

María Nieves de la Serna

Profesora Titular de Derecho Administrativo (interina)
Universidad Carlos III de Madrid

Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALCANCE DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL DEL ESTADO PRETENDIDA POR LA LOFAGE. III. LA ORGANIZACIÓN INSTRUMENTAL PRIVADA REGULADA EN LA LOFAGE. 1. Introducción. 2. Régimen jurídico de las Entidades públicas mercantiles. A. Planteamiento de la cuestión. B. Régimen de constitución. C. Ámbito material de actuación. D. Derecho aplicable. E. Adecuación de la regulación de las Entidades públicas mercantiles articulada por la LOFAGE al Derecho Comunitario. F. Régimen patrimonial. 3. Las sociedades mercantiles estatales.

I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la reciente promulgación y entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) se celebraron en la Universidad Carlos III de Madrid, bajo la organización de la Cátedra «Manuel Colmeiro», unas jornadas de estudio para analizar los distintos problemas que plantea dicho texto legal y a las que fui invitada a participar por el Profesor Dr. Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de dicha Universidad, a quien agradezco, sinceramente, su amabilidad.

Pues bien, el presente trabajo se debe enmarcar en el contexto de aquel seminario. Por esta razón, no pretendo realizar un

análisis detallado y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos que plantea la denominada organización instrumental privada regulada por la LOFAGE. Por el contrario, he centrado mi atención tan sólo en algunas de las cuestiones que suscita dicho texto legal y que, a mi juicio, deben ser objeto de reflexión por la doctrina.

II. ALCANCE DE LA RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL DEL ESTADO PRETENDIDA POR LA LOFAGE

Como se deduce de la propia Exposición de Motivos¹ de la LOFAGE, uno de los objetivos de este texto legal es proceder a racionalizar la denominada «Administración Institucional del Estado», poniendo fin a la proliferación de entes de titularidad pública que, sometidos a regímenes jurídicos distintos, habían creado un panorama de enorme heterogeneidad y confusión². Se trata de lograr reconducir la variedad de modelos existentes a categorías estancas, bien definidas y homogéneas. Dicha racionalización se fundamenta en la utilización del concepto jurídico de «Organismos públicos», concepto que agrupa a todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado, bien sea directamente, bien sea a través de otro Organismo público o un Ministerio, para la realización de tareas de ejecución o de gestión en actividades tanto administrativas, de fomento o de prestación, como en labores de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado.

Dentro de aquel concepto jurídico, la LOFAGE³ distingue dos modelos básicos, a saber:

- a) En primer lugar, los denominados «Organismos autónomos»⁴.
- b) En segundo término, las «Entidades públicas empresariales»⁵.

A tenor del texto legal analizado⁶, ambas entidades están dotadas de personalidad jurídica propia, y se adscriben, directa-

¹ Véase punto XI de dicha Exposición.

² En este sentido, téngase en cuenta la regulación contenida en la Ley de Entidades Estatales Autónomas y los artículos 4 a 6 de la Ley General Presupuestaria.

³ Artículo 43.1 del texto legal citado.

⁴ Regulados en los artículos 45 a 52 del texto legal.

⁵ Reguladas básicamente en los artículos 53 a 60 del texto legal.

⁶ Artículo 42.1 de la LOFAGE.

mente o por medio de otro organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine.

El ámbito material de actuación de los dos Organismos públicos citados es el contenido en el artículo 2.3 de la LOFAGE, precepto que determina que les corresponde, con carácter general, «la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado»⁷.

Para la consecución de estos objetivos, la LOFAGE somete a aquellas dos clases de entes públicos a regímenes jurídicos distintos. En el primer caso, es decir, cuando de Organismos autónomos se trata, se rigen íntegramente por el Derecho administrativo⁸. Por el contrario, en los supuestos de Entidades públicas empresariales, éstas se someten a una mixtura de Derecho público y de Derecho privado⁹.

A pesar del esfuerzo de sistematización pretendido por la Ley, éste queda desmentido, inmediatamente, a tenor de lo dispuesto en sus Disposiciones Adicionales¹⁰. En efecto, estos preceptos reconocen la pervivencia de un grupo considerable de entes públicos que quedan al margen, total o parcialmente, de la aplicación plena del texto legal analizado. A tal fin, se regula una graduación en relación con el ámbito de aplicación de la LOFAGE, circunstancia ésta que permite agregar a la clasificación realizada por la Ley otra serie de entes que, en algunos supuestos, los incluye dentro de la categoría genérica de «Organismos públicos». Se trata de los siguientes:

a) En primer lugar, la Ley alude a un conjunto diverso de entidades consideradas como «Organismos públicos» pero que, sin embargo, no están incluidos en los dos modelos básicos regulados por el artículo 43.1 (Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales)¹¹. Se trata de la Comisión Nacional

⁷ Artículo 2.3 de la LOFAGE.

⁸ Véase el artículo 45.1 que expresamente dispone «Los Organismos autónomos se rigen por el Derecho Administrativo...»

⁹ Véase el artículo 53.2 que literalmente dispone «Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en 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.»

¹⁰ En este sentido, también se manifestaron los profesores LÓPEZ MENUDO y FERRET y JACAS en sus intervenciones en el Seminario sobre el proyecto de la LOFAGE, publicado en *Estudios sobre la Administración General del Estado. Seminario sobre el proyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)*; Univ. Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, págs. 156 y 186, respectivamente.

¹¹ Téngase en cuenta el título que utiliza la Disposición Adicional décima «Régimen Jurídico

del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Estos Organismos cuentan con un régimen jurídico propio determinado por su legislación específica y por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria correspondientes. La LOFAGE resulta tan sólo de aplicación supletoria¹².

b) En segundo término, es posible distinguir otra categoría de «Organismos públicos» distintos a los citados con anterioridad. Este grupo se encuentra integrado por todos aquellos entes que, creados a partir de la entrada en vigor de la LOFAGE, se les reconozca, expresamente, por norma de rango legal, una independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado. Su régimen jurídico se configura, a diferencia de los anteriores, de acuerdo con las siguientes normas: en relación con cuantos *aspectos sean necesarios* para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía, por su normativa específica; respecto de los demás extremos y, *en todo caso*, en cuanto al régimen de personal, patrimonial, contratación y presupuestario, por los preceptos de la LOFAGE que, en cada caso, resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo y, finalmente, es de aplicación la Ley General Presupuestaria en aquellos supuestos que legalmente se determine¹³. Por tanto, para este grupo de Organismos, no existe una aplicación supletoria de la LOFAGE, sino necesaria, para los supuestos concretos mencionados.

c) En tercer lugar, se puede agrupar a los mencionados expresamente en la Disposición Adicional Novena que, si bien cuentan con un régimen similar a los entes mencionados en primer lugar, no reciben la denominación de Organismos públicos. De ahí su diferenciación. Dentro de este grupo se incluye a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes. Para estos entes, la LOFAGE determina el sometimiento de los mismos, no sólo a su legislación específica sino, también, a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que resulten de aplicación y, con carácter supletorio, la LOFAGE¹⁴.

de determinados *Organismos públicos*» a diferencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional octava.

¹² Disposición Adicional décima, párrafos 1 y 3.

¹³ Disposición Adicional décima, párrafo 2 y 3.

¹⁴ Disposición Adicional novena.

d) La LOFAGE menciona, también, a las Sociedades mercantiles estatales que quedan sometidas íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, al ordenamiento jurídico privado. La Ley analizada es categórica al disponer que «*en ningún caso pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública*»¹⁵. No obstante, dicho sometimiento queda exceptuado en aquellos supuestos que corresponda aplicar la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

e) Por último, se puede encontrar en la LOFAGE otro grupo de entes distintos a los ya mencionados. Éstos son los regulados en la Disposición Adicional séptima y octava y, en concreto, el Consejo de Estado y el Banco de España, entes que quedan sometidos a su legislación específica, sin que en ningún caso les sea de aplicación la LOFAGE¹⁶.

En definitiva, se puede concluir, que el pretendido objetivo del texto legal, es decir, la racionalización de la organización de la Administración Institucional del Estado se ve desbordada en las Disposiciones Adicionales. En dichas disposiciones se articula una serie heterogénea de regímenes jurídicos en función de la entidad concreta de que se trate, sin que tal diversidad de trato sea fundamentada en extremo alguno. Quizás hubiera sido más lógico con el propósito fijado de la Ley, el establecer una disciplina unitaria de todo este universo de entes —unitariedad que no es igual a uniformidad— regulando aquellos aspectos permanentes y comunes a la totalidad de los entes y a cada categoría¹⁷.

III. LA ORGANIZACIÓN INSTRUMENTAL PRIVADA REGULADA EN LA LOFAGE

1. INTRODUCCIÓN

Descritas, así, sucintamente, las distintas clases de Administración instrumental reguladas por la LOFAGE, procede que nos centremos en el estudio de la Organización instrumental privada que constituye el objeto principal de este análisis. Pues bien, al respecto es preciso destacar que de las entidades instrumentales

¹⁵ Disposición Adicional duodécima.

¹⁶ Disposiciones Adicionales séptima y octava.

¹⁷ Véase, en este sentido, la ponencia del profesor LÓPEZ MENUDO, presentada en el Seminario al proyecto de LOFAGE y publicada en *Estudios sobre la Administración General del Estado...*, ob. cit., pág. 153.

anteriormente citadas, son dos las que interesan a nuestro objeto de estudio, a saber:

- a) Las Entidades públicas empresariales
- b) Las Sociedades mercantiles.

Como vimos con anterioridad, la primera clase de entidad, es decir, las Entidades Públicas empresariales, son objeto de regulación expresa en la LOFAGE. Por el contrario, las Sociedades mercantiles se encuentran tan sólo mencionadas en la Disposición Adicional Duodécima de dicho texto legal y excluidas de la aplicación del mismo. La razón última de este diferente tratamiento legal parece que se debe buscar en la distinta actividad que constituye el objeto propio de unas y otras. En el primer caso se trata de organizaciones que desarrollan tareas con relevancia pública y que por esta razón son asumidas como propias por el Estado. En el segundo, se trata de entidades públicas que desarrollan actividades en plano de igualdad con los sujetos privados¹⁸. Analicemos cada una de ellas.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS MERCANTILES

A) *Planteamiento de la cuestión*

Como es sabido, las Entidades públicas mercantiles constituyen una de las clases de Organismos públicos básicos (conjuntamente con los Organismos autónomos) regulados por la LOFAGE¹⁹. Estas entidades tienen reconocida personalidad jurídica propia y están adscritas a la Administración General del Estado a través, bien de un Ministerio, bien de un Organismo autónomo.

¹⁸ Un planteamiento similar se puede leer en la ponencia presentada por el Profesor JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, sobre Organismos públicos también en el libro, *Estudios sobre la Administración General del Estado...*, págs. 197 y ss., al decir «Parece, en consecuencia, que el proyecto de la Ley ha fijado un escalonamiento ideal de la Administración del Estado en el sentido de distinguir las funciones de control, policía e intervención, que continúan en manos del núcleo básico de la Administración General, de las funciones de prestación, gestión y fomento de servicios públicos, que se atribuyen a los Organismos autónomos dejando un tercer nivel a las entidades públicas empresariales, que realizarían actividades prestacionales y de gestión de servicios de interés para la colectividad, pero fuera ya de la Administración del Estado. En esta escala de funciones y niveles de la Administración, quedarán al margen las sociedades mercantiles de titularidad estatal, que constituyen simplemente la actividad lucrativa del Estado, no vinculadas a la prestación o satisfacción de necesidades colectivas.»

¹⁹ Sobre la delimitación de estos dos entes, tanto desde un punto de vista negativo como positivo, véase la ponencia presentada por el profesor BETANCOR RODRÍGUEZ en el seminario sobre el proyecto de la LOFAGE publicada en *Estudios sobre la Administración General del Estado...*, ob. cit., págs. 220 y ss.

También es preciso destacar que el texto legal permite que estas entidades puedan ser dirigidas o coordinadas por otra Entidad pública empresarial. Expresamente, el artículo 43.3 de la LOFAGE, dispone el siguiente tenor «*Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma naturaleza*». Como ya destacó el profesor FONT y LLOVET²⁰, se permite así, si bien con carácter excepcional y circunscrito sólo a las Entidades públicas empresariales, la existencia de entidades que actúen a modo de *holding*. La situación descrita lleva a preguntarse si sería posible que dichas entidades agrupasen a Sociedades mercantiles, ya que éstas tienen, al igual que las entidades públicas, naturaleza empresarial.

B) Régimen de constitución

En cuanto a la creación de los Entes públicos empresariales, la LOFAGE establece que debe tener lugar por Ley, norma de creación que sólo regulará los aspectos mínimos de dichos entes²¹, correspondiendo al Plan inicial de actuación²² y, principalmente, a los Estatutos²³ —cuyo proyecto se debe presentar

²⁰ En su ponencia al Seminario sobre el proyecto de LOFAGE desarrollado en la Universidad Carlos III de Madrid y publicado en *Estudios sobre la Administración...*, ob. cit., págs. 230 y ss.

²¹ Al respecto el artículo 61.1 de la LOFAGE es categórico al determinar «*La creación de los Organismos autónomos y las entidades públicas empresariales se efectuará por Ley. La Ley de creación establecerá:*

a) *El tipo de Organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u Organismo de adscripción.*

b) *En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de Ley»*

²² El procedimiento de aprobación y contenido del Plan inicial de actuación se encuentran regulados en el artículo 62.2 que dispone: «*El Plan inicial de actuación del organismo público, que será aprobado por el titular del Departamento Ministerial del que dependa, deberá contar con el previo informe favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y su contenido, que se determinará reglamentariamente, incluirá en todo caso, los siguientes extremos:*

a) *Los objetivos que el organismo deba alcanzar en el área de actividad encomendada.*

b) *Los recursos humanos, financieros y materiales precisos par el funcionamiento del organismo.*

²³ En este sentido, el artículo 62.1 y 3 determina expresamente: «*1. Los estatutos de los Organismos autónomos y de las entidades empresariales regularán los siguientes extremos:*

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.*

La configuración de los órganos colegiados, si los hubiese, con las especificaciones señaladas en el apartado 2 del artículo 38 de esta Ley.

b) *La funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar, y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de los Organismos autónomos y la determinación de los órganos que,*

al Gobierno conjuntamente con el anteproyecto de Ley de creación— el fijar de forma concreta y pormenorizada las normas de actuación de las mismas. En este sentido, se debe destacar que es, casualmente, esta última norma la que determina cuáles son las potestades administrativas que pueden ejercitar y cuál es el órgano competente para ello²⁴. La determinación de estos últimos extremos resulta relevante para el funcionamiento del ente, ya que son los que definen el ámbito de actuación del ente que está sometido a Derecho público —ejercicio de potestades públicas— y cuál a Derecho privado (resto de actuación).

C) *Ámbito material de actuación*

La LOFAGE determina como ámbito material de actuación de las Entidades públicas mercantiles «*la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios y la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación*»²⁵. Este elemento es, a tenor de la Exposición de Motivos del texto legal²⁶, un factor de diferenciación respecto de los Organismos autónomos a los que les corresponde realizar, fundamentalmente, actividades administrativas. Sin embargo, esta delimitación de ámbitos de actividad entre ambos modelos no resulta, como pretende la Ley, en modo alguno precisa ya que, incluso, asigna a ambos Organismos públicos el desarrollo de actividades de la misma naturaleza. En este sentido, después de delimitar el objeto de las Entidades públicas empresariales en los términos expuestos al comienzo de

excepcionalmente, se asimilen a los de un determinado rango administrativo, en el supuesto de las entidades públicas empresariales.

En el caso de las entidades públicas empresariales los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas.

c) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el Organismo.

d) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

e) El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad, que será, en todo caso, el establecido en la Ley General Presupuestaria.

f) La facultad de creación o participación en sociedades mercantiles cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

3. Los estatutos de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales se aprobarán por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del titular del Ministerio de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del Organismo público correspondiente».

²⁴ Téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 54.1 para ejercitar las potestades administrativas asignadas a las Entidades públicas empresariales, es necesario, la determinación expresa, en el Estatuto, del órgano competente para desarrollar tal facultad.

²⁵ Artículo 53.1 LOFAGE.

²⁶ Véase el punto XI párrafo segundo.

este epígrafe (*la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios y la producción de bienes de interés público susceptibles de contra-prestación*), atribuye a los Organismos autónomos la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos²⁷. Pues bien, como es sabido, no resulta sencillo distinguir entre los conceptos de «gestión de servicios de interés público» y «gestión de servicio público» y, ello, principalmente por una causa: la falta en nuestra doctrina administrativista de un concepto claro y preciso de lo que se deba entender por «servicio público». Sabido es que este concepto puede ser comprensivo de una acepción amplia, como comprensivo de toda la actividad administrativa, es decir, como expresión equivalente a giro o tráfico administrativo o hacer o actuar de la Administración y, por otra parte, se puede entender en un sentido más estricto, y dentro de éste, en sentido subjetivo u objetivo.

D) *Derecho aplicable*

Otra cuestión a destacar en relación con esta clase de entidades públicas empresariales es la relativa al régimen jurídico aplicable. Como ya destacó el profesor PAREJO ALFONSO²⁸, la LOFAGE persigue regular de manera unitaria el entero subsistema administrativo estatal, estableciendo, para ello, un régimen jurídico común, propio de la Administración General del Estado dentro, a su vez, del régimen jurídico común de las Administraciones Públicas regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta intención es confirmada, plenamente, tanto en la Exposición de Motivos de la Ley cuando afirma que «... *no se puede olvidar que la dispersión normativa que hoy caracteriza el régimen jurídico de la Administración General del Estado constituye también una circunstancia que el legislador debe ponderar en orden a regular, en una sola Ley, el régimen, la organización y los*

²⁷ Artículo 45.1.

²⁸ En «El proyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: Perspectiva General, Disposiciones Generales», en *Estudios sobre la Administración General del Estado*....., ob. cit., págs. 51 y ss., al afirmar: «Con independencia del grado de realización efectivo de esta opción básica (establecimiento de un régimen jurídico común de la Administración General del Estado), lo cierto es que tiene en todo caso una consecuencia claramente positiva: la Administración General del Estado queda situada, toda ella en principio, en el campo de lo público, es una organización y un ordenamiento jurídico-públicos. Se trata de una decisión de gran trascendencia, que amerita ser destacada en su efecto clarificador y desde luego erradicador del fenómeno de huida del Derecho administrativo y, por tanto, la situación de generalizada irregularidad del mundo de la organización administrativa actual, desde el doble criterio de medida posible: constitucional y comunitario-europeo».

criterios de funcionamiento del aparato administrativo estatal. De ahí que ahora, la presente Ley se refiera también a los organismos autónomos y entes públicos de contenido económico, en un esfuerzo de simplificación de la normativa reguladora de la Administración General del Estado», como en su artículo 1 al afirmar que «La presente Ley regula, en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones públicas, la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad....».

De la manifestación expuesta se desprende una consecuencia importante, destacada también en su momento por el profesor antes citado: el sometimiento de toda la Administración General del Estado a un ordenamiento jurídico público que, en principio, impide la aplicación del Derecho privado y, por ende, el fenómeno que conocemos como «huida del Derecho administrativo».

La previsión contenida en el artículo 53.2 de la LOFAGE, relativa a las Entidades públicas empresariales, puede, sin embargo, poner en duda aquel objetivo. En efecto, el artículo citado dispone literalmente que *«Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en 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»*. Se articula, de este modo, un régimen jurídico que pudiéramos considerar «dual», en parte, jurídico-privado (como norma general) y, en parte, jurídico-administrativo (respecto del ejercicio de potestades públicas y en determinados aspectos de su funcionamiento). Esta circunstancia representa una notable excepción del objetivo fijado por el texto legal, es decir, la articulación de una regulación unitaria de la Administración General del Estado que puede determinar, en definitiva, la imposibilidad de su consecución ya que estas entidades quedan sometidas al Derecho privado respecto de una parte esencial de su actividad. Esta situación es confirmada en la Exposición de Motivos²⁹ del texto legal analizado, que establece que las entidades públicas empresariales *«son regidas en general por el Derecho privado (y) les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento»*.

Pues bien, esta situación de aplicación del Derecho privado ha llevado a considerar a un sector doctrinal³⁰ que el artículo 53.2

²⁹ Punto XI, párrafo segundo.

³⁰ Véase en este sentido PAREJO ALFONSO, en *Estudios sobre la Administración General del Estado*, ob. cit., págs. 59 y 60, al expresar «... forzoso es entender que las entidades en cuestión están en el ámbito de aplicación subjetiva del Derecho administrativo el cual es, así, su Derecho

de la LOFAGE tendría una mayor adecuación con el objetivo señalado del texto legal, si aquellos entes quedasen sujetos al Derecho administrativo; sin perjuicio, claro está, de la aplicación instrumental del Derecho privado en todos aquellos supuestos concretos en los que tal aplicación fuese procedente —la regulación de fondo de sus relaciones jurídicas externas—. De esta forma, se podría evitar que ocurra un nuevo fenómeno de «huida del Derecho Administrativo» de estos entes; fenómeno que aún se puede agravar, de manera importante, si tenemos en consideración que, como he expuesto con anterioridad, el ámbito material de actuación propio de cada uno de los Organismos públicos —Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales— no difieren de manera sustancial; hasta tal punto que existen actividades que pueden ser atribuidas indistintamente a una u a otra clase de entes. Como señalamos en su lugar, es posible pensar en la hipótesis de que actividades materialmente similares se encuentren reguladas de distinta forma.

Al margen de esta importante consideración, parece preciso determinar, en cualquier caso, cuál puede ser el fundamento de la diversidad en cuanto al régimen jurídico aplicable a esta clase de Organismo público. Pues bien, al respecto es necesario tener en cuenta el cambio operado en las bases tradicionales del régimen jurídico de los servicios públicos, circunstancia que ha llevado a la doctrina³¹ a reconsiderar el concepto mismo de «servicio público» y, por tanto, a intentar liberarlo de las exigencias de titularidad pública y sometimiento al Ordenamiento jurídico administrativo³². La Ley parece haber asumido, en este

propio, sin perjuicio de que en sus relaciones externas puedan aplicar instrumentalmente las reglas de Derecho privado —asumidas por su Derecho propio, es decir, por el Derecho administrativo».

³¹ Véase ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, edit. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 340, y del mismo autor *La regulación económica: Teoría y práctica de la regulación para la competencia: hacia un nuevo concepto de servicio público*, edit. Ábaco, Bs.As., 1996; LLISET BORREL, F., *La actividad empresarial de los entes locales*, edit. Abella, Madrid, 1990; MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, edit. La Ley, 1988, págs. 253 y ss.; MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, ed. Aranzadi, 1995, págs. 123 y ss.; QUADRA-SALCEDO, T., *La liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, edit. CEE, Madrid, 1995, entre muchos otros.

³² Como destaca el profesor PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración, Tres estudios*, INAP/BOE, Madrid, 1995, págs. 36 y ss.; la actividad empresarial de servicio público es una «zona gris» entre la actividad comercial (reconocida en el art. 128.2 CE primer párrafo) y la actividad propiamente administrativa (regulada en el art. 103 CE). En efecto, así como la actividad de carácter productivo, industrial o comercial, por sus características intrínsecas, se equipara a la actuación de los sujetos privados, en las actividades desarrolladas en régimen de servicio público, por el contrario, semejante planteamiento es más difícil de aplicar. En ella es posible diferenciar dos ámbitos de actividad:

a) En primer lugar, un ámbito de actividad mercantil y, como tal, sometido a los principios que rigen ese sector del ordenamiento jurídico.

sentido, la posición doctrinal que considera que las actividades desarrolladas en régimen de servicio público se caracterizan por ser sustancialmente públicas y, sólo, formalmente privadas en cuanto se rigen por el Derecho privado, a diferencia de las actividades de mercado que se caracterizan por ser tanto sustancial como formalmente privadas. Para este sector de la doctrina administrativista, las empresas que desarrollan una actividad de servicio público no pierden, por esta sola circunstancia, su carácter de actividad mercantil privada, debiendo, en todo caso, aplicárseles para el cumplimiento de la misión asignada, un régimen exorbitante respecto del Derecho común en la única y exacta medida de las necesidades de servicio, es decir, en función del fin de interés público que tengan asignadas. Como he dicho, ésta parece ser la posición asumida por la LOFAGE al regular los «entes públicos mercantiles» y someterlos al Derecho privado, salvo en determinados supuestos concretos en los que se permite la aplicación del Derecho público.

E) *Adecuación de la regulación de las Entidades públicas mercantiles articulada por la LOFAGE al Derecho Comunitario*

Es preciso destacar que la posición descrita en el apartado anterior resulta, además, perfectamente compatible con las exigencias derivadas de la regulación normativa establecida por el Derecho Comunitario. En efecto, este Ordenamiento jurídico somete a las empresas que desarrollan servicios de interés público a los mismos criterios de actuación que las empresas mercantiles, si bien exceptúa de dicha exigencia las hipótesis de imposibilidad de la prestación del servicio público de que se trate, debido, precisamente, a la aplicación de estas normas. En este sentido, el artículo 90.2 del Tratado Comunitario Europeo menciona de manera especial a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general³³, disponiendo, expresa-

b) En segundo, un ámbito de actividad propiamente administrativa —que se imbrica en el campo de actuación delimitado por los arts. 97 y 103 CE—, cuyo objetivo es la satisfacción del interés público y que modula, así, el desarrollo de la primera actividad mencionada. En efecto, la especial configuración de una actividad como «servicio público», precisa, por parte de la Administración, el ejercicio de ciertas potestades en orden a controlar dicha actividad y, por tanto, permitir la consecución del interés general. En estos casos la Administración puede llegar a reservar al sector público —incluso en régimen de monopolio— ciertos recursos o servicios esenciales, que resultan así extraídos del mundo de los sujetos ordinarios de Derecho.

³³ Respecto del concepto de interés general en el ámbito comunitario, es posible advertir, aunque sea sucintamente que la calificación de dicha empresa como realizadora de aquel interés corresponde al propio Estado en la medida en que son los competentes para determinar, por razones de oportunidad, regímenes especiales para ciertas tareas que consideran de interés

mente, que «quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencias, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad».

De este modo, es posible afirmar que el precepto comunitario transcrito establece un principio de carácter general, en virtud del que, en todo caso, la actuación de esta clase de empresas³⁴ debe respetar lo dispuesto en el Tratado y, en especial, el régimen de competencia —contenido principalmente en los artículos 85 y 86 del Tratado Comunitario y disposiciones de desarrollo— salvo, en aquellos casos en los que la aplicación de dicha normativa impida llevar a cabo el objetivo asignado a la empresa en cuestión; circunstancia que puede ser calificada como una derogación limitada. Es preciso indicar, que esta clase de excepciones deben encontrar fundamento, en todo caso, en su carácter necesario para el efectivo cumplimiento de las tareas específicas que tienen atribuidas³⁵ y, además, en la inexistencia de otro medio, ya sea legal, ya sea técnico o económico para que la empresa pueda cumplir con aquella tarea. Por esta razón, esta excepción debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

En consecuencia, el Derecho comunitario exige que las actividades empresariales —sean desarrolladas por sujetos públicos o por sujetos privados— se deben regir por el Derecho privado. De ahí que la asignación de prerrogativas típicas del Derecho público a actividades económicas empresariales debe otorgarse, en la única y exacta medida, en que lo exija el cumplimiento del interés general asignado a la empresa; valoración que en todo caso debe realizarse conforme con el Derecho comunitario.

público. Sin embargo, esta circunstancia no impide que los propios órganos comunitarios realicen un control no tanto sobre el concepto mismo de interés general, que en todo caso depende de la política nacional adoptada, pero sí en relación con la importancia económica objetiva del sector en cuestión.

³⁴ Dentro de esta clase de empresas es posible englobar tanto a las empresas públicas (cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen —art. 2 de la Directiva 80/723/CEE, adoptada en virtud del art. 90 del Tratado Comunitario—) como a las empresas privadas, siempre, claro está que desarrollen una gestión de servicios de interés económico por disposición de un acto de los Poderes públicos. Véase en este sentido, la Sentencia BRT *v.* SABAM, de 21 de marzo de 1974, Asunto 127/1973. Igualmente, en relación con el concepto de empresa pública se puede consultar DE LA SERNA, M.^a N., *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, edit. Aranzadi, 1995, Pamplona, págs. 238 y ss.

³⁵ Sentencia de 18 de junio de 1991, Asunto 260/1989, E. Radiophonia Tileorassi *v.* Dimotiki Etairia.

En definitiva, la opción desarrollada por el legislador es coherente con las exigencias derivadas del Derecho comunitario a la hora de regular las entidades públicas empresariales. Sabido es que en la normativa comunitaria no existe ni tampoco se pretende determinar un régimen jurídico de las empresas públicas. Esta situación, además de ser imposible por los distintos tipos de configuración que cada país miembro tiene, sería muy ambiciosa y no tendría sentido. A los órganos comunitarios, los aspectos organizativos utilizados por cada Estado miembro le interesan en la medida en que con ellos se persiga vulnerar la normativa comunitaria y en tal sentido ejerce su control.

F) *Régimen patrimonial*

Para concluir este breve trabajo, procede hacer alguna reflexión en relación con el régimen jurídico patrimonial de las Entidades públicas empresariales. Como es conocido, la LOFAGE³⁶ dispone que estas entidades se deben financiar con los ingresos que se deriven de sus operaciones y con una serie diversa de recursos económicos, a saber: los bienes y valores que constituyan su patrimonio; los productos y las rentas de dicho patrimonio; los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según sus disposiciones reguladoras; y, cualquier otro recurso que les pudiera ser atribuidos. Sólo, con carácter excepcional, se pueden financiar con otras clases de recursos económicos propios de los Organismos autónomos, tales como 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 y las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares. Pues bien, un problema que se plantea en este orden de cosas deriva de los medios de financiación puestos a su disposición.

En efecto, como se desprende de una interpretación sistemática de los apartados 1.º y 2.º del artículo 65 de la LOFAGE, las Entidades públicas empresariales no pueden estar participadas por entidades privadas o particulares como norma general. Sólo, cuando así lo prevea la Ley de creación de la Entidad de que se trate, es posible acudir a esta vía de financiación. Semejante posición puede constituir, incluso, un impedimento a la hora de proceder a realizar procesos de privatización material de esta clase de entidades cuando, estando ya constituidas, no prevea tal

³⁶ Artículo 65.2.

posibilidad su norma de creación. Pues bien, no se comprende cuál es la finalidad de tal previsión normativa, máxime en un contexto jurídico-político como el actual en el que, por razones cuyo tratamiento excede los objetivos de este estudio, la entrada de capital privado en el ámbito empresarial público es la norma general.

Desde esta perspectiva, es posible prever que la pretendida excepción a la norma, terminará siendo la regla general. Así, la Disposición Adicional undécima de la LOFAGE, relativa al régimen jurídico de la entidad pública empresarial de Correos y Telégrafos, establece en relación con sus medios de financiación que éstos pueden provenir de cualquiera de las vías enumeradas en el artículo 65.1 de la Ley analizada, prescindiendo sin más del régimen general de financiación para esta clase de entidades regulado, como ya nos consta, en el apartado 2 del mismo precepto legal.

3. LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

La LOFAGE dedica, única y exclusivamente, la Disposición Adicional duodécima a las Sociedades mercantiles estatales. A tenor de dicho precepto legal *«Las sociedades mercantiles estatales se regirán 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. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública»*.

La actividad que desarrollan los poderes públicos por medio de estas sociedades, encuentra fundamento en el artículo 128.2 del texto constitucional al reconocer «la iniciativa pública en la actividad económica». Se trata, como es sabido, de empresas competitivas o de mercado que, como tiene dicho la doctrina, se caracterizan por desarrollar una actividad mercantil de carácter productivo o comercial en régimen de concurrencia y paridad con el sector privado, fruto del reconocimiento del principio de «coiniiciativa pública y privada» que conlleva al sometimiento de ambos sectores al mismo estatuto jurídico³⁷. De ahí la prohibi-

³⁷ En este sentido se ha manifestado un numeroso sector doctrinal. Así, MORISSI, M., «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la “crisis”», en obra colectiva *La Constitución Española de 1978*, ed. Civitas, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Reflexiones sobre la empresa pública española», en *La Empresa Pública Española*, editorial IEF, Madrid, 1980, pág. 47; MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la Economía*, editorial CEURA, Madrid, 1985, pág. 377; ROJO, A., «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española», en *RDM*, núms. 169/170, pág. 320; FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 160; MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, volumen Y, de *La Ley*,

ción de la Ley de disponer a estas sociedades de «facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública».

El motivo de la exclusión de estas sociedades mercantiles del ámbito de aplicación de la LOFAGE y el correlativo sometimiento íntegro de dichas sociedades al ordenamiento jurídico privado —salvo las excepciones mencionadas— encuentra fundamento, como ya he expuesto, en su carácter instrumental respecto de «la iniciativa pública en la actividad económica» regulada en el artículo 128.2 del texto constitucional. En efecto, como es conocido, los poderes públicos desarrollan, por medio de las sociedades mercantiles estatales, una actividad que no puede ser calificada como administrativa en sentido estricto, ya que el único objeto que persiguen es la obtención de medios o recursos económicos, de modo análogo al de cualquier empresario. Estos recursos, evidentemente, pueden ser aplicados a otros fines de interés general pero no por esta circunstancia se puede sostener que la empresa persiga un interés general; son fines externos a los objetivos de la propia empresa y, por tanto, sólo se pueden perseguir de modo indirecto por la Administración propietaria de la sociedad de que se trate³⁸. A mi entender, ésta es la razón que lleva a la LOFAGE a excluir a las Sociedades mercantiles del ámbito de aplicación de la misma.

No obstante, no es posible desconocer el hecho de que existen, ciertamente, sociedades mercantiles cuyo objeto social es la consecución de algún fin de interés público. Éste es el caso de las sociedades que constituyen el ámbito de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de «régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas»³⁹. Pues bien, es preciso preguntarse cuál es la situación legal de todas estas sociedades, en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de ese preciso interés.

Madrid, 1991, pág. 95; MUÑOZ MACHADO, S., *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, editorial Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993; PAREJO ALFONSO, L., «La organización y el régimen jurídico de la Administración en cuanto actuación administrativa», en *Ponencias del Siminari de Dret Local, Sisena edició del Seminari (curso 1993-1994)* de Ayuntamiento de Barcelona, 1995; y *Eficacia y Administración...*, ob. cit., págs. 35 y ss. y PINAR MAÑAS, J. L., «Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario», en *RAP*, núm. 133. Igualmente, se puede consultar, la doctrina citada en DE LA SERNA, M. N., *La Privatización en España...*, ob. cit., nota 377.

³⁸ En este sentido se manifiestan autores como PAREJO ALFONSO, L., «La organización y el régimen jurídico de la Administración en cuanto actuación administrativa», ob. cit. ROJO, A., «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española», en *RDM*, núms. 169/170, pág. 321; SALA ARQUER, J. M., en «Huida del Derecho privado y huida del Derecho», en *REDA*, núm. 75, pág. 398.

³⁹ Así, en el caso de REPSOL, tal circunstancia es puesta de relieve por el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Repsol, sociedad anónima» y a determinadas sociedades de su grupo.