

Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

# Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública

*SUMARIO:* 1. EL MARCO ANTERIOR A LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: LA APARICIÓN DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y ENTES PÚBLICOS SUJETOS AL DERECHO PRIVADO. 2. LA REACCIÓN DOCTRINAL ANTE LA PROLIFERACIÓN DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS «APÁTRIDAS» Y ENTIDADES PÚBLICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO. SU REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3. LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. 4. LA PERVIVENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: ENTES PÚBLICOS «APÁTRIDAS» CON *IUS SINGULARE*. 5. CONCLUSIÓN.

## 1. EL MARCO ANTERIOR A LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: LA APARICIÓN DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y ENTES PÚBLICOS SUJETOS AL DERECHO PRIVADO

1. La nueva redacción del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria introducida por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de dicha Ley, hizo que se completara el cuadro de

Entidades instrumentales del Estado, dotadas de personalidad jurídica y vinculadas al Ente matriz estatal, del siguiente modo:

- Organismos Autónomos de carácter administrativo [art. 4.1.a) de la LGP].
- Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos [art. 4.1.b) de la LGP].
- Sociedades estatales con personalidad jurídica pública, sujetas al Derecho privado [art. 6.1.b) de la LGP].
- Entes del sector público, no incluidos en los anteriores apartados (art. 6.5 de la LGP).

Tienen en común su integración, en última instancia, en el marco de la Administración estatal, así como las líneas fundamentales que caracterizan a la Administración institucional en el Derecho público español desde 1958, fecha en que se publicó la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre: atribución de personalidad jurídica diferenciada de la del Estado; cierta autonomía funcional para el cumplimiento de sus fines; patrimonio propio; dependencia económico-financiera del Estado, a través, mayoritariamente, de los Presupuestos Generales del Estado; sometimiento a las directrices del Ministerio al que se adscriben o dependen; y, finalmente, establecimiento de una serie de técnicas de control por parte del Estado que, en la práctica, les asemejan a verdaderos órganos integrados en la estructura administrativa estatal y que reducen ostensiblemente la autonomía funcional y su capacidad de actuación en un ámbito propio en el ejercicio de sus atribuciones y competencias <sup>1</sup>.

Sin embargo, resulta evidente que ni son figuras idénticas ni tampoco responden a las mismas exigencias y finalidades, sino que se trata de un conjunto de técnicas organizativas que se utilizan de forma singular por el Estado, en función del objetivo o finalidad que persiguen, de donde se infiere que la primera consecuencia del nuevo marco normativo introducido en su día por la Ley General Presupuestaria es que *no existe un tipo común* para cada una de estas formas de organización, sino que es necesario analizar y estudiar cada una de las figuras surgidas en este entramado institucional o instrumental del Estado para poder, posteriormente, conocer cuáles son las líneas fundamentales y el régimen jurídico de cada una de ellas <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sobre estas cuestiones cfr. ARIÑO ORTIZ, G.: *Administración Institucional. Bases de su Régimen normativo*, IEA, Madrid, 1972, y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1986. Últimamente, sobre este tema puede consultarse con verdadero aprovechamiento el libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo: *Administración Instrumental*, 2 tomos, Madrid, 1994.

<sup>2</sup> Éste es el método que propuse en su día en *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público*

2. Esta confirmación del *Derecho estatutario* como sistema normativo aplicable a organismos y entidades instrumentales, produjo también una consecuencia ineludible, que consistió en la práctica inaplicación de la Ley de 27 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas. En efecto, el ámbito de aplicación de esta norma legal prácticamente se redujo a los Organismos Autónomos (administrativos y comerciales), y siempre que éstos no exceptuaran en su propia norma reguladora la aplicación del Derecho general de los Organismos Autónomos (como era el caso del Instituto de Estudios de Administración Local, o aún ahora el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional).

En todo caso, las Entidades instrumentales del artículo 6.1.b) de la LGP (entidades con personalidad jurídico pública y actividad sujeta al Derecho privado) tenían su propio marco normativo, es decir, su Estatuto y las normas de desarrollo. Otro tanto cabe decir de los Entes públicos que se fueron creando al amparo del artículo 6.5 de la LGP que, en ningún momento, se sujetaron a la Ley de Entidades Estatales Autónomas<sup>3</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo General, debe señalarse que la pretensión de aplicación de las disposiciones recogidas en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 fue prontamente abandonada, al establecerse un régimen peculiar para las nuevas figuras que iban surgiendo a raíz de las nuevas

---

*español...*, cit., págs. 190 a 193. Las ventajas de este método analítico y búsqueda de tipos ideales ha sido subrayada por VILLAR PALASI, J. L.: «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en *Administración Instrumental*, cit. tomo I, págs. 151 a 184. *Vid.* también MARTÍN-RETORTILLO, S.: «Las Empresas Públicas: Reflexiones del momento presente», en *Administración Instrumental*, cit. tomo II, págs. 1015 y ss., especialmente 1018 a 1025.

<sup>3</sup> La lista de este tipo de Entes, que ha continuado creciendo ininterrumpidamente desde 1988, estaría compuesta por: Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Ley 4/1990, de 29 de junio, y Real Decreto 905/1991, de 14 de junio); Agencia Industrial del Estado (Ley 5/1996, de 10 de enero); Agencia de Protección de Datos (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de diciembre, y Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo); Agencia Tributaria (Ley 31/1990, de 27 de diciembre y Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de septiembre y de 27 de diciembre de 1991); Autoridades Portuarias (Ley 27/1992, de 24 de noviembre); Banco de España (Ley 30/1980, de 21 de junio); Comisión Nacional del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio); Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones (Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre); Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (Ley 23/1982, de 16 de junio y Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo); Consejo Económico y Social (Ley 21/1991, de 17 de junio y Ley 31/1991, de 30 de diciembre); Consejo de Seguridad Nuclear (Ley 15/1980, de 22 de abril y Real Decreto 1157/1982, de 30 de abril); Ente Público Radio Televisión Española (Ley 4/1980, de 10 de enero, Real Decreto 1615/1980, de 31 de julio y Real Decreto 3327/1983, de 7 de diciembre); Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (Ley 13/1996, de 30 de diciembre y Real Decreto 613/1997, de 25 de abril); Instituto Cervantes (Ley 7/1991, de 21 de marzo); y, finalmente Puertos del Estado (Ley 27/1992, de 24 de noviembre).

necesidades o formas de organización en que se estructuraba el Estado (así, la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, en virtud de la Ley de 28/1984, de 31 de julio, cuya vigencia fue prorrogada por la Ley 32/1994, de 19 de diciembre, y desarrollada por Real Decreto 2698/1985, de 27 de diciembre; RENFE desde la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; AENA desde el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, que aprobó su Estatuto; las Autoridades Portuarias en virtud de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre).

Pero es quizá en el ámbito contractual donde se observa con mayor claridad la verdadera razón de ser de la aparición de estas nuevas formas de organización de la Administración instrumental. La necesidad de dotarles de una mayor agilidad, flexibilidad y rapidez en el ejercicio de las actividades comerciales y de prestación de servicios públicos que se les atribuye, se dice que resultan incompatibles con los rígidos procedimientos previstos en la Ley de Contratos del Estado. Y aún más difícil resulta aplicar las reglas exorbitantes y las prerrogativas de la Administración en las relaciones contractuales a operaciones de carácter empresarial o comercial, en donde la Administración juega desprovista de su *imperium* y en donde se exige la adopción de decisiones desde un punto de vista gerencial, esto es, con responsabilidad pero también con la rapidez y el carácter económico que la actividad demanda.

Por ello, la primera medida que adoptan los nuevos modelos de figuras instrumentales creadas por la Administración Pública será la de sujetar las relaciones contractuales, incluidas las adquisiciones patrimoniales y, en su caso, la ejecución de obras, al ámbito del Derecho privado, residenciándose de este modo los conflictos que pudieran suscitarse ante la jurisdicción civil<sup>4</sup>.

3. Este fenómeno de aparición de Entidades públicas sujetas al Derecho privado sólo puede explicarse por dos razones: de una parte, por la intervención de la Administración en actividades que desbordan el marco de lo que se ha venido denominando servicio público, propio de la *Administración prestacional*, para realizar actividades y operaciones que pueden subsumirse en lo que tradicionalmente se conocía con la denominación de Admi-

<sup>4</sup> Así sucede, por ejemplo, en los casos de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre (Ley 33/1987, de 23 de diciembre, y Real Decreto 165/1989, de 17 de febrero, que aprobó sus Estatutos), la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo, SEPES (Real Decreto 2640/1981, de 30 de octubre, que aprobó sus Estatutos), la Empresa Nacional de Transporte de Viajeros por Carretera, ENATCAR (Ley 16/1987, de 30 de julio, y Real Decreto 1420/1988, de 4 de noviembre), o la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (Real Decreto-ley 5/1995, de 16 de junio, y Ley 5/1996, de 10 de enero).

nistración lucrativa, es decir, actividad privada con fin de lucro que realiza la Administración, y que ha dado lugar al surgimiento de una nueva forma de actividad de la Administración: la *Administración empresarial*<sup>5</sup>. Y, de otra parte, la propia insuficiencia del marco normativo que —salvo los aspectos presupuestarios que fueron regulados en 1977— se remonta a finales de los años cincuenta y mediados de los sesenta, resultando a todas luces improcedente la regulación, procedimientos y controles que allí se diseñan.

Por lo que se refiere al desbordamiento del marco clásico de la Administración prestacional, en donde hay que incluir el fenómeno de los Organismos Autónomos en España (*öffentliche Anstalten*, en Alemania; *établissements publics*, en Francia), sólo se puede entender por la ruptura del *principio de subsidiariedad* y la intervención de la Administración en determinados sectores económicos, lo que ha producido en los últimos años esa caótica situación en que se encuentra el sector público empresarial. Si se comprueba la lista de nuevas entidades instrumentales del artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria que han surgido desde 1987, se corroborará la afirmación anterior de que la Administración ha ido creando empresas en sectores económicos que pueden ser perfectamente cubiertos por la iniciativa privada<sup>6</sup>.

En cuanto a la *insuficiencia del marco normativo*, la cuestión resulta aún más lacerante: los procedimientos de desafectación de bienes de dominio público o los expedientes de mutación demanial de bienes adscritos a Organismos Autónomos y Entidades públicas se eternizan y transcurren los años sin resolución; la atribución al Ministerio de Economía y Hacienda de un verdadero derecho de veto en la utilización y gestión del patrimonio propio rompe el principio de responsabilidad del Organismo y genera procesos burocráticos alejados del principio de eficacia al que debe res-

---

<sup>5</sup> Esta Administración empresarial está abierta a la competencia en todo o, al menos, en parte de los servicios que gestiona: hoy en Alemania, los ferrocarriles y los servicios de correos y telégrafos se han constituido en sociedades anónimas mercantiles (1993-1994), dando lugar a una modificación de la propia Ley Fundamental de Bonn de 1949: por Ley constitucional de 20 de diciembre de 1993, se reformó la Ley Fundamental de Bonn modificándose la redacción de los artículos 73, 74.23, 80.2 y 87.1.1, añadiéndose también los artículos 87.e), 106.a) y 143.a). Como consecuencia de esta reforma, el Parlamento alemán aprobó la Ley de Nueva Ordenación de los Ferrocarriles de 27 de diciembre de 1993 (*Eisenbahnneuordnungsgesetz*, EneuOG), por la que se creó la Sociedad estatal de los ferrocarriles alemanes, en forma de sociedad anónima (la *Deutsche Bahn A.G.*), en la que se integraron la *Deutsche Bundesbahn* y la *Deutsche Reichsbahn*, y mediante la cual se constituyó el *Bundeseisenbahnvermögen*, BEV, patrimonio federal ferroviario que servirá como instrumento para aportar y canalizar los activos y el personal de los antiguos establecimientos ferroviarios (*Deutsche Bundesbahn* y *Deutsche Reichsbahn*) a la nueva sociedad estatal anónima que se crea.

<sup>6</sup> *Vid.* la nota 4 anterior.

ponder la creación de este tipo de entidades<sup>7</sup>; el florecimiento de un ramillete de técnicas de control de la actividad del Organismo, que van desde la dependencia personal por las facultades de nombramiento y cese de los cuadros directivos, hasta el señalamiento de la política de gestión del Organismo y, en todo caso, la posible corrección de sus resoluciones a través de los recursos administrativos ante el Departamento al que se adscribe y, en fin, la inexistencia de una política de recursos humanos propia, sino ajustada al modelo centralizado de la Administración General del Estado, hacen que los nuevos Organismos que se crean huyan de la aplicación de este conjunto de normas trasnochadas que reducen su ámbito funcional y que, en definitiva, son contradictorias con la finalidad para la que fueron creados.

4. En conclusión, la aparición de esta pléyade de Entidades y Organismos que escapan de la aplicación de las leyes generales del Derecho Administrativo, viene condicionada por la insuficiencia del marco normativo existente, por la necesidad de reafirmar su autonomía y margen de independencia en la actividad que desarrollan y por el creciente papel de la Administración en ámbitos empresariales. *Por ello, más que una huida al Derecho privado, como se ha venido poniendo de manifiesto por la doctrina desde 1985, lo que se ha producido es un fenómeno de inaplicación del Derecho Administrativo general, por su falta de respuesta ante las nuevas exigencias y necesidades, y la búsqueda de mecanismos que garanticen la independencia profesional de los gestores de estas entidades, a fin de construir un entramado de relaciones que le garanticen su separación de la actividad política y, por ende, el desarrollo de una actividad con parámetros neutrales a fin de satisfacer los intereses generales que es, en definitiva, la razón de ser de la propia Administración*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre el papel predominante del Ministerio de Economía y Hacienda en la actividad de los Organismos Autónomos y, en general, sobre los Departamentos Ministeriales, cfr. las páginas 126 a 129 y 225 a 228 del libro de NIETO, A.: *La «nueva» organización del desgobierno*, Barcelona 1996, en donde describe de una forma irónica, pero desgarradora, la «minoría de edad» de los Departamentos Ministeriales sometidos a la tutoría del Ministerio de Economía y Hacienda. *Vid.* también BAENA DEL ALCÁZAR, M.: «Organización, Régimen Jurídico y Sector público estatal. La incidencia de las leyes de presupuestos», en *Administración Instrumental*, tomo 1, págs. 92 a 96.

<sup>8</sup> La excelente monografía de BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994, se hace eco de estas reflexiones, y aunque no se decanta por una clara postura (págs. 273 y 274) parece no compartir los temores e inquietudes de la doctrina administrativista sobre el fenómeno de la huida al Derecho privado. En mi opinión, no se trata de una escapada consciente a las normas del Ordenamiento privado sino sobre todo la respuesta a una perentoria necesidad práctica: el Derecho Administrativo general no es de ninguna manera aplicable a estas nuevas organizaciones cuya razón de ser se encuentra expresamente en el desarrollo de actividades que no pueden ejecutarse bajo los modelos clásicos, pues de otra forma no sólo

## 2. LA REACCIÓN DOCTRINAL ANTE LA PROLIFERACIÓN DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS «APÁTRIDAS» Y ENTIDADES PÚBLICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO. SU REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. El surgimiento de los Entes públicos sujetos al Ordenamiento jurídico-privado, y la conversión de algunos ejemplos de Organismos Autónomos tradicionales en sociedades estatales, con personalidad jurídico-pública y sujetas al Derecho privado (INUR/SEPES; Canal de Isabel II; Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre; Escuela Oficial de Turismo; Instituto de Crédito Oficial, etc.) hizo que la doctrina reaccionara rápidamente contra tales excesos, por entender que con este método lo que perseguía el Poder ejecutivo era reducir los controles propios de la legislación administrativa general a una forma de actuación que continuaba siendo esencialmente pública, pues públicos seguían siendo los fines y la actividad a prestar, mediante el fácil expediente de considerar a las nuevas entidades como sujetas al Derecho privado y no al Derecho Administrativo<sup>9</sup>, y sustraer al conocimiento de los Tribunales del orden contencioso-administrativo cuestiones básicas que afectaban al régimen jurídico de las instituciones administrativas (responsabilidad, contratos), así como flexibilizar el régimen financiero y presupuestario, al margen de las reglas aplicables con carácter general a los órganos y establecimientos de la Administración<sup>10</sup>.

---

sería artificiosa su creación sino desde luego inadecuada. En la medida en que los moldes y regulación clásica del Derecho Administrativo general no son respuesta suficiente, tratan de establecer su propio marco normativo con las reglas más adecuadas a la función atribuida. El problema, pues, no es ni el Derecho privado en la aplicación a las organizaciones instrumentales ni la creación de un Derecho estatutario; es sin más la necesidad de renovar profundamente las Instituciones sobre las que se ha asentado el Derecho Administrativo español: contratos, responsabilidad en la actuación de las Administraciones empresariales o prestadoras de servicio, concesiones, utilización del dominio público, competencia y libre concurrencia, etc.

<sup>9</sup> Definido, en feliz frase, por GALLEGO ANABITARTE, A., en *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 90, como el Derecho común de los órganos (o poderes) del Estado.

<sup>10</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español...*, cit. cap. IV, págs. 341 y ss. A partir de este instante, la doctrina trató de reconducir a la aplicación del Derecho Administrativo a este tipo de entidades, subrayando las disfunciones y, sobre todo, la eliminación de los controles de la actuación administrativa: PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo. Organización y Empleo público*, Madrid, 1991, págs. 205 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO, S.: «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP*, 126 (1991), págs. 63 y ss.; SALA ARQUER, J. M.: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, 75 (1992), págs. 399 y ss.; SAZ CORDERO, S. DEL: «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas», *RAP*, 133 (1994), págs. 57 y ss.; y LAGUNA DE PAZ, J. C.: «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *RAP*, 136 (1995), págs.

2. En idéntico sentido reacciona también el legislador, tratando de someter a los nuevos entes y organizaciones que verán la luz a los principios elementales del Derecho Administrativo: la contratación de estas nuevas personificaciones se regirá, en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho civil o mercantil, pero sin embargo sus fases de preparación y adjudicación (selección del contratista) se someterá a un régimen similar al de los actos preparatorios, incidiéndose en la necesidad de que se sujeten a los principios de publicidad y concurrencia y homogeneización del sector público: así sucederá en los casos de AENA (1991), RENFE (1991) o Puertos (1992).

3. A partir de 1990 cualquier norma de rango legal por la que se crea un ente público sujeto al Derecho privado o cualquier norma reglamentaria que apruebe el Estatuto de dicha entidad o desarrolle su régimen jurídico básico, verá cómo se incluye en su contenido, casi siempre a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y, a veces, del Ministerio de Administraciones Públicas, las reglas necesarias para que su régimen jurídico contractual, aunque sometido al Derecho privado, se sujete en las fases de preparación y adjudicación, a los principios de publicidad y concurrencia. Además, el régimen del personal, al que se aplica expresamente el Derecho civil o laboral —por lo que carecen de la condición de funcionario— se sujetará, asimismo, a las condiciones aplicables al personal de las Administraciones públicas en lo referente al régimen de incompatibilidades, situaciones, derechos económicos y retribuciones.

En definitiva, el propio legislador (o si se prefiere, el Ministerio de Economía y Hacienda) reacciona frente a los excesos del Derecho estatutario y la aplicación del Derecho privado a actividades administrativas, reconduciendo a estas nuevas entidades a un régimen similar al de la Administración Pública en lo relativo al régimen del personal, al régimen contractual y, desde luego, al régimen patrimonial<sup>11</sup>. Es, quizá, este sector material el

---

201 a 206. Por último, merece destacarse la contribución del Prof. MARTÍN-RETORTILLO, S.: «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo», *RAP*, 140 (1996), págs. 25 a 67, donde hace una completa exposición de la situación doctrinal en esta concreta materia con un análisis de textos positivos y de la jurisprudencia, muy superior a lo que venía siendo habitual en la exposición del tema entre los especialistas.

En una posición más matizada, en la que se insiste en que la aplicación del Derecho privado a la Administración pública no significa cualquier eliminación de control jurídico, *vid.* BORRAJO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, 78 (1993), págs. 233 a 249 y MALARET GARCÍA, E.: *Público y privado en los juegos olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, 1993, págs. 7 y ss.

<sup>11</sup> Sobre estas cuestiones, puede verse el trabajo de DÍAZ LEMA, J. M.: «La afirmación legal de patrimonios propios de los Organismos Autónomos (Contribución al estudio de los patrimonios inmobiliarios públicos)», en *Administración Instrumental*, tomo I, págs. 363 a 402, en

que mejor reproduce los intentos de reconducción a la unidad estatal por parte del Ministerio de Economía y Hacienda y las vanas pretensiones de los Departamentos ministeriales de sus- traerse al genérico control de este Ministerio, creando su propia norma de rango legal que dé cobertura a la constitución de un nuevo ente desgajado de la organización general de la Administración estatal, al que encomienda en régimen de autonomía la prestación de determinadas actividades o la gestión de tareas o servicios públicos.

4. El resultado de este pulso se traducirá, finalmente, en la adopción de normas legales de marcado propósito de aplicación general al sector público, ejemplo de las cuales serán la Ley 13/1985, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y, finalmente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

En cuanto a la primera de las normas citadas, debe destacarse su decidido propósito de aplicación a todo el entramado de órganos, personificaciones jurídico públicas, organizaciones y entes públicos vinculados con la Administración Pública. El artículo 1.3 de dicha norma legal no deja lugar a dudas: los Organismos Autónomos en todo caso deberán ajustar su actividad contractual a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Las restantes entidades de Derecho público [las previstas en los arts. 6.1.b) y 6.5 de la LGP] también estarán incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Ley, salvo que hayan sido creadas para satisfacer necesidades que tengan carácter industrial o mercantil [art. 1.3.a), *a contrario*].

Se exceptúan transitoriamente de esta solución, de acuerdo con la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, transportes y telecomunicaciones, los contratos que sobre estos sectores promueva la Administración (Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Asimismo, no resulta de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al Servicio de Correos, que se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, hasta que transcurra un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (Disposición Transitoria Cuarta)<sup>12</sup>.

---

donde se repasa la situación normativa de algunas entidades y su situación patrimonial con la conclusión final de la insuficiencia de la legislación del Patrimonio del Estado.

<sup>12</sup> Cfr. el interesante trabajo de VICENTE DOMINGO, R. de: *Los entes instrumentales en las Leyes*

En definitiva, la flexibilidad y agilidad del régimen contractual que se buscaba fundamentalmente con la creación de nuevas entidades públicas sujetas al Derecho privado y que legitimaban la exclusión de la legislación de contratos administrativos a estas nuevas personificaciones jurídico-públicas, ha quedado hoy sin contenido, y si se tiene en cuenta que el régimen patrimonial, el régimen de personal y el régimen financiero y presupuestario se regulan *de facto* por normas generales del Derecho Administrativo, es muy probable que hoy carezca de lógica la creación de personas jurídico-públicas en régimen de Derecho privado con un régimen estatutario propio <sup>13</sup>.

### 3. LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

1. En este orden de cosas, no es extraña la aparición de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado con pretensiones globalizadoras de aplicación a todas las entidades instrumentales del sector público estatal <sup>14</sup>.

Esto queda perfectamente recogido en la Exposición de Motivos de la Ley, apartado I, párrafo 3, en donde se afirma que la dispersión normativa que hoy caracteriza el régimen jurídico de la Administración General del Estado constituye también una circunstancia que el legislador debe ponderar en orden a regular en una sola Ley, el régimen, la organización y

---

*de Procedimiento y de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, *passim*, pero sobre todo las págs. 113 a 116, y 123 a 136.

<sup>13</sup> No se trata de afirmar sólo que las reglas de Derecho Administrativo general son hoy directamente aplicables a este tipo de entidades (por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, por el que se regula las indemnizaciones para los contratos del personal de alta dirección del sector público estatal; la política de retribuciones formulada por la Comisión Interministerial de Retribuciones (CIR); la afirmación de la aplicación prevalente de la legislación de Patrimonio del Estado sobre la regulación propia de cada organismo; la aplicación de la Ley de Incompatibilidades; el régimen presupuestario definido para estas entidades por la Ley General Presupuestaria, y, en definitiva, la aplicación general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), sino de valorar que tal aplicación supone un desconocimiento real de un ámbito propio de facultades en el seno de las nuevas organizaciones surgidas, lo que probablemente sea un argumento susceptible de disuadir a cualquier Departamento empeñado en una cruenta y larga batalla para dar a luz un nuevo organismo diferenciado.

<sup>14</sup> La vigente Ley coincide en buena medida con el proyecto publicado el 21 de octubre de 1995 en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 138-1, lo cual acredita hasta qué punto había calado en los distintos grupos políticos la necesidad de dotar de un nuevo régimen de general aplicación a la constelación de entidades y organismos del sector público estatal.

los criterios de funcionamiento del aparato estatal: «De ahí que ahora, la presente Ley se refiera también a los Organismos Autónomos y entes públicos de contenido económico, en un esfuerzo de simplificación de la normativa reguladora de la Administración General del Estado.»

Hay, pues, una clara pretensión «racionalizadora» de la Administración Institucional, que se sustituye por el concepto de Administración instrumental, distinguiéndose, dentro de ésta, dos tipos de personificaciones: los Organismos Autónomos que realizan actividades fundamentalmente administrativas y se sujetan plenamente al Derecho público, y las Entidades Públicas Empresariales, que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, rigiéndose por el Derecho privado, sin perjuicio de la aplicación del Derecho público en relación con concretos aspectos de su funcionamiento y del ejercicio de potestades públicas.

2. Esta pretensión racionalizadora y globalizante de la LOFAGE ha llevado a subsumir bajo el rótulo de Organismos públicos a cualquier entidad del sector estatal, dotada de personalidad jurídico-pública, con independencia de cuál sea su régimen de funcionamiento o prestación de sus actividades.

En realidad los artículos 41 y ss. de la Ley analizada, establecen el siguiente cuadro jurídico:

	Tipos	Régimen jurídico
<i>Organismos públicos</i>	Organismos Autónomos	Derecho público
	Entidades públicas empresariales	Derecho privado, salvo ejercicio de potestades públicas y concretos aspectos de su funcionamiento

3. El régimen jurídico básico de los Organismos públicos (arts. 41 a 44) se sintetiza en:

— Atribución de personalidad jurídico-pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión (art. 42.1).

— La finalidad para la que se crean es la realización de actividades de *fomento, prestación o contenido económico reservadas a la Administración General del Estado* (art. 2.3).

— También se les puede encomendar la ejecución o gestión de un concreto servicio (art. 42.2, párrafo 2.º).

— Dependencia del correspondiente Departamento ministerial a través de la *adscripción, dependencia, vinculación, dirección estratégica y control* que a aquél le corresponden (arts. 1, 41 y 43).

— Al Ministerio también le corresponde, en su caso, la resolución de los recursos contra sus actos [art. 12.2.i)], si bien esta clara manifestación de jerarquía es posteriormente matizada en los preceptos contenidos en el art. 52.1 y en la Disposición Adicional Decimoquinta.3, según los cuales los actos de los órganos de dirección o rectores de los organismos agotan la vía administrativa, salvo que por ley se establezca otra cosa, lo que significa que son directamente recurribles ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, la Ley subraya una vez más su carácter de aplicación general y eliminación del Derecho estatutario, al afirmar en su artículo 44 que, desde el punto de vista de la organización y funcionamiento, los Organismos públicos se ajustarán a lo establecido en el Título I de esta Ley, para los Organismos Autónomos, y respecto de las Entidades Públicas Empresariales, a los mismos preceptos, sin perjuicio de las peculiaridades previstas en el Capítulo III (arts. 53 a 60) de dicho Título I.

4. La diferencia entre Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales parece sustentarse en el doble régimen jurídico, al que antes se ha hecho referencia. Sin embargo, por encima de los términos y vocablos utilizados, la terca realidad parece imponerse: hay actividades sujetas al Derecho privado dentro de la Administración General (contratos laborales, contratos privados de la Administración), y seguirá existiendo actividad comercial de los Organismos Autónomos, incluso tras la reforma operada por la LOFAGE (BOE, Confederaciones Hidrográficas, Instituto Geográfico y Catastral, etc.).

5. La verdadera clasificación y diferenciación entre Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales se encuentra en:

	Funciones	Régimen jurídico
Organismos Autónomos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fomento de servicios públicos</li> <li>• Prestación de servicios públicos</li> <li>• Gestión de servicios públicos</li> </ul>	Público (art. 44.1)
Entidades Públicas Empresariales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Actividades prestacionales</li> <li>• Gestión de servicios</li> <li>• Producción de bienes de interés público</li> </ul>	Derecho privado, salvo: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Formación de la voluntad</li> <li>• Potestades administrativas</li> <li>• Régimen presupuestario</li> </ul>

Es justamente su finalidad y las funciones que tienen atribuidas unos y otras las que explican las diferencias básicas de su régimen jurídico. En efecto, mientras que a los Organismos Autónomos se les atribuye la gestión y prestación (también fomento, pero hay que considerar este vocablo como un tributo a la teoría clásica del Derecho Administrativo, sin contenido real hoy) de los servicios públicos, a las Entidades Públicas se les encomienda *la prestación y gestión de servicios*, sin calificación, es decir, un grado más en la despublicación de las actividades estatales<sup>15</sup>.

Igualmente, a este tipo de entidades se les atribuye como actividad típica, la *producción de bienes de interés público* susceptibles de contraprestación económica<sup>16</sup>, cuestión que, desde luego, no pueden efectuar los Organismos Autónomos, de acuerdo con el *principio de especialidad* al que están sujetos. Es, pues, la gestión

<sup>15</sup> Idénticas consideraciones cabe efectuar sobre la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuyo artículo 66 atribuye a las Autoridades Portuarias la gestión de *servicios portuarios*, no calificados como servicios públicos de forma consciente y voluntaria, a diferencia de lo que ocurre en el Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de Estiba y Desestiba, en donde dicha actividad se considera como un servicio público esencial. Téngase en cuenta que el artículo 66.2 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante se refiere a este tipo de actividades como «labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria», remitiendo inmediatamente a continuación su regulación a su normativa específica, de donde hay que extraer que continúan teniendo el carácter de servicio público esencial, a pesar de que estas tareas no difieren en nada del resto de labores o servicios portuarios: he aquí el papel del legislador, que en los últimos tiempos parece decantarse por la consideración de estas actividades como aspectos relevantes para el tejido económico pero no susceptibles de inclusión en el concepto de «servicio público».

<sup>16</sup> Compruébese la correlación existente entre esta finalidad legalmente establecida y el ya clásico trabajo de VILLAR PALASÍ, J. L.: «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *RAP*, 3 (1950), págs. 53 a 129.

económica la pieza clave en la diferenciación de uno y otro tipo de entidades y organizaciones públicas. A su vez, esta genérica y amplísima definición de la actividad del sector público, debe ser tamizada a la vista de las nuevas corrientes que reducen el papel del sector público empresarial del Estado, lo que exige, sin ningún género de dudas, la previa definición de las funciones de la Administración y una nueva reconstrucción de los fines del Estado.

6. Desde la perspectiva del Derecho positivo, el régimen jurídico de los Organismos Autónomos se caracteriza por:

— Atribución de una ficticia personalidad jurídica propia y diferenciada (art. 42.1) <sup>17</sup>.

— Creación por Ley (art. 61) y supresión por Ley o por Real Decreto (art. 64), o bien por el transcurso del tiempo fijado en su Ley de creación o por la asunción de sus fines y objetivos por la Administración General del Estado <sup>18</sup>.

— La modificación o refundición de Organismos Autónomos se producirá por Ley si se alteran sus fines esenciales, el régimen económico y de personal, el régimen contractual, patrimonial o fiscal (art. 63.1). Si la modificación afecta a la forma de organización, podrá efectuarse por Real Decreto (art. 63.3).

— El régimen de personal seguirá los términos fijados para la Administración General del Estado, distinguiéndose entre personal funcionario o laboral (art. 47.1), y estableciéndose una gran intervención ministerial (Ministerio de Administraciones Públicas) en la política de recursos humanos (art. 47.4), resultándoles finalmente de aplicación el régimen del personal al servicio de la Administración General del Estado (Ley de Incompatibilidades, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, etcétera), sin perjuicio de las peculiaridades que en los sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos, y movilidad del personal se establezcan en su propia regulación (art. 47.3).

— El régimen de contratación se sujetará a las normas generales de contratación de las Administraciones Públicas (art. 49.1), lo que significa una completa remisión al marco normativo

<sup>17</sup> La Ley opta por mantener la tesis tradicional de la ficción de la personalidad jurídica de este tipo de organismo. La crítica demoledora efectuada por ARIÑO ORTIZ, G.: «La Administración Institucional: origen y personalidad», *RAP*, 63 (1970), págs. 85 y ss., o en «Consecuencias e inconsecuencias de la declaración de personalidad jurídica de los Organismos Autónomos», *DA*, 139 (1971), págs. 11 a 37, y sobre todo en *La Administración Institucional. (Bases de su régimen jurídico). Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Madrid, IEAL, 1972, es plenamente aplicable todavía hoy.

<sup>18</sup> Sobre los problemas en la creación, estructura y desarrollo de los Organismos Autónomos en el Derecho anterior y, por tanto, también aplicable al nuevo modelo, cfr. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., *op. cit.*, págs. 196 a 203.

establecido por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo.

— El régimen presupuestario se ajusta a lo establecido en la Ley General Presupuestaria para los Organismos Autónomos, así como también todas aquellas materias referidas al régimen económico financiero, de contabilidad, intervención y control financiero (art. 50). A este respecto hay que señalar que la Ley analizada no constituye un modelo de técnica legislativa rigurosa, puesto que la exigencia de adaptación de cualquier entidad actual a los dos nuevos modelos que prevé la norma analizada (Organismos Autónomos o Entidades Públicas Empresariales), obliga a hacer un esfuerzo, con carácter transitorio, de fijación del régimen presupuestario actual, contenido en la Ley General Presupuestaria, a fin de establecer el marco regulador de las nuevas organizaciones (Disposición Transitoria Tercera.4)<sup>19</sup>. Aun así, no resulta nada sencillo aceptar el resultado final: tal y como

<sup>19</sup> La cuestión se complica aún más por la derogación expresa de los artículos 4, 6.1.b) y 6.5 de la Ley General Presupuestaria producida por la Disposición Derogatoria Única de la Ley, toda vez que, de un lado, continúan vigentes los «Entes Públicos apátridas» recogidos ahora en la Disposición Adicional Décima —y que son ejemplos de Entes Públicos del derogado art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria— a los que de forma expresa la Ley sujeta «a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación» (núm. 3 de la Disposición Adicional Décima), con lo que no se sabe cuáles son estas disposiciones al haber quedado derogado el artículo 6.5 de dicha Ley General Presupuestaria, y de otro lado, porque la propia Disposición Transitoria Tercera de la LOFAGE determina que el resto de entidades deberán adecuarse, en virtud de Real Decreto, a la nueva situación, incluyéndose en alguno de los dos nuevos tipos de Organismos públicos que se establecen, pero sólo entonces —es decir, una vez producida dicha adecuación— quedará claro el régimen presupuestario y económico-financiero de los mismos, al establecerse en el apartado 4.º de la Disposición Transitoria Tercera una regla en tal sentido. Ahora bien, hasta tanto se produce semejante adecuación, y teniendo en cuenta que ha sido derogado el artículo 6.1.b) así como el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, la única solución razonable es entender que continúan vigentes los preceptos citados de la Ley General Presupuestaria hasta la futura adecuación, tal y como parece querer reflejar la Disposición Transitoria Tercera.1 de la Ley, lo que significa en otras palabras que los preceptos de la Ley General Presupuestaria no han sido, de hecho, derogados, sino que continuarán vigentes todavía muchos años.

Más razonable hubiera sido acometer simultáneamente la reforma de la Ley General Presupuestaria, al menos en los preceptos directamente afectados por la desaparición de las viejas formas de personificación, sustituidas ahora por los dos nuevos modelos de Organismos públicos. Esto es lo que trataba de conseguir el Proyecto de Ley de modificación de la Ley General Presupuestaria, remitido al Congreso para su tramitación, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, de 6 de octubre de 1995, núm. 136-1.

En la práctica, la efectiva aplicación de la LOFAGE va a exigir la publicación de una larga centena de Reales Decretos por los que se adapten los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales actualmente existentes y la modificación probable de algunas normas de rango legal, como de hecho ya ha sucedido con el Proyecto de Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante actualmente en tramitación parlamentaria, y en el que se ha incluido una serie de preceptos para exceptuar a las Autoridades Portuarias y a Puertos del Estado de la aplicación de la LOFAGE —si bien se salva dicha contradicción mediante una revisión a la aplicación supletoria de ésta— y determinar cuál sea su régimen presupuestario.

está redactado el precepto contenido en la Disposición Transitoria Tercera.<sup>4</sup>, parece ser que todos los Organismos Autónomos de la LOFAGE se regirán por las normas presupuestarias y financieras de los *Organismos Autónomos administrativos* (actuales), mientras que las Entidades Públicas Empresariales se ajustarán a las reglas presupuestarias de los Organismos Autónomos comerciales. En todo caso, lo que sí parece claro es que se ha producido un grave retroceso en la autonomía financiera y presupuestaria de estas organizaciones jurídico-públicas.

— Por lo que se refiere al régimen patrimonial, el artículo 48 de la Ley remite, con carácter general, a la regulación contenida en la Ley de Patrimonio del Estado, con pequeños matices que a continuación se indican:

- La competencia para la afectación o desafectación de bienes se atribuye al Ministerio de quien dependan, respecto de los bienes y derechos patrimoniales propios (art. 48.2).

- La afectación y desafectación de los bienes adscritos corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda (art. 48.3).

- Sobre el patrimonio adscrito, el Ministerio de Economía y Hacienda reúne todo tipo de competencias y funciones (art. 48.1, primer párrafo y art. 48.3).

- Respecto del patrimonio propio del Organismo Autónomo, la regla general es que los bienes y derechos, una vez declarados innecesarios por el órgano competente (del Organismo), se incorporan al Patrimonio del Estado, salvo que los Estatutos del Organismo Autónomo o la norma de creación de éste hubieren establecido cosa diferente, o su incorporación al patrimonio de la entidad (art. 48.1, párrafo 2.º).

- Incluso en este caso, es decir, cuando los bienes se incorporan al patrimonio propio del organismo, la enajenación de bienes inmuebles exige previamente la comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda que, en su caso, podrá determinar su incorporación y afectación a cualquier otro servicio de la Administración General del Estado o su adscripción a otros organismos públicos, en los términos y condiciones establecidos en la legislación reguladora del Patrimonio del Estado (art. 48.1, párrafo 4.º).

- Por lo que se refiere a su régimen económico (art. 65), debe señalarse que éste constituye uno de los elementos claves para establecer sus diferencias con las Entidades Públicas Empresariales: éstas no tienen consignaciones presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado [art. 65.1.c], a diferencia de lo que normalmente ocurrirá con los Organismos Autónomos, dado que el principio general establecido en la vigente legislación

es que las Entidades Públicas Empresariales deberán autofinanciarse, es decir, deberán cubrir sus gastos con los ingresos que se deriven de sus operaciones y de los productos de su patrimonio, o a través de transferencias corrientes que les atribuyan las Administraciones Públicas.

— Por último, el régimen de control respecto del Departamento al que se adscriben, es más bien una manifestación o ejemplo de *tutela material* o relación cuasi jerárquica<sup>20</sup>. En efecto, no sólo es que exista una relación de dependencia o adscripción respecto del Ministerio (art. 2.3), y que sea posible —al menos en principio— recurrir ante el Ministerio contra los actos dictados por el Organismo [art. 12.2.i)]<sup>21</sup>, sino que también debe destacarse que la Ley establece unos controles funcionales a favor del Ministerio que alejan a esta figura de la esfera de la autonomía e independencia que formalmente se invoca: la reserva a favor del Departamento del control de eficacia y evaluación de resultados de su actividad (art. 43.2), la atribución al Departamento de la dirección estratégica del Organismo (art. 43.2), y la propia *relación de instrumentalidad*<sup>22</sup> existente entre el Organismo Autónomo

<sup>20</sup> Para GALLEGO ANABITARTE, al que sigo expresamente, el concepto de tutela implica el control de organizaciones personificadas superiores sobre las inferiores (intervención-fiscalización): *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1996, págs. 109 y ss. A su vez, existen diversos tipos de tutela: tutela de legalidad, como control jurídico de la actuación de un órgano u organización y es propia de toda relación de supremacía aunque es posible también su existencia en relación con las competencias propias de organizaciones personificadas dotadas de autonomía para la gestión de sus intereses, si bien admite que el Derecho positivo español sólo ha previsto esta posibilidad de una forma muy restringida; hay otra manifestación de la tutela, *tutela material*, como competencia para fiscalizar plenamente, incluyendo el control de oportunidad, el acto jurídico de la organización inferior; por último, existe una tutela orgánica para explicar el control que ejercen los órganos superiores sobre los inferiores (o sobre partes de órgano) en el seno de una organización. A este último se le ha denominado *jerarquía* y significa el máximo grado de control.

<sup>21</sup> Debe destacarse que el precepto citado atribuye la competencia al Ministro para resolver, *en su caso*, los recursos contra los actos de los Organismos públicos dependientes del Departamento, pero, más adelante, la propia Ley señala que los actos y resoluciones de los órganos de los Organismos Autónomos son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la LRJPAC (art. 52.1), determinando a continuación que los actos emanados de los órganos de dirección agotan la vía administrativa (disposición adicional decimoquinta), de donde debe deducirse que, normalmente, no existirá recurso ordinario ante el Ministro. Recuérdese que este mismo problema, consecuencia de la deficiente redacción de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, ya había sido objeto de una clásica polémica: cfr. GUAITA, A.: «Organismos Autónomos y recurso de alzada», *DA*, 104 (1966), págs. 3 a 32. Parece que el legislador, a pesar del transcurso del tiempo, vuelve a tropezar con los mismos obstáculos.

<sup>22</sup> Debe señalarse que corresponde a los Profs. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, aquí se utiliza la 6.ª ed., Madrid, 1993, págs. 393 y ss., la utilización por vez primera de la locución «relación de instrumentalidad», que trata de explicar la vinculación de estas Administraciones al ente matriz que las crea, analizándose los conceptos de adscripción, vinculación, relación de dirección, etc.

mo y el Ministerio al que está vinculado (arts. 1, párrafo 2.º y 44.1), aderezado convenientemente con el completo control en los nombramientos y ceses de los órganos de dirección (art. 46), lleva al resultado en la práctica de un sometimiento completo a las decisiones que adopte el titular del Ministerio, al que le une no sólo un acabado mecanismo de control, sino también la confianza político-administrativa que se requiere para desempeñar los puestos de dirección de este tipo de entidades<sup>23</sup>.

7. La Ley es, pues, un intento doctrinal de unificar el régimen jurídico de los Organismos y Entidades públicas de la Administración estatal, y racionalizar su régimen jurídico, con la vana pretensión de someterlos a un régimen general aplicable para todos ellos. Es, en consecuencia, la victoria final del mundo académico y la reconducción a parámetros de unidad y homogeneidad en la actuación del sector público.

Sin embargo, esta optimista y precipitada conclusión debe ser prontamente rechazada, a tenor de los propios términos en que se mueve la LOFAGE. En efecto, tras esta avasalladora conclusión de racionalización y unificación del régimen jurídico, llama la atención la existencia de un amplio espectro de Derecho estatutario o *ius singulare* aplicable a un extenso número de organizaciones jurídico-públicas:

— En primer lugar, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social son excluidas de la aplicación de la Ley en lo relativo a su régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como al relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica (Disposición Adicional Sexta)<sup>24</sup>.

— A continuación se exceptúa de la aplicación de esta Ley al Banco de España, que se regirá por su legislación específica (Disposición Adicional Octava).

— También quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el Consejo Económico Social y el Instituto Cervantes, que continuarán

<sup>23</sup> Sobre los excesos e inconveniencia de este sistema, cfr. el brillante trabajo de ARINO ORTIZ, G.: «De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, págs. 1512 y ss., donde describe un panorama desalentador.

<sup>24</sup> Después de la larga enumeración de materias exceptuadas de la aplicación de la LOFAGE, lo que hay que preguntarse es en qué resulta ésta de aplicación. Probablemente, en las disposiciones relativas a la formación de la voluntad de sus órganos colegiados y también en lo referente al procedimiento administrativo. En ese caso, el esfuerzo no merecía la pena, puesto que también la Ley 30/1992 —como antes la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958— resultaban claramente de aplicación.

rigiéndose por su específica legislación (Disposición Adicional Novena).

— Igual suerte corre el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos que, si bien se convierte en una Entidad Pública Empresarial, sin embargo, en lo relativo a sus funciones, régimen patrimonial y contractual, continuará rigiéndose por lo previsto en su Ley de creación, es decir, por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre (Disposición Adicional Undécima).

— Por último, para completar la ya larga lista, la Disposición Adicional Décima, de un plumazo, exceptúa de la aplicación de esta Ley a los siguiente Entes públicos, del artículo 6.5 de la LGP: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público Radio Televisión Española, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Como se ve, cualquier cosa menos racionalización, uniformidad y homogeneización. No se trata sólo del número de entidades exceptuadas de la aplicación de esta Ley (más de quince, lo que constituye todo un hito), sino las verdaderas razones y fondo del problema. El legislador se ha dejado llevar de un prurito doctrinal, elaborado en el acomodado y confortable mundo académico, alejado de la realidad y de las exigencias político-administrativas, en donde la existencia de un Derecho singular aplicable a cada entidad se ha visto siempre como un conato de eliminación de las técnicas de control y de la huida del Derecho Administrativo y, por tanto, del principio de legalidad<sup>25</sup>. Ya se ha tratado de acreditar anteriormente, que la aparición del *ius singulare*, más que responder al capricho o arbitrariedad del gestor del Organismo, que en su perversidad pretende eliminar cualquier tipo de control, garantizándose unas mejores condiciones económicas, retributivas o de funcionamiento, es una verdadera exigencia por la insatisfactoria normativa que regula la actividad de los Organismos públicos que prestan actividades y servicios administrativos o que están encargados de regular y controlar un determinado sector que se considera clave para la actividad económica del país.

Por ello, precisamente, es necesario seguir manteniendo su diferenciación del régimen general establecido en la LOFAGE,

---

<sup>25</sup> En este sentido, debo reconocer también mi parte de responsabilidad pues en 1987, *Los Organismos Autónomos...*, cit., págs. 377 a 380, ya había abogado por la reconducción a la unidad y aplicación del régimen general de la legislación administrativa incluso a los Organismos y Entidades Jurídico Públicas que actúan en régimen de Derecho privado.

que resulta igual de trasnochado e insatisfactorio que la legislación que deroga, y que constituye el triunfo del Ministerio de Economía y Hacienda en sus pretensiones de controlar la organización administrativa, ayudado generosamente por el Ministerio de Administraciones Públicas, en un meritorio trabajo de cómo reducir o eliminar las competencias propias de los Organismos Autónomos y Departamentos Ministeriales a los que están adscritos, y la consiguiente pérdida de responsabilidad de éstos, y supone también la cristalización normativa de una tesis académica brillante pero alejada de la realidad, por cuanto que se fundamenta en un hipotético Derecho Administrativo general que resulta imposible de aplicar y que, en última instancia, no es conveniente para el interés general ni para la estabilidad del propio Estado <sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> No puedo evitar remitir al lector a las divertidas y luminosas páginas del Prof. NIETO, A.: *La «nueva» organización del desgobierno*, cit., págs. 225 a 230, ni tampoco me resisto a transcribir la siguiente reflexión: «En cuanto a la huida del Derecho público, la negativa a flexibilizar éste ha desembocado en una miríada tal de entes autónomos que el legislador de 1958 hubo de reconocer que eran literalmente incontables... Huida y especialidad por otra parte tan arbitrarias, que el Ministerio de Hacienda, justamente alarmado por la descomposición ordinamental, logró imponer un control que luego resultó a todas luces excesivo. Si se permite la expresión, aquí se está reproduciendo el juego del ratón y el gato: los Organismos Autónomos escapan del Estado y de su control, pero, por pretender ir demasiado lejos, el Ministerio de Hacienda los ha atrapado de nuevo, volviendo (aunque con distintas leyes) a un excesivo rigorismo que ha provocado, a su vez, una nueva escapatória a través de mecanismos excepcionales y que terminarán previsiblemente con una nueva encerrona del Ministerio de Hacienda... y así indefinidamente... Todo parece concitarse ahora, pues, contra los Organismos Autónomos del viejo estilo: el Ministerio de Hacienda les ha arrebatado sus privilegios de gestión financiera, sujetándoles a normas similares de hecho a las de la Administración del Estado, que, además, se aplican con un criterio muy restrictivo; el Departamento tutelar los controla estrechamente, privándoles de su antigua independencia (autonomía); y, en fin, se ha montado una campaña de desprestigio y crítica a su pasado. Y por si esto fuera poco, recientemente ha surgido un enemigo, cuya acción puede traer consecuencias de momento incalculables: las Comunidades Autónomas... En la moraleja de esta historia se resume, pues, toda la filosofía de la política administrativa española, en una praxis ejemplar. *Los Organismos Autónomos nacen de la constatación de que las estructuras administrativas estatales son incapaces de gestionar con eficacia determinados servicios públicos, y por ello se crean unas figuras nuevas.* Pero aquí se cometen dos errores garrafales. Uno, de razonamiento: si el origen del problema era la deficiencia de las estructuras administrativas, lo lógico hubiera sido el corregirlas y no el mantenerlas, porque una de dos: o se admite que el régimen general es insatisfactorio, y en tal caso hay que rectificarlo de manera también general; o se admite que es correcto —y por ello se mantiene—, pero en tal caso las excepciones quedan sin justificar. El segundo error es de ejecución. Los Organismos Autónomos, aunque se acogen a una legalidad especial y privilegiada, heredan de la Administración del Estado todas las taras de base, antes descritas, que contaminan rápidamente los nuevos tejidos y los convierten en tan ineficaces como los viejos. Una vez más se ha caído en el engaño de creer que los defectos proceden de las leyes y que, por tanto, cambiando éstas, se ha de producir automáticamente el remedio, siendo así que las causas están en otros lugares, en la profundidad de los principios radicales...».

#### 4. LA PERVIVENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: ENTES PÚBLICOS «APÁTRIDAS» CON *IUS SINGULARE*

1. La aparición de entes reguladores de determinados sectores económicamente relevantes, siguiendo parcialmente las experiencias de otros países, ha puesto de manifiesto la necesidad de dotar a este tipo de entidades de unas ciertas garantías de independencia o neutralización de su actividad, que tendría carácter permanente y estaría alejada de los vaivenes políticos.

2. Estos entes reguladores o Administraciones independientes como han sido denominados en la doctrina española<sup>27</sup>, incluyen ciertas técnicas que garantizan que su funcionamiento y actividad no estarán afectados por las decisiones de la Administración Pública a la que se adscriben, para lo cual introducen ciertos elementos correctores al sistema general, en los supuestos de nombramiento de sus directivos (intervención del Congreso), eliminación del cese anticipado por el Ministro y, sobre todo, autonomía funcional.

No obstante, no puede desconocerse que en muchas ocasiones tales manifestaciones de la neutralidad nada tienen que ver con lo que realmente sucede en la práctica, donde ni el nombramiento de los directivos se encuentra previamente restringido por normas que garanticen, en todo caso, la profesionalidad y prestigio de los candidatos, ni tampoco se ha dotado de la mínima suficiencia financiera a la nueva entidad, con lo que cualquier modificación de la estructura o incluso de las retribuciones exigen previamente la autorización del Ministerio al que se vincula o, desde luego, del Ministerio de Economía y Hacienda.

3. La LOFAGE no ha resistido en este punto las presiones sectoriales y el influjo doctrinal sobre las Administraciones independientes, por lo que ha optado por su exclusión del régimen general previsto para los Organismos Autónomos o para las

<sup>27</sup> Por todos *vid.* SALA ARQUER, J. M.: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *REDA*, 42 (1984), págs. 401 y ss.; GARCÍA LLOVET, E.: «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *RAP*, 131 (1993), págs. 61 y ss. y, sobre todo, BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994. También, y desde una perspectiva general, *cfr.* JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español...*, cit., capítulo III, págs. 307 a 340. Con un marcado tono crítico sobre estas formas de organización de la Administración estatal y su plasmación en el Derecho positivo español, *vid.* PARADA VÁZQUEZ, R.: «Las Administraciones independientes», en *Administración Instrumental*, tomo I, 1994, págs. 653 a 689. El análisis constitucional que se efectúa en este estudio y el difícil encaje de este tipo de entidades en los arts. 97 y 103 de la Constitución constituyen un ejemplo de rigor, aunque sus resultados no parecen haber tenido mucho éxito, a la vista de la reacción del legislador.

Entidades Públicas Empresariales, de tal forma que la Disposición Adicional Décima excluye a un conjunto de Entes públicos del art. 6.5 de las reglas generales de la LOFAGE<sup>28</sup>.

Los Organismos que quedan ahora fuera de la aplicación de la LOFAGE, rigiéndose por su normativa específica, se pueden reconducir a dos grandes bloques: por una parte, los llamados Entes reguladores, entre los que se encuentran la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>29</sup>; por otra parte, ciertos Organismos Públicos que por su peculiar finalidad y especiales condiciones e influencia sobre la sociedad deben ser apartados del juego político para garantizar una cierta estabilidad y neutralidad: la Agencia de Protección de Datos, el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear y el Ente Público Radiotelevisión Española.

Quedan en una zona de ambigüedad, pero excluidos del régimen general de la LOFAGE, otros entes públicos que sólo por razones de conveniencia política o por su peso en el ámbito político-administrativo no tienen acomodo en el régimen general establecido: sobre todo la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Correos y Telégrafos y el Instituto Cervantes.

Del listado actual de Entes Públicos del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, sólo quedan sin incluir en ninguna de las excepciones de aplicación de la LOFAGE los siguientes: Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, Agencia Industrial del Estado, Autoridades Portuarias, Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias, y Puertos del Estado. El legislador no ha explicitado en ningún momento las razones que han llevado, en unos casos a sujetar a estas entidades al nuevo modelo establecido, y en otros a exceptuarlos de la LOFAGE, lo que claramente contradice la pretensión racionalizadora y homogeneizadora de la Administración instrumental que legitimó la aprobación de esta Ley<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> En realidad, la exclusión se amplía también a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, al Consejo Económico y Social, al Instituto Cervantes, al Banco de España y a Correos y Telégrafos, si bien esta última entidad tenía la cualidad jurídica de Organismo Autónomo Comercial y no constituía un supuesto del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria.

<sup>29</sup> Con ciertas dificultades podrían incluirse en este grupo también el Consorcio de la Zona Especial Canaria y el Consejo Económico y Social, aunque en este supuesto su propia configuración y finalidad difícilmente lo hacen susceptible de ser calificado como Ente regulador.

<sup>30</sup> En mi opinión, la explicación se encuentra en la evidente pérdida de poder político experimentada por el Ministerio de Fomento frente a las hegemónicas pretensiones del Ministerio de Economía y Hacienda y del Ministerio de Administraciones Públicas, autores del Proyecto de Ley. No hay explicación alguna de por qué el Instituto Cervantes o la Agencia Tributaria deben ser tratados patrimonial, económica, financiera y presupuestariamente de forma

4. La propia LOFAGE trata de flexibilizar la aplicación genérica de la Ley a determinados Organismos públicos a los que necesariamente tenga que reconocérseles una especial autonomía o un ámbito de independencia funcional. En estos casos, la Disposición Adicional Décima, apartado 2.º, permite a sus leyes de creación recoger tales peculiaridades de forma tal que haga efectiva la citada autonomía o independencia, si bien, en su inciso final, reduce en la práctica las singularidades, dado que el régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación tendrá que ajustarse a las determinaciones de la Ley, permitiéndoseles sin embargo que opten de la forma que estimen conveniente por su subsunción en cualquiera de los dos tipos básicos de Organismos públicos.

Ahora bien, si el régimen de contabilidad y presupuestario, el patrimonial, el de personal y contratación quedan a salvo de las circunstancias singulares o especiales del Ente, debiéndose ajustar a las reglas generales de la LOFAGE, la conclusión evidente será que, o bien no existe verdadera autonomía o independencia funcional, o bien ésta será meramente retórica pero sin un contenido real y efectivo, con lo que tratarán de que sus leyes de creación les sitúen al margen de las prescripciones de la LOFAGE en el mismo plano de igualdad que los Organismos recogidos en la Disposición Adicional Décima.

## 5. CONCLUSIÓN

El resultado del análisis anterior es bastante desalentador. En este papel de Penélope que efectúa periódicamente el legislador sobre la Administración instrumental, nos ha tocado ahora la fase de la homogeneización y reconducción a una cierta unidad en la aplicación de las reglas del Derecho Administrativo general, tal

---

diferente, extendiéndose tal distinción incluso a los regímenes retributivos, de personal y de contratación. Tampoco es que exista una especial necesidad respecto de los entes reguladores, si bien en este caso la verdadera independencia o autonomía funcional exigirán también la correspondiente separación financiera y retributiva.

No obstante, el resultado no ha de quedar así, pues en las sucesivas modificaciones de la legislación sectorial ya aparecerán con toda seguridad los nuevos intentos de excluir a este tipo de Entidades públicas sujetas al Derecho privado, que gestionan infraestructuras o bienes de dominio público, de la aplicación del régimen jurídico previsto en la LOFAGE: así, concretamente, ya ha sucedido en el caso de la modificación de la Ley de Puertos del Estado, en donde se recoge en una de las enmiendas propuestas por el Grupo Parlamentario Popular la exclusión de las Autoridades Portuarias y de Puertos del Estado del régimen de la LOFAGE. Y esto que, desde mi punto de vista, es razonable sólo se explica porque la legislación administrativa en materia de bienes, presupuestos, contabilidad y personal es absolutamente inadecuada, a pesar de los intentos del legislador por su aplicación indiscriminada a todo el sector público.

como ya sucedió en 1958 (Ley de Entidades Estatales Autónomas) y en 1977 (Ley General Presupuestaria).

Sin embargo, las causas que inciden profundamente en la aparición de este tipo de Entidades, y en la necesidad de reafirmar su ámbito normativo propio y singular (*ius singulare*) no han sido abordadas por el legislador, por lo que continúan dándose los presupuestos que producirán la fuga en los próximos años de estas Entidades, respecto del Derecho Administrativo convencional.

Es bastante más grave lo anterior, cuando la experiencia de los últimos años ha acreditado que es absolutamente imprescindible dotar a estas organizaciones de unos elementos mínimos de autonomía funcional y neutralidad respecto del poder político y ministerial, lo que sólo se consigue mediante la introducción de técnicas que garanticen la estabilidad e independencia de los dirigentes de estas Entidades, a la par que se profundiza en la creación de un ámbito propio de responsabilidad, es decir, capacidad y exigencia de eficacia<sup>31</sup>.

A su vez, la definición de los nuevos fines del Estado y la reconstrucción de los límites de la actividad de la Administración exigía una mayor dosis de originalidad en el planteamiento de la regulación de los Entes instrumentales, lo que no se ha abordado en esta bienintencionada pero tardía reforma de la Administración instrumental, que es a todas luces insatisfactoria y deja sin resolver los problemas tradicionales en el funcionamiento de estas Entidades y Organizaciones que componen el Sector público y la Administración instrumental del Estado.

---

<sup>31</sup> Sobre estas cuestiones resulta imprescindible la lectura de la monografía de PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995, sobre todo, págs. 26 a 49.