

Andrés Betancor Rodríguez  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid

# **Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa**

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO GENERAL DEL SURGIMIENTO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES; EL REPLANTEAMIENTO DEL PAPEL DEL ESTADO. II. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES. A) Estatuto subjetivo: dependencia y autonomía. B) Estatuto funcional: potestades administrativas y actividades de mercado. 1. El carácter derivado de las actividades de las EPE. 2. Las actividades que las EPE pueden realizar. 3. Las potestades administrativas en mano de las EPE. C) Régimen jurídico: Derecho público y Derecho privado. 1. La sujeción al Derecho administrativo en materia de organización y ejercicio de las potestades administrativas. 2. La sujeción al Derecho privado en materia de personal y contratación. D) Patrimonio. E) Recursos. F) Presupuesto, contabilidad y control económico-financiero. III. ANÁLISIS «HISTÓRICO». LA ORIGINALIDAD DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES EN RELACIÓN CON LOS TIPOS DE ENTES PÚBLICOS RECOGIDOS EN LOS PRECEPTOS DEROGADOS DE LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA. IV. DELIMITACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES RESPECTO DE LOS OTROS ORGANISMOS PÚBLICOS REGULADOS EN LA LOFAGE, ASÍ COMO DE LOS EXCLUIDOS DE SU

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. A) Diferencias y similitudes con los Organismos Autónomos. 1. ¿Qué tienen en común los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales? 2. ¿Cuáles son las diferencias que separan a los Organismos Autónomos de las Entidades Públicas Empresariales? 3. La libertad del legislador para configurar el estatuto concreto de la Entidad Pública Empresarial: la principal diferencia entre los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales. B) Delimitación de las Entidades Públicas Empresariales respecto de los organismos y las empresas excluidos de la LOFAGE. La exclusión de las denominadas Administraciones independientes. 1. Similitudes y diferencias con las empresas estatales (DA 12.ª LOFAGE). 2. Las Entidades Públicas Empresariales y las denominadas Administraciones independientes (DA 10.ª LOFAGE). V. VALORACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. A) El Derecho comunitario europeo y la actividad empresarial de las Administraciones públicas. B) La constitucionalidad de las Entidades públicas empresariales. VI. CONCLUSIONES: ¿ESTÁN JUSTIFICADAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES?

Las entidades públicas empresariales (en adelante, EPE) son Entidades de Derecho público que pertenecen a la categoría de los Organismos públicos. Esto significa que son «organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes» de la Administración General del Estado que «desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado» (art. 1 LOFAGE), para lo que cuentan con personalidad, patrimonio y tesorería propia, así como autonomía de gestión (art. 42 LOFAGE). Actúan sometidas al Derecho privado, salvo cuando ejercen potestades administrativas que, en este caso, lo estarán al Derecho administrativo (art. 53 LOFAGE).

Sin embargo, la nota más sobresaliente de estas entidades es la posibilidad de que un ente público, una Administración pública, pueda realizar actividades empresariales, tanto es así que el ente recibe la denominación de entidad pública empresarial, o sea, la de sujeto jurídico-público que realiza actividades económicas de mercado. A la vista de esta nota, nos podemos interrogar sobre lo siguiente: ¿un ente público puede realizar actividades empresariales o de mercado? A nuestro juicio no, pues tanto la Constitución como el Derecho comunitario europeo lo impiden.

En las páginas que siguen pretendemos demostrar esta afirmación para lo que analizaremos el estatuto jurídico de la nueva figura con la finalidad de demostrar que se trata de una Administración que realiza actividad mercantil o empresarial y valoraremos la nueva figura a la luz tanto de la Constitución como del Derecho comunitario con el objetivo de acreditar si es posible que una Administración pueda realizar actividades de este tipo.

Sin embargo, consideramos que es imprescindible antes de llevar a cabo el análisis y la valoración señaladas situar el

surgimiento de la figura de las EPE en el contexto histórico en que se producen; un contexto caracterizado por un proceso: el proceso de replanteamiento del papel del Estado y que tiene su manifestación más elocuente en la privatización.

## I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO GENERAL DEL SURGIMIENTO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES: EL REPLANTEAMIENTO DEL PAPEL DEL ESTADO

PAREJO ALFONSO (1995: 19) ha puesto de manifiesto la confusión que reina en la materia organizativa producto de la falta de acompañamiento entre el espectacular crecimiento de las actividades y responsabilidades estatales y la adecuada actualización de las formas de organización de la actuación pública, especialmente la administrativa.

Este conflicto es el que ha llevado al Banco Mundial en su último informe sobre el desarrollo mundial 1997 a replantearse el papel del Estado: «las miradas del mundo entero están vueltas hacia el Estado. Los trascendentales acontecimientos registrados en la economía mundial nos han obligado a replantearnos algunos interrogantes fundamentales: cuál debe ser el papel del Estado, qué es lo que puede y lo que no puede hacer, cómo debe hacerlo» (BANCO MUNDIAL, 1997: 1). La respuesta a estos interrogantes es concluyente: «Un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios —y las normas e instituciones— que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz. En su ausencia, no puede alcanzarse un desarrollo sostenible ni en el plano económico ni en el social... el Estado es fundamental para el proceso de desarrollo económico y social, pero no en cuanto agente directo del crecimiento sino como socio, elemento catalizador e impulsor de ese proceso» (*idem*: 1). Este cambio de enfoque del Estado es fruto del incremento de las funciones y, correlativamente, del gasto público (hasta el extremo de que el total del gasto público ha llegado a alcanzar, como media, casi el 50 por 100 del PIB de los países de la OCDE): «... ha sido precisamente este incremento de la influencia estatal lo que ha dado lugar a un cambio de orientación: lo que importa ante todo no es lo cuantitativo sino lo cualitativo, no la mera magnitud del Estado y el ámbito de sus intervenciones sino su eficacia para atender las necesidades de la población» (*idem*: 2). El reto es el «Estado eficaz» y el problema es el cómo alcanzarlo.

Ahora bien, el espectacular crecimiento de las actividades estatales no planteaba ningún problema cuando el Estado era el «motor» de la economía, de la riqueza y de la prosperidad de los ciudadanos; no es circunstancial que se hablase del Estado del bienestar. Su legitimidad radicaba en que daba bienestar, prosperidad y riqueza a todos. Sin embargo, los problemas comenzaron precisamente en el momento en que una mayoría de los ciudadanos tenían garantizados ese bienestar. Los ciudadanos comenzaron a valorar si el «costo» (fundamentalmente fiscal) del Estado se compensaba con los «beneficios». Este interrogante llevó a otro: ¿es posible tener más y mejores prestaciones pagando menos impuestos? Una vez garantizada la salud, la educación, la vivienda,... lo importante no era la cantidad como la calidad: mejor salud, mejor educación, mejor vivienda,... La crítica a la gestión pública se extendió llevada de la difusión por los medios de comunicación de múltiples ejemplos de derroche, mala gestión e incluso corrupción de los gestores públicos. En este clima no era posible incrementar la presión fiscal como tradicionalmente se había hecho para afrontar los gastos que suponían los nuevos servicios, en lugar de optimizar la renta que el Estado manejaba a través de la mejora de la gestión. El conflicto era inevitable: los ciudadanos reclamaban ya no cantidad sino calidad en los servicios pero no estaban dispuestos a pagar más impuestos, máxime cuando los servicios existentes estaban gestionados ineficientemente.

Este proceso lo hemos vivido en España durante un período de veinte años, mientras que en el resto de Europa ha durado muchos más años. Esta rapidez e intensidad del proceso español indudablemente lo distingue del vivido en los demás países. En el período de tiempo indicado, que coincide con la transición hacia un régimen democrático de gobierno, España se ha dotado i) de un sistema tributario moderno, ii) de un Estado social o del bienestar y iii) ha pasado a alcanzar ciertos niveles de riqueza (aunque aún lejos de la media comunitaria europea). Además, en los últimos años se ha ido extendiendo entre los ciudadanos la denuncia de la mala gestión pública, la escasez de las prestaciones públicas recibidas en correspondencia con los impuestos abonados y, por consiguiente, la afirmación de que la presión fiscal es excesiva. Así pues, en ese período se ha instaurado y al mismo tiempo ha entrado en crisis el Estado social español. En ningún otro país europeo se había vivido con tanta rapidez el nacimiento y la crisis del Estado social. Podemos decir que el Estado del bienestar español sufre de vejez prematura.

Como ya hemos indicado, la preocupación actual de los ciudadanos españoles y europeos no es la cantidad sino la calidad de los servicios. Este cambio es posible porque está asegurada la primera, la provisión de una cantidad suficiente de los servicios. Sin embargo, la segunda no lo está, o al menos los ciudadanos consideran que no lo está. ¿Cómo garantizar la calidad de los servicios? Ante la imposibilidad de incrementar el gasto, como ya hemos indicado, la única alternativa viable es la mejora de la gestión de los servicios. El reto es la eficacia de la gestión pública y la pregunta es el cómo alcanzarla en particular en lo relativo a la gestión del personal, la provisión de bienes y servicios (contratación) y el manejo del dinero público. La respuesta que se ha dado a este interrogante lamentablemente ha sido única: la privatización. Decimos lamentablemente porque podía haberse intentado la reforma del régimen jurídico-público para que la gestión de tales materias se acomodase a los nuevos parámetros de eficacia y eficiencia. Sin embargo, la tentación «privatizadora» era y es demasiado fuerte.

Esta tentación privatizadora es demasiado fuerte porque viene respaldada por una experiencia histórica aparentemente incuestionable: lo público ha garantizado la cantidad de los servicios, en cambio, lo privado parece ser la fórmula más adecuada para garantizar también la calidad. Ahora bien, la certeza de esta afirmación depende no tanto de la naturaleza del sujeto que realiza la prestación de los servicios (público o privado) como de las condiciones en que tal servicio se presta, en particular, si la prestación se hace en régimen de competencia o en régimen de monopolio. Tanto es así que —como se ha afirmado y demostrado reiteradamente— la naturaleza del sujeto prestador es intrascendente cuando la actividad o el servicio se presta en régimen de monopolio, pues la ineficiencia no viene de la mano tanto de la naturaleza del sujeto como de la ausencia de competencia. Esto explica que la experiencia histórica parece respaldar a los proveedores privados frente a los públicos. Aquéllos son más eficientes pero esto es la consecuencia fundamentalmente del entorno en que han producido sus servicios. Sin embargo, esta ineficiencia en ausencia de competencia es común tanto a los sujetos públicos como a los privados. Esta constatación ha sido desconocida y la tentación privatizadora ha hecho fortuna en varias de sus manifestaciones: i) venta de los activos públicos y su paso a los privados; ii) privatización de los modos o formas de gestión de los servicios públicos; y iii) utilización del Derecho privado por las Administraciones públicas. Las EPE son un ejemplo del último tipo de privatización; ejemplo de que se ha

optado por lo más fácil (buscar los instrumentos para alcanzar la eficiencia en el mercado, en sus organizaciones y en su Derecho) y se ha huido de lo más complicado: «repensar» lo público, sus organizaciones y su Derecho para acomodarlo a las nuevas demandas de los ciudadanos en materia de eficiencia.

## II. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

Las EPE son —como ya hemos indicado— Entidades de Derecho público que pertenecen a la categoría de los Organismos públicos. Esto significa que son «organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes» de la Administración General del Estado que «desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado» (art. 1 LOFAGE) para lo que cuentan con personalidad, patrimonio y tesorería propia, así como autonomía de gestión (art. 42 LOFAGE). Actúan sometidas al Derecho privado, salvo cuando ejercen potestades administrativas que, en este caso, lo estarán al Derecho administrativo (art. 53 LOFAGE).

### A) ESTATUTO SUBJETIVO: DEPENDENCIA Y AUTONOMÍA

En cuanto a su **estatuto subjetivo**, las EPE son organismos públicos «creados» de acuerdo con las siguientes características: son organizaciones **descentralizadas, instrumentales y dependientes**. Son organizaciones *descentralizadas* (funcionalmente) por lo que cuentan con autonomía (de gestión), personalidad, patrimonio y tesorería propios (art. 42.1 LOFAGE). Son organizaciones *instrumentales* respecto de la Administración General del Estado (AGE), porque son organizaciones de las que se sirve esta Administración para la ejecución de sus actividades con eficacia, eficiencia y economía, especialmente cuando se dirigen directamente a los ciudadanos<sup>1</sup>; y también son organizaciones instrumentales «respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados» (art. 44.1 LOFAGE). Por último, son organizaciones *dependientes* de la AGE (art. 41 LOFAGE). Esta

<sup>1</sup> En el proyecto LOFAGE de 1995 se incluía en el artículo 3 los denominados criterios de organización entre los que se incluían los que debían seguirse en la asignación y ejecución de las actividades. Entre los primeros se incluía el criterio o principio de la descentralización funcional en favor de los organismos públicos para el desarrollo de las actividades de ejecución o gestión «especialmente cuando estén dirigidas directamente a los ciudadanos» [art. 3.1.a)].

dependencia se concreta, organizativamente, en la adscripción de las EPE a un Ministerio, a un Organismo Autónomo o —excepcionalmente— a otra EPE (art. 43.3 LOFAGE), a través de un órgano concreto que ejerce la dirección estratégica, la evaluación y control de los resultados de su actividad (art. 43.2 LOFAGE).

El estatuto subjetivo de las EPE tiene dos dimensiones, en cierta medida, contradictorias. Por un lado, la dimensión de la autonomía y, por otro lado, la de la instrumentalidad de las EPE. La contradicción entre una y otra se pone de manifiesto cuando intentamos desentrañar si existe alguna diferencia entre el carácter dependiente y el carácter vinculado de los organismos.

La LOFAGE no establece, tras distinguir entre organismos dependientes o vinculados, ninguna diferencia. En el proyecto del Gobierno socialista (publicado en el BOCG de 21 de octubre de 1995) y que fue tenido en cuenta en la elaboración de la Ley, se indicaba que todos los organismos públicos dependían de la AGE. La LOFAGE introduce la expresión relativa a la vinculación de los organismos a la AGE. Sin embargo, a esta nueva expresión no se le anuda ninguna consecuencia jurídica. Es más, todos los organismos públicos (por lo tanto, también las EPE) «*dependen* de la AGE y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia (art. 2.3 LOFAGE). En particular, en el artículo 43.3 LOFAGE se dice expresamente que las EPE «*dependen* de un Ministerio o un Organismo autónomo». Por lo tanto, las EPE son organizaciones dependientes. En cierta medida, la vinculación supone etimológicamente una suerte de dependencia pues, entre otros significados, vincular supone «*someter* la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa» (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*).

Así pues, las EPE son organismos públicos dependientes pero autónomos. Es significativo a este respecto que la Ley silencia el atributo de la autonomía entre los que adornan a los organismos públicos, salvo la indicación de que cierta clase de organismos públicos se denominan como organismos «autónomos». Tanto es así que los organismos públicos son organizaciones que revisten la «calidad» de «organizaciones instrumentales *diferenciadas*... [de la AGE]» (art. 1 LOFAGE) que cuentan con «personalidad jurídica pública *diferenciada*» (art. 42.1 LOFAGE), pero no se dice que sean autónomos sino que cuentan con «autonomía de gestión» (art. 42.1 LOFAGE). Tal vez esto obedece a la posible confusión que se crearía con los «organismos autóno-

mos». Esto vendría a explicar que la autonomía se asocia a algo, por lo demás evidente, la gestión del organismo.

Aquí vuelve a surgir el tema recurrente de la ambigüedad del término autonomía. Su amplitud es conocida, así como los problemas que plantea. El estatuto de las EPE nos presenta el supuesto de un organismo autónomo pero dependiente. Esta circunstancia nos plantea el problema de la corrección del uso del término «descentralización funcional» para referirse a estos organismos y no el de desconcentración. Ciertamente, las EPE tienen personalidad jurídica «diferenciada» de la de la AGE. Ahora bien, este mero dato formal no es suficiente para considerar que estamos ante un supuesto de gestión autónoma de unas actividades cuando existe una estrecha relación de dependencia entre la AGE y las EPE. A nuestro juicio, formalmente existe una descentralización pero que oculta una real situación de desconcentración.

Esta descentralización formal parece querer justificarse en razones funcionales. En efecto, el artículo 41 dispone que los organismos públicos son «creados» por la AGE para la realización de actividades de ejecución o gestión «cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional». Es difícil determinar cuándo estas razones se cumplen, es decir, qué características deben reunir las actividades para que sea razonable la creación de un organismo público. A nuestro juicio, estamos ante una fórmula más retórica que jurídica como lo pone de manifiesto su propia ambigüedad (producto de su generalidad) que se compensa o corrige por la dependencia en la que queda sometida la EPE respecto de la AGE, o sea, la material situación de desconcentración en la que queda.

La dependencia de las EPE respecto del Ministerio o del Organismo autónomo al que se adscribe se concreta, por un lado, en que uno y otro ejercen, respecto de las EPE las competencias de dirección estratégica, de evaluación y el control de resultados de su actividad (art. 43.3 LOFAGE). Es particularmente ilustrativo de la dependencia la sujeción de las EPE al control general y específico del Ministerio o del Organismo al que se adscribe y, en su caso, de otros Ministerios.

La gestión y las actividades de las EPE están sometidas a dos tipos de controles: uno genérico y dos específicos. Al primer tipo pertenece el control de eficacia contemplado en el artículo 59.1 LOFAGE. Al segundo tipo pertenecen, por un lado, el control de cumplimiento de los compromisos específicos contemplado en el artículo 59.2 LOFAGE y, por otro lado, el control específico sobre la gestión de los recursos humanos previsto en el

artículo 55.4 LOFAGE. Además, estos controles se superponen a los controles de carácter económico y financiero que se prevén en la Ley General Presupuestaria, aunque el control de eficacia es semejante al control de eficacia previsto en esta última ley, como analizaremos más adelante.

El control de eficacia es ejercido por el Ministerio y, en su caso, por el Organismo Público al que estén adscritas las EPE. Este control tiene por finalidad «comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados» (art. 59.1 LOFAGE). La determinación de los objetivos y los recursos constituyen el contenido fundamental de la Ley de creación (art. 61.1 LOFAGE) y del Plan inicial de Actuación de la EPE (art. 61.2 LOFAGE).

La Ley de creación debe establecer los fines generales y los recursos económicos del Organismo, además del tipo de Organismo público que se crea, el Ministerio u Organismo de adscripción, las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley (art. 61.1 LOFAGE). Sin embargo, será el Plan Inicial de Actuación el que está llamado a concretar tales fines en términos que permitan instrumentar el control correspondiente.

El Plan Inicial de Actuación será aprobado por el titular del Departamento Ministerial del que dependa el Organismo Público, previo informe favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda (art. 62.2 LOFAGE). El contenido del Plan será concretado reglamentariamente. Ahora bien, deberá incluir en todo caso los siguientes extremos: los objetivos que el Organismo deba alcanzar en el área de actividad encomendada y los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento del Organismo (art. 62.2 LOFAGE). Esto significa que el Plan es importante tanto para establecer la justificación de la existencia del organismo como para que el organismo pueda desarrollar la actividad que se le ha encomendado. En particular, la fijación previa de los objetivos va a permitir medir la eficacia de la gestión y la actividad de la EPE, así como su cumplimiento, lo que determina la extinción y liquidación de la misma (art. 64.1 LOFAGE), además, para facilitar esta operación una vez acreditado dicho cumplimiento, puede llevarse a cabo por Real Decreto acordado por el Consejo de Ministros [art. 64.1.b) LOFAGE].

Ahora bien, no resulta coherente el régimen jurídico del Plan con la importancia del Plan Inicial de Actuación. Por un lado, sólo se remite, al menos con el grado de propuesta, al Gobierno

a los efectos de que lo tome en consideración en orden a la aprobación del proyecto de Ley de creación del organismo, pero en cambio no se remite a las Cortes para su examen y valoración con ocasión de la aprobación de la Ley de creación del organismo (art. 61.2 LOFAGE), máxime cuando en la Ley de creación deberán fijarse los «fines generales» y los recursos económicos del organismo (art. 61.1 LOFAGE). Por otro lado, la aprobación previa del Plan no es condición para la puesta en funcionamiento del organismo, a diferencia de los estatutos que sí «deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del Organismo público correspondiente» (art. 62.3 segundo párrafo LOFAGE). Esto significa que el Plan «Inicial» no necesariamente tiene que ser aprobado ni antes ni con la puesta en marcha del Organismo, es más, nada impide que su aprobación se pueda postergar *sine die*.

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. Se produce así una situación paradójica: el Ministerio u Organismo al que está adscrita la EPE puede controlar la eficacia de la EPE pero podría no existir ningún instrumento (Plan) que le fijase a la EPE los objetivos que debe alcanzar y al Ministerio u Organismo al que está adscrita los objetivos que debe tener en cuenta para medir la eficacia de la EPE.

Junto a este control general del cumplimiento de los objetivos establecidos en la Ley de creación y en el Plan Inicial de Actuación, la LOFAGE prevé dos controles específicos. Nos referimos, en primer lugar, al «control del cumplimiento de los compromisos específicos que, en su caso, hubiere asumido la entidad pública en un convenio o contrato-programa» (art. 59.2 LOFAGE). Este control lo llevan a cabo, por un lado, la Comisión de seguimiento prevista en el propio convenio o contrato-programa y, por otro lado, el Ministerio de Economía y Hacienda «en los supuestos previstos al efecto por la Ley General Presupuestaria» (art. 59.2 LOFAGE).

En su caso, la EPE puede tener suscrito con el Ministerio o el Organismo al que esté adscrita un convenio o contrato-programa. En este caso, el convenio o contrato deberá tener el contenido establecido en el artículo 91 LGP. Entre las cláusulas que «no dejarán de establecerse» se deberán encontrar aquellas que establecen los «objetivos de la política de personal, rentabilidad, productividad o reestructuración técnica de la explotación económica, así como [los] métodos de evaluación de aquéllos»

[art. 91.1.b) LGP]. Además, se deberá prever el control por el Ministerio de Economía y Hacienda de la ejecución del convenio y posterior explotación económica [art. 91.1.e) LGP]. Control que no excluye el control que corresponda «a los respectivos Departamentos u Organismos autónomos en cuanto a las Sociedades estatales o Empresas que hayan suscrito el correspondiente convenio» (art. 91.2 LGP).

Por lo tanto, el control de cumplimiento se refiere a los objetivos específicos relativos a las materias indicadas, o sea, personal, rentabilidad, productividad o reestructuración técnica de la explotación económica. Este control puede ser desarrollado hasta por tres órganos: la Comisión de seguimiento, el Ministerio u Organismo al que esté adscrita la EPE y el Ministerio de Economía y Hacienda.

En segundo y último lugar, las EPE están sometidas a otro control específico en este caso relativo a la gestión de los recursos humanos. Los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda «efectuarán, con la periodicidad adecuada, controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, conforme a los criterios previamente establecidos por los mismos» (art. 55.4 LOFAGE).

En definitiva, el Ministerio y, en su caso, el Organismo público al que estén adscritas, sin olvidar los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, controlan la gestión de los recursos de toda índole con los que cuenta la EPE, en particular, los recursos humanos, así como la actividad de la EPE. En el primer ámbito para establecer que la gestión es «adecuada» a los criterios previamente establecidos (en el caso del personal) o en general a los que estimen que sea lo más convenientes. Y, en el segundo ámbito, para comprobar que la actividad de la EPE es eficaz en el sentido que cumple con los objetivos y fines previamente establecidos. Por lo tanto, puede afirmarse que el control es exhaustivo e intenso tanto en el ámbito interno como externo del Organismo, por lo que la descentralización a la que dice obedecer es puramente formal.

## B) ESTATUTO FUNCIONAL: POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y ACTIVIDADES DE MERCADO

Las EPE desarrollan «actividades derivadas de la propia AGE» (art. 1 LOFAGE) como las «prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53.1 LOFAGE). Actividades que por

sus «características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional» (art. 41 LOFAGE).

Los interrogantes que plantea el estatuto funcional de las EPE son tres: en primer lugar, qué significa que las actividades de las EPE son actividades «derivadas» de la AGE; en segundo lugar, cuáles son tales actividades derivadas de la AGE que las EPE pueden desarrollar; y, en tercer y último lugar, por qué tales actividades pueden ser prestadas de manera descentralizada y, precisamente, a través de una EPE

### 1. *El carácter derivado de las actividades de las EPE*

Las actividades de las EPE son actividades derivadas de la AGE, por lo tanto, actividades que forman parte del ámbito de la competencia de esta Administración. Ahora bien, esto no significa que las actividades de las EPE sean actividades que forman parte de «programas específicos de la actividad de un Ministerio» (art. 45.1 LOFAGE), como sucede con las de los Organismos autónomos (actividades que también son actividades derivadas, pues se trata de una calificación común a todos los Organismos públicos). Por lo tanto, si son actividades derivadas tanto las que realizan las EPE como los Organismos autónomos y sólo la de éstos esta calificación lleva a considerarlas como integrantes de un programa específico de un Ministerio, esto significa que el carácter derivado de las actividades de las EPE quiere decir, como hemos ya afirmado, que se trata de actividades que forman parte del ámbito de la competencia de la AGE pero no forman parte de ningún programa del Ministerio al que están adscritas, por lo que no se refuerza por esta vía el carácter instrumental de las EPE.

### 2. *Las actividades que las EPE pueden realizar*

A las EPE se les «encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53.1 LOFAGE). Estas actividades tienen dos características comunes: por un lado, su imprecisión y, por otro lado, que son susceptibles de contraprestación, o sea, precio.

En cuanto a su imprecisión, ésta es elocuente. La mera lectura del precepto pone de manifiesto la dificultad que plantea su interpretación: ¿qué se entiende por actividades prestacionales?,

¿qué se entiende por gestión de servicios? y, por último ¿qué se entiende por producción de bienes de interés público? La Exposición de Motivos es más explícita a este respecto. Afirma que las EPE «realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica». En cierta medida, esta afirmación nos puede servir de pauta para interpretar el precepto. Por lo tanto, las actividades que las EPE pueden realizar son prestación de servicios y producción de bienes, incluyendo dentro de las primeras, la de gestión de servicios. Así pues, actividades que se diferencian en su objeto: servicios o bienes. Ahora bien, mientras que de los servicios nada se dice con relación a su naturaleza, respecto de los bienes sí se afirma su naturaleza de bienes de interés público. Se produce así una suerte de contrasentido: los servicios no tienen por qué ser públicos, mientras que los bienes sí. ¿Cómo interpretar esta distinción? A nuestro juicio, el silencio respecto de los servicios públicos debemos interpretarlo en relación con lo que el artículo 45.1 LOFAGE dispone respecto de los Organismos autónomos. En este precepto se establece que estos organismos pueden gestionar servicios públicos. En cambio, las EPE pueden gestionar servicios a secas. Caben dos interpretaciones: o bien el legislador quiere disponer que sólo los Organismos autónomos pueden gestionar servicios públicos, o bien que las EPE pueden gestionar cualquier tipo de servicios, incluidos los públicos. En favor de esta última interpretación parece jugar tanto los hechos como la amplitud del término utilizado por el legislador para referirse a las actividades de las EPE. No obstante, podría formularse una objeción a esta interpretación: el legislador con la distinción indicada lo que ha querido establecer es que los Organismos autónomos son los únicos que pueden gestionar servicios públicos en sentido subjetivo o estricto, mientras que las EPE cualquier servicio, incluso los públicos pero sólo aquéllos de entre éstos que revisten esta característica en sentido objetivo, material o amplio. Sin embargo, esta interpretación tampoco casa con la realidad, basta constatar que las empresas también gestionan servicios públicos en sentido estricto. Tanto es así que precisamente para hacer posible esta gestión la legislación de contratos de las Administraciones públicas contempla el contrato de gestión de servicios públicos (arts. 155 y ss. LCAP).

La concreción de qué se entiende por actividad de producción de bienes de interés público también plantea algunos problemas: ¿cuáles son los bienes de esta naturaleza?, además, ¿por qué razón las EPE pueden gestionar cualquier tipo de servicio pero en cambio sólo pueden producir los bienes de interés público? Esta

última pregunta está relacionada con la primera. En efecto, si la categoría de bienes de interés público identifica una categoría determinada de bienes, la última pregunta cobra particular importancia porque si las EPE pueden gestionar cualquier tipo de servicios no se comprende por qué sólo pueden producir una categoría de bienes. En cambio, si la expresión bienes de interés público sólo alude al interesamiento público de ciertos bienes, pero no identifica materialmente a ningún tipo o clase de bienes, podemos considerar que no existe contradicción entre la amplitud de los servicios que se pueden prestar o gestionar y los bienes que se pueden producir, porque tanto en uno como en otro caso se debe tratar de servicios y bienes respecto de los cuales la Administración ha justificado la presencia del interés público. No puede olvidarse que las actividades que realicen las EPE son actividades «derivadas de la AGE», por lo tanto, son actividades que expresan el servicio de la Administración al interés general, por lo que este interés explica y justifica el desarrollo de la actividad. Lo contrario sería absurdo: si consideramos que la Administración sirve al interés general (art. 103.1 CE) es lógico deducir que las actividades que la Administración despliega expresan este mismo servicio.

La segunda característica se refiere a la «contraprestación». Aquí también se plantea un problema: ¿qué tipo de contraprestación? El término utilizado quiere indicar la irrelevancia de la naturaleza jurídica de la contrapartida económica a la prestación o producción realizada por la EPE. En todo caso se requiere la existencia de una relación entre lo recibido y lo pagado en el sentido de que lo que se paga es la correspondencia a lo recibido (bienes o servicios). Se ha elegido esta fórmula tan genérica para integrar los múltiples y variados supuestos de contraprestación a la producción y la gestión de bienes y servicios, pues en unos casos pueden ser actividades de mercado y en otros no, según que el sector o ámbito de actividad esté o no excluido del mercado. Esta interpretación es coherente con lo que hemos indicado de que tanto las actividades de producción de bienes o la gestión de los servicios que las EPE pueden realizar pueden ser de cualquier tipo o naturaleza, pues ni se restringe a los servicios públicos ni a los bienes públicos, ya que sólo se requiere que sean cualquier bien o servicio siempre y cuando esté presente un interés público que justifique su producción o gestión en manos de un ente público (no podemos olvidar que las EPE son entidades públicas y no empresas por lo que su actividad, sea cual sea, debe estar debidamente causalizada en el servicio al interés general como es común a todas las Administraciones).

### 3. *Las potestades administrativas en mano de las EPE*

A las EPE, «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 potestad expropiatoria» (art. 42.2 LOFAGE). En efecto, los Estatutos regularán «las funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas que éste puede ejercitar» [art. 62.1.b) LOFAGE]. Además, «los Estatutos podrán atribuir a los Organismos públicos [uno de cuyos tipos son las EPE] la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio» (art. 42.2 LOFAGE).

Los términos recogidos del artículo 42.2 LOFAGE plantean dos interrogantes: por un lado, el modo o forma en que las potestades son atribuidas a las EPE y, por otro lado, las potestades que las EPE pueden ejercer.

La lectura del segundo apartado del artículo 42 LOFAGE pone de manifiesto que, o bien la Ley no atribuye potestad alguna, o bien la atribución es tan genérica que es indeterminada, por lo tanto, no puede considerarse que la atribución tenga lugar ni formal ni materialmente. En definitiva, a nuestro juicio, falta la atribución legal de las potestades administrativas de las que las EPE pueden servirse para realizar sus fines.

Es sabido que la doctrina no se pone de acuerdo respecto a si la habilitación de la potestad debe ser o no fruto de la ley. A nuestro juicio, por un lado, 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. En cambio, en el ámbito local la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) habilita expresa y exhaustivamente las potestades que le «corresponden en todo caso a los Municipios, las Provincias y las Islas» «en su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial y dentro de la esfera de sus competencias» (art. 4.1). Es más, en el segundo apartado de este mismo artículo se dispone que las Leyes de las Comunidades Autónomas deberán «concretar cuáles de aquellas potestades serán de aplicación» a las demás entidades locales. Esta determinación cobra particular importancia cuando en el mismo precepto se dispone que las potestades enumeradas en el primer apartado «podrá ser de aplicación» a tales entidades.

Podría interpretarse que esta atribución de las potestades de los Organismos públicos por la AGE es lógica desde el momento en que éstos son organismos «instrumentales» de ésta, de los que se puede servir para ejercer las potestades de las que la AGE es titular. Ahora bien, esto vendría a confirmar que la descentralización funcional, la personalidad jurídica diferenciada, así como la autonomía de tales organismos es ficticia y que nos encontramos ante una suerte de desconcentración. Además, no parece razonable admitir que la AGE pueda disponer de potestades que le vienen atribuidas por Ley.

Por otro lado, la indeterminación legal de las potestades (que puede ser interpretada a los efectos de que por vía reglamentaria se pueda atribuir cualquier potestad, salvo la expropiatoria, curiosamente la única expresamente excluida)<sup>2</sup>, es dudosamente constitucional. Las potestades administrativas están cubiertas por la reserva de ley tanto material como formal. Si examinamos la relación de potestades del artículo 4.1 LRBR, ni la potestad reglamentaria, ni la tributaria, ni la sancionadora, ni las prerrogativas reconocidas a Hacienda pueden ser autoatribuidas por vía reglamentaria y las otras potestades ya cuentan con habilitación legal suficiente, caso de la potestad para dictar actos administrativos inmediatamente eficaces, así como el poder para proceder a su ejecución forzosa que están atribuidas a las Administraciones por obra de lo dispuesto en la LRJPAC. Por lo tanto, todas las potestades indicadas requieren de la habilitación expresa por ley y no es suficiente esta mera habilitación genérica e indeterminada para que por vía reglamentaria sea objeto de concreción. Este proceder infringe la reserva de ley.

Ahora bien, esta irregularidad puede y debe salvarse por la Ley de creación de la EPE. Las EPE y, en general, todos los Organismos públicos, son creados por Ley (art. 61.1 LOFAGE). Pues bien, la Ley de creación establecerá, además del tipo, fines generales, adscripción y recursos económicos de la EPE que se crea, «las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y *cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley*». Entre estas otras materias debe considerarse la habilitación de las potestades administrativas, en particular, aquéllas cubiertas por la reserva de ley.

El otro problema se refiere a las potestades que las EPE pueden ejercer. Ningún criterio sienta la LOFAGE salvo el

---

<sup>2</sup> Esta interpretación se ve abonada por lo dispuesto en el artículo 2.4 LOFAGE, en el que se dispone que «las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros».

genérico que permite que puedan ser cualquier potestad que sea «precisa para el cumplimiento de sus fines» (art. 42.2 LOFAGE). En ningún caso, esta potestad puede ser la expropiatoria (*idem*). Se produce así la paradoja de que los Estatutos, aparentemente, pueden habilitar la potestad sancionadora pero no la expropiatoria. Además, decidir sobre la potestad de la que se trata es una cuestión capital pues es precisamente la titularidad de éstas la que justifica que el titular sea un ente de Derecho público.

¿Cuáles son los «fines» de las EPE? La respuesta a este interrogante nos ofrece un criterio o pauta para establecer o fijar las potestades de las que las EPE pueden ser titulares. Los fines deben estar asociados a las actividades que las EPE pueden desarrollar. Estas actividades son, como ya nos constan, «la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53.1 LOFAGE). En definitiva, actividades de prestación de servicios (no necesariamente públicos) y producción de bienes de interés público; actividades que puedan prestarse mediando una contraprestación económica. Mientras que parece que no requieren de potestades administrativas ni la prestación de servicios ni la producción de bienes, por mucho que se trate de bienes de la naturaleza indicadas, la gestión de un servicio público pudiera ser que sí. Ahora bien, debemos tener en cuenta que les corresponde específicamente a los Organismos autónomos el desarrollo de estas actividades y no a las EPE.

No obstante, la gestión de un servicio por una EPE encajaría dentro del tipo de la gestión directa del servicio<sup>3</sup>. Esto significa que no se requiere de ningún contrato de gestión de servicio público para que el servicio pueda ser desarrollado. Debemos tener presente que, como establece el artículo 155.2 LCAP, se entiende que la gestión del servicio es directa —y, por lo tanto, no le es aplicable la forma de gestión a través de una persona interpuesta mediante un contrato de gestión de servicios públicos— cuando la gestión del servicio público se efectúa mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Sin embargo, si se trata de gestión directa o indirecta del servicio público parece lógico considerar que es posible distinguir

<sup>3</sup> En el ámbito local, el artículo 85.3 LRBRL establecía que la gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas: gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local o sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.

entre los poderes de la Administración titular del servicio y los del sujeto público o privado gestor del servicio. Al titular se le atribuyen poderes generales como los de interpretación, resolución de las dudas, modificación, y resolución (art. 60.1 LCAP), así como los particulares (en el ámbito de la gestión de los servicios públicos), de policía (art. 156.3 LCAP) y tarifario [art. 162.a) LCAP]. En cambio, al ente gestor se le atribuye, en los términos de la LCAP, el poder para cuidar del buen orden del servicio [art. 162.b) LCAP]. Sin embargo, éste es un poder que puede ser ejercido incluso por un particular, por lo que no se requiere la personalidad jurídico-pública para su ejercicio. Otra cosa bien distinta es que para que un particular lo pueda ejercer precisa de la intermediación de un contrato de gestión de servicio público. Ahora bien, lo importante es que el ejercicio de tal poder no depende de la naturaleza pública o privada del sujeto sino de la habilitación suficiente, en este caso, fruto de un contrato de gestión que coloca al concesionario en una situación jurídica peculiar que hace posible que pueda ejercer el poder indicado.

La pregunta que se plantea a la vista de lo expuesto es ¿está justificado que tenga personalidad jurídico-pública el sujeto que realiza actividades consistentes en la gestión de servicios, en particular, los servicios públicos, o la producción de bienes? La respuesta a este interrogante viene asociada a este otro: ¿la realización de tales actividades precisa de poderes administrativos? Ya hemos puesto de manifiesto que ni la producción de bienes ni la gestión de servicios los requieren. En el caso de la gestión de servicios públicos *stricto sensu* ya hemos considerado que tradicionalmente el gestor cuenta con el poder para cuidar del buen orden en la prestación del servicios (poder que le habilita para dictar instrucciones de servicio), pero que, sin embargo, no tiene por qué reunir la personalidad jurídico pública para ejercer tal poder. Por lo tanto, las actividades que realizan las EPE no precisan de poder alguno, salvo que se trate de la gestión de un servicio público y, en tal caso, no precisan reunir la condición de sujeto jurídico-público.

### C) RÉGIMEN JURÍDICO: DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Las EPE «se rigen por el Derecho privado, excepto en lo relativo a la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley,

en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53.2 LOFAGE). Las EPE están sujetas al Derecho privado y al Derecho administrativo. Ahora bien, mientras que la sujeción al Derecho privado es general, la sujeción al Derecho administrativo es parcial. A continuación analizaremos uno y otro Derecho.

1. *La sujeción al Derecho administrativo en materia de organización y ejercicio de las potestades administrativas*

El Derecho administrativo se aplica en los siguientes ámbitos de las EPE, según dispone el artículo 53.2 LOFAGE: i) formación de la voluntad de sus órganos; ii) ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas; y iii) en los aspectos de las EPE específicamente regulados en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Los estatutos de los Organismos públicos proceden a la «determinación de los máximos órganos de dirección del Organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con indicación de aquellos cuyos actos y resoluciones agoten la vía administrativa». También proceden a la «configuración de los órganos colegiados, si los hubiese, con las especificaciones señaladas en el apartado 2 del artículo 38 de esta Ley» [art. 62.1.a) LOFAGE] Pues bien, a estos órganos les son aplicables las normas contenidas en la LRJPAC (arts. 22 a 27) y en la LOFAGE (arts. 38 a 40).

También los estatutos deberán determinar los órganos de las EPE a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas [art. 62.1.b) segundo párrafo LOFAGE]. Las EPE y sus órganos actúan sometidos al Derecho administrativo en el ejercicio de las potestades. Contra los actos dictados en el ejercicio de las potestades «cabén los recursos administrativos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (art. 60.1 LOFAGE).

Por último, las EPE quedan sujetas, obviamente, a lo que les resulte aplicable de lo que dispongan las normas de Derecho administrativo, en particular, la propia LOFAGE, los estatutos de la EPE y la legislación presupuestaria. Ahora bien, sorprende que el artículo 53.2 LOFAGE omita la referencia a la propia Ley de creación del ente como legislación de Derecho público a la que obviamente el ente deberá sujetarse. Esta omisión es tanto o más sorprendente cuanto que sí se refiere expresamente a los estatutos del ente. También no puede desconocerse que el ente

estará sujeto al resto de las normas de Derecho público que les resulte aplicables, con independencia de su inclusión o no en la insuficiente relación del artículo 53.2 LOFAGE.

En particular, a las EPE le son aplicables «los criterios establecidos en el Título I de esta Ley, sin perjuicio de las peculiaridades contempladas en el capítulo III del presente Título, en consideración a la naturaleza de sus actividades» [art. 44.2.b) LOFAGE]. Estos «criterios» son los relativos, por un lado, a los principios de organización, funcionamiento y relaciones con los ciudadanos (capítulo I, arts. 3 y 4 LOFAGE,) y, por otro lado, a la organización administrativa (capítulo II, arts. 5 a 7 LOFAGE).

La organización y el funcionamiento de las EPE deben ajustarse a los principios establecidos en la LOFAGE, que son los siguientes:

i) La organización de las EPE debe ajustarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 LOFAGE, a los principios de jerarquía, descentralización, desconcentración, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos y, por último, al de coordinación.

Por otro lado, los artículos 5 y ss. LOFAGE sientan otros criterios igualmente básicos relativos a la misma configuración de la organización de las EPE. Nos referimos a los criterios para establecer cuándo una unidad administrativa puede ser considerada como órgano administrativo (art. 5) y la clasificación de los órganos en superiores y directivos (art. 6). No obstante, las EPE sólo tienen órganos de este segundo tipo, si bien la LOFAGE no es coherente en su denominación puesto que en el artículo 6.7 habla de órganos directivos mientras que en el artículo 6.2.1 de los órganos de dirección. Respecto de estos órganos, la LOFAGE sienta, por un lado, su competencia de desarrollo y ejecución de los planes de actuación adoptados por los órganos superiores de la Administración General del Estado (Ministro y Secretario de Estado) (art. 6.8 LOFAGE), y, por otro lado, los criterios de competencia profesional y experiencia para su nombramiento, así como el desempeño de sus funciones de acuerdo con los criterios de responsabilidad y sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior (art. 6.10 LOFAGE). Por último, la LOFAGE fija los criterios a tener en cuenta al configurar a los elementos organizativos básicos (art. 7 LOFAGE). Esto significa que la organización está compuesta por órganos y éstos por unidades administrativas que comprenden puestos de trabajo o

dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común (art. 7.1 LOFAGE).

Ahora bien, «los órganos de las entidades públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración General del Estado, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijen, en cada caso, en sus estatutos» [art. 54.2 y art. 62.1.b) LOFAGE].

ii) A su vez, el funcionamiento de las EPE debe ajustarse, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 3 LOFAGE, a los principios de eficacia, eficiencia, programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados, responsabilidad por la gestión pública, racionalización y agilidad, servicio efectivo a los ciudadanos, objetividad y transparencia, así como cooperación y coordinación con las otras Administraciones públicas. Por último, también las EPE quedan vinculadas al principio de servicio a los ciudadanos (art. 4 LOFAGE).

En definitiva, la organización y el funcionamiento de las EPE deben ajustarse a los principios de la LOFAGE lo que impide que puedan configurarse al margen del Derecho público. Las EPE son Administraciones públicas y, en cuanto que tales, son organizaciones configuradas por el Derecho público pero que, en su actividad, están sometidas al Derecho privado.

## 2. *La sujeción al Derecho privado en materia de personal y contratación*

La sujeción de las EPE al Derecho privado podemos ilustrarla analizando el régimen al que están sometidos dos aspectos centrales en la gestión de las EPE y que, precisamente, son los que han justificado las peculiaridades de su estatuto. Nos referimos al régimen jurídico aplicable al personal y a la contratación.

### i) El régimen jurídico del personal al servicio de las EPE

La LOFAGE contiene respecto del régimen jurídico del personal al servicio de las EPE dos determinaciones básicas o fundamentales relativas, por un lado, a la rama del ordenamiento jurídico que rige la relación jurídica con el personal y, por otro lado, al cómo se selecciona el personal.

La LOFAGE establece que el personal está sometido, por regla general, al Derecho laboral (art. 55.1 LOFAGE). Ahora

bien, existen una matización y una excepción. En primer lugar, el Derecho laboral aplicable debe ajustarse a una «especificación» contenida en la LOFAGE relativa a condiciones fundamentales de la relación jurídico-laboral: nos referimos a la selección, condiciones retributivas y, en general, la gestión de los recursos humanos. En estos ámbitos no existe libertad o autonomía de las partes para la negociación de las condiciones de trabajo pues, por un lado, la selección debe ajustarse a los criterios y procedimientos establecidos en la Ley (art. 55.2 LOFAGE); las condiciones retributivas están sometidas al control impeditivo que se instrumenta a través de un informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda (art. 55.3 LOFAGE); y, por último, los términos en que se lleva a cabo la gestión de los recursos humanos está sometida a controles específicos y periódicos de los Ministerios indicados (art. 55.4 LOFAGE). Por lo tanto, nos encontramos ante un Derecho laboral matizado en los ámbitos indicados, en los que la capacidad de negociación o no existe o está fuertemente controlada.

En segundo lugar, el Derecho laboral no es aplicable a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, pues éstos se registrarán por la legislación sobre la Función Pública que les resulte de aplicación (art. 55.1 LOFAGE). Por lo tanto, nos encontramos ante una excepción a la regla general expuesta relativa a que el Derecho laboral es el que rige al personal de las EPE.

En cuanto a la selección, merece nuestra crítica la regulación que de la selección del personal laboral se contiene en la LOFAGE, en particular, la relativa al personal directivo. La crítica se basa en que este personal es «nombrado» pero no «seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad» [art. 55.2.b) LOFAGE] como sucede con el «resto del personal». El personal directivo es «nombrado», como hemos indicado, con arreglo a los «criterios de competencia profesional y experiencia», aunque «atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada» [art. 55.2.b) LOFAGE]. Ahora bien, en ningún caso se requiere una «selección» mediante una convocatoria pública a la que puedan concurrir todos aquéllos que se consideran aptos para ocupar el correspondiente puesto de trabajo. Por lo tanto, se sacrifica el principio de igualdad y, por consiguiente, los de mérito y capacidad, desde el momento en que no pueden concurrir todos los interesados y al no producirse esta libre concurrencia, la elección no puede producirse en favor

del mejor, o sea, aquel con mayor mérito y capacidad, por cuanto no existe garantía de que participe en la selección desde el momento en que es secreta o cuasi-secreta.

Por lo tanto, puede afirmarse que el nombramiento del personal directivo no se ajusta a los criterios que con carácter general establecen los artículos 14, 23 y 103 CE. Sería absurdo considerar que la Administración deja de ser Administración al sujetarse al Derecho privado. Sigue siendo Administración y, por lo tanto, sujeta a las determinaciones constitucionales a las que nos hemos referido. Si es un ente de Derecho público, dependiente o vinculado a la Administración General del Estado, le son plenamente aplicables dichas determinaciones al personal laboral con independencia de su carácter directivo o no.

## ii) El régimen jurídico de la contratación de las EPE

La contratación de las EPE se rige por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) (art. 57.1 LOFAGE)<sup>4</sup>. Ahora bien, esta sujeción se producirá en los términos que establece esta Ley. El artículo 1.3 de la LCAP dispone que «deberán asimismo 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.»

La aplicación a las EPE de los dos criterios indicados produce una paradoja: unas determinadas EPE quedan sujetas plenamente

<sup>4</sup> En este extremo la LOFAGE modifica el proyecto de 1995. Este proyecto admitía que, en los supuestos en los que no fuera procedente la aplicación de la Ley de Contratos, el régimen de la contratación es de Derecho privado, «respetando los principios de publicidad y concurrencia salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios» (art. 59.1). La LOFAGE es, en este punto, más coherente con la LCAP porque es ésta la que establece las normas a las que en todo caso deberán sujetarse las EPE en cuanto al régimen de contratación.

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. En efecto, las EPE son entidades vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado por lo que ésta controla su gestión y nombra los miembros de sus órganos de dirección, además puede, incluso, financiar mayoritariamente sus actividades.

En cambio, el otro criterio lo cumplen unas pero no otras EPE. Las EPE desarrollan dos tipos fundamentales de actividades, como ya nos consta, las de prestación de servicios (incluidos los servicios públicos, en sentido estricto) y las de producción de bienes de interés público, aunque en todo caso, debe mediar una contraprestación (art. 53.1 LOFAGE). A la vista de tales actividades nos podemos interrogar sobre la siguiente cuestión: ¿las EPE han sido creadas —como exige el primer criterio establecido en el artículo 1.3 LCAP— para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil? Pero ¿cuándo estamos ante una necesidad de interés general que no tiene el carácter indicado? Las necesidades de interés general se pueden satisfacer a través del mercado (pensemos en el abastecimiento de alimentos) o al margen del mercado. Por lo tanto, estamos ante una necesidad de interés general que no tiene carácter mercantil cuando no se satisface a través del mercado. En consecuencia, las EPE que han sido creadas para satisfacer, a través del mercado, una necesidad de interés general están excluidas de la LCAP. En cambio, las creadas para satisfacer esa misma necesidad excluyendo el mercado, quedarían plenamente sometidas a la LCAP. Así pues, existe una relación estrecha pero inversa entre sometimiento a la LCAP y la naturaleza mercantil o de mercado de la actividad de la EPE. Esta relación es lógica pues la actividad de este tipo debe realizarse de acuerdo con el Derecho propio del mercado, o sea, el Derecho privado o mercantil. En cambio, cuando la actividad es de no mercado, cobra pleno sentido que quede sujeta al Derecho ajeno al mercado, o sea, el Derecho público o administrativo.

Sin embargo, el problema viene de la mano de que las EPE pueden realizar tanto unas como otras actividades, aunque parece que las EPE están llamadas a realizar actividad de mercado —como así lo atestigua la misma denominación elegida— por lo que quedarían excluidas por regla general del ámbito subjetivo de la LCAP. Sin embargo, la pregunta es inmediata: ¿qué sentido tienen que sean entes de Derecho público los que realicen actividades de mercado?

No obstante, las EPE excluidas del ámbito de aplicación de la LCAP (las que desarrollan actividad de mercado) no escapan absolutamente de la LCAP, pues determinados contratos que celebren quedan sujetos a determinadas prescripciones de esta Ley. Estas EPE deben cumplir las prescripciones relativas a la capacidad de las empresas, la publicidad, el procedimiento de licitación y las formas de adjudicación cuando pretendan la celebración de un contrato administrativo de obras (o los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que estén relacionados con los contratos de obras) en el que concurren los siguientes requisitos: i) que el importe del contrato supere las cantidades establecidas en el precepto; y ii) que la principal fuente de financiación del contrato proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones públicas (art. 2 LCAP).

Además, como ya es sabido, los contratos privados de la Administración se rigen por el Derecho administrativo en cuanto a su preparación y adjudicación y por el Derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción (art. 9.1 LCAP).

#### D) PATRIMONIO

El patrimonio de las EPE está integrado por bienes propios (que integran el patrimonio propio) y, en su caso, por bienes adscritos por la Administración General del Estado (art. 56.1 LOFAGE). El régimen de gestión de sus «bienes patrimoniales propios» es el establecido en el artículo 48 de la LOFAGE para los Organismos autónomos, salvo lo que se disponga en la Ley de creación en atención a las peculiaridades de su actividad (art. 56.2 LOFAGE). Igualmente, el régimen jurídico de los bienes y derechos de la Administración General del Estado que se adscriban a las EPE es similar al de los Organismos Autónomos (art. 56.3 LOFAGE). Por lo tanto, no existe diferencia entre las EPE y los Organismos autónomos en lo relativo a sus respectivos patrimonios.

#### E) RECURSOS

Los recursos económicos están constituidos principalmente por los ingresos procedentes de las operaciones que realice, además de los recursos derivados de su patrimonio (bienes y

valores, así como productos y rentas), los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir y cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido (art. 65.2 LOFAGE). Ahora bien, «excepcionalmente, cuando así lo prevea la Ley de creación», podrán financiarse con los recursos provenientes de las consignaciones específicas que tuvieren asignadas en los Presupuestos Generales del Estado, las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas, así como de las donaciones, legados y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares (art. 65.2 LOFAGE). No obstante, parece que la regla general es la de que las EPE se financien fundamentalmente con los ingresos derivados de sus operaciones. Esto es lógico desde el momento en que las actividades de las EPE son, como ya nos consta, actividades de gestión de servicios y de producción de bienes de y para el mercado, o sea, actividades mercantiles, por lo que, en coherencia con esta situación, deben financiarse con el resultado de estas operaciones. Además, no debe olvidarse la determinación taxativa incluida en el Tratado CE relativa a la prohibición de que los Estados miembros puedan adoptar ninguna medida en favor de las empresas públicas (entendiendo por tales tanto las que lo son en sentido material como formal) que falseen o amenacen falsear la competencia (arts. 90 y 92 TCE).

#### F) PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO

«El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de las entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley General Presupuestaria» (art. 58 LOFAGE)<sup>5</sup>. Esta determinación se reitera en el artículo 62.1 LOFAGE al establecer el contenido de los Estatutos de los Organismos públicos.

Ahora bien, ¿cuál es dicho régimen?, ¿el régimen de los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo? Las respuestas a estos interrogantes deberá

<sup>5</sup> El proyecto de Ley de 1995 era en este punto más explícito. En efecto, se disponía que i) el presupuesto es del tipo estimativo. Además, los compromisos que asuma respecto de la AGE se podrán concretar en un convenio o contrato-programa. ii) La contabilidad puede ser bien la pública o bien la privada, en los términos que establezca la ley de creación. Y iii) El control económico-financiero es tanto interno como externo. En este último caso, el control será realizado por la Intervención General del Estado y puede ser del tipo de la auditoría o control financiero permanente (art. 61).

esperar a lo que se disponga en la LGP cuando se proceda a su adaptación a lo dispuesto en la LOFAGE, lo que todavía no ha sucedido. Hasta tanto no sea modificada esta última Ley, el apartado 4 de la DT 3.<sup>a</sup> dispone que «las remisiones a la LGP contenidas en esta Ley respecto de los Organismos autónomos y entidades públicas empresariales, se entenderán referidas respectivamente a los Organismos autónomos de carácter administrativo y a las entidades de Derecho público de la letra b) del apartado 1 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, en tanto no se proceda a la modificación de dicha Ley».

Sin embargo, la LOFAGE contiene unas previsiones relativas a controles genéricos y específicos que entran en conflicto con la afirmación del artículo 58 LOFAGE a la que nos hemos referido, pues suponen o una «invasión» de lo establecido por la LGP o una reiteración (y duplicación) innecesaria. Tal vez, la previsión de los controles a los que nos vamos a referir obedecen al deseo de condicionar la operación de adaptación de la LGP en lo relativo a las EPE para que prevean y regulen unos determinados controles que se consideran imprescindibles.

Las EPE están sometidas expresamente a un control de eficacia que se superpondrá al control establecido en la Ley General Presupuestaria pues se ejercerá «sin perjuicio del control establecido al respecto por la LGP» (art. 59.1 LOFAGE). El control de eficacia será ejercido por el Ministerio y, en su caso, por el Organismo público al que estén adscritas. Este control tiene por finalidad «comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados» (art. 59.1 LOFAGE). Ahora bien, este control de eficacia coincide con el control de eficacia previsto en el artículo 17 LGP.

En este último precepto se dispone que: «el preceptivo control de eficacia se ejercerá mediante análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como del cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas» (art. 17.2 LGP). Además, este control «será ejercido, respecto de las Sociedades estatales, por el Organismo autónomo que en ellas tenga participación mayoritaria o, en su caso, por el Ministerio de que dependan directamente» (art. 88.2 LGP). Estas sociedades son precisamente las que deben elaborar un «programa de actuación, inversiones y financiación» (art. 87.1 LGP). Este programa «responderá a las previsiones plurianuales oportunamente elaboradas, con expresión de los objetivos a alcanzar, su cuantificación y los recursos necesarios» (art. 87.2 LGP). Por lo tanto, el control de eficacia y su parámetro

(el programa) de la LGP y el control de eficacia de las EPE y su parámetro, el Plan Inicial de Actuación, son semejantes. Esta situación está llamada a ser fuente de confusiones y de conflictos.

Las EPE están sometidas, como ya hemos analizado con anterioridad, a otro control más específico también de naturaleza económico financiera. Nos referimos al «control del cumplimiento de los compromisos específicos que, en su caso, hubiere asumido la entidad pública en un convenio o contrato-programa» (art. 59.2 LOFAGE). Ahora bien, la pregunta que nos plantea este precepto se refiere a la relación que cabe establecer entre este control y el previsto en el artículo 91 LGP. El análisis del régimen jurídico de uno y otro control nos conduce a afirmar que estamos en presencia del mismo control. Esto obedece a que uno y otro son controles del cumplimiento de los compromisos o de la ejecución del convenio, respectivamente. En tal caso, ¿qué es lo que añade el segundo apartado del artículo 59 LOFAGE respecto de lo ya establecido en la LGP, máxime cuando el artículo 58 LOFAGE remite respecto de estas materias a lo establecido en la LGP? La respuesta es categórica: nada, salvo la previsión de que el convenio o contrato-programa puede prever una Comisión de Seguimiento; previsión que es innecesaria a todas luces porque la LGP no prohíbe la existencia de tales comisiones, al igual que cualquier otra cláusula que se pudiera establecer, sólo impone algunas.

En definitiva, los controles previstos en el artículo 59 LOFAGE o se confunden con los controles previstos en la LGP o, en caso de distinguirse, serán fuente de confusión y de conflictos, como ya hemos indicado.

### III. ANÁLISIS «HISTÓRICO». LA ORIGINALIDAD DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES EN RELACIÓN CON LOS TIPOS DE ENTES PÚBLICOS RECOGIDOS EN LOS PRECEPTOS DEROGADOS DE LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA

Las EPE son las *herederas* de varios tipos de entes públicos de los incluidos en varios preceptos de la LGP (y que deroga la LOFAGE: Disp. derogatoria única). Hereda, por un lado, de los entes públicos («sociedades estatales») del artículo 6.1.b) LGP su actividad y sujeción al Derecho privado y, por otro lado, de los entes públicos del artículo 6.5 LGP su disposición para ejercer potestades administrativas. Además, no puede excluirse que las EPE hereden otros aspectos del estatuto jurídico de los organis-

mos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo de la LGP. Este múltiple *origen* viene expresamente recogido en el número 4.º de la DT 3.ª LOFAGE: «El personal de los Organismos Autónomos, Sociedades Estatales y Entes del sector público estatal existente a la entrada en vigor de esta Ley, que se transformen en EPE, continuarán...». Por lo tanto, el tipo de las EPE integra los tipos de entes instrumentales recogidos en la LGP. El resultado de esta integración no deja de ser sorprendente.

Las EPE tienen en *común* con las sociedades mercantiles del artículo 6.1.a) LGP y los entes de Derecho público del artículo 6.1.b) LGP las actividades empresariales que realizan (producción de bienes, prestación de servicios y gestión de servicios públicos). Sin embargo, se *distinguen* de unos y otros:

i) Las EPE se diferencian de las sociedades mercantiles en que son entes de Derecho público.

ii) En cambio, las EPE se diferencian de los entes del artículo 6.1.b) LGP en que el elenco de actividades que pueden desarrollar es más amplio. Estos entes son fundamentalmente gestores de servicios públicos. En cambio, las EPE realizan fundamentalmente actividades de mercado consistentes en la prestación de servicios y en la producción de bienes.

iii) Además, las EPE se separan de las sociedades mercantiles del artículo 6.1.a) LGP y de los entes del artículo 6.1.b) LGP, en que actúan sometidas tanto al Derecho privado como al Derecho público, mientras que aquellas sociedades y entes sólo al Derecho privado.

iv) Por último, las EPE también se separan de las sociedades mercantiles del artículo 6.1.a) LGP y de los entes del artículo 6.1.b) LGP en que ejercen potestades administrativas. Aquí radica la explicación de que un organismo que desarrolla las actividades de mercado indicadas revista la condición de ente público. En este punto se aproxima a los entes del artículo 6.5 LGP. Sin embargo, los entes de este último tipo son, en líneas generales, entes de supervisión y regulación de sectores de la actividad económica, no prestadores ni de servicios ni de bienes. En definitiva, estos entes no desarrollan ninguna actividad empresarial.

En resumen, se configura un ente aún más híbrido que los ya conocidos. Esto en sí mismo no es grave. Lo criticable es que la mixtura lo es sobre la base de integrar lógicas tan distintas como la empresarial y la pública. Si ahora RENFE es un ente de Derecho público que gestiona un servicio público, de considerarse que se trata de una EPE, además podría ejercer potes-

tades administrativas. O, en sentido contrario, la AENA podría, además de regular la navegación aérea, prestar el servicio de transporte aéreo. En definitiva, consideramos que complica aún más lo ya conocido, hasta el extremo de alumbrar un híbrido jurídico necesariamente disfuncional.

#### IV. DELIMITACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES RESPECTO DE LOS OTROS ORGANISMOS PÚBLICOS REGULADOS EN LA LOFAGE, ASÍ COMO DE LOS EXCLUIDOS DE SU ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

En la Exposición de Motivos de la LOFAGE se confiesa que «resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada *Administración Institucional del Estado*» La operación racionalizadora se efectúa sobre la base, por un lado, de crear «una denominación genérica, *Organismos Públicos* que agrupa a todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado» y, por otro lado, de distinguir «después dos modelos básicos: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales». La distinción se basa en dos criterios: la naturaleza de las actividades y el Derecho al que se someten. En efecto, los Organismos autónomos «realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público». En cambio, las Entidades públicas empresariales «realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.»

Ahora bien, el análisis de la LOFAGE nos conduce a una conclusión paradójica: los principios están claros, en los términos que hemos indicado, sin embargo, la concreción que hace la LOFAGE del estatuto jurídico de los Organismos autónomos y de las EPE conduce a la confusión y produce importantes problemas como consecuencia de que las diferencias entre unos y otras o son menores o son inexistentes. Indudablemente esto acarreará que el legislador maneje la creación y configuración de los organismos con un elevado grado de discrecionalidad, lo que llevará a reproducir la pluralidad de formas que se pretendía eliminar a través del proceso de racionalización llevado a cabo por la LOFAGE.

## A) DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

Como ya hemos indicado, la LOFAGE integra los Organismos Autónomos (OO.AA.) y las EPE en una categoría común, la de los Organismos públicos. Sin embargo, las diferencias entre unos y otros no quedan suficientemente claras, lo que produce el desdibujamiento de una y otra categoría.

### 1. *¿Qué tienen en común los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales?*

Los OO.AA. y las EPE tienen en común la naturaleza jurídica, el régimen jurídico, el estatuto funcional y el régimen patrimonial y económico:

i) Los OO.AA. y las EPE comparten la misma naturaleza jurídica, fruto de su pertenencia a una misma categoría general y común, la de los Organismos públicos. Estos organismos se caracterizan por dos notas principales: la autonomía y la dependencia. Los OO.AA. y las EPE son entes de Derecho público autónomos y dependientes. Son organismos descentralizados por lo que cuentan con autonomía de gestión, personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios (arts. 41 y 42.1 LOFAGE). También son organismos dependientes ya que son entes instrumentales, adscritos a un Ministerio u otro Organismo, lo que se traduce, entre otras determinaciones, en que están sometidos a la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad (art. 43 LOFAGE), así como, en particular, al control de eficacia del Departamento u Organismo al que estén adscritos (arts. 51 y 59 LOFAGE), sin perjuicio del control del Ministerio de Economía y Hacienda, en los términos establecidos en la legislación presupuestaria.

Además, la creación (art. 61.1. LOFAGE), modificación o refundición<sup>6</sup> (art. 63.1 LOFAGE)<sup>7</sup> y extinción (art. 64.1 LOFAGE) requiere de Ley.

<sup>6</sup> La modificación o refundición tendrá lugar por Ley «cuando suponga la alteración de sus fines generales, del tipo de Organismo público o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos, al régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley» (art. 63.1 LOFAGE). En los demás casos, la modificación o refundición podrá llevarse a cabo por Decreto acordado en Consejo de Ministros (art. 63.2 LOFAGE).

<sup>7</sup> En el proyecto de 1995 la modificación o refundición podía llevarse a cabo por Decreto y excepcionalmente por Ley (art. 66). Justo el régimen inverso, al menos aparentemente, porque el citado precepto exigía la Ley cuando la modificación afectase a las peculiaridades del régimen del organismo afectado. Por lo tanto, muy próximo uno y otro.

ii) Los OO.AA. y las EPE, unos y otras están sujetos, en distinta proporción, al Derecho público. Los OO.AA. de manera exclusiva, mientras que las EPE de manera parcial. Ahora bien, el Derecho público disciplina en uno y otro caso distintos aspectos de su organización y funcionamiento. La LOFAGE los somete, en particular, a los mismos principios de organización, funcionamiento y relaciones con los ciudadanos, así como a las normas básicas relativas a la organización administrativa (art. 44 LOFAGE), aunque en el caso de las EPE estos principios y normas deberán adecuarse a la «naturaleza de sus actividades» [art. 44.2.b) LOFAGE]. También la LOFAGE establece en este ámbito que la organización y funcionamiento de unos y otras deben ajustarse a sus respectivos Estatutos y Planes de actuación aprobados respectivamente por el Gobierno y por el titular del Departamento al que se adscriban. Por último, su común naturaleza de entes de Derecho público los hace adecuados para ejercer potestades administrativas (art. 42.2 LOFAGE), lo que determina que contra los actos administrativos adoptados por los órganos de unos y otros organismos puedan interponerse los recursos administrativos previstos en la LRJ-PAC (arts. 52 y 60 LOFAGE).

iii) El estatuto funcional de los OO.AA. y de las EPE tienen en común, por un lado, la titularidad y el ejercicio de potestades administrativas (art. 42.2 LOFAGE) y, por otro lado, algunos tipos de actividades, en particular, las prestacionales y las de gestión de servicios (arts. 45.1 y 53.1 LOFAGE). Tanto es así que en el artículo 42.2 segundo párrafo LOFAGE se establece, con carácter general y común a ambos organismos, que «los estatutos podrán atribuir a los Organismos públicos la potestad para ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio». Por lo tanto, tanto unos como otras pueden gestionar un servicio que debemos entender que se trata de un servicio público, en tanto que es «encomendado» por la Administración General del Estado, y sometido a un «régimen jurídico básico».

iv) El régimen patrimonial de los OO.AA. y de las EPE es similar en los siguientes extremos: a) la composición del patrimonio con bienes propios y adscritos (arts. 48 y 56 LOFAGE); b) la gestión de los bienes patrimoniales propios y adscritos (arts. 48 y 56 LOFAGE); y c) la exigencia de inventario (arts. 48.4 y 56.4 LOFAGE). Ahora bien, la ley de creación de las EPE puede introducir especialidades en atención a las peculiaridades de su actividad (art. 56.1 LOFAGE).

v) Por último, en cuanto a los recursos económicos, la similitud es manifiesta. Los OO.AA. pueden contar con «cualquier» recurso («que pudiera serles atribuido» por la ley de creación), por lo tanto, también con los ingresos típicos de las EPE, o sea, los procedentes de las «operaciones» que pudieran realizar. A su vez, la ley de creación de las EPE puede establecer que se financien con los mismos tipos de recursos que los OO.AA. (aunque «excepcionalmente») (art. 65 LOFAGE).

## 2. *¿Cuáles son las diferencias que separan a los Organismos Autónomos de las Entidades Públicas Empresariales?*

Como ya hemos indicado, las diferencias fundamentales entre los OO.AA. y las EPE radican en dos elementos básicos: la actividad y el Derecho al que quedan sometidos uno y otro. La Exposición de Motivos de la LOFAGE recoge —como ya hemos expuesto— estas diferencias cuando establece: «Partiendo del concepto general, se distinguen después dos modelos básicos: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales. Los primeros realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público; en tanto que las segundas realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.»

Ahora bien, como ya hemos también indicado, estas diferencias se matizan enormemente por obra de la propia LOFAGE o por obra de la Ley de creación del organismo público dado el amplio margen que se reserva al legislador en la configuración de los organismos públicos. No obstante, las diferencias, así como sus matizaciones, se sitúan en cuatro ámbitos referidos al régimen jurídico (personal, contratación y régimen económico-financiero) y a la actividad.

i) El personal de los OO.AA. y el de las EPE está sujeto a regímenes distintos. El estatuto del personal de los OO.AA. es de Derecho público, en cambio el de las EPE es de Derecho laboral, con la excepción del personal funcionario que ejerce funciones públicas que se rige por el Derecho público. Ahora bien, la ley de creación de los OO.AA. puede introducir («excepcionalmente») «peculiaridades del régimen de personal del

Organismo Autónomo en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal» (art. 47 LOFAGE)<sup>8</sup>, que pueden conducir a que su personal quede sujeto a un régimen singular dentro de la función pública próximo al del personal de las EPE.

ii) La contratación de los OO.AA. está sujeta en todo caso al Derecho público (LCAP), mientras que las de las EPE sólo en determinados supuestos (por ejemplo, las que gestionan un servicio público, o sea, «creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil»: art. 1.3 LCAP), aunque la regla general es la de que la contratación sea privada dado que estos organismos públicos desarrollan normalmente actividades de mercado.

iii) El régimen presupuestario, la contabilidad y el control económico-financiero eran materias en las que se distinguían tradicionalmente los Organismos autónomos (de la LEEA) y las Entidades del artículo 6.1.b) LGP. El proyecto de LOFAGE de 1995 regulaba estos aspectos siguiendo la tradición. En cambio, la LOFAGE se remite a lo que disponga la LGP. Hasta tanto no sea modificada esta última Ley, el apartado 4 de la DT 3.<sup>a</sup> dispone que «las remisiones a la LGP contenidas en esta Ley respecto de los Organismos autónomos y entidades públicas empresariales, se entenderán referidas respectivamente a los Organismos autónomos de carácter administrativo y a las entidades de Derecho público de la letra b) del apartado 1 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, en tanto no se proceda a la modificación de dicha Ley». Por lo tanto, el presupuesto de los OO.AA. es limitativo y el de las EPE, estimativo. El control de los OO.AA. es control previo, mientras que el de las EPE es control financiero (auditoría).

iv) Las actividades que unos y otras pueden realizar no están claramente delimitadas. El artículo 45 LOFAGE dispone que a los OO.AA. «se les encomienda... la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos». En cambio, el artículo 53 LOFAGE establece que «a las entidades públicas empresariales... se [les] encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación».

---

<sup>8</sup> Significativamente se han eliminado las restricciones que el artículo 48 del proyecto de 1995 incluía a los efectos de que las leyes de creación pudieran establecer este régimen excepcional de función pública. Por lo tanto, debemos considerar que este régimen puede establecerse con mayor libertad. No obstante, no podemos olvidar que cualquier límite que pudiera establecer la LOFAGE podría ser derogado por otra ley posterior, en particular, la que institucionaliza el ente correspondiente.

La Exposición de Motivos de la LOFAGE reduce las actividades de uno y otro a las siguientes actividades: los OO.AA. realizan «actividades fundamentalmente administrativas», en cambio las EPE «realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica». Las diferencias entre unos y otras radican, inicialmente, en dos aspectos: las actividades que pueden realizar los OO.AA. y no las EPE y viceversa, y la exigencia de que las actividades de la EPE sean susceptibles de contraprestación.

Por un lado, parece que existen dos tipos de actividades que sólo uno u otro organismos públicos pueden desarrollar: los OO.AA. pueden realizar actividad de fomento, en cambio, las EPE la de producción de bienes de interés público. Ahora bien, no puede olvidarse que tanto los OO.AA. como las EPE pueden, en cambio, desarrollar otras actividades que son comunes a unos y otros. Nos referimos a las actividades prestacionales y a las de gestión de servicios, en particular, los públicos. En cuanto a las actividades que sólo uno u otra pueden realizar, también es necesario formular alguna matización a la vista de los términos utilizados. Los términos utilizados para referirse a una y otra actividad («actividad de fomento» y «actividad de producción de bienes de interés público») son tan amplios que se plantean muchas dudas respecto de su virtualidad práctica para orientar el proceso de creación de los organismos públicos por parte del legislador. Así, por ejemplo, cuando un organismo realiza una actividad de dirección política mediante estímulos de cualquier clase tenemos dudas de si estamos ante una actividad de fomento u otro tipo, máxime cuando no puede confundirse fomento con subvención<sup>9</sup>. También podemos considerar que la actividad de prestación incorpora, en su definición más amplia, la de producción de bienes (y servicios) dirigidos al mercado, o sea, la que en principio parece que debe corresponderle en exclusiva a las EPE;

Por otro lado, el criterio de la contraprestación es utilizado para indicar que las actividades de las EPE son actividades mercantiles o de mercado, mientras que las de los OO.AA. no,

<sup>9</sup> Veamos un ejemplo. Cuando la Agencia Industrial del Estado (ente de Derecho público del art. 6.5 de la LGP, recientemente suprimido por el Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre) llevaba a cabo la ejecución de las directrices del Gobierno en materia de reconversión y reestructuración industrial, regímenes especiales y derogaciones parciales de las normas comunitarias sobre competencia en el ámbito de las empresas de las que sea titular (art. 2.2 RD-L 5/1995, de 16 de junio), ¿realiza o no una actividad de fomento o de incentivo o de dirección política mediante incentivos económicos?, ¿acaso el fomento sólo se refiere a las subvenciones?

tanto es así que éstos realizan actividades fundamentalmente administrativas, como se recoge en la Exposición de Motivos de la LOFAGE. Ahora bien, los OO.AA. pueden realizar también actividades de prestación por la que pueden obtener ingresos (arts. 45.2 y 65 LOFAGE). Por lo tanto, también pueden financiarse a través de «sus operaciones» (art. 65.2 LOFAGE).

Así pues, las diferencias entre OO.AA. y EPE están definidas de manera relativa: se establecen unas reglas pero también se admite que puedan ser excepcionadas. El criterio principal se refiere al régimen jurídico que sujeta a uno u otro organismo. Tal vez, por esta razón, el criterio de la actividad es un criterio con el que puede jugar con mayor libertad el legislador. Es un criterio secundario que permite que una actividad puede ser desarrollada —dada la amplitud de los términos utilizados— bien por un OO.AA. o bien por una EPE. Esto se traduce en que, ante la ausencia de un criterio realmente operativo (como el de la actividad) que vincule al legislador en la operación de creación del organismo correspondiente, éste opere con una gran amplitud y teniendo en cuenta exclusivamente la oportunidad o conveniencia de sujetar una u otra actividad al Derecho público o al Derecho privado.

3. *La libertad del legislador para configurar el estatuto concreto de la Entidad Pública Empresarial: la principal diferencia entre los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales*

La principal diferencia entre los OO.AA. y las EPE radica en la amplitud de la libertad de creación del legislador. Esta libertad se mueve en dos planos: por un lado, la libertad para elegir entre la figura de los Organismos autónomos y la de las EPE y, por otro lado, la libertad para concretar el estatuto jurídico de uno y otra en aspectos importantes de su estatuto.

A la primera vertiente ya nos hemos referido. Ahora, respecto de la segunda, debemos poner de manifiesto que mientras que el estatuto de los OO.AA. se presenta como cerrado (de tal modo que las posibilidades de modificación son limitadas), en cambio, el de las EPE contiene constantes remisiones a lo que en cada caso pueda decidir el legislador. Veamos algunos ejemplos.

i) La sujeción de las EPE a los principios de organización y funcionamiento del Título I de la LOFAGE deberá acomodarse

a la «naturaleza de sus actividades» [art. 44.2.b) LOFAGE], a diferencia de la de los OO.AA. que no admite modulación o matización.

ii) La adscripción a un Ministerio, un Organismo autónomo o a otro Ente público empresarial (art. 43.3 LOFAGE), mientras que los Organismos Autónomos sólo pueden adscribirse directamente al Departamento ministerial, lo que debe suponer que el grado de autonomía de aquellos adscritos a un Organismo o a otro EPE será mayor que el de los Organismos autónomos pues el control es más indirecto.

iii) La ley de creación de los OO.AA. y de las EPE establecerá «las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de Ley» [art. 61.1.b) LOFAGE]. Ahora bien, la vinculación de la ley de creación a lo dispuesto en la LOFAGE será mayor en el caso de los Organismos Autónomos que en el de las EPE, precisamente porque el Derecho que regula estas materias es público y no privado como sucede en la mayoría de los casos con las EPE. En efecto, en materia de personal, por ejemplo, la ley de creación de un Organismo Autónomo sólo puede introducir «excepcionalmente» modificaciones en lo que se refiere a las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal (art. 47.3 LOFAGE). En cambio, la LOFAGE sólo establece respecto del personal de las EPE aquellas determinaciones que en todo caso le son aplicables: criterios generales a los que debe ajustarse la selección del personal y el establecimiento de controles respecto de la gestión del personal (art. 55 LOFAGE), ya que está sujeto al Derecho laboral.

iv) El régimen de gestión de los bienes patrimoniales propios de las EPE es el establecido en el artículo 48 de la LOFAGE para los Organismos autónomos «salvo lo que se disponga en la Ley de creación de estas entidades» (art. 56.2 LOFAGE).

v) Los recursos económicos de las EPE pueden asemejarse a los de los Organismos autónomos, en particular, en lo relativo a los que procedan de los Presupuestos Generales del Estado y las aportaciones procedentes de entidades privadas (art. 65.2 LOFAGE).

Las consecuencias de una y otra «libertad» son elocuentes: la incoherencia. La libertad de elección del tipo de organismo público puede conducir a la incoherencia pues unos pueden ser de un tipo o de otro, no obstante reunir iguales o similares

características. En cambio, la libertad en la concreción del estatuto jurídico conduce a la incoherencia ya no entre tipos sino dentro de cada tipo jurídico. En definitiva, una y otra incoherencias son la muestra más elocuente del fracaso de la operación racionalizadora a la que parecía responder —según confesión recogida en la Exposición de Motivos— la LOFAGE.

B) DELIMITACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS  
EMPRESARIALES RESPECTO DE LOS ORGANISMOS  
Y LAS EMPRESAS EXCLUIDOS DE LA LOFAGE.  
LA EXCLUSIÓN DE LAS DENOMINADAS  
ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Un importante número de entes públicos quedan fuera del ámbito de aplicación de la LOFAGE lo que supone repetir el error que condenó al fracaso la LEEA. Quedan fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la LOFAGE los siguientes organismos: Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes (DA 9.<sup>a</sup>); Comisión Nacional del Mercado de Valores; Consejo de Seguridad Nuclear; Ente Público RTVE; Universidades no transferidas; Agencia de Protección de Datos; Consorcio de la Zona Especial Canaria; Comisión del Sistema Eléctrico Nacional; y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (DA 10.<sup>a</sup>). Por lo tanto, estos entes no tienen la condición ni de OO.AA. ni de EPE, se rigen por su legislación específica y sólo se les puede aplicar supletoriamente las disposiciones de la LOFAGE. El Banco de España (DA 8.<sup>a</sup>) también queda excluido, además, de manera absoluta pues no le resultan aplicables las disposiciones de la LOFAGE ni de manera supletoria.

En cambio, a las Entidades Gestoras y la Tesorería de la Seguridad Social le son de aplicación las previsiones de la LOFAGE relativas a los OO.AA., salvo en lo relativo al régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable de las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica, por la LGP en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE (DA 6.<sup>a</sup>)

Más interés tiene —a nuestros efectos— la exclusión de las empresas estatales. No tanto porque las EPE y estas empresas comparten *algo* (el carácter «empresarial» de sus respectivas acti-

vidades), como por la misma definición que de éstas se contiene en la LOFAGE.

1. *Similitudes y diferencias con las empresas estatales (DA 12.<sup>a</sup> LOFAGE)*

Las EPE comparten con las empresas estatales precisamente su carácter «empresarial» como queda reflejado en su denominación. De acuerdo con la DA 12.<sup>a</sup>, las «sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, **cualquiera que sea su forma jurídica**, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.» Como hemos analizado, también las EPE quedan sometidas al Derecho privado, salvo en lo que les resulte aplicable de las normas administrativas relativas a estas mismas materias.

Ahora bien —y aquí radica la diferencia con las EPE—, las sociedades mercantiles «en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública».

Las diferencias que separan las EPE y las empresas estatales plantean algunos problemas:

i) Las EPE y las empresas estatales tienen en común que desarrollan actividades de índole económica (ejercen la iniciativa pública en la economía), por lo que unas y otras están sujetas al Derecho privado. Sin embargo, aquéllas son entes públicos porque se requiere, en algún momento del desarrollo de esta actividad económica, el ejercicio de potestades administrativas. Esta posibilidad ya ha sido objeto de nuestra crítica.

ii) La pauta para la creación de las EPE —como para la integración de los entes públicos existentes a la entrada en vigor de la Ley en la nueva categoría de EPE— es la de la titularidad y ejercicio de potestades administrativas para el desarrollo de las actividades económicas y no tanto la actividad. Esto supone:

a) Respecto de los entes públicos existentes a la entrada en vigor de la Ley, que las sociedades estatales del artículo 6.1.b) LGP (que son entes de Derecho público que actúan en régimen de Derecho privado) no pueden ser integrados en la categoría de EPE, pasando a formar parte de las empresas estatales. Ahora bien, la DT 3.<sup>a</sup> dispone que los entes incluidos en el artículo 6.1.b) LGP se integrarán —previa «adecuación»— a las entidades públicas empresariales. Por lo tanto, el criterio del ejercicio de la potestad no es válido.

b) Respecto de las EPE que se pudieran constituir, el criterio es el de la necesidad de dotar al ente con potestades administrativas, a ejercer con relación o respecto de la actividad empresarial que van a desarrollar. Por lo tanto, el criterio para discernir acerca de la razonabilidad de la figura elegida radica en la razonabilidad de que tal atribución se produzca y no en función de la actividad que va a desarrollar.

## 2. *Las Entidades Públicas Empresariales y las denominadas Administraciones independientes (DA 10.ª LOFAGE)*

En cuanto a las denominadas Administraciones Independientes (AA.II.) la LOFAGE (DA 10.ª) distingue entre las existentes a la entrada en vigor de la Ley y las que se pueden crear con posterioridad. Respecto de las primeras, «se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley». Se añade una afirmación de dudosa interpretación: se dice que «el Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía». Es evidente que el Gobierno y la AGE sólo podrán ejercer las facultades que la legislación específica les atribuye, las cuales serán respetuosas con la independencia o autonomía de estos organismos en los términos establecidos por dicha legislación.

Respecto de las AA.II. que «a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», el Derecho que les resulta aplicable es el siguiente: i) «se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía» y ii) en los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación «ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley relativas a los organismos públicos que en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo». Esto significa que: a) las AA.II. no son ni OO.AA. ni EPE; constituyen una nueva categoría; b) su régimen jurídico es singular; y c) no obstante, les resultan aplicables las determinaciones de la LOFAGE relativas a régimen de personal, bienes, contratación y presupuesto —por el carácter de norma institucional de la AGE— en lo que les resulte procedente en

atención a las características de cada organismo. Ahora bien, a unas AA.II. les pueden ser aplicadas las normas que sobre estos extremos contiene la LOFAGE relativas a los OO.AA., mientras que a otras AA.II. le son aplicables las de las EPE.

Por lo tanto, se consagra —indirectamente— la categoría de las AA.II. pero al mismo tiempo se pretende, de manera muy tenue, su sometimiento a un cierto régimen común o general en cuestiones capitales como las citadas. Ahora bien, i) el legislador puede modificar esta determinación legal; ii) la sujeción a la LOFAGE en dichos ámbitos queda a la libre interpretación del legislador y, en su caso, del Gobierno (si es el competente para aprobar su Estatuto) porque los términos son enormemente amplios («las que en cada caso resulten procedentes»); y iii) que ese mismo régimen general o común es sumamente escueto, como podemos observar a la vista del que le es aplicable a las EPE. Podría darse el caso de que las AA.II. por esta vía podrían «privatizar» su gestión acudiendo al subterfugio de someterse al régimen jurídico de las EPE.

## V. VALORACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El análisis del régimen jurídico de esta nueva figura ha puesto de manifiesto que está lleno de luces y sombras, como ha afirmado recientemente PARADA (1997: 254). Ahora nos corresponde intentar ofrecer nuestra valoración de la legitimidad constitucional y comunitario europea de que los entes públicos realicen actividades de mercado.

### A) EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El análisis de la figura de las EPE debe ser completado con lo dispuesto en el Derecho comunitario. Insistir en este momento acerca de la importancia de este Derecho es una obviedad que no merece mayor comentario. Sin embargo, es necesario subrayar que de ese mismo Derecho se deducen unos criterios que conducen a formular un juicio negativo respecto de esta figura.

El Derecho comunitario se basa —en el ámbito de la economía— en el denominado principio de economía abierta y de

libre competencia: i) Se trata de un principio instrumental respecto del objetivo de la Comunidad Europea definido en el artículo 2 TCE: progreso económico y social equilibrado y sostenible. ii) Los medios para alcanzar este objetivo son el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y la realización de políticas o acciones por parte de la Comunidad y de los Estados (art. 2 TCE). iii) Pues bien, uno de los objetivos es que las acciones que la Comunidad debe desplegar para alcanzar los objetivos comunes definidos en el artículo 2 TCE es el de establecer un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior (art. 3 TCE). iv) Por último, los Estados miembros y la Comunidad deberán adoptar una política económica y monetaria que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia (art. 3.A TCE). En particular, los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos (art. 102 A TCE).

Las consecuencias que estos principios y objetivos tienen respecto de la actividad económica de los Estados son dos: i) la neutralidad del Derecho comunitario respecto del régimen de propiedad (art. 222 TCE) y, en particular, la forma y extensión de la intervención pública en el ámbito de la economía; y ii) la igualdad (neutralidad de trato) entre empresas públicas y empresas privadas para evitar el falseamiento de libre competencia (siempre que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros: art. 92.1 TCE). Por lo tanto, a las empresas públicas se le deben aplicar las normas generales de competencia (art. 90.1 TCE), por lo que se prohíbe cualquier aportación de fondos públicos que puedan falsear la libre competencia (art. 90 y ss TCE), salvo que la Comisión declare su compatibilidad por encontrarse inserta en alguno de los supuestos del artículo 92.3 TCE.

La interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado por el TJCE (*vid.* p.e., Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987, asunto 118/85, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana) nos conduce a extraer las siguientes conclusiones:

- i) la actividad de los Estados se clasifica en actividad de autoridad y actividad económica;
- ii) la actividad económica es actividad empresarial cuando se desarrolla en el seno del mercado, por lo tanto, en régimen de libre competencia. La actividad económica deja

de ser actividad empresarial y pasa a ser actividad de gestión de servicios de interés general (que formaría parte de la actividad de autoridad) cuando los objetivos de interés general establecidos sólo puedan alcanzarse al margen del mercado y, por lo tanto, mediante la restricción de la competencia; en caso de que tales objetivos puedan alcanzarse mediante el mercado, la restricción sería inadmisibles y nos encontraríamos ante una actividad empresarial;

iii) es irrelevante la forma jurídica, la personalidad o no, la sujeción o no al Derecho privado o público,... lo relevante es si la actividad es empresarial o debe serlo. En definitiva, lo relevante es si la actividad y sus objetivos, incluidos los de interés general, pueden desarrollarse y alcanzarse a través del mercado y, por consiguiente, de la libre competencia;

iv) sólo se admite la restricción o supresión de la libre competencia en dos ámbitos: en primer lugar, en el ámbito de las actividades de autoridad y, en segundo lugar, en el ámbito del no-mercado, en particular, en caso de monopolios naturales.

Las EPE combinan actividad de autoridad con actividad empresarial, esto sólo puede producir confusión. En el Derecho comunitario se establece el criterio de la separación radical entre uno y otro tipo de actividad para preservar la libre competencia. En cambio, la LOFAGE pretende constituir un híbrido entre uno y otro mundo. Tal vez sería aconsejable que nuestro legislador siguiese el criterio comunitario europeo, no sólo por razones técnico-jurídicas (claridad y seguridad jurídica), sino también por otras de índole política: el criterio expuesto facilita la revisión del alcance y del manejo de las figuras públicas, en particular en aquellos ámbitos en los que por ser actividades económicas deben adoptarse formas privadas. La actividad de autoridad es la única que justifica su desarrollo por entes públicos, en sentido estricto. En cambio, las actividades empresariales (que son todas las que no revisten el carácter de las primeras) deben desplegarse por formas societarias privadas y, por lo tanto, en régimen de igualdad y de libre competencia con los agentes privados.

## B) LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

El juicio de constitucionalidad de las EPE debe basarse en un parámetro constitucional. El parámetro ideal sería el posible

concepto constitucional de Administración pública. Sobre esta cuestión se ha escrito mucho y por muchos autores. Es imposible dar cuenta en estas páginas de todos ellos. Tampoco es posible recoger las aportaciones importantes que numerosos autores han realizado sobre esta cuestión, en particular sobre la constitucionalidad del uso del Derecho privado por las Administraciones públicas<sup>10</sup>. Las ideas que siguen son tributarias de unos y de otros.

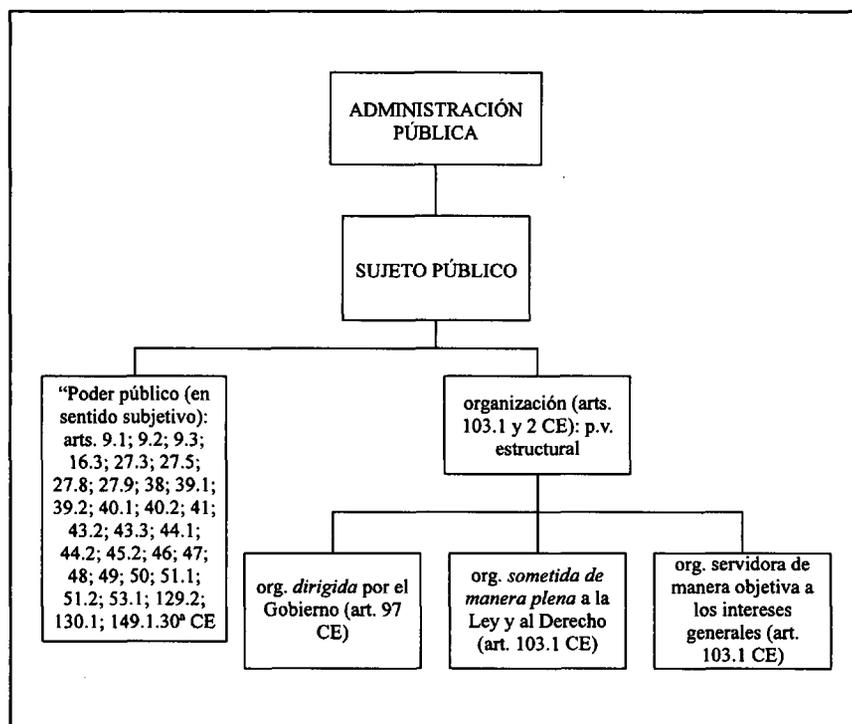
La mayoría de la doctrina se muestra crítica con la utilización del Derecho privado por las Administraciones públicas. Nosotros compartimos esta crítica. Nuestra opinión sobre las EPE, una vez culminado su análisis, es la de que el estatuto de estos organismos públicos los hace inconstitucionales. Esta opinión la sostenemos sobre la base de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se puede discutir y se puede dudar de la existencia de un concepto constitucional de Administración pública. También se puede dudar si la Constitución incluye una garantía institucional de la Administración pública, así como si puede hablarse o no de la reserva de Administración o de Derecho Administrativo. Todas estas cuestiones son discutibles. Ahora bien, de lo que no cabe ninguna duda es que todas las referencias que en nuestra Constitución encontramos relativas a la Administración pública nos permiten formular una «imagen» de la Administración. Una «imagen» de la institución llamada Administración pública de la que obviamente cabe deducir algunas conclusiones importantes respecto de lo que ahora queremos indicar. Esta «imagen» la hemos representado gráficamente en los tres cuadros que acompañan a estas páginas. Desde nuestro punto de vista, las referencias constitucionales a la Administración pública pueden agruparse en tres conceptos principales: como sujeto, como actividad y como sujeto y actividad sometidos al control. En el cuadro núm. 1 presentamos una forma de ordenar las referencias constitucionales a la Administración como sujeto. Es evidente que debemos destacar, por un lado, la consideración de la Administración como poder público en sentido subjetivo y, por otro lado, que la Administración es una organización dirigida por el Gobierno, sometida de manera plena a la ley y al Derecho y servidora de manera objetiva a los intereses generales.

---

<sup>10</sup> Un resumen extenso y detallado de todas las posiciones defendidas por los autores españoles puede encontrarse en SERNA BILBAO, 1995: 112 a 144.

CUADRO 1

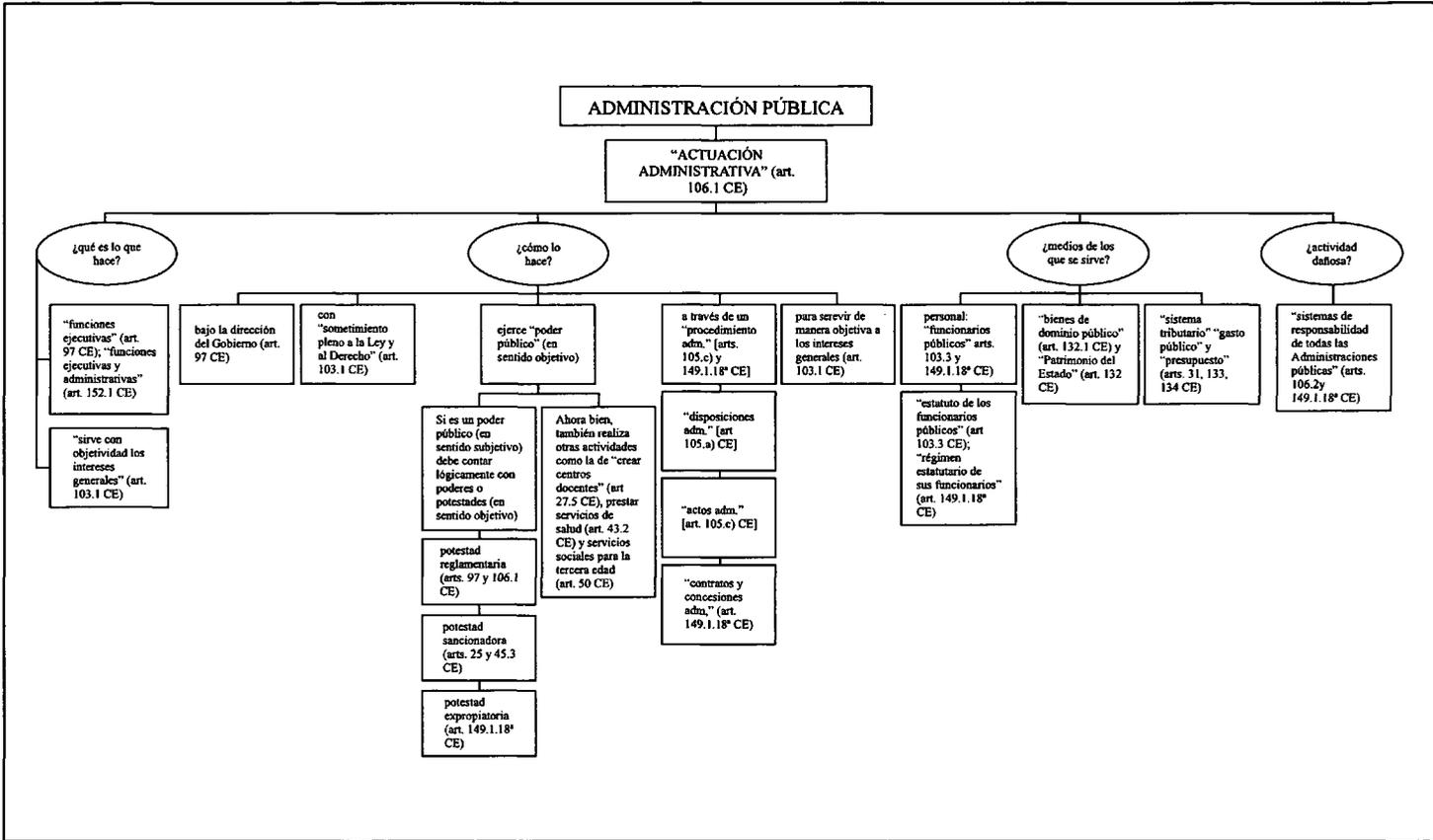


En el cuadro núm. 2 ofrecemos una imagen que pretende representar ordenadamente todas las referencias constitucionales relativas a la actividad o actuación administrativa. Estas referencias las ordenamos a su vez en cuatro grandes grupos conceptuales relativos a lo que hace la Administración, a cómo lo hace, a los medios de los que se sirve y, por último, a las consecuencias dañosas de la actividad de la Administración.

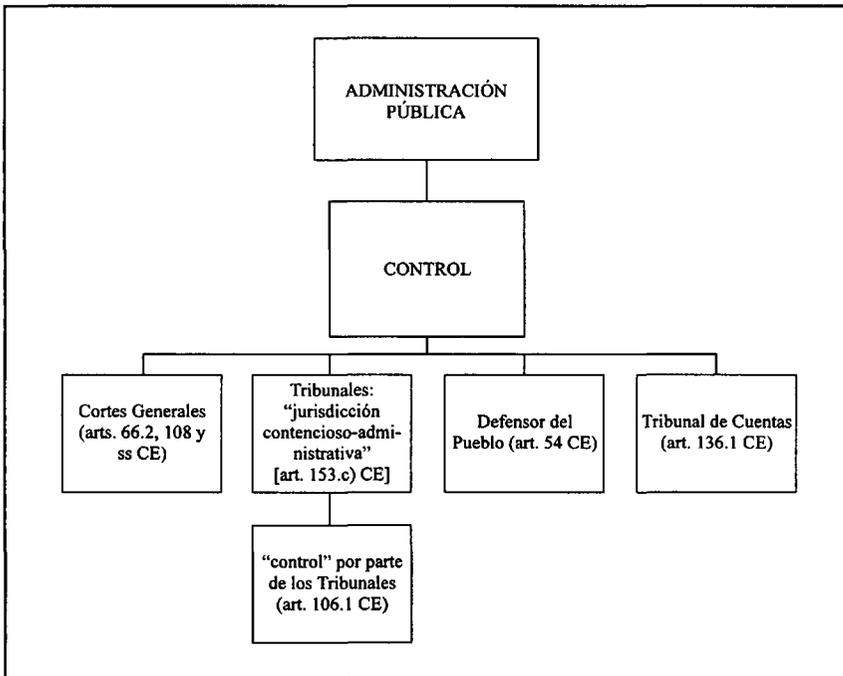
Por último, en el cuadro núm. 3 se agrupan ordenadamente todas las referencias constitucionales relativas al control de la Administración a manos de las Cortes Generales, los Tribunales, en particular, la jurisdicción contencioso-administrativa, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas.

En segundo lugar, de la «imagen» constitucional de la institución Administración pública cabe deducir una conclusión no por obvia menos importante: la Administración pública es —como han subrayado GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (1996: 390)— un «Poder público» que ejerce «poderes públicos». La insistencia con la que la Constitución se refiere a los Poderes públicos merece ser destacada.

CUADRO 2



CUADRO 3



El término poder es usado en la Constitución de manera muy dispar como se pone de manifiesto a la luz del cuadro núm. 4. Ahora bien, de todos los significados el más importante es, sin lugar a dudas, su aplicación a los órganos del Estado. Es significativo a estos efectos que el artículo 9.1 CE divide el mundo de los sujetos en «ciudadanos» y en «poderes públicos». En este grupo, obviamente, está incluida la Administración. Si pudiera haber alguna duda, existen otros preceptos constitucionales (arts. 27.5, 27.8, 43.2, 50 y 53.3 CE) de los que podemos deducir que el poder público al que aluden es la Administración bien porque se refieren a una actividad que es propia de este sujeto o bien porque así resulta por exclusión de la propia interpretación del precepto <sup>11</sup>.

En tercer lugar, si la Administración es un Poder público en sentido subjetivo es lógico que cuente con poderes (en sentido objetivo) o potestades porque sólo en tal caso podemos hablar de un Poder público. La Constitución expresamente se refiere a

<sup>11</sup> El artículo 53.3 CE se refiere a la «legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», luego esta actuación de estos poderes será la actuación de aquellos poderes que no son ni el legislativo ni el judicial, luego el ejecutivo y, en particular, la Administración.

CUADRO 4

CONCEPTOS	CONSTITUCIÓN
«PODERES DEL ESTADO»	
poderes del Estado	art. 1.1
poderes constitucionales del Estado	art. 116.5
«PODERES PÚBLICOS»	
poderes públicos (sentido amplio)	«Los <i>ciudadanos</i> y los <i>poderes públicos</i> están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1)
	arts. 9.1; 9.2; 9.3; 16.3; 27.3; 27.5; 27.8; 27.9; 38; 39.1; 39.2; 40.1; 40.2; 41; 43.2; 43.3; 44.1; 44.2; 45.2; 46; 47; 48; 49; 50; 51.1; 51.2; 53.1; 129.2; 130.1; 149.1.30. <sup>a</sup>
Los términos poderes públicos son aplicados al Ejecutivo y a la Administración; esto se deduce de las tareas gubernativas y ejecutivas que se les encomienda	«los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, <i>mediante una programación general</i> de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la <i>creación</i> de centros docentes» (art. 27.5)
	«los poderes públicos <i>inspeccionarán y homologarán</i> el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes» (art. 27.8)
	«Compete a los poderes públicos <i>organizar y tutelar</i> la salud pública a través de <i>medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios</i> . La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto» (art. 43.2)
	«Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un <i>sistema de servicios sociales</i> que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio» (art. 50)
	«el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la <i>actuación de los poderes públicos</i> » (art. 53.3)
«PODER JUDICIAL»	
poder judicial	título VI, arts. 117.1; 122.1; 122.2; 127.2; 159.4
OTROS USOS	
poderes administrativos y facultades de policía en el interior de las sedes de las Cámaras	art. 72.3
poderes de las Cámaras	art. 78.2

las potestades administrativas, tales como la reglamentaria (arts. 97 y 106.1 CE), la sancionadora (arts. 25 y 45.3 CE) y, por último, la expropiatoria (arts. 149.1.18.<sup>a</sup> CE). En otros casos, la Constitución se refiere indirectamente a las potestades de la Administración como cuando sanciona el «producto» típico de la potestad, como por ejemplo, el «acto administrativo» [art. 105.c) CE]. Este elenco de potestades no tiene por qué considerarse cerrado; nada impide que el legislador amplíe este elenco, como así sucede ordinariamente.

En cuarto lugar, el estatuto constitucional de la Administración pública puede reconducirse a tres ideas centrales, las ya expuestas (Poder público dotado de potestades para desarrollar su «actuación administrativa»), y la idea del control. La Administración está sometida al control de las Cortes Generales, los Tribunales, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. Merece destacarse la referencia expresa a la Jurisdicción Contencioso-administrativa en el artículo 153.c) CE<sup>12</sup>. El control es el correlato lógico a la condición de Poder público de la Administración pública. Es lógico —en coherencia con los principios esenciales del Estado de Derecho— que esta naturaleza poderosa encuentre su correlato en la sujeción al control, no sólo en el plano del sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) sino también en otro plano más operativo instrumentado por los Poderes públicos indicados, en particular, la jurisdicción contencioso-administrativa.

En quinto lugar, si la Administración pública es un Poder público dotado de poderes o potestades para servir de manera objetiva a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho bajo la dirección del Gobierno y sujeta al control de otros Poderes públicos y, en particular, al de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, ¿puede realizar actividad de mercado? A nuestro juicio, no. La Administración es poder y sólo poder y no es admisible que haga lo que es propio de los ciudadanos, en particular, las actividades mercantiles. En este caso, debe servirse de las formas jurídicas adecuadas para el desarrollo de tales actividades: la forma empresarial. A tal fin es conveniente exponer los siguientes argumentos extraídos de los preceptos constitucionales:

- i) La Constitución en numerosos preceptos ha insistido en distinguir ciudadanos (y sus organizaciones) y poderes públicos, baste reiterar lo dispuesto en el artículo 9.1 CE.

<sup>12</sup> Destacada por la doctrina: SAZ, 1992: 99 y ss.

ii) El artículo 38 al referirse a la libertad de empresa asigna a los «poderes públicos» el papel de garantes («garantizan y protegen») de esa libertad. Se establece así una separación entre poder público y empresa. El primero garantiza que la segunda, expresión de la libertad, pueda desarrollar las actividades que le son propias en el seno del mercado, marco en el que la libertad es reconocida (art. 38 CE).

iii) El artículo 128.2 CE «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica» sin especificar quién es el llamado a ejercer esta iniciativa. Este silencio puede interpretarse de varias maneras. Ahora bien, de lo que no cabe ninguna duda es de que la Constitución no quiere prejuzgar el modo o manera en que puede desarrollarse la iniciativa pública en la actividad económica. Esto significa que no impone que la Administración desarrolle la actividad pero tampoco prohíbe que entes instrumentales dependientes de ésta la impulsen. El diseño de estos entes debe ajustarse a la actividad a realizar por cuanto la organización es instrumental respecto de la actividad. La actividad a desarrollar es distinta a la actividad de la Administración pública, pues se trata de actividad económica y no «actuación administrativa» (art. 106.1 CE), que debe desarrollarse en el «marco de la economía de mercado» que debe coexistir en libertad e igualdad como la libertad de empresa (art. 38 CE). Por lo tanto, la actividad económica exige una organización distinta a la actividad administrativa o de poder público. Esta organización es la empresa. A nuestro juicio, la empresa pública es la forma organizativa de la que se puede servir la Administración para llevar a cabo la iniciativa pública en la actividad económica por cuanto que es la que se ajusta a las características de esta actividad. La consecuencia es manifiesta: la empresa pública precisamente porque es empresa queda sujeta al Derecho privado.

En conclusión, la Administración pública es, como ya hemos dicho, Poder público. En esta condición sólo puede hacer aquello que es propio de los Poderes públicos. Las actividades económicas que se desarrollan en el marco del mercado (arts. 38 y 128.2 CE) requieren de otras formas organizativas adecuadas a la actividad a impulsar. Esta forma organizativa es, como ya hemos expuesto, la empresarial. Al servirse de esta organización la Administración no sólo consigue desarrollar la iniciativa que le reconoce la Constitución en el ámbito de la actividad económica sino que también evita perturbar tanto su lógica institucional como la del mercado. La Administración perturbaría su lógica institucional puesto que el «ropaje jurídico-público» no es el

adecuado para realizar actividades propias de los particulares porque está concebido constitucionalmente para ejercer potestades. También perturbaría la lógica del mercado puesto que ésta se basa, en el contexto del denominado mercado perfecto, en la igualdad entre los sujetos que concurren; igualdad que no existiría cuando uno de ellos es un poder y lo que esto supone en términos de beneficios pero también de inconvenientes. En definitiva, la alteración se produciría desde el momento en que la Administración actúa empresarialmente sin renunciar a su ropaje de sujeto público concebido para actuar como poder. Ahora bien, esto no impide que la Administración se pueda servir del ropaje empresarial para ejercer la iniciativa en la actividad económica que le reconoce la Constitución (art. 128.2 CE).

## VI. CONCLUSIONES: ¿ESTÁN JUSTIFICADAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES?

A mi juicio, la categoría de las EPE no es correcta desde el punto de vista jurídico:

En primer lugar, el criterio para elegir un tipo u otro de organismo público radica en las características de la actividad. Ahora bien, ¿cómo se justifica que dos actividades similares (prestación y gestión de servicio público) puedan ser desplegadas por un OO.AA. o una EPE? Lo más procedente es que toda actividad que sea equivalente a la que realizan los agentes privados sea desarrollada por la Administración en los mismos términos que los sujetos privados, o sea, sirviéndose de la forma societaria. Ésta es la perspectiva a la que obedece el concepto comunitario europeo de empresa pública. Por lo tanto, estas actividades que no suponen en ningún caso ejercicio de poder, pueden y deben ser desarrolladas por empresas públicas.

En segundo lugar, es excepcional que las EPE en el desarrollo de las actividades que se le atribuyen pueda requerir el ejercicio de poder como lo prueba:

- i) que están sometidas por regla general al Derecho privado y
- ii) que su personal es laboral, salvo el que ocupa puestos que pueden llevar aparejado el ejercicio de potestades.

Siendo así que sus actividades son «empresariales», ¿cómo un aspecto excepcional de su actividad puede justificar la naturaleza de ente público y no de empresa, lo que nos parece más correcto?

¿No sería más conveniente separar esas potestades en favor de los entes reguladores o de supervisión de la actividad empresarial que desarrollan?

En tercer lugar, las diferencias con los OO.AA. no son tan estrictas como en principio pudiera parecer. Ahora bien, sí parece contar con justificación suficiente el que determinadas actividades derivadas de la AGE sean realizadas en régimen de descentralización funcional por un OO.AA. cuando, por su carácter administrativo, no tengan equivalente en el mercado y se requiera su gestión más próxima a los ciudadanos. Ahora bien, no encontramos justificación en favor de las EPE. O son empresas o son entes públicos. En el primer caso, serían empresas estatales, en el segundo OO.AA. No se comprende hoy el porqué de esta mixtura que genera confusión y lo que es más grave, la justificación perfecta para que el legislador excepcione el régimen público general tanto como el régimen privado general, creando un Derecho singular que recoja lo conveniente en uno u otro campo.

En cuarto lugar, consideramos que las EPE no se ajustan al Derecho comunitario europeo por lo que suponen de confusión entre actividades de autoridad y actividades económicas, que debe redundar negativamente respecto de la seguridad jurídica y la libre competencia. Tampoco se ajustan a la «imagen» constitucional de la Administración pública lo que vicia de inconstitucionalidad su estatuto, puesto que la Administración es para la Constitución Poder público y no es propio de los Poderes el desarrollo de actividades como las económicas que, al desarrollarse en el marco del mercado y sobre la base de la libertad de empresa, exigen formas organizativas y sobre todo estatutos jurídicos adecuados a la lógica de la actividad y a la del mercado, o sea, exigen empresa y Derecho privado.

En quinto y último lugar, consideramos que las EPE son una *aberratio*. No es posible combinar lo público con lo privado. Si es Administración lo es a todos los efectos, o sea, con sujeción plena al Derecho Administrativo. Si es empresa, estamos ante una organización privada de la que se sirve la Administración para desarrollar la iniciativa económica que la Constitución le reconoce. La mixtura ofrece una excusa al legislador para realizar la combinación y en el grado que estime pertinente entre una y otra sustancia sin la coherencia debida y exigida por la propia Constitución al distinguir entre Administración (art. 103) y empresa pública (art. 128).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BANCO MUNDIAL (1997): *Informe sobre el desarrollo mundial 1997: el Estado en un mundo en transformación*, Banco Mundial, Washington, D.C.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R. (1996): *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 7.ª ed., primera reimpresión, Civitas, Madrid.

PARADA, R. (1997): *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, vol. II, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L., (1995): *Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP/BOE, Madrid.

SAZ, S. DEL (1992): «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, LOZANO Y SAZ (1992): *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, UNED y Civitas, Madrid.

SERNA BILBAO, M.ª N. DE LA (1995): *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ARGULLOL, E. (1994): «En torno a las entidades instrumentales de las Comunidades Autónomas: una primera aproximación», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

ARIÑO, G. (1994): *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antitesis del Estado de Derecho*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Fundación BBV.

ARIÑO, G. (1995): «De la empresa pública a la empresa con participación pública. ¿Privatización o reforma? ¿Quizás ambas cosas?», *RAP*, núm. 138.

AZOFRA VEGAS, F. (1997): «La financiación privada de infraestructuras públicas», *REDA*, núm. 96.

AA. VV. (1994): *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo de la Univ. de Sevilla y Ed. Civitas, Madrid, t. I y t. II.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1994): «Organización, régimen jurídico y sector público estatal. La incidencia de las leyes de presupuestos», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. I.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (1994): *Las Administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid.

BORRAJO INIESTA, I. (1993): «El intento de huir del Derecho administrativo», *REDA*, núm. 78.

EMBID IRUJO, A. (1997): «Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», *RAP*, núm. 143.

GARCÍA LLOVET, E. (1993): «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *RAP*, núm. 131.

GARCÍA LLOVET, E. (1995): «Procesos de privatización del sector público en Italia», *RAP*, núm. 138.

GARRIDO FALLA, F. (1993): «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», *REDA*, núm. 79.

GARRIDO FALLA, F. (1994): «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. I.

GONZÁLEZ DE BIEDMA, E. y CALVO GALLEGOS, J. (1994): «Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (1994): «Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos», *REALA*, núm. 261.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (1994): «La empresa pública: formas régimen jurídico y actividades», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (1995): «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *RAP*, núm. 135.

MALARET, E. (1993): *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, Civitas.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1994): «Organismos autónomos y derechos fundamentales», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. I.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1994): «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1996): «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *RAP*, núm. 140.

MEILÁN GIL, J. L. (1994): «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

MONTERO PASCUAL, J. J. (1996): «Titularidad privada de los servicios de interés general», *REDA*, núm. 92.

MONTOYA MARTÍN, E. (1996): *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.

MORELL OCAÑA, L. (1994): *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Madrid, Civitas.

MORILLO VELÁRDEZ PÉREZ, J. I. (1994): «La huida del Derecho administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

MUÑOZ MACHADO, S. (1994): «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

NAVARRO PALACIOS, M. (1994): «Las entidades instrumentales de las Administraciones públicas "Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, S. A."», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. II.

PÉREZ MORENO, A. (1994): «Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas», *Administración Instrumental*, II, cit.

PIÑAR MAÑAS, J. L. (1994): «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España», *REDA*, núm. 84.

ROCA, E. (1994): «Las técnicas societarias en la Administración pública», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. I.

SALA ARQUER, J. L. (1992): «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75.

SÁNCHEZ BLANCO, A. (1994): «La Agencia Estatal de Administración Tributaria. Atipicidad jurídica y determinismo de lo residual como expresión de la crisis del modelo organizativo de las Administraciones públicas», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. I.

SAZ, S. DEL (1994): «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133.

TRONCOSO REIGADA, A. (1997): *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, Marcial Pons.

VILLAR PALASÍ, J. L. (1994): «Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», en AA. VV. (1994): *Administración Instrumental*, t. I.

VILLAR ROJAS, F. J. (1993): *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Madrid, Tecnos.

