentario correspondiente de la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE, los aspectos más controvertidos de las mismas, precisamente porque no tienen la consideración formal de Administración Pública, residen en cuándo procede su creación, cuál es su régimen jurídico, y cuál es la jurisdicción competente para conocer de los asuntos en los que las mismas intervengan.

1.8. Excepciones a la regla general de sumisión al Ordenamiento Jurídico Privado

No obstante, el propio artículo 53.2 de la LOFAGE, salva de esta sumisión al Derecho Administrativo, tres tipos de actuaciones de las EPE: formación de voluntad de sus órganos, ejercicio de potestades administrativas y los aspectos específicamente regulados en la LOFAGE. Los dos primeros, formación de voluntad de sus órganos y ejercicio de potestades administrativas, no están sujetos al Derecho Privado porque su sumisión al Derecho Público es una exigencia clara de la propia noción de Estado de Derecho. Por su parte, los aspectos regulados en la LOFAGE a los que el artículo 53.2 se refiere son múltiples: en materia de personal, patrimonial... que se irán viendo a lo largo de los comentarios a los distintos artículos de la LOFAGE que se refieren a las EPE.

Antes de analizar los dos supuestos que se exceptúan en el precepto, es conveniente hacer una referencia a la idea, antes apuntada, de que ambos son una manifestación de la noción de Estado de Derecho. Tal construcción surge como una más de los posibles modos de garantizar el principio liberal de limitación del poder, junto con otros principios como el de la división de poderes, el del Estado mínimo o el reconocimiento de los derechos fundamentales. Lo más relevante de la citada noción de Estado de Derecho, es que exige que la actuación del poder público se juridifique hasta sus últimos contornos, porque, tal y como decía Rudolf von Ihering «las formas son garantía de libertad» y el Derecho es precisamente un mundo de forma⁵⁴.

⁵³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴ Manuel García Pelayo, «Derecho Constitucional Comparado», en *Obras Completas*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

Por lo que a la formación de la voluntad de los órganos de las EPE respecta, lo más relevante es destacar cuál es ese régimen en el caso de que se trate de órganos de naturaleza colegiada. En este supuesto, además de exigir el artículo 62.1.a) LOFAGE que los estatutos regulen la configuración de los órganos colegiados y que la constitución, composición, clasificación, creación, modificación y constitución de los mismos se someta a lo dispuesto en los artículos 38 a 40 LOFAGE, les será de aplicación la normativa contenida en los artículos 22 a 27 de la LRJAP.

La sumisión al ordenamiento jurídico público del ejercicio de potestades administrativas es también una consecuencia de la sujeción de la actuación de la Administración Pública a la Ley, tal y como dispone el artículo 103.1 de la Constitución⁵⁵.

En el caso de los Organismos públicos, no queda claro como se produce la atribución de potestad a los mismos. El artículo 42.2 LOFAGE se limita a decir que dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la expropiatoria; el artículo 62.1.b) LOFAGE dispone que los estatutos regularán la funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar. Parece pues que a los Estatutos les corresponde concretar cuáles son las potestades de los Organismos públicos. En relación con esto, se plantea el problema de cómo una norma jurídica de rango no legal puede ser la que se encarga de llevar a cabo la atribución de potestades a los entes públicos, cuando, precisamente, el principio de legalidad y la propia noción de potestad exigen que sea el legislador el que atribuya las mismas. En relación con esta cuestión, considera Betancor que «resulta sorprendente que un ente instrumental de una Administración territorial como la General del Estado pueda disponer de cualquier potestad que esta Administración decida atribuirle por obra de una disposición reglamentaria... Ahora bien, esta irregularidad puede y debe salvarse por la ley de creación de la EPE»⁵⁶.

⁵⁵ Es conveniente hacer una breve exposición de la teoría de la potestad. Para ello véanse, entre otros muchos, García de Enterría y Santamaría Pastor en las obras generales anteriormente citadas. De manera sintética puede indicarse lo siguiente: la conceptualización más clara de tal teoría se debe a Santi Romano; el citado autor define la potestad como la facultad de imposición de una determinada conducta, material o jurídica; es una técnica que sirve para concretar el poder público, en términos generales, en una técnica jurídica precisa; es además una exigencia derivada del principio de legalidad, entendido no ya como vinculación negativa, como hacía Stahl y todos los autores de la época en la que estaba en boga el principio monárquico, sino como vinculación positiva del poder público a la ley, tal y como explican Kelsen y, sobre todo, Merkel; su asunción por nuestro Ordenamiento Jurídico es total, como se deduce de preceptos como el 9 y el 103 de la Constitución, el 2.4 LOFAGE, el 53.1 y 63 LRJAP o el 70 LRJCA; finalmente se caracteriza por salvaguardar —a diferencia del derecho subjetivo— un interés general, por tener un objetivo genérico, por ser irrenunciable, inmodificable, inalienable (artículos 12 y 13 LRJAP) y por ser imprescriptible; en cuanto a su clasificación: potestades públicas y privadas, heterónomas y autónomas, explícitas e implícitas, concretas o genéricas, innovativas o conservativas, y, sobre todo, regladas o discrecionales.

⁵⁶ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, p. 453.

En lo que a las potestades que les pueden ser atribuidas respecta, los artículos anteriormente mencionados disponen que serán las necesarias para el cumplimiento de sus fines, la de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado y nunca la potestad expropiatoria porque, como recuerdan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, «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»⁵⁷. Una vez que exista atribución de potestad por la norma de creación, será ésta la que determine el ámbito de su capacidad de obrar, conforme a lo previsto en el artículo 2.4 de la LOFAGE y como es lógico en el ámbito de los poderes públicos, en donde, por respeto al principio de legalidad, sólo se puede actuar en el marco de las atribuciones legales. La crítica doctrinal en relación con esta cuestión, es la de la indeterminación legal de las potestades de estos entes públicos, hasta el punto de que algunos autores han llegado a poner de manifiesto que esta circunstancia es «dudosamente constitucional»⁵⁸. ¿Cuáles son los fines de las EPE que determinan las potestades necesarias para su cumplimiento? ¿las actividades que puede ejercer? ¿precisaría entonces de distintos poderes en el caso de llevar a cabo una actividad prestacional o de gestión de servicio público o de carácter económico?

II. EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

El artículo 54.1 LOFAGE debe ser analizado necesariamente en conexión con el artículo 53.2 del mencionado cuerpo legal. En el último se especifica que una de las excepciones a la sumisión al Derecho Privado por parte de las EPE, es precisamente el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, tal y como se ha analizado al comentar el artículo 53 LOFAGE. El artículo 54 de la Ley no hace sino precisar, a mayor claridad y abundamiento, que tales potestades administrativas sólo pueden ser ejercidas por los órganos de las EPE a los que en los estatutos se les asigna expresamente tal facultad. Una regla que, como las anteriormente analizadas, no es más que una exigencia resultante de la vigencia del Estado de Derecho y su concreción en relación con las Administraciones Públicas.

Por su parte, el artículo 54.2 de la LOFAGE lleva a cabo una matización de naturaleza organizativa cuando establece que los órganos de las EPE no son asimilables a los de la Administración General del Estado en lo que a su rango administrativo respecta. Se salvan, no obstante, las excepciones que a determinados efectos, puedan fijar sus estatutos. Conviene recordar en este punto los artículos 5 y 6 LOFAGE que determina cuándo una unidad administrativa puede ser considerada como órgano y la clasificación de los

⁵⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, vol. II, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁸ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, p. 454.

órganos superiores y directivos. Las EPE carecen de órganos superiores, tienen, simplemente, órganos de dirección que reúnen todas las notas caracterizadoras de este tipo de órganos, tal y como se analiza en el comentario correspondiente de esta obra.

III. PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

Dice Sánchez Morón, que «si hace unas décadas la existencia de contratos laborales en el empleo público constituía una excepción, ahora puede decirse que la *magna divisio* es la que separa a los funcionarios de los laborales»⁵⁹. Nos encontramos ante un precepto central en la regulación de las EPE, por cuanto es el artículo en el que se detectan las mayores particularidades con respecto a los Organismos Autónomos⁶⁰; girando en concreto en torno a la configuración del Derecho Laboral como regla general, y del estatuto funcional como excepción (art. 55.1 LOFAGE). Ahora bien, esta primera afirmación de principio, se ve inmediatamente matizada por el resto de apartados que contempla el artículo que se comenta. Así, la selección del personal se hace con base en unos criterios; y es que, como apunta el citado Sánchez Morón, la plena aplicación de la legislación laboral de forma rigurosa no se podría dar «sin poner en cuestión algunas de las bases constitucionales del empleo público»⁶¹. Efectivamente, dice Silvia del Saz, el dato de que el empleador sea una Administración Pública sometida a una serie de principios y mandatos constitucionales inexcusables, hace que el Derecho Laboral que se aplica a sus empleados esté vinculado por ciertas normas de Derecho Público⁶².

En cuanto al personal directivo, queda sometido a los principios que recoge el art. 6.10 de la propia LOFAGE, esto es, criterios de profesionalidad y experiencia⁶³, yendo más allá en este último por cuanto se hace referencia expresa a la labor desempeñada en puestos de responsabilidad de gestión pública y privada. No han faltado las críticas, como las de Betancor Rodríguez, a esta regulación, alegando, con base en el tenor literal del precepto, que el personal directivo es «nombrado» y no «seleccionado», lo que impide a juicio del autor la posibilidad de que puedan concurrir todos aquéllos que se consideran aptos para ocupar el correspondiente puesto de trabajo, apartándose la Administración de los derechos y principios de los arts. 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución⁶⁴.

⁵⁹ Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, 3.ª ed., Tecnos, 2001.

⁶⁰ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*

⁶¹ Miguel Sánchez Morón, *op. cit.*, p. 83.

⁶² Silvia del Saz Cordero, «Las transformaciones del Derecho Administrativo al final del siglo XX», en *La Administración Pública española*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y María Calvo Charro (coord.), Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2002, p. 64.

⁶³ Ver los arts. 15.2, 16.3, 17.3, 18.2 y 19.2 de la propia LOFAGE.

⁶⁴ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, pp. 460-461.

Mayor problemática plantea el segundo inciso concerniente al resto del personal, por cuanto la selección está sometida a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; quebrando así una característica consustancial a lo que sería la aplicación genérica del Derecho Laboral⁶⁵, aunque en justicia hay que decir que constituye una regla propia de la contratación laboral en el seno de la Administración Pública (art. 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999). Lo cierto es que las referencias a los principios de mérito y de capacidad arrancan ya de la Constitución Española de 1837 y, como dice Canales Aliende, el actual artículo 103.3 de la Constitución de 1978, su finalidad y contenido sustancial «es la regulación de los recursos humanos que prestan sus servicios en las distintas Administraciones Públicas sobre la base de un modelo profesional y meritocrático frente a concepciones superadas de confianza política o clientelismo»⁶⁶. No faltan quienes, como Mariano Bacigalupo, consideran que nos encontramos con un precepto que nada aporta, por cuanto se trata de «una obviedad constitucional» fruto de la aplicación de la Constitución (igualdad, art. 23; mérito y capacidad, art. 103.3)⁶⁷ y de que, al fin y al cabo, las EPE no son sino personificaciones instrumentales jurídico-públicas. Continúa con su crítica a este precepto el citado autor, puesto que la LOFAGE no sólo se limita a recoger las exigencias literales de la Constitución sino que, lo que resulta más grave a su juicio, obvia cualquier mención a los procedimientos selectivos reglados que hagan efectivo el derecho fundamental en juego. En la misma línea se manifiesta Parada Vázquez cuando apunta que la ley deja en entredicho la selección con base en los citados criterios «al no imponer procedimientos reglados para llevar a efecto dicha selección»⁶⁸. En fin, las duras palabras de Silvia del Saz cuando califica a la mención a estos principios como «un frío deseo cuando no una muestra de hipocresía» no son sino una muestra gráfica de la doctrina sostenida por algunos autores con respecto a estas afirmaciones⁶⁹.

Se ha adelantado, sin embargo, la existencia de excepciones al personal laboral de las EPE, y que se concretan en la posibilidad de que, siempre que la ley de creación de la entidad lo contemple (art. 55.5 LOFAGE) haya funcionarios públicos al servicio de estas entidades, con sometimiento a la

⁶⁵ Mariano Bacigalupo, «La Administración Institucional del Estado tras la LOFAGE: cuestiones para el debate», *Actualidad Administrativa. La Ley-Actualidad*, 1998.

⁶⁶ José Manuel Canales Aliende, «Comentario al artículo 103.3 de la Constitución Española: la organización y la función pública», en Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española*, t. VIII, Cortes Generales, Edersa, 1998.

⁶⁷ El principio de publicidad viene recogido expresamente en el art. 9.3 de la Constitución, pero ha sido la jurisprudencia constitucional, entre otras la Sentencia 85/1983, la que ha señalado que se trata de un principio íntimamente conectado al acceso en condiciones de igualdad.

⁶⁸ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Organización y empleo público*, 13.ª ed., Marcial Pons, 1999, p. 263.

⁶⁹ Silvia del Saz, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, 1995, p. 59.

normativa de función pública que les resulte aplicable (art. 55.1 LOFAGE) y a las competencias que la EPE tenga sobre ellos (art. 55.5 LOFAGE). Es precisamente esta previsión referida a los funcionarios, uno de los argumentos utilizados por algunos autores para criticar la posibilidad del ejercicio de potestades administrativas por parte del personal laboral en el caso de las EPE⁷⁰. Sin entrar en mayores profundidades debemos recordar que, a diferencia de lo establecido en algunos ordenamientos como en el caso del artículo 33.2 de la Ley Fundamental del Bonn, el artículo 103.3 de nuestro texto constitucional no reserva al personal funcionario el ejercicio de las potestades administrativas; aunque del mismo modo hay que decir que el desarrollo legislativo ha puesto de manifiesto que se trata de un criterio seguido en el seno de nuestro ordenamiento en la mayoría de las ocasiones.

El régimen jurídico del personal al servicio de las EPE se ve completado por la referencia a los controles ejercidos por diferentes departamentos ministeriales, y que se concretan en dos: uno de carácter impeditivo y otro de carácter específico y periódico⁷¹. El control impeditivo afecta a las condiciones retributivas, por cuanto requiere de un informe previo, conjunto y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, encontrándonos así ante un exponente del carácter dependiente de la Administración Institucional del Estado y que en opinión de Parada Vázquez no es sino una consecuencia de «la preocupación por la utilización fraudulenta de formas empresariales privadas para subir de forma arbitraria y discriminatoria, en relación con el restante funcionariado, las retribuciones del personal»⁷². El control de carácter específico y periódico hace referencia a los términos en los que se lleva a cabo la gestión de los recursos humanos, encontrándonos así ante, en el marco de la clasificación apuntada por autores como Santamaría Pastor, una de las manifestaciones de las genéricas técnicas de control sobre actividades, esto es, las que no tienen por objeto actos singulares y de contenido formal (controles sobre actos) sino «conductas o pautas de gestión generales, valorables tanto desde la perspectiva de la legalidad cuanto desde criterios de eficacia y buena organización»⁷³; conductas o pautas que, además, han de estar previamente establecidas.

IV. PATRIMONIO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

4.1. Introducción

Tres son las cuestiones que deben ser objeto de comentario en relación con este precepto. Por una parte que, igual que hace el artículo 57 LOFAGE

⁷⁰ 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.

⁷¹ La terminología responde al escrito de Andrés Betancor Rodríguez anteriormente citado, p. 460.

⁷² Ramón Parada, *op. cit.*, p. 263.

⁷³ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 456 y 460.

en relación con el régimen de contratación, se remite íntegramente a la normativa administrativa general. En segundo término, que el artículo 56 LOFAGE ha sido objeto de modificación por la Disposición Final 1.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP). Finalmente, que el precepto comentado está relacionado con otros artículos de la LOFAGE: el artículo 61, que dispone que la Ley de creación establecerá los recursos económicos y las peculiaridades de su régimen patrimonial, el artículo 62.c) que exige que los estatutos regulen el patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el Organismo y el artículo 65.2 que enumera los recursos económicos de las EPE: ingresos que se deriven de sus operaciones, bienes y valores que constituyen su patrimonio, productos y rentas de dicho patrimonio, ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan, cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido, y, excepcionalmente las consignaciones específicas que tuvieran asignadas en los Presupuestos Generales del Estado, las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas, las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares.

4.2. El régimen patrimonial de las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas

4.2.1. El concepto de «Patrimonio del Estado»

Con la LPAP, el término «Patrimonio del Estado» pasa a designar el conjunto de bienes de titularidad de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (artículo 9 LPAP), si bien, tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley, con tal concepto no se pretende erosionar el principio de autonomía de gestión de las entidades de la Administración instrumental⁷⁴.

4.2.2. Los fines de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con la Administración instrumental

La Exposición de Motivos de la LPAP dispone que con la promulgación de esta Ley se pretende: unificar en un único cuerpo legal el régimen patrimonial de la Administración General del Estado en sus distintas modalidades (razón por la cual deroga lo dispuesto en los artículos correspondientes de

⁷⁴ Conforme a la Exposición de Motivos de la LPAP: «*El concepto (de Patrimonio del Estado, se entiende) no pretende hacer referencia a una relación de titularidad... sino que su acuñación tiene una finalidad meramente instrumental, y sirve a los objetivos de permitir un tratamiento conjunto de esos conjuntos de bienes a determinados efectos de regulación.*»

la LOFAGE); articular una política patrimonial integral que permita superar el fraccionamiento de los sistemas de administración de los bienes públicos, superar el carácter fraccionario y residual que tradicionalmente ha tenido la regulación de los bienes de los Organismos públicos; llevar a cabo una revisión de las figuras que sirven de cauce para las transferencias de bienes y derechos entre la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, con el fin de ampliar las posibilidades de utilización de los mismos por sujetos distintos de sus titulares, y permitir así su más eficiente asignación; regular el patrimonio público empresarial, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación tanto a sujetos de Derecho Público —EPE—, cuanto a agentes de Derecho Privado —SME—⁷⁵; por último, y en este marco de la regulación del patrimonio empresarial del Estado, diseñar un nuevo esquema de relaciones del Ministerio de Hacienda con las entidades públicas empresariales, fundamentalmente mediante la consideración de los fondos propios de estas entidades como parte del patrimonio de la Administración General del Estado, análogamente al capital de las sociedades mercantiles, y mediante la atribución al Ministro de Hacienda (hoy Economía y Hacienda) de determinadas decisiones en materia de gestión estratégica.

4.2.3. *El principio general: autonomía de los Organismos públicos en la gestión de su patrimonio*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 LPAP «*la gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que sean de titularidad de los organismos públicos corresponderán a éstos, de acuerdo con lo señalado en sus normas de creación o de organización y funcionamiento o en sus estatutos, con sujeción en todo caso a lo establecido para dichos bienes y derechos en esta Ley*». Más en concreto, el artículo 10.6 LPAP enumera cuáles son las competencias que corresponden a los Organismos públicos dependientes de la Administración General del Estado en materia patrimonial: ejecución de la política patrimonial del Gobierno en el ámbito de sus competencias, ejercicio de las funciones de vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación de sus bienes y derechos, solicitud al Ministro de Hacienda de la adscripción de bienes y derechos para el cumplimiento de sus fines, gestión de sus bienes propios de acuerdo con lo establecido en la ley reguladora del organismo y en la LPAP, instancia para la incorporación al patrimonio de la AGE de sus bienes inmuebles cuando éstos dejen de ser necesarios para el cumplimiento de sus fines y así sea procedente conforme a lo señalado en el artículo 80 de la Ley. Por lo tanto, la LPAP concreta en estos preceptos el reconocimiento del principio de autonomía de gestión

⁷⁵ La Exposición de Motivos de la LPAP dispone que: «*La amplitud con la que se definen los sujetos a los que serán de aplicación sus previsiones pretende abarcar todas las unidades económicas vinculadas a la Administración General del Estado susceptibles de ser consideradas empresas, incluyendo las sociedades mercantiles en las que el Estado ostenta posiciones de control aun sin tener la mayoría del capital.*»

que caracteriza a los entes que constituyen la Administración instrumental del Estado.

4.2.4. *Normas organizativas y competenciales*

Desde el punto de vista organizativo, por una parte, las competencias de los Organismos públicos en las actuaciones relativas a sus bienes y derechos patrimoniales corresponden, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.2 LPAP, a los órganos que legal o estatutariamente la tengan atribuida y, en defecto de atribución expresa, a sus presidentes o directores (adquisiciones a título oneroso, arrendamiento de inmuebles, celebración de convenios interadministrativos...). Por otra, de acuerdo con el artículo 13.1 LPAP, en todos los Organismos públicos existirán unidades encargadas de la administración, gestión y conservación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que tengan afectados o adscritos o cuya administración y gestión les corresponda; estas unidades coordinarán sus actuaciones con la Dirección General del Patrimonio del Patrimonio de Estado para la adecuada administración y optimización del uso de dichos bienes y derechos. Junto a la coordinación, la LPAP prevé también, en su artículo 14, distintos instrumentos de colaboración en materia patrimonial.

Además, conforme a lo dispuesto en el Título II LPAP los titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del Patrimonio del Estado están obligados a velar por su custodia y defensa a través de distintos mecanismos: limitaciones a la disponibilidad de bienes y derechos, realización de Inventario, inscripción registral y las tradicionales facultades de investigación, deslinde, recuperación de oficio de la posesión indebidamente perdida y desahucio.

4.2.5. *Análisis de los distintos tipos de recursos de la Administración instrumental: el artículo 65 LOFAGE*

En relación con los distintos tipos de recursos económicos que pueden constituir el patrimonio de las EPE, ya se ha transcrito la enumeración que efectúa el artículo 65 LOFAGE. Se analizará a continuación cada uno de ellos.

Los ingresos que se deriven de sus operaciones tienen especial relevancia en el ámbito de este tipo de entes públicos. Ello es consecuencia de que, como se veía al hablar del tipo de actividades que los mismos pueden desarrollar, a las EPE les corresponde la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, la actividad prestacional y de gestión de servicios, que también pueden traer consigo una contraprestación por la actuación realizada. Conectado con este recurso se encuentra el previsto en el artículo 65.e) LOFAGE: los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan.

Los bienes y valores que constituyen su patrimonio, del que ya se ha indicado que deberá constar en los estatutos y que forma parte del más amplio concepto de «Patrimonio del Estado». En relación con estos bienes, hay que destacar como en el Título III LPAP contempla varias posibilidades. En primer lugar, la de afectación de bienes y derechos del Patrimonio del Estado a los Organismos públicos. Tal afectación, conforme al artículo 68.3 LPAP, será acordada por el Ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director, igual que su desafectación —artículo 70.3 LPAP— y las mutaciones demaniales —artículo 72.4 LPAP—. En segundo lugar, la de adscripción de los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado —artículo 73 LPAP— o bien de otro Organismo público, que será acordada por el Ministro de Hacienda previa instrucción del procedimiento por la dirección de Patrimonio del Estado —artículo 74.1 LPAP—; respecto a estos bienes adscritos, los organismos públicos tienen encomendadas el ejercicio de las competencias demaniales, así como la vigilancia, protección jurídica, defensa, administración, conservación, mantenimiento y demás actuaciones que requiera el correcto uso y utilización de los mismos —artículo 76 LPAP—. *Contrario sensu*, los artículos 80 a 82 LPAP regulan la incorporación al patrimonio de la AGE de bienes de los Organismos públicos para el caso de innecesariedad y previa desafectación, salvo en el caso de que se trate de bienes adquiridos por ellos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial en cuyo caso podrán ser enajenados por los propios Organismos. También, de acuerdo con los artículos 131 y siguientes LPAP los bienes y derechos patrimoniales pueden ser objeto de enajenación conforme a lo dispuesto en la Ley. En tercer lugar, son igualmente parte de su patrimonio, los bienes o derechos adquiridos a título oneroso, que deberán serlo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 115 y siguientes LPAP, correspondiendo la competencia para realizar este negocio jurídico, una vez más, al presidente o director del Organismo correspondiente. En todos estos casos, los presidentes o directores de los Organismos determinarán la forma de explotación de los bienes y derechos patrimoniales que sean propiedad de éstos —artículo 105.2 LPAP— siempre con respeto a las distintas formas de aprovechamiento previstas en los artículos 105 y siguientes LPAP. Y, por último y como es lógico, los productos y rentas de dicho patrimonio también constituyen «recurso económico» de las EPE.

Las consignaciones específicas que tuvieran asignadas en los Presupuestos Generales del Estado, recurso de naturaleza excepcional que por lo que a las EPE respecta, plantea el problema ya indicado con anterioridad al analizar la actividad económica de la Administración Pública, de hasta qué punto es admisible por la normativa que regula la defensa de la competencia, que se insuflen fondos estatales a estos entes públicos.

Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas, otro recurso de naturaleza excepcional.

Las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares. En relación con ellas, hay que traer a colación las normas espe-

ciales para las adquisiciones hereditarias y a título gratuito previstas en los artículos 20 y 21 LPAP.

Y, por último, cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido, fórmula amplia que deja la puerta abierta nuevos tipos de recursos.

Se excluyen, naturalmente, las adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria, dado que, como se vio en su momento, las Administraciones instrumentales carecen de la misma en todo caso.

4.2.6. *El patrimonio empresarial de la Administración General del Estado*

Se ha puesto ya de manifiesto cómo la Exposición de Motivos de la LPAP pretende, en relación con el patrimonio empresarial de la Administración General del Estado «diseñar un nuevo esquema de relaciones del Ministerio de Hacienda con las entidades públicas empresariales, fundamentalmente mediante la consideración de los fondos propios de estas entidades como parte del patrimonio de la Administración General del Estado, análogamente al capital de las sociedades mercantiles, y mediante la atribución al Ministro de Hacienda (hoy Economía y Hacienda) de determinadas decisiones en materia de gestión estratégica». A tales objetivos sirve la regulación contenida en el Título VII, Capítulos I y II, artículos 166 a 182 LPAP que se centra en el patrimonio empresarial, esto es, el conjunto de acciones, títulos, obligaciones, obligaciones convertibles, derechos de suscripción preferente y fondos propios expresivos de la aportación de capital del Estado, de las EPE.

El artículo 166.1.a) LPAP dispone que las normas contenidas en el Título VII de la Ley serán de aplicación a las EPE. El artículo 167.1 LPAP dispone que los citados entes públicos ajustarán la gestión de su patrimonio a esta Ley y, en lo no previsto en ella, al Derecho privado (como parece lógico dada la sumisión general de las EPE a tal ordenamiento *ex* artículo 53.2 LOFAGE), con la excepción de lo relativo a los bienes de dominio público.

V. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

El artículo 57 LOFAGE regula el régimen de contratación de las EPE. Es un precepto breve que se limita a indicar dos cosas: una, que la contratación de las EPE se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas; y, dos, que será necesaria la autorización del titular del Ministerio al cual se encuentre adscritas para celebrar contratos de cuantía superior a la previamente fijada por el mismo.

El comentario al artículo 57 LOFAGE debe centrarse, consecuentemente, en el análisis de los dos aspectos mencionados. No obstante, hay que apuntar también otras dos cuestiones. Por una parte, que la remisión que el precepto hace a la legislación de contratos es común a la que efectúa el artículo 49

LOFAGE en relación con los Organismos autónomos. Por otra, el problema de la contratación preferente con determinadas Empresas Públicas por parte de la Administración.

En relación con el primer aspecto, esto es, la sumisión al régimen general de contratación de las Administraciones Públicas, lo primero que hay que destacar es que tal sujeción resulta lógica en la medida en la que las EPE son, sin ningún género de dudas, Administración Pública. Ahora bien, las especiales características de este tipo de entidades públicas dan lugar a la existencia de un régimen especial de sujeción a la legislación de contratos, que será el previsto en los artículos 1.3, 2.1 y 9.1 LCAP. Así, conforme al primero de los preceptos citados: «Deberán ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.»

Por su parte, el artículo 2.1 LCAP, tras la redacción dada al mismo por el artículo 67.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, dispone que: «Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.»

Finalmente, el artículo 9.1 LCAP establece que «los contratos privados de las Administraciones Públicas se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado».

Como explica Santamaría Pastor⁷⁶ estos preceptos no son más que una de las manifestaciones de la casuística forma de delimitar cuáles son los sujetos y cuáles los contratos sometidos a la LCAP. La razón de ser de tal complejidad es que, frente a la tendencia escapista que reinaba con la Ley de Contratos de 1965, la LCAP pretendió, en cumplimiento de la normativa comunitaria, que el mayor número posible de contratos públicos se celebrara con respeto a los principios de publicidad y concurrencia. Fernández Farreres⁷⁷ apunta, de manera rotunda, que «no es arriesgado afirmar que sólo la necesidad de ajustar nuestro sistema de contratación al Derecho Comunitario europeo está en la base de este cambio... Las reiteradas condenas al Estado Español por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas impedían, en definitiva, la pretensión de mantener por más tiempo el statu quo y así se ha tenido finalmente que admitir».

Conforme a los preceptos mencionados de la LCAP, el citado cuerpo legal es íntegramente aplicable a las entidades constituidas en forma pública siempre que reúnan los dos requisitos mencionados de haber sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que estén sometidas a la dirección y control efectivo por parte de la Administración. De no cumplirse ambos requisitos, las EPE sólo deberán someterse a la LCAP en los distintos aspectos a los que se refiere el artículo 2.1 transcrito. La crítica al régimen de sumisión a la LCAP de las EPE, se inscribe dentro de otra más general, relativa a la forma de delimitación por la Ley de su ámbito de aplicación. Apunta Betancor Rodríguez⁷⁸ que «la aplicación a las EPE de los dos criterios indicados produce una paradoja: unas determinadas EPE quedan sujetas plenamente a la LCAP mientras que otras sólo parcialmente. Esto es fruto de que las EPE siempre cumplen el último de los criterios indicados, en cambio, el otro, sólo algunas». Efectivamente, las EPE, por su propia consideración de Administración instrumental, están sometidas a la dirección y control efectivo de la Administración de la que dependen a través de las distintas modalidades de aquéllos que la LOFAGE prevé; sin embargo, en función de lo que se entienda por «interés general», las EPE pueden no haber sido creadas para satisfacer aquél. Pero, incluso haciendo una interpretación amplia de tal noción de «interés general» y considerando que siempre que la Administración Pública actúa pretende su cumplimiento, puede que las EPE pretendan la satisfacción del mismo realizando actividades de naturaleza industrial o mercantil (hasta el punto de que, como se puso de manifiesto al hablar de sus funciones, el rasgo más característico de estas entidades públicas es precisamente que pueden desarrollar la actividad que se denominó «económica»). De lo anterior se deduce que, cuando las EPE pretenden la consecución del interés general mediante el desarrollo de una actividad

⁷⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

⁷⁷ Germán Fernández Farreres, «Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», en Benigno Pendás García, *Derecho de los Contratos Públicos*, Editorial Praxis, Barcelona, 1995, p. 237.

⁷⁸ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, pp. 461-463.

mercantil o industrial, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCAP, al menos en su totalidad (se salvan siempre los «actos separables»). Betancor matiza más esta aclaración diciendo que no son las EPE que desarrollan este tipo de actividades las que están excluidas de tal aplicación íntegra de la LCAP, sino sólo las que lo hacen dentro del mercado, en la medida en la que tal actividad debe realizarse de acuerdo con el Derecho propio del mercado: el Derecho Privado.

La normativa sustantiva, tiene su paralelo en la de carácter procesal. El artículo 2.b) LRJCA, conforme al cual «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas»; y el artículo 9.3 LCAP que establece que «el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción». Con esta regulación se está dando plena entrada en nuestro Ordenamiento Jurídico a lo que se conoce como la doctrina de los «actos separables». Una construcción de origen francés que fue primero recibida por la Jurisprudencia (Sentencia de 4 de febrero de 1965 en el célebre asunto del arrendamiento por el Ayuntamiento de Sevilla del Hotel Andalucía Palace), y después incorporada al artículo 4 de la Ley de Contratos de 1965. Con ella, se quiere expresar que en todo contrato en el que interviene una Administración, aunque sea un contrato privado, hay un núcleo público irrenunciable y que ese núcleo público es separable del contrato privado y, en consecuencia no susceptible de «huir del Derecho Administrativo», tal y como se apuntaba al hacer referencia a esta cuestión.

En relación con la segunda de las cuestiones a las que hace referencia el artículo 57.2 LOFAGE, hay que destacar cómo la previsión contenida en el precepto, de autorización ministerial para la celebración por las EPE de contratos que superen una determinada cuantía es una manifestación de esa relación de instrumentalidad y, sobre todo, de dependencia o vinculación a la que se hacía referencia al inicio de estos comentarios al hablar de las características de los entes integrantes de la Administración instrumental del Estado. La LCAP también prevé esta manifestación de control o vinculación cuando establece, en su artículo 12.1, apartado 2, que «los representantes legales de los organismos autónomos y demás entidades públicas estatales y los directores generales de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, son órganos de contratación de unos y otros, pudiendo fijar los titulares de los departamentos ministeriales a que se hallen adscritos, la cuantía a partir de la cual, será necesaria su autorización para la celebración de los contratos».

Se apuntaba al inicio del comentario al artículo 57 LOFAGE, que otra cuestión interesante, relativa al régimen de contratación no ya de las EPE sino con ellas, es el de la contratación preferente de las Administraciones con Empresas Públicas. Baste con apuntar, sin entrar en el fondo del asunto, que, como explica Huergo Lora⁷⁹ por «colaboración preferente con empresas públicas» se entiende la técnica jurídica por la cual una Administración contrata directamente con una empresa pública (normalmente suya, aunque no siempre) la obtención de los productos y servicios que precisa para cubrir sus necesidades o para llevar a cabo su actividad. Como apunta el autor citado, tal modo de proceder presenta dos problemas: por un lado, ¿hasta qué punto, se adaptan a esta situación técnicas como el contrato que presuponen una dualidad efectiva de centros de intereses?; por otro, y sobre todo, ¿hasta qué punto la empresa pública, que es un sujeto formalmente independiente de la Administración y que opera en el mercado en concurrencia con los particulares, puede verse legítima y legalmente favorecida patrimonialmente, puesto que obtiene de forma directa determinados encargos que, según las reglas ordinarias de la contratación pública, deberían haberse sometido a los principios de publicidad y concurrencia? Se deja apuntada esta problemática sin entrar de lleno en ella, aunque no cabe duda de que la misma remite, como tantas otras cuestiones vinculadas al régimen de actuación de las Empresas Públicas en general, a la que en definitiva es la problemática de fondo de las mismas: la admisibilidad y los límites a la actividad económica de la Administración Pública.

VI. RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

6.1. Introducción

Dice Villar Ezcurra que el régimen jurídico vigente en materia de empresas públicas está contenido a caballo entre dos textos normativos absolutamente dispares en cuanto a su finalidad y contenido: la Ley General Presupuestaria y la LOFAGE⁸⁰. Efectivamente, el comentario de este artículo, y siempre que se acepte el seguir manteniendo la clásica división académica, se enmarca más en el Derecho presupuestario que en el Derecho Administrativo, y ello como consecuencia de la absoluta remisión que realiza a la Ley General Presupuestaria. A este respecto debemos recordar que nos encontramos ante un momento de cambio de gran calado que arrancaría en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y que culminaría con la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁷⁹ Alejandro Huergo Lora, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 129 a 131.

⁸⁰ José Luis Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, 1999, p. 169.

Atendiendo sin embargo a la normativa actualmente vigente resulta obligado realizar la exposición con base en el régimen jurídico del, todavía vigente en muchos aspectos, Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, sin perjuicio de que iremos haciendo referencia al nuevo régimen donde básicamente, apunta Martín Queralt, «se superan algunas de las dificultades interpretativas que se venían planteando por la falta de adecuación entre las clasificaciones contempladas en la Ley General Presupuestaria y la reordenación de las entidades públicas que llevó a cabo la LOFAGE»⁸¹.

6.2. Régimen presupuestario

Sentadas estas bases analicemos en primer lugar el régimen presupuestario de las EPE, teniendo en cuenta que quedan fuera de lo que, con Pérez Royo, podríamos denominar el «núcleo duro» de los Presupuestos Generales⁸². Acudiendo a lo concreto es el artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1091/1988⁸³, las EPE elaborarán: un presupuesto de explotación que detallará los recursos y las dotaciones anuales correspondientes y un presupuesto de capital con el mismo detalle. Ambos presupuestos estarán constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del cuadro de financiación del correspondiente ejercicio. Una segunda obligación la fija el artículo 88.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988 en cuanto recoge la elaboración de un programa de actuación plurianual en el que se reflejen los datos económico-financieros provisionales para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según las líneas estratégicas y objetivas definidas para la entidad.

En la Ley 47/2003, en la que las EPE se integran en el sector público estatal (art. 2 Ley 47/2003) y, más en concreto en el sector público empresarial [art. 3.2.a) Ley 47/2003]; se recoge el mismo contenido que en la regulación anteriormente vigente en lo concerniente a la elaboración de los presupuestos de explotación y de capital (art. 64 Ley 47/2003), debiendo ser remitidos junto con los programas de actuación plurianual actualizados antes del 10 de julio de cada año al Ministerio de Hacienda a través del Ministerio del que dependen. Deberán ser acompañados, a modo de anexo, de una previsión del balance de la entidad y la documentación complementaria que considere oportuna el Ministerio de Economía y Hacienda

⁸¹ Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero y José M. Tejerizo López, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 14.ª ed., Tecnos, p. 767.

⁸² Fernando Pérez Royo, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 13.ª ed., Civitas, pp. 458 y 459. Este autor enmarca dentro del núcleo duro a lo que la nueva Ley 47/2003 denomina el Sector Público Administrativo: los Altos Órganos del Estado, la Administración General del Estado, los Organismos Autónomos, las Entidades Gestoras y Mutuas de la Seguridad Social, y otras Entidades de Derecho Público. Quedan fuera del mismo, por tanto, el Sector Público Empresarial y Fundacional.

⁸³ Fue objeto de modificación por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(art. 62.2 *in fine* Ley 47/2003). Junto con ambos presupuestos se remitirá una memoria explicativa de su contenido, de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión de la ejecución del ejercicio corriente (art. 64.4 Ley 47/2003).

Además de los presupuestos de explotación y de capital, hay también obligación de presentar el programa de actuación plurianual que tiene por finalidad, además de los estados financieros que hemos mencionado, los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado y los dos ejercicios inmediatamente siguientes (art. 65.2 Ley 47/2003); y ello acompañado de la documentación a la que hace referencia el artículo 65.3 Ley 47/2003: hipótesis de la evolución de los principales indicadores macroeconómicos que hayan servido de base para la elaboración de los programas de actuación plurianual; premisas principales de planteamiento que conformen las líneas estratégicas de la entidad; previsiones plurianuales de los objetivos a alcanzar; memoria de las principales actuaciones de la entidad; programa de inversiones; Plan financiero del período que cuantificará los recursos y las fuentes externas de financiación y la restante documentación que determine el Ministerio de Hacienda⁸⁴.

6.3. Régimen contable

Entrando en el régimen contable, define Carrera Raya la contabilidad pública como «aquel sector de la contabilidad que se caracteriza específicamente por el sujeto que desarrolla la función contable»; y tendrá como fines, en palabra del profesor Albiañana García-Quintana: garantizar el cumplimiento de las limitaciones que la ley impone al ejecutivo mediante el Presupuesto; determinar el resultado positivo o negativo de los ingresos realizados en el curso del respectivo curso presupuestario; asegurar la integridad de los caudales públicos; mostrar las operaciones financieras realizadas, comprometidas o devengadas en el correspondiente período presupuestario y, por último, aportar a la contabilidad nacional los resultados y los demás datos económico-financieros relativos al sector público⁸⁵. Con independencia de este resumen doctrinal, el artículo 124 del Real Decreto Legislativo 1091/1988 recoge expresamente las finalidades de la contabilidad pública.

En el campo concreto de las EPE, es el artículo 123.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988 el que señala que formarán y rendirán sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en el Plan General de Contabilidad vigente para la empresa española y disposiciones

⁸⁴ A los efectos de comprobar la necesidad de remisión de toda esta documentación, baste acudir a lo dispuesto en los artículos 3.3.3 y 4.3 de la Orden Ministerial del Ministerio de Economía y Hacienda 1645/2004, de 3 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2005 (*Boletín Oficial del Estado* de 9 de junio de 2004, pp. 20629 a 20634).

⁸⁵ Ambas citas tomadas de Luis María Cazorla Prieto, *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, 4.ª ed., Aranzadi, 2003, pp. 236 y 237.

que lo desarrollen; siendo cuentadantes, conforme al artículo 127.1.e) del Real Decreto Legislativo 1091/1988, los presidentes de las Entidades; siendo así responsables de la información contable y de cumplir los plazos para el envío, junto con el informe de gestión y de auditoría que hubiese realizado la Intervención, al Tribunal de Cuentas por el conducto de la Intervención General de la Administración del Estado. El régimen jurídico que implanta la Ley 47/2003 en esta materia es muy similar, tal y como se deduce de lo dispuesto en los artículos 129 y 138.1.b) de la Ley 47/2003 concernientes al contenido de las cuentas anuales y a la autoridad responsable, como con respecto a la auditoría que corresponde realizar a la Intervención (artículo 168 de la Ley 47/2003).

6.4. Régimen de control

Estas últimas referencias a la Intervención permiten pasar al siguiente aspecto del artículo que se comenta: el control. Son varias las clasificaciones que se pueden realizar en el ámbito presupuestario, como por ejemplo la referida a las funciones que cumple el control financiero; así, siguiendo a Pérez Royo, se puede distinguir: una función de carácter jurídico, de asegurar el respeto al principio de legalidad presupuestaria; una función de naturaleza política, dentro del esquema de división de poderes tal y como es característico de lo que se conoce como el ciclo presupuestario; y una función racionalizadora, de corrección de abusos e inercias que inevitablemente se producen en una actividad tan compleja como la ejecución del presupuesto⁸⁶. También se pueden distinguir en función del objeto: el de legalidad; el de eficacia, que será objeto de particular estudio en el comentario al artículo 59 de la LOFAGE, y en el que se observan especiales conexiones con la normativa presupuestaria; y el control financiero que atiende a la situación financiera de los entes sometidos a fiscalización. Dentro de este último podemos distinguir entre el control financiero propiamente dicho y la auditoría.

Comenzando por el control financiero permanente, es objeto de tratamiento en los artículos 157 a 161 de la Ley 47/2003. Su objeto es el de verificar la situación y funcionamiento de las entidades del sector público estatal en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y, en particular, al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero. En fin, es el artículo 158.1.e) Ley 47/2003 el que señala expresamente a las EPE como incluidas en este ámbito.

En cuanto a la auditoría, apunta Martín Queralt, «se trata de un tipo más moderno de control... surgido al diversificarse los esquemas jurídicos de actuación del Estado, especialmente cuando se adoptan las formas del

⁸⁶ Fernando Pérez Royo, *op. cit.*, p. 483.

Derecho privado, cuyas necesidades de gestión no se avienen con la rigidez y el rigor de la función interventora⁸⁷. La propia Ley General Presupuestaria nos dice en qué consiste: en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público estatal, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e Instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado. Dentro de su ámbito de aplicación, aparecen recogidas, de nuevo de forma expresa, las EPE [art. 168.a) de la Ley 47/2003]. Existen tres modalidades de auditorías: la auditoría de regularidad contable, consistente en la revisión y verificación de la información y documentación contable con el objeto de comprobar su adecuación a la normativa contable y en su caso presupuestaria que le sea de aplicación; la auditoría de cumplimiento, que verifica que los actos, operaciones y procedimientos de gestión económico-financiera se han desarrollado de conformidad con las normas que le son de aplicación; y la auditoría operativa, que revisa las operaciones a los efectos de valorar la racionalidad y la adecuación a los principios de buena gestión a los que se refiere el artículo 68 de la Ley 47/2003.

VII. CONTROL DE EFICACIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

7.1. Introducción: control y eficacia

A efectos meramente introductorios, hay que señalar que nos encontramos en el marco genérico de la relación de dependencia que es consustancial a la propia noción de las personificaciones instrumentales. A este respecto dos son las grandes cuestiones a analizar dentro de este artículo que son susceptibles de resumirse en dos conceptos: el control y la eficacia.

Comenzando por el control, no es sino una más de las técnicas de organización a través de las cuales se pretende racionalizar las relaciones existentes entre esa verdadera «galaxia de organizaciones estructuradas en distintos niveles» que constituye la Administración subjetivamente hablando⁸⁸. A este respecto, recuerda Santamaría Pastor que el «síndrome cantonal» es un mal latente de todas las Administraciones públicas, cuya intensidad está en función directa de las dimensiones de la organización y que es causa directa de grandes dosis de ineficacia y son por ello necesarias las técnicas de unidad y coherencia en dicha acción⁸⁹.

Apunta Ariño Ortiz que el régimen de control es «una manifestación

⁸⁷ Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero y José M. Tejerizo López, *op. cit.*, p. 742.

⁸⁸ Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Organización y empleo público*, 16.ª ed., Marcial Pons, 2003, p. 12.

⁸⁹ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Cebra, septiembre de 2000, p. 441.

o ejemplo de tutela material o de relación cuasi jerárquica»⁹⁰; y ello porque no sólo existe la genérica relación de dependencia o adscripción respecto del Ministerio u Organismo, sino porque también existen unos controles funcionales que alejan la sensación de autonomía o independencia que son consustanciales, en cierta medida, a la característica de la personalidad jurídica.

En cuanto a la eficacia, dice el artículo 103.1 de la Constitución que «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». Como dice Parejo Alfonso, de la Administración «se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que, al hacerlo, resuelva los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una obra, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate»⁹¹. Ahondando en la misma línea Rodríguez-Arana Muñoz recuerda que la estructura de la Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos y su estructura debe estar orientada en todo momento a satisfacer los intereses generales⁹².

Hecha esta pequeña introducción de ambos conceptos, resume muy bien Parada Vázquez el control de eficacia cuando apunta que «trata de verificar el comportamiento de la Administración desde el punto de vista de la relación de su actividad con los costes que generan y de los logros obtenidos en función de los esfuerzos desplegados para conseguirlos», y cuando añade que van ganando una mayor importancia con respecto a las empresas públicas sobre las que se van extendiendo actuaciones similares a las que se desarrollan con las empresas privadas⁹³.

7.2. El control genérico

Entrando ya en la cuestión concreta, el artículo 59 LOFAGE recoge dos modalidades de control que podríamos dividir en genérico y específico, y ello con base en los instrumentos que sirven como parámetro a la realización de esa labor fiscalizadora: en un caso los objetivos de la Entidad y la adecuada utilización de los recursos (art. 59.1 LOFAGE) y en otro el contenido del convenio o contrato-programa que hubiese podido suscribir la Entidad (art. 59.2 LOFAGE).

En referencia al primer supuesto se encuentra expresamente previsto en el artículo 169 de la Ley 47/2003, cuando dice que «los sujetos que integra

⁹⁰ Gaspar Ariño Ortiz, *op. cit.*, p. 492.

⁹¹ Luciano Parejo Alfonso, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado, 1995.

⁹² Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, «Reforma y modernización de la Administración Pública española (1996-2000)», en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y María Calvo Charro (coord.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, junio de 2002, pp. 15 a 58.

⁹³ Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 64.

el sector público estatal adecuarán su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados». Además de recordar que la autoridad competente para realizar este control es el Ministerio de Economía y Hacienda, lo primero que hay que indicar es que los parámetros de valoración se encuentran, tal y como veremos posteriormente, en la ley de creación (art. 61.1) y en el Plan inicial de actuación (art. 61.2); aunque la realidad es que es este segundo instrumento el que está llamado a la mayor concreción. Efectivamente, sin perjuicio de que la fijación inicial de los objetivos es la que en una primera aproximación a la labor de control permite comprobar el cumplimiento del requisito de eficacia, será necesario un instrumento de detalle que fije los parámetros para ello. No está exento de problemas el régimen jurídico, y ello porque, tal y como desarrollaremos en el capítulo genérico de la creación, modificación, extinción y liquidación de los Organismos; nada impide la posibilidad de que la aprobación de los planes de actuación sea prolongada *sine die*, ya que no es requisito de funcionamiento de los Organismos. En fin, como lo explica gráficamente Betancor Rodríguez, en un juego de palabras, «la indeterminación del régimen jurídico del Plan Inicial de Actuación condiciona la eficacia del control precisamente de eficacia que deben desarrollar el Ministerio y, en su caso, los Organismos al que está adscrita la EPE»⁹⁴.

7.3. El control específico

Existe, como adelantábamos, un segundo control referido a aspectos o compromisos específicos, esto es, los plasmados en el convenio o contrato-programa suscrito con el Ministerio u Organismo matriz. En este supuesto el convenio o contrato-programa deberá recoger el contenido que prevé el, todavía vigente, artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1091/1988: hipótesis macroeconómicas y sectoriales que sirvan de base al acuerdo; objetivos de la política de personal, de rentabilidad, productividad o reestructuración técnica de la explotación económica, así como métodos de evaluación de aquéllos; aportaciones del Estado en sus distintas modalidades; medios a emplear para adaptar los objetivos acordados a las variaciones habidas en el respectivo entorno económico; y control por el Ministerio de Economía y Hacienda de la ejecución del convenio y posterior explotación económica. Este control por el Ministerio de Economía y Hacienda no excluye el que corresponde, con base en el artículo 91.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, al Departamento u Organismo autónomo cuando la Entidad Pública Empresarial haya suscrito el correspondiente convenio. La redacción de la Ley 47/2003 mantiene el mismo régimen jurídico que el contemplado en la vigente redacción con el añadido de un punto al contenido del convenio o contrato, cual es el de la fijación de los efectos que se derivarán del incumplimiento de los compromisos acordados [art. 68.1.f) Ley 47/2003].

⁹⁴ Andrés Betancor Rodríguez, *op. cit.*, pp. 440 a 493.

En definitiva, de la combinación de ambos supuestos de control se deriva la actuación por parte de tres sujetos: el Departamento ministerial u Organismo autónomo al que se encuentre adscrito, el Ministerio de Economía y Hacienda (la Ley 47/2003 recoge la referencia al Ministerio de Hacienda pero la nueva reestructuración gubernamental ha conllevado de nuevo su fusión con el Ministerio de Economía), y la comisión de seguimiento que en su caso se hubiese podido prever.

7.4. Conclusión

A modo de conclusión, y con independencia de que consideremos que son adecuados e incluso necesarios estos controles, lo cierto es que no han faltado las críticas conectadas con lo que podríamos denominar economía legislativa dentro del más amplio campo de la técnica normativa. A este respecto se pregunta Betancor Rodríguez sobre la relación existente entre el artículo 59.2 LOFAGE y el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1091/1988 (extensible al art. 68 de la Ley 47/2003); puesto que, salvo la previsión de que se cree un nuevo sujeto, la comisión de seguimiento, para llevar a cabo el control, el contenido es el mismo, máxime, apuntilla el autor, cuando el artículo 58 al que hemos hecho referencia se remite en esta materia a la propia Ley General Presupuestaria⁹⁵. No obstante, y con el ánimo de recordar las virtudes del control de eficacia, hay que tener en cuenta que la finalidad última es la de hacer de este control una pieza fundamental para el logro de la eficiencia y economía que el artículo 31.2 de la Constitución exige para los gastos públicos⁹⁶.

VIII. IMPUGNACIÓN Y RECLAMACIÓN CONTRA LOS ACTOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

8.1. Introducción

El régimen de impugnación de los actos dictados por las EPE en el ejercicio de potestades administrativas es el general previsto en la LRJAP. Ya se ha hecho una referencia al régimen general de atribución de potestades administrativas a los órganos de las EPE, por lo que corresponde centrarse, ahora, en lo relativo al régimen de recursos. Para ello se llevará a cabo una exposición general de las vías impugnatorias en el Derecho Administrativo español —al que se remite el artículo 60.1 de la LOFAGE—, se traerá a colación la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOFAGE que dispone cuáles son los actos que ponen fin a la vía administrativa en la Administración General del Estado, haciendo una mención expresa a los emanados de Orga-

⁹⁵ *Idem*, p. 406.

⁹⁶ Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero y José M. Tejerizo López, *op. cit.*, p. 737.

nismos Públicos, y, finalmente se analizará qué es una reclamación previa a la vía judicial, civil o laboral y el régimen de resolución de las mismas en el seno de las EPE.

8.2. Las vías administrativas impugnatorias

Así pues, en primer lugar, se reproduce aquí el esquema general de las vías impugnatorias que sirve de introducción al comentario a las Disposiciones Adicionales Decimoquinta, Decimosexta, Decimoséptima de la LOFAGE, con el ánimo de que esta reproducción haga el manejo de esta obra más cómoda al lector. Tal análisis exige diferenciar: qué son los recursos administrativos, cuáles son sus características, origen y evolución, régimen jurídico, justificación y los tipos existentes en nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

Por recurso administrativo se puede entender, siguiendo a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁹⁷, el acto del administrado mediante el cual pide a la Administración Pública que lleve a cabo la anulación o reforma, por motivos de legalidad, de actos o disposiciones dictados por ella. Se denomina también recurso administrativo al procedimiento de esta clase que se incoa como consecuencia de tal acto del administrado y en el que se ventila su pretensión.

En cuanto a sus características generales habría que resaltar las siguientes: primero, que se ejercita a instancia de parte (precisamente a diferencia de la revisión de oficio); segundo, que se ejercitan ante la propia Administración Pública (a diferencia de los recursos jurisdiccionales); tercero, que pretenden la impugnación de actos o disposiciones existentes que se estiman contrarias a Derecho (razón por la cual, como explican los autores antes citados, se diferencian de las peticiones —que tienen por objeto la producción de un acto nuevo—, de las quejas —que no persiguen revocación del acto administrativo, sino que se corrija, en el curso del mismo procedimiento en que se producen, los defectos de tramitación a que se refieren—, y de las reclamaciones —que determinadas normas reguladoras del procedimiento administrativo prevén en relación a las resoluciones provisionales cuyos eventuales defectos quiere depurar la Administración Pública antes de resolver definitivamente—); cuarto, que son presupuesto necesario para el planteamiento de un recurso jurisdiccional, tal y como se establece en el artículo 25.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹⁸. En esta última característica de los recursos administrativos se aprecia con toda rotundidad la idea del Derecho Administrativo como un conjunto

⁹⁷ Vid. E. García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 2002, p. 516.

⁹⁸ Artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme al cual «el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente

de «privilegios en más y en menos» para la Administración Pública, según la expresión de Jean Rivero, y, más en concreto, de la llamada autotutela administrativa. Tan importante concepto engloba el conjunto de técnicas administrativas que comportan una especial fuerza jurídica o eficacia de los actos administrativos, cuya razón última de ser se encuentra en el deber que la Administración Pública tiene de actuar con arreglo al principio de eficacia conforme a lo dispuesto en el artículo 103 CE⁹⁹ y que suponen un régimen desigual entre aquélla y el que rige para los particulares, especialmente en lo que a sus relaciones con el Poder Judicial respecta. Efectivamente, tal y como explica García de Enterría¹⁰⁰, la Administración Pública puede definir derechos ejecutoriamente —esto es, se la excluye de la carga procesal de una sentencia declarativa que poder usar como título de ejecución—, e imponer los mismos forzosamente —esto es, se excluye a la Administración de la necesidad de obtener una sentencia ejecutiva que permita el ejercicio de la coacción judicial para el cumplimiento de los derechos—. El autor citado habla, además, de autotutela reduplicativa o en segunda potencia, para referirse a otras dos prerrogativas que refuerzan aún más la posición de la Administración: la potestad sancionadora y el establecimiento de un sistema de recursos previos a la vía judicial.

El origen y la evolución de las vías administrativas impugnatorias, podría sintetizarse diciendo que surgen con una finalidad de control, dado el carácter jerárquico o piramidal de la Administración Pública, de los órganos superiores sobre los inferiores. Una vez que surgen los órganos administrativos especializados de lo contencioso administrativo, se mantienen como técnicas de impugnación previas al planteamiento del recurso contencioso administrativo. Con la transformación de los órganos de lo contencioso administrativo en otros de naturaleza jurisdiccional, la justificación de los recursos vuelve a ser el control jerárquico, unido ahora también a la eliminación de procesos judiciales, de manera equivalente al trámite de conciliación previa en otros órdenes jurisdiccionales.

La regulación de las vías administrativas impugnatorias se ha contenido sucesivamente en los siguientes cuerpos normativos: durante el siglo XIX, en las distintas normas sectoriales y departamentales; posteriormente, en la Ley Azcárate de 19 de octubre de 1889, que se limitó a establecer que los Reglamentos de Procedimiento que deberían aprobarse para cada uno de los Ministerios habrían de regular «los casos en que la resolución administrativa cause estado y en los que haya lugar al recurso de alzada» así como «los recursos extraordinarios que procedan por razón de incompetencia o nulidad», en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y, finalmente, en el

el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos».

⁹⁹ Artículo 103.1 de la Constitución, conforme al cual «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».

¹⁰⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, pp. 491 y ss.

Título VII, artículos 107 a 119 de la LRJAP, reformada en este punto por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Por lo que a la justificación de las vías administrativas impugnatorias se refiere, habría que señalar como, para un sector doctrinal, los recursos administrativos constituyen una garantía para el administrado. Otros, como Santamaría Pastor, García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández ponen de manifiesto lo limitado de esta garantía por muchas razones¹⁰¹: se produce la desestimación de la mayoría de los recursos administrativos, la Administración Pública es juez y parte, el hecho de que sean requisito previo para la interposición del recurso contencioso administrativo hace que constituyan una carga para el administrado, los plazos para la interposición de recurso son sumamente breves y de caducidad, y, la falta de interposición del mismo una vez transcurridos los plazos, hace al acto administrativo firme. Por su parte, Garrido Falla, los considera un sistema de autocontrol interno de la propia Administración Pública, al modo de una «segunda oportunidad». A esta concepción podría objetarse el hecho de que la mayoría de los recursos administrativos o se desestima o no se resuelve expresamente. Garantía para el administrado y sistema de autocontrol de la propia Administración Pública como las dos justificaciones fundamentales de los recursos administrativos, ambas susceptibles de crítica, como se ha indicado.

Precisamente, dadas las objeciones que se hacen a los recursos administrativos y a las distintas justificaciones a los mismos, la doctrina insiste en la necesidad de un replanteamiento de su regulación, coincidiendo fundamentalmente en la conveniencia de reformar su régimen jurídico en los siguientes aspectos: aumento de la eficacia e independencia de los órganos administrativos encargados de la resolución de los recursos, potestatividad (de manera que los ciudadanos pudieran acudir directamente a los órganos

¹⁰¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, *op. cit.*, p. 516.

Vid. Juan Alfonso Santamaría Pastor, «Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, VVAA, Madrid, 2004, pp. 180 y ss. Con crudo realismo afirma el autor lo siguiente: «Contemplados desde una perspectiva realista, es notoriamente inexacto que los recursos constituyan, contra lo que habitualmente se afirma, un mecanismo de control efectivo de la legalidad. Lo acreditan dos hechos: primero, que la percepción utilitaria que de los recursos tienen tanto la Administración como los recurrentes... el recurso, de esta forma, no se examina y resuelve con el objetivo de aplicar o restablecer la legalidad, sino con un talante dialéctico, indagando todos los argumentos admisibles para desestimarlos con fundamento... Y segundo, ... aunque no existen estudios estadísticos de ningún tipo, es notorio que sólo un mínimo porcentaje de actos administrativos son objeto de impugnación... y por lo que a los recursos en vía administrativa se refiere, se encuentra el hecho concluyente, tantas veces repetido, de que un altísimo porcentaje (que las Administraciones jamás se han atrevido a calcular) de los que interponen los particulares son objeto de desestimación, expresa o tácita... Tampoco responde a la realidad la idea, cien veces invocada, de que los recursos administrativos sean un instrumento de control interno, de naturaleza jerárquica, a través del cual los órganos superiores aseguran el cumplimiento de las normas por parte de los inferiores... La resolución material de los recursos se lleva a cabo por funcionarios profesionales, nunca por los titulares de cargos políticos de confianza, que normalmente firman las propuestas de resolución que se les someten sin más que una sucinta noticia de su contenido... En este marco, y como resulta obvio, los recursos desempeñan el papel de válvula de escape racional de esta conflictividad, que debe evitar que la misma se desborde a través de otros medios de presión, lícitos o ilícitos, que tiendan a conseguir que la conducta de la Administración se acomode a los intereses de sus contrapartes.»

jurisdiccionales, como en Francia o en Italia), unificación del régimen jurídico de los recursos —que se ha conseguido parcialmente con la unificación de los plazos de interposición de los de alzada y de reposición—, ampliación de los plazos de recurso y reducción de los plazos de resolución.

Queda, por último, exponer de modo esquemático los distintos tipos de recursos administrativos existentes en nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero en la LRJAP, los recursos existentes son los siguientes: por una parte el recurso de alzada, prototípico recurso ante el superior jerárquico, denominado «ordinario» por la LRJAP; por otra, el de reposición, más parecido a una propuesta de reconsideración al mismo órgano que lo dictó, recurso potestativo que se reintroduce en la LRJAP a través de la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tras la eliminación del mismo en la LRJAP y como consecuencia de las críticas que suscitó tal eliminación, dado que, con ella, se dejaba sin garantía alguna a todos los ciudadanos en asuntos de pequeña cuantía en los que resultaba desproporcionado el acceso a los tribunales y en la Administración local, en la que todos los órganos con competencias decisorias ponen fin a la vía administrativa; y, por otra, el recurso extraordinario de revisión, remedio excepcional contra actos que han ganado firmeza y de cuya legalidad se duda como consecuencia de datos o hechos posteriores al momento en el que se dictaron¹⁰².

Pues bien, este régimen administrativo general es también de aplicación a las EPE, de manera que, contra sus actos, cabrá la interposición de los distintos tipos de recursos enumerados, con respeto a los requisitos subjetivos, objetivos y formales para su resolución.

8.3. Actos que ponen fin a la vía administrativa: la disposición adicional decimoquinta

El apartado 3 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOFAGE dispone que pondrán fin a la vía administrativa en los Organismos públicos

¹⁰² La Exposición de Motivos de la Ley 4/99, de 13 de enero, de Reforma de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recoge en su apartado V lo siguiente: «Respecto al sistema de recursos previsto en el Capítulo II se producen importantes modificaciones. En particular destaca el establecimiento, en los artículos 107 y 116 a 117, del recurso de reposición con carácter potestativo, atendiendo, sobre todo, a los problemas planteados en el ámbito de la Administración Local. Se recupera, en el mismo artículo 107, el recurso de alzada, que se regula con su configuración tradicional en los artículos 114 y 115. Todo ello junto al recurso de revisión contra actos firmes previsto en el artículo 108, del que se precisa la causa segunda de procedencia del recurso en el artículo 118.1, introduciendo en el artículo 119 un trámite de inadmisión similar al previsto para la revisión de oficio. Dada la trascendencia del sistema de recursos como institución de garantía para los ciudadanos, en la disposición transitoria segunda, se prevé que a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la modificación no les será de aplicación la misma, salvo en lo relativo al sistema de recursos. De conformidad con este esquema, se modifican los casos de actos que agotan la vía administrativa, previstos en el artículo 109, y se suprime, recogiendo una petición bien unánime, la llamada comunicación previa a la Administración que debían formular los interesados antes de interponer el recurso contencioso-administrativo prevista en el artículo 110.3, por ser, no sólo innecesaria, sino probablemente obstaculizadora de un proceso judicial ágil y breve.»

adscritos a la Administración General del Estado: «Los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.» Por lo tanto, de manera análoga a lo que dispone el artículo 109 de la LRJAP.

No obstante, tal y como se desarrolla en el comentario a la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOFAGE, en el artículo 82.3 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se recogen una serie de excepciones legales a lo dispuesto en aquélla. El citado precepto dispone:

Art. 82. Recursos frente a actos de Organismos Públicos.

Uno. De conformidad con las previsiones del apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, los actos y resoluciones de los máximos órganos unipersonales o colegiados de los Organismos públicos que a continuación se relacionan no ponen fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra los mismos el correspondiente recurso ordinario ante el Ministro respectivo:

1. *Del Ministerio de Justicia:*
 - a) *El Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.*
 - b) *La Mutualidad General Judicial.*
2. *Del Ministerio de Defensa:*
 - a) *El Canal de Experiencias Hidrodinámicas del Pardo.*
 - b) *El Instituto Social de las Fuerzas Armadas.*
 - c) *El Servicio Militar de Construcciones.*
 - d) *El Fondo de Explotación de Servicios de Cría Caballar y Remonta.*
3. *Del Ministerio de Economía y Hacienda:*
 - a) *El Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.*
 - b) *El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.*
 - c) *Respecto de los actos dictados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y por el Banco de España, cabrá recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda de conformidad con lo dispuesto en su legislación específica.*
 - d) *El Organismo Autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos.*
4. *Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales:*
 - a) *El Instituto Nacional de Empleo (INEM).*
 - b) *El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).*
5. *Del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación:*
 - a) *La Agencia para el Aceite de Oliva.*
 - b) *La Entidad Estatal de Seguros Agrarios.*
 - c) *El Fondo de Regulación y Organización del Mercado de Productos de la Pesca y Cultivos Marinos.*
 - d) *Derogado.*
 - e) *Derogado.*
 - f) *(sic) El Fondo Español de Garantía Agraria.*

6. *Del Ministerio de la Presidencia:*

El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.

7. *Derogado.*

8. *Del Ministerio de Fomento:*

Los administradores de infraestructuras ferroviarias, por lo que respecta a las decisiones relativas a la adjudicación de franjas o surcos de infraestructuras.

Dos. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, y en todo caso pondrán fin a la vía administrativa, las resoluciones a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 109 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los dictados en materia de personal por los máximos órganos unipersonales o colegiados de los Organismos Públicos.»

En el comentario a la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOFAGE se analiza de manera pormenorizada este precepto. Se indica en él lo siguiente: que el apartado Uno del precepto, habla de recurso «ordinario» en vez de recurso de alzada, manteniendo con ello una denominación que fue la que se empleó en la primera versión de la LRJAP tal y como se ha indicado; que este recurso de alzada ante el Ministro respectivo, se ha denominado, frecuentemente, recurso de alzada impropio; y, finalmente, como excepción de la excepción, sí pondrán fin a la vía administrativa, conforme al artículo 82.2 de la Ley 50/98, de 30 de diciembre, los actos administrativos de los máximos órganos unipersonales o colegiados de los Organismos Públicos que enumera el precepto, cuando se trate, bien de resoluciones de recursos de alzada (lógicamente contra actos dictados por los inferiores jerárquicos al máximo órgano unipersonal o colegiado del Organismo público, que es el que resuelve), bien de procedimientos de impugnación del artículo 107.2 LRJAP (esto es, conforme al citado precepto, los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, que la ley establezca como sustitutos del recurso de alzada en ámbitos sectoriales determinados cuando la especificidad de la materia así lo justifique), bien cuando se trate de actos dictados en materia de personal.

Dentro de los Organismos públicos que se relacionan, la mayoría responden a la categoría de Organismos autónomos. Tiene la naturaleza de EPE, el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.

8.4. Las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral

El apartado 2 del artículo 60 de la LOFAGE dispone quién será el sujeto competente para la resolución de las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral.

De modo sucinto, se pueden definir estas reclamaciones previas diciendo que son procedimientos administrativos de naturaleza especial que tienen por objeto la evitación de un conflicto subyacente y que constituyen un

presupuesto para la impugnación de la actuación de la Administración Pública ante los órganos de lo contencioso administrativo. Su régimen jurídico se contiene en los artículos 121 a 126 LRJAP.

La competencia para la resolución de estas reclamaciones previas se atribuye, conforme a lo dispuesto en el artículo comentado, al máximo órgano del Organismo. Nuevamente aquí, los estatutos pueden exceptuar este régimen general y atribuir esta competencia al Ministerio o al Organismo público al cual esté adscrito, poniéndose así de manifiesto, una vez más, la virtualidad de las normas de creación de los Organismos públicos para introducir modificaciones en el régimen general de los mismos, tal y como se comentaba al inicio de estos comentarios, al hablar del fracaso de la LOFAGE de articular un régimen jurídico unitario para la Administración Institucional de la Administración General del Estado. La LRJAP atribuye esta competencia de resolución, con carácter general, al «ministro u órgano competente» —artículo 124.1—.