

EL «SECTOR PÚBLICO» COMO REFERENTE ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO¹

JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
Universidad de Alcalá de Henares

Cómo citar/Citation

García-Andrade Gómez, J. (2019).
El «sector público» como referente actual del derecho administrativo.
Revista de Administración Pública, 209, 175-208.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.05>

Resumen

Este trabajo estudia la conformación del «sector público» como ámbito subjetivo de aplicación del derecho administrativo en el campo de la gestión. A tal efecto, se analizan las principales características de esta tendencia, se destaca cómo el sector público en su conjunto forma una unidad con entidad propia, en tensión con la personalidad jurídica de sus entidades integrantes. Así como se identifican los retos que aún debe afrontar para su plena consolidación.

Palabras clave

Sector público; huida del derecho administrativo; personalidad jurídica; reestructuración.

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el proyecto de investigación “El Estado garante. Un nuevo modelo para afrontar los presentes retos sociales y económicos del Estado del bienestar” (DER2015-65223-C3-1-R) y gracias a las ideas compartidas y debatidas con la profesora Carmen Chinchilla Marín en el grupo “Investigación sobre Derecho Administrativo Económico y Patrimonial” (IURA Economial) de la Universidad de Alcalá.

Abstract

This paper analyzes how the so called «public sector» is emerging as the new scope of application of current administrative law in the field of management. For this purpose, the main characteristics of this trend are considered. It also highlights that the public sector as a whole is playing certain role in the legal system, despite the legal personality of the entities belonging to it. Finally, the paper identifies the challenges to be faced by administrative law in order to lay the foundations of the public sector.

Keywords

Public sector; “flight” from administrative law; legal personality; restructuring.

SUMARIO

I. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. II. FORMACIÓN, CONCEPTO Y COMPOSICIÓN ACTUALES DE LA CATEGORÍA DEL SECTOR PÚBLICO. III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL SECTOR PÚBLICO. IV. LA RELATIVIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA FRENTE A LA UNIDAD MATERIAL DEL SECTOR PÚBLICO. V. LOS RETOS EN LA ORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: 1. La necesidad de unos criterios generales de denominación y adscripción al sector público. 2. Las entidades mixtas. 3. Las personificaciones dependientes de organizaciones dotadas de autonomía. 4. La aplicación plena del derecho administrativo. 5. El régimen patrimonial. 6. El empleo público. 7. Integración funcional en el sector público. 8. Régimen de la distribución territorial de competencias. 9. El enjuiciamiento contencioso-administrativo. VI. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo contemporáneo está viviendo un replanteamiento en su ámbito subjetivo de aplicación como respuesta al fenómeno de la huida del derecho administrativo. Frente a la concepción tradicional, construida exclusivamente en torno a las Administraciones públicas, en el derecho español crece el número de regulaciones sectoriales de contenido administrativo que se aplican también a las personificaciones privadas en mano pública, para así evitar que desarrollen su actividad bajo la autonomía de la voluntad que les dispensa el derecho privado.

El sometimiento de personificaciones privadas en mano pública a reglas y principios del derecho administrativo es hoy muy visible en distintos ámbitos:

- a) La normativa contractual pública se aplica a las fundaciones y sociedades mercantiles en mano pública (art. 3.1.e y h LCSP) y comprende, entre otras, el sometimiento a las reglas de preparación de sus contratos (arts. 316 a 322); la revisión de oficio de algunos de sus actos (art. 41.2); la sujeción al recurso especial en materia contractual o a un recurso de alzada impropio (arts. 44.6, 47 y 321.5); así como la consideración de aquellas entidades como medios propios para la realización de encargos (arts. 32).

- b) En materia presupuestaria, la vigente LGP de 2003 incluye las sociedades y fundaciones en el sector público estatal (arts. 2 a 4), sometiéndolas a un menor control que a las entidades públicas. También la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012 extiende sus previsiones a las sociedades mercantiles en mano pública, pero extrañamente olvida las fundaciones (art. 2).
- c) Con respecto al empleo público, la sujeción de personificaciones privadas en mano pública al derecho administrativo es ya habitual en aspectos como las limitaciones sobre retribuciones y nuevo ingreso (art. 18 de la LPGE para 2018); las incompatibilidades (art. 2.g Ley 53/1984 y art. 1.2.d de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado); o la aplicación del régimen estatutario a los antiguos funcionarios en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (art. 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y disposición adicional séptima LRJCA).
- d) La Ley General de Subvenciones extiende hoy el concepto de subvención a las cantidades otorgadas por las fundaciones del sector público (disposición adicional decimosexta).
- e) La Ley de Transparencia y Buen Gobierno (LTBG) aplica buena parte de sus disposiciones a las sociedades mercantiles, fundaciones y asociaciones en mano pública respecto de la publicidad activa, acceso a la información pública y su régimen de impugnaciones (art. 2.1, letras g, h, i, y arts. 12 a 24).
- f) Incluso el régimen administrativo de responsabilidad patrimonial se ha extendido a las entidades de derecho privado de las Administraciones públicas (art. 35 LRJSP).
- g) En fin, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, prevé que este derecho pueda ejercerse, entre otras, ante cualquier entidad vinculada o dependiente de la Administración pública, lo que incluye las que revistan forma privada de personificación.

Un sector de la doctrina ha querido ver en este fenómeno un «retorno» al derecho administrativo². Sin embargo, más bien se aprecia una «expansión»

² J. Rodríguez-Arana (2005), «La vuelta al Derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)», *Revista Andaluza de Derecho Administrativo*, 57, págs. 37-63; J. Ortiz Mallol (2011), «Una reforma del sector público de la Administración andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 79, págs. 257-288; I. González Ríos (2014), «Hacia una racionalización «estructural» de los entes

del derecho administrativo, pues el derecho que surge de este proceso no es el de antaño, sino un derecho administrativo renovado que extiende sus reglas y principios a sujetos que tradicionalmente no han estado comprendidos en su ámbito de aplicación. Tanto es así que la expansión del derecho administrativo está exigiendo la reformulación de su ámbito subjetivo de aplicación, ampliándolo sensiblemente hasta conformar la actual categoría del *sector público*. En todo caso, con independencia de su denominación, lo cierto es que el derecho administrativo actual se aplica ya a un grupo muy amplio de sujetos que desborda el concepto estricto de las Administraciones públicas. Y, como resultas de lo anterior, se hace necesaria una adaptación del conjunto del ordenamiento jurídico administrativo para acomodarlo a los nuevos sujetos que integran el sector público y dar respuesta a los retos que estos plantean.

II. FORMACIÓN, CONCEPTO Y COMPOSICIÓN ACTUALES DE LA CATEGORÍA DEL SECTOR PÚBLICO

Desde hace décadas la organización administrativa española incorpora con normalidad a las sociedades³ y fundaciones en mano pública⁴, y paulati-

instrumentales: principios y reglas de inexcusable cumplimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 88, págs. 46 y 54; J. M. Gimeno Feliu (2016), «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores: la «vuelta» al derecho administrativo», en www.obcp.es; E. Gamero Casado (2018), «¿El «retorno» al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, págs. I-VIII; M. Sánchez Morón (2018), «El retorno del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 37-66.

³ En general, sobre las sociedades de la Administración: E. Montoya Martín (1996), *Las Empresas Públicas Sometidas al Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons; y, de la misma autora, (2016), «Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», en F. López Menudo (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* (págs. 199-234), Sevilla: Universidad de Sevilla; y J. M. Sala Arquer (2016), «Sociedades mercantiles estatales y sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177, págs. 39-51.

⁴ Sobre las fundaciones de la Administración: S. del Saz (1998), «Las fundaciones en el ámbito universitario», *Revista catalana de dret públic*, 23, págs. 29-52; J. L. Piñar (1998), «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 97, págs. 37-63; L. Morell Ocaña y A. Ruiz Ojeda (1999), «La técnica fundacional como instrumento de

namente les está extendiendo algunas de las reglas y principios propios de la gestión pública. Por lo que esta expansión del derecho administrativo también exige la reconstrucción del ámbito subjetivo de aplicación de las principales leyes administrativas, en la medida en que estas ya no pueden tomar como única referencia a las Administraciones y las restantes entidades públicas. Las insuficiencias de la fórmula tradicional ante la nueva realidad se ponen de manifiesto cuando se manejan las normas que aún no han adaptado su ámbito subjetivo de aplicación, como la LRJCA y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que dejan fuera de sus previsiones a una parte muy importante de la realidad administrativa contemporánea, lo que ocasiona respectivamente no pocos problemas de conciliación con el resto de las regulaciones y de anomia administrativa.

Para designar esta nueva realidad de la organización administrativa ha hecho fortuna la categoría de *sector público*. La categoría no es nueva, pues tradicionalmente ya se manejaba con una finalidad presupuestaria, por ejemplo, en la Constitución (arts. 128, 134 y 136), en la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas (art. 4), y también por la Ley General Presupuestaria con igual

gestión administrativa en el Derecho público», en A. Ruiz Ojeda (coord.), *Manual de fundaciones*, Madrid: Civitas, págs. 223-269; J. L. Bermejo Latre y O. Mir Puigpelat (1999), «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 104, págs. 575-593; J. García-Andrade Gómez (2001), «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución», *Revista de Administración Pública*, 155, págs. 107-147; E. Malaret y M. Marsal Ferret (2005), *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer; J. García-Andrade Gómez (2005), «Las fundaciones de la Administración», en S. Muñoz Machado *et al.* (dir.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid: Iustel (págs. 645-752); J. Socías Camacho (2006), *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Madrid: Iustel; M. T. Carballeira Rivera (2009), *Fundaciones y Administración pública*, Barcelona: Atelier; J.-C. Alli Turrillas (2010), *Fundaciones y Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons; A. Blázquez Lidoy (2010), «Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», en R. de Lorenzo *et al.* (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Cizur Menor: Aranzadi (págs. 329-371); P. Menéndez (2011), «Las fundaciones del sector público», en *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Cizur Menor: Aranzadi (págs. 111-163); J. M. Salar Arquer (2011), «El nuevo derecho público de las fundaciones privadas», en *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Cizur Menor: Aranzadi (págs. 87-110); y VV. AA. (2012), *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, F. Roversi-Monaco *et al.* (dirs.), Bononia University Press.

sentido⁵. En cambio, sí resulta muy novedoso que las actuales leyes generales del derecho administrativo también hayan comenzado a tomar el sector público como referencia para la aplicación de sus disposiciones. A este respecto, hace años que M. Vaquer anotó cómo el concepto de sector público se comenzaba a emplear de manera puntual para sujetar toda la organización pública a ciertos aspectos del régimen jurídico-administrativo⁶. Hoy ya es una tendencia generalizada.

La evolución experimentada en el ámbito subjetivo de aplicación de las leyes administrativas es particularmente elocuente en materia contractual, donde los sucesivos títulos de las leyes reflejan este cambio de referencias y de concepción de la organización pública: Ley de Contratos del Estado, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y ahora Ley de Contratos del Sector Público. De manera análoga, la LPACAP y la LRJSP de 2015 toman el sector público como referencia de su ámbito subjetivo de aplicación, y la última de ellas lo incorpora también a su título⁷.

De esta forma, el sector público se configura en la actualidad como una amalgama de la organización administrativa, en la que se comprende el censo de Administraciones territoriales y de entidades en mano pública, independientemente de si estas últimas revisten forma pública o privada de personificación. Con respecto a las concretas modalidades de personificación privada que tienen cabida en el sector público, en el ámbito estatal parecen contraerse

⁵ Para una evolución del contenido del sector público es interesante comparar la acepción claramente económica de S. Martín-Retortillo Baquer (1988), *Derecho administrativo económico*, Madrid: La Ley (págs. 223 y ss.), con la más formal y actual de A. Boto Álvarez (2011), *La Administración instrumental en el proceso*, Madrid: Reus (págs. 174 y ss.); y, de la misma autora, (2014), «Redimensionamiento del sector público local», en T. Quintana López (dir.), *La reforma del régimen local* (págs. 465-518), Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 480).

⁶ Este autor consideraba con acierto que la fórmula *sector público* se estaba empleando para superar el molde más estrecho y formal de la Administración, en cuanto delimitadora del ámbito de aplicación de las normas de Derecho administrativo, y se empleaba precisamente en «persecución por el Derecho administrativo» de los entes afectados por el fenómeno de la huida, M. Vaquer Caballería (1999), *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Madrid: Marcial Pons (págs. 63-64).

⁷ En el ámbito autonómico, véanse, entre otras: la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector Público Instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia; o la Ley valenciana 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones.

a las fundaciones y sociedades (art. 84.3 LRJSP). No obstante, en otros ámbitos territoriales sería posible extenderlo también a las asociaciones, pues el art. 3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación, reconoce a las personas jurídicas públicas la capacidad para constituir o formar parte de asociaciones⁸. En todo caso, dada la escasa relevancia de las asociaciones en mano pública, en adelante se centrará exclusivamente la atención en las exigencias que plantea la incorporación de las fundaciones y sociedades al sector público.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL SECTOR PÚBLICO

En el plano dogmático, el proceso de extensión del derecho administrativo a fundaciones y sociedades en mano pública ha traído como consecuencia más relevante la consolidación del sector público como referente de la aplicación del derecho administrativo.

La tendencia que aquí se analiza no se plantea como una reforma estructural o transformación del derecho administrativo, pues este derecho sigue ordenando de manera principal la actuación de las Administraciones públicas. Tan solo se quiere significar que la extensión de las reglas del derecho administrativo presupone la correlativa ampliación de su radio de acción, sin que, por tal motivo, sea preciso postular ningún cambio de denominación, que sería innecesario.

El derecho administrativo que se aplica al sector público sigue siendo un derecho estatutario. En efecto, no se define por razón de la actividad que desarrollen las entidades comprendidas en el sector público, sino porque es el derecho propio de los sujetos que lo integran. En última instancia, estos sujetos o bien son Administraciones públicas o bien son entidades reconducibles a aquellas, sea por vía del control, la dependencia o la vinculación. Así pues, es un derecho de las Administraciones públicas y sus organizaciones satélites⁹.

⁸ También la LTBG incluye en su ámbito de aplicación a las asociaciones constituidas por las administraciones, organismos y restantes entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (art. 2.1.i).

⁹ Recientemente, distintos autores han valorado con criterios divergentes la delimitación del derecho administrativo cuando se aplica a sujetos auténticamente privados: J. Esteve Pardo (2012), «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», *Revista de Administración Pública*, 189 (págs. 11 y ss. y 20 y ss.); F. Velasco Caballero (2014), *Derecho público más Derecho privado*, Madrid: Marcial Pons (págs. 142 y 148 y ss.); T. R. Fernández Rodríguez (2015), «Perspectivas actuales del Derecho adminis-

El carácter estatutario no obsta para que las entidades a las que se aplica puedan quedar también sometidas a reglas de derecho privado, al igual que ha sucedido tradicionalmente con las Administraciones públicas. Es más, en el caso de las entidades con forma privada de personificación, el sustrato de partida de su régimen jurídico viene definido por el derecho privado, que precisamente es desplazado por el derecho administrativo en aquellas parcelas donde se produce la expansión.

Este desplazamiento parcial anuncia ya otra de las características del derecho administrativo que se aplica al sector público: su pluralidad de intensidades. Mientras que las Administraciones y entidades públicas quedan sometidas a un derecho administrativo completo, en cambio, a las entidades con forma privada solo se extienden algunas de sus reglas administrativas, que además son generalmente más débiles, menos rigurosas, y con mayor protagonismo de los principios.

En consecuencia, el derecho del sector público arroja un cuadro muy heterogéneo, en función del tipo de entidad a que se aplique: derecho administrativo completo, derecho administrativo parcialmente ampliado y derecho privado. Esta pluralidad de intensidades y regímenes jurídicos es censurable por muchas razones. Introduce una complejidad extraordinaria e injustificada en los textos legales. Crea inseguridad jurídica, hasta el punto de que puede llegar a ser difícil conocer el concreto régimen jurídico aplicable a una personificación privada del sector público. Y, sobre todo, rara vez está justificado el sometimiento de las entidades que integran la organización administrativa y desarrollan funciones públicas a un derecho administrativo de distinta intensidad. Sirva el ejemplo de la LCSP como compendio de todos estos desaciertos.

Por otra parte, a las entidades con forma privada del sector público solo se extienden las reglas administrativas de la gestión, esto es, de la intendencia en materia presupuestaria, contractual, de empleo o de información. Por lo que no se extiende el derecho administrativo de las prerrogativas, propio del ejercicio de las potestades públicas. Aun cuando la LPACAP y la LRJSP dispongan que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de aquellas leyes que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas (art. 2.2.b), es muy infrecuente que el derecho les atribuya ese tipo de prerrogativas.

trativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163 (pág. 41); y J Barnes (2018), «La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo», en M. Vaquer Caballería *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 213-249), vol. 1 (págs. 242-244).

IV. LA RELATIVIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA FRENTE A LA UNIDAD MATERIAL DEL SECTOR PÚBLICO

El sector público en su conjunto, como amalgama de la organización administrativa, no solo carece de personalidad jurídica, sino que formalmente no es un sujeto de derecho que pueda actuar en el tráfico jurídico de manera autónoma respecto de las entidades que lo conforman. Como tampoco la categoría del sector público es en sí misma centro de imputación de derechos y obligaciones, ni altera por sí sola el régimen de la personalidad jurídica. En consecuencia, en el tráfico jurídico administrativo, cada una de las Administraciones y entidades que integran el sector público opera con su propia personalidad jurídica (art. 3.4 LRJSP). Correlativamente, solo aquellas Administraciones y entidades son las titulares de las potestades, derechos y obligaciones en las relaciones jurídicas que entablen.

Ahora bien, las anteriores ideas deben ser inmediatamente matizadas en el derecho administrativo actual, pues no cabe desconocer que aquella amalgama de personificaciones jurídicas que conforma el sector público, en cada ámbito territorial, constituye materialmente una organización administrativa unitaria¹⁰. Esto es, en la realidad administrativa práctica, en cada sector público territorial existe una unidad de decisión última, que respecto de las entidades que lo integran se traduce en la posibilidad de someterlas a una misma dirección política, hacerlas destinatarias de instrucciones, controlarlas y fiscalizarlas. Como manifestación de esta unidad de conjunto puede citarse la circunstancia de que las entidades instrumentales del sector público reciban la denominación de «vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas» (arts. 2.2.b y 81.3 LRJSP); también que la Administración actúe bajo la dirección del gobierno nacional, autonómico o local (art. 97 CE y art. 3.3 LRJSP); que las entidades integrantes del sector público institucional estatal estén sometidas al control de eficacia y super-

¹⁰ G. Ariño (1970), «La Administración Institucional. Origen y personalidad», *Revista de Administración Pública*, 63, págs. 85-130 (págs. 120-121); E. García de Enterría y T. R. Fernández (2017), *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, vol. I (pág. 444); M. Baena del Alcázar (1976), *Administración central y administración institucional en el Derecho español*, Madrid: IEA (págs. 216 y ss.); F. J. Jiménez de Cisneros Cid (1987), *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid: INAP (págs. 99 y ss.); J. Ortiz Mallol (2004), «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas», *Revista de Administración Pública*, 163 (pág. 250); A. Boto Álvarez (2011), *La Administración instrumental en el proceso*, Madrid: Reus (págs.134 y ss.).

visión continua (art. 85.1 LRJSP); y que se integren contable y presupuestariamente. Por otra parte, esta organización administrativa materialmente unitaria es el fundamento sobre el que descansa la intensa comunicación patrimonial, contractual, organizativa y de personal que existe entre las entidades de su seno. Solo las entidades que tienen reconocido un régimen de autonomía, como las universidades públicas o las autoridades independientes, escapan de esta unidad de decisión.

Esta dualidad no es extraña a otras parcelas del derecho, donde se atiende más a la unidad real subyacente que a la exclusiva formalidad de la personalidad jurídica. Así, los grupos societarios reciben un doble tratamiento por el derecho mercantil: el que corresponde a cada una de las sociedades que integran el grupo, y el específico del grupo como unidad de conjunto. Como advierte J. M. Embid, en los grupos de sociedades no hay correspondencia plena entre entidad económica y sujeto jurídico¹¹. La evidencia de que existe una unidad económica se proyecta sobre las distintas parcelas del derecho, que tratan a esta unidad empresarial como sujeto de derecho en distintos aspectos, ya sea en la presentación de cuentas (arts. 42 y ss., Código de Comercio), o en su consideración como centro de imputación tributaria de derechos, obligaciones, e incluso de responsabilidad solidaria (arts. 55 y ss. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades)¹².

Volviendo al carácter unitario del sector público en cada ámbito territorial, la realidad práctica muestra una unidad organizativa de conjunto que frecuentemente entra en conflicto con los atributos característicos de la personalidad jurídica de las entidades que lo integran¹³. De tal forma que se relativiza y modula la personalidad jurídica en el seno del sector público: la existencia de una unidad de conjunto produce efectos jurídicos que desbordan el acotado continente de cada personalidad jurídica; y las personas jurídicas desempeñan dentro del sector público un papel instrumental, más formal que efectivo. Como han expresado E. García de Enterría y Fernández, *ad intra* la personalidad jurídica instrumental es deficiente frente al ente matriz, tanto formalmente, como centro de imputación de las relacio-

¹¹ J. M. Embid Irujo (1995), «Grupo de sociedades», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Madrid: Civitas (pág. 3276).

¹² En el ámbito administrativo, véase M. Fuertes López (2007), *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Marcial Pons.

¹³ C. Chinchilla Marín (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, 203, págs. 17-56 (págs. 36 y ss.).

nes jurídicas, como funcionalmente en su capacidad autónoma¹⁴. Sirvan algunas manifestaciones del derecho administrativo para evidenciar cómo la unidad del sector público diluye los límites de las personas jurídicas que lo integran:

- a) Bajo la idea de que el sector público constituye una unidad, la ley impide a las personas jurídicas del sector público estatal que diriman sus controversias jurídicas relevantes por la vía ordinaria de las impugnaciones en sede administrativa o jurisdiccional. En su lugar, deberán seguir un procedimiento administrativo especial, que debe ser resuelto intramuros del sector público (disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo).
- b) En materia de contratación pública, la falta de alteridad subjetiva en los encargos dentro del sector público justifica la exclusión del régimen competitivo de selección de contratistas. Al entenderse que la entidad que desarrolla el encargo no es propiamente un tercero distinto de la entidad matriz, sino un medio propio de ella, no se reconoce naturaleza contractual al encargo, sino que se asimila a la ejecución directa por la propia Administración (arts. 30 a 33 LCSP).
- c) También en materia de personal, el Tribunal Constitucional ha relativizado la personalidad jurídica y la autonomía que esta conlleva para proyectar sobre una fundación en mano pública las decisiones de su entidad matriz.

En el Auto 206/1999, de 28 de julio, el Tribunal se pronunció acerca de la denuncia de que se habían aplicado criterios políticos para separar de su cargo a quien ocupaba funciones directivas en una fundación del sector público. El recurso no prosperó precisamente porque el Auto puso la fundación en el contexto de una unidad organizativa superior: «[...] en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional [...] Luego estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones» (FJ 2).

- d) Durante la crisis económica, han sido numerosas las *reestructuraciones* del sector público estatal, autonómico y local, que han consistido en la

¹⁴ García de Enterría y Fernández, vol. I (2017: 442 y ss.).

disolución de entidades, su fusión, el traspaso de empleados de unas a otras o la cancelación de líneas de actividad de unas entidades para su encomienda a otras¹⁵.

Algunas de las anteriores medidas, improvisadas como un derecho de emergencia ante la gravedad de la crisis, se han institucionalizado hoy en la LRJSP como habilitaciones para ejecutar modificaciones estructurales en el sector público estatal. En particular, cualquier organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación

¹⁵ J. García-Andrade Gómez (2013), «La reestructuración del sector público fundacional», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 4, págs. 19-56; E. Montoya Martín (2014), «Reestructuración de la Administración Instrumental y de estructuras asociativas: Lecciones aprendidas y estrategias», en F. A. Castillo Blanco (coord.), *La reforma del Sector Público*, Sevilla: Instituto García Oviedo (págs. 107-144); y S. Rodríguez Escanciano (2017), «Reestructuración empresarial en los entes instrumentales del sector público», en C. García Novoa (ed.), *Aspectos jurídicos de los entes instrumentales de la Administración pública* (págs. 145-161), Santiago de Compostela: USC (págs. 118 y ss.).

En el ámbito estatal, sirvan como ejemplo la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional Estatal; y la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y Otras Medidas de Reforma Administrativa.

En el ámbito autonómico los ejemplos son muy numerosos: Ley 4/2005, de 8 de julio, de Reordenación del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía; Ley 1/2011, de 24 de febrero, de Transformación de Fundaciones del Sector Público Sanitario de las Illes Balears y de Determinación del Régimen Jurídico de las Fundaciones Públicas Sanitarias; Ley catalana 11/2011, de 29 de diciembre, de Reestructuración del Sector Público para Agilizar la Actividad Administrativa; Ley aragonesa 4/2012, de 26 de abril, de Medidas Urgentes de Racionalización del Sector Público empresarial; Ley 2/2012, de 20 de julio, de Racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley valenciana 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat; Ley asturiana 1/2013, de 24 de mayo, de Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico; Ley de Castilla y León 11/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias y de Reestructuración del Sector Público Autonómico; Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público autonómico; Ley asturiana 8/2014, de 17 de julio, de Segunda Reestructuración del Sector Público Autonómico.

- del sector público institucional estatal puede transformarse y adoptar la naturaleza jurídica de otro de los citados (art. 87 LRJSP)¹⁶. Por norma reglamentaria podrán fusionarse entre sí organismos públicos y también entre sí fundaciones del sector público (arts. 94 y 136 LRJSP). Del mismo modo, el Consejo de Ministros podrá acordar la disolución de este tipo de entidades del sector público (art. 96.1.g y art. 136 LRJSP).
- e) En el ámbito autonómico, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, explicita la relación entre la personalidad jurídica y el principio de instrumentalidad, reconociendo la primera, pero disponiendo que los fines y objetivos que se asignan específicamente a las personas jurídicas son propios de la Administración de que dependen (art. 51).
- En esta concepción unitaria del sector público, la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico, dedica un título específico a la «Colaboración dentro del sector público».
- f) Esta realidad se constata incluso procesalmente, como refleja la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. 318/2012, que resolvió una controversia sobre la cantidad adeudada por una universidad a una entidad pública. La cuestión litigiosa giraba en torno al juego de la personalidad jurídica dentro del sector público autonómico, pues formalmente el titular del

¹⁶ Debe hacerse notar la deficiente técnica legislativa empleada por la LRJSP para regular las transformaciones de las entidades del sector público en otras, pues una transformación consiste en que una misma persona jurídica se reestructura interna y externamente, sustituyendo sus antiguos órganos por otros diferentes, adoptando una nueva forma jurídica e incluso denominación. Por ejemplo, una sociedad mercantil se transforma en una fundación, y para ello suprime su junta de accionistas y consejo de administración, que serán sustituidos por un patronato; la nueva entidad modifica su forma de personificación de sociedad a fundación, así como su denominación, y, por supuesto, el derecho aplicable.

En cambio, el art. 87.2 de la LRJSP dispone que la transformación tendrá lugar, conservando su personalidad jurídica, por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de la entidad transformada con sucesión universal de derechos y obligaciones. El apdo. 5 b) del mismo artículo también prevé la posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada. En otras palabras, la operación que describe este artículo no es propiamente una transformación, sino que requiere en realidad la existencia de una segunda persona jurídica a la que se transmite de manera global el activo y el pasivo de la cedente, mientras que esta última queda vacía. Bajo la misma idea equivocada se contempla la integración del personal en la entidad transformada, cuando en realidad en una transformación el personal no habría de integrarse en ninguna persona jurídica nueva, sino que seguiría prestando servicios en la misma persona jurídica que cambia de forma.

derecho de crédito era una entidad pública con personalidad jurídica propia, pero la acción procesal fue emprendida por una consejería autonómica, por lo que se cuestionó que esta última ostentara legitimación activa en defensa de un derecho que formalmente correspondía a otra entidad con personalidad jurídica diferenciada. En este caso, el tribunal consideró que debía admitirse «la actividad del ente matriz en defensa y protección de los recursos que integran los medios económicos del organismo» por distintas razones: el organismo era una organización personificada instrumental creada por la comunidad autónoma matriz; aunque el organismo se dote de cierta autonomía formal, la entidad matriz sigue ostentando potestades de configuración, dirección, control y tutela a través de la adscripción; no hay independencia absoluta; las líneas generales de actuación del sector público económico deben ir coordinadas con la actividad presupuestaria anual; los medios económicos del organismo son fondos públicos; existía coincidencia en la persona que ocupaba los órganos de máxima responsabilidad en ambas instituciones. Como se aprecia, son argumentos que relativizan la personalidad jurídica del organismo en favor del carácter unitario del sector público que dirige la Administración matriz (en igual sentido la STS de 2 de enero de 2013, rec. 1687/2012).

La relativización de la personalidad jurídica dentro de la unidad organizativa que constituye el sector público despliega sus efectos también *ad extra*, frente a los terceros que se relacionan con las concretas entidades del sector público. Así, quienes entablan una relación de empleo o contractual con una determinada entidad en mano pública pueden terminar siendo parte en una relación jurídica con otra entidad del sector público completamente diferente, como consecuencia de medidas de reestructuración del sector público o por la irrupción de la Administración matriz. De esta forma, el sector público adquiere cierta entidad propia en el tráfico jurídico, presenta cierta subjetividad frente a los terceros, con independencia de que la capacidad jurídica corresponda a las concretas personas jurídicas que lo integran. De suerte que, en la práctica y aunque las leyes no lo reconozcan expresamente, en determinados supuestos, el sector público opera en el tráfico jurídico como un sujeto de derecho.

Debe notarse que generalmente la consideración unitaria del sector público *ad extra* opera más bien como una prerrogativa de la Administración, de la que no disfrutan los ciudadanos, al menos en igual medida que la Administración. Pues los empleados, contratantes, acreedores o litigantes respecto de una concreta entidad del sector público no tendrán derecho a ser considerados titulares de derechos o intereses que puedan oponer ante el sector público en

su conjunto, buscando su mayor solvencia, movilidad laboral o la compensación de créditos¹⁷. Téngase además en cuenta que el régimen jurídico aplicable a cada relación jurídica dependerá del tipo de entidad del sector público de que se trate. De manera que la unidad del sector público solo opera cuando el ordenamiento o la propia Administración así lo deciden de manera expresa o en los contados casos en que los tribunales aplican la doctrina del levantamiento del velo.

Existe, por tanto, una asimetría en la consideración de la unidad sustancial del sector público respecto de la personalidad jurídica, que, en principio, no puede reputarse por sí misma contraria a derecho, pues el desequilibrio en las posiciones jurídicas que ocupan la Administración y el ciudadano es consustancial al derecho administrativo. Sin embargo, sí podría ser contraria al principio de seguridad jurídica la indefinición en que queda el ciudadano que se relaciona con una determinada entidad y, sin que existan previsiones normativas al efecto, puede ver cómo se produce una novación subjetiva o la irrupción de la Administración en la relación jurídica, en ocasiones con merma de sus garantías patrimoniales o con alteración del régimen jurídico aplicable.

V. LOS RETOS EN LA ORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Hace dos décadas el derecho administrativo comenzó a extender algunas de sus reglas y principios a las personificaciones privadas de la Administración, lo que supuso una sensible ampliación del censo de sujetos sometidos a aquel derecho, al tiempo que se abrió paso la categoría del sector público en el derecho administrativo con su significado actual. Hoy ya son numerosas las leyes administrativas que publican el régimen jurídico de la gestión de las fundaciones y sociedades en mano pública y que toman el sector público como delimitador de su ámbito subjetivo de aplicación. Si esta tendencia en el derecho administrativo pudo desarrollarse en sus inicios sin una sistematización previa, la posterior evolución ha puesto al descubierto una serie de carencias y necesidades que no encuentran respuesta adecuada en el derecho administrativo vigente, en la medida en que fue concebido exclusivamente para las Administraciones públicas. Por lo que la ordenación del sector público tiene

¹⁷ Véase a este respecto el interesante debate doctrinal surgido acerca de la limitación de la responsabilidad de las sociedades del sector público: Chinchilla Marín (2017: 48-56) y M. Fuertes (2018), «Acoraciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 67-97 (págs. 86-88).

ante sí unos retos que pasan por el acomodo del derecho administrativo a la nueva realidad por él creada.

1. LA NECESIDAD DE UNOS CRITERIOS GENERALES DE DENOMINACIÓN Y ADSCRIPCIÓN AL SECTOR PÚBLICO

El legislador es consciente de la importancia de que las denominaciones y definiciones permitan identificar adecuadamente la adscripción pública o privada de las entidades, a efectos de que el propio sector público y quienes se relacionan con sus entidades tengan seguridad acerca del régimen jurídico que les resulta aplicable. Así lo acredita la exigencia de que figuren en la denominación de la entidad correspondiente unos términos o siglas, identificativos de la adscripción pública (arts. 109.3, 111.2 o 128.2 LRJSP), y de que las entidades se inscriban en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local (arts. 82 y 93 LRJSP).

Sin embargo, las leyes administrativas no manejan denominaciones, criterios, ni definiciones uniformes para designar ni identificar a las personificaciones privadas que integran el sector público:

- a) Con frecuencia se las identifica por el tipo de persona jurídica de que se trate, fundaciones o sociedades (art. 2.1 LTBG). Pero en otras ocasiones se emplea una categoría genérica que opone el carácter público o privado de la entidad: «entidades de derecho privado» frente a «entidades de derecho público» (art. 11.1 LRJSP).
- b) Sin embargo, las leyes no definen qué sea una entidad de derecho público o privado. Generalmente esta designación se ha interpretado como una referencia al tipo de personificación que adoptan: pública o privada. Pero también cabría considerar si se refieren al tipo de derecho que las rige, que, en tal caso, sería tanto privado como administrativo, dada la expansión que de este último se ha producido en los últimos años. En fin, también podría tener el mismo significado que en el derecho comunitario de la contratación, donde el término «organismo de derecho público» designa la adscripción del organismo al ámbito de lo público, con independencia de cuál sea su forma de personificación (art. 2.1.4 de la Directiva 2014/24).
- c) En ocasiones, las leyes contienen criterios para saber cuándo se está en presencia de una fundación o sociedad del sector público (art. 3.1 LCSP). Pero no siempre acontece así, como muestra la STS de 14 de julio de 2014, rec. 200/2013, dictada para resolver la controversia suscitada por el artículo 22.uno.f de la LPGE para el año 2012, acerca del concepto de entidad mercantil del sector público a efectos de limitaciones retributivas.

- d) Por otra parte, no son infrecuentes las definiciones e incluso denominaciones divergentes para una misma realidad. Por ejemplo, la LTBG incluye con carácter básico en su ámbito subjetivo a las «fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones», sin embargo, la legislación de fundaciones a la que se remite no tiene carácter básico para el sector público, por lo que habrá de estarse a la legislación estatal o autonómica correspondiente, dando pie, de esta manera, a que pueda quebrarse la uniformidad básica respecto de los sujetos obligados. Por su parte, la Ley General de Subvenciones también las denomina «fundaciones del sector público» y las define con carácter básico en la disposición adicional decimosexta, pero ni la denominación ni la definición coinciden con el concepto de «fundación pública» que maneja el art. 3.1 LCSP, también con carácter básico.
- e) Las leyes también emplean el criterio de la *vinculación o dependencia* de la entidad respecto de la Administración o del sector público en general (art. 2.2.b LRJSP). Sin embargo, el derecho español normalmente no define en qué consiste la vinculación o la dependencia¹⁸.
- La imprecisión de los conceptos *vinculación y dependencia* dificulta la identificación de las entidades correspondientes¹⁹. Asimismo, plantea la cuestión de si comprende a las entidades con régimen de autonomía. Así el art. 2.1.d) de la LTBG parece incluir entre las entidades vinculadas o dependientes a las universidades públicas, a pesar de su régimen de autonomía y, paradójicamente, parece asociar la autonomía únicamente con las funciones de regulación de un sector o actividad (art. 2.1.c).
- f) En fin, las leyes también emplean la expresión «entes que se rijan por el derecho privado» (art. 3.2 Ley General de Subvenciones), con la que seguramente se quiere hacer referencia a las personificaciones privadas del sector público, pero a la vista de las numerosas regulaciones administrativas que se les aplican, resulta en extremo equívoca.

Exigencias elementales de seguridad jurídica y de buena técnica legislativa reclaman denominaciones, criterios y definiciones uniformes, idealmente acompañadas de cláusulas genéricas de cierre al modo de la que la LCSP ha tomado del derecho comunitario (art. 3.3.d).

¹⁸ Una excepción se encuentra en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que define las «entidades instrumentales de la Administración» con una fórmula genérica que atiende a la creación, participación mayoritaria o control efectivo por la Administración (art. 50).

¹⁹ Boto Álvarez (2012: 157) reconduce la vinculación y dependencia a la idea más genérica de control.

2. LAS ENTIDADES MIXTAS

La delimitación del sector público tiene planteado un reto adicional respecto de las entidades mixtas, es decir, aquellas entidades con forma privada participadas de forma conjunta por el sector público y el privado. Tanto su carácter fronterizo como la variedad de situaciones que muestra la vida administrativa (constitución conjunta, participaciones sobrevenidas) dificultan particularmente la formulación de criterios generales de delimitación, que permitan adscribir con seguridad las entidades a un sector u otro²⁰.

Ni el derecho comunitario ni el nacional ofrecen criterios seguros de delimitación cuando se trata de entidades mixtas. Por ejemplo, la normativa europea sobre contratación pública encierra cierta contradicción en la formulación de sus criterios de delimitación, particularmente cuando se trata de fundaciones y asociaciones que pueden perseguir el interés general tanto en el ámbito público como en el privado. Así, dada una entidad con participación mixta, que persiga fines de interés general y esté dotada de personalidad jurídica, el criterio determinante de su adscripción al ámbito de lo público sería la concurrencia de alguna de las siguientes condiciones: que reciba una financiación mayoritaria del sector público; que su gestión esté sujeta a la supervisión por el sector público; o que el sector público designe a más de la mitad de los integrantes de sus órganos rectores o de fiscalización (art. 2.1.4 de la Directiva 2014/24). De acuerdo con esta directiva, bastaría la concurrencia de una de estas últimas condiciones para que la entidad fuera considerada como un organismo de derecho público. Pero esta solución no ofrece una adecuada respuesta al problema de cómo clasificar a una entidad mixta en la que simultáneamente concurren condiciones que la adscribirían tanto al sector público como al privado, como, por ejemplo, la designación mayoritaria de sus responsables por un sector y financiación mayoritaria por otro.

El Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, es más flexible a este respecto, pues asocia el control de la entidad con la posibilidad de «determinar la política general o el programa de la misma» (apdo. 20.13, cap. 20, anexo A) y a tal efecto enuncia una serie de criterios que podrían determinar tal control público, pero también añade una cláusula de apertura a la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, hasta el punto de que se admite que incluso la

²⁰ Así se puede comprobar en el inventario de entes del sector público que publica el Ministerio de Hacienda, donde figura un buen número de entidades bajo la condición de «unidad pendiente de clasificación», generalmente porque la participación en ellas de entidades del sector público y privado arroja dudas sobre su estructura de dominio.

financiación mayoritaria puede no resultar determinante para el control efectivo de la entidad²¹.

En el derecho español, las asociaciones y fundaciones mixtas del sector público son las figuras de más difícil adscripción, ya que la Ley orgánica Reguladora del Derecho de Asociación no contiene previsiones sobre el control de las asociaciones constituidas o participadas por entidades del sector público, tampoco el art. 2.1, i) LTBG y la LRJSP sencillamente no las contempla. Con respecto a las fundaciones del sector público, la delimitación de su control se inspira en los criterios de la normativa comunitaria sobre contratación pública (art. 128.1 LRJSP y art. 3.1.e LCSP), que, como se ha visto, ofrece soluciones insatisfactorias para determinar de manera efectiva si una entidad mixta está sometida a control público.

3. LAS PERSONIFICACIONES DEPENDIENTES DE ENTIDADES DOTADAS DE AUTONOMÍA

La LRJSP revela un esfuerzo por tratar de adecuar el régimen de las personificaciones privadas a las particularidades del sector público, pero aun resulta insuficiente. Uno de los problemas se plantea porque en general el régimen jurídico del sector público se ha moldeado en torno a una concepción excesivamente centralista y jerárquica, que no es la que hoy ordena el sector público en su conjunto y, por tal motivo, entra en conflicto cuando trata de aplicarse a entidades institucionales o territoriales dotadas de autonomía.

Entre los ejemplos que pueden ilustrar la idea se encuentran la regulación del control de eficacia y supervisión continua de todas las entidades integrantes del sector público estatal, que se atribuye al Ministerio de Hacienda (art. 85.1 LRJSP); esta ley también prevé que la transformación de cualquier sociedad o fundación del sector público estatal se deba instrumentar mediante

²¹ El apdo. 20.15, cap. 20, anexo A, SEC, dispone así: «Un solo indicador puede ser suficiente para determinar si existe el control, pero si una ISFL que está financiada principalmente por las administraciones públicas mantiene la capacidad para definir su política o programa en una medida significativa siguiendo las líneas mencionadas en los demás indicadores, entonces no se consideraría controlada por las administraciones públicas. En la mayoría de los casos, una serie de indicadores conjuntamente señalan el control. Una decisión basada en estos indicadores será valorativa por naturaleza».

Sobre la interpretación de estas previsiones son reveladoras las conclusiones del abogado general del TJUE, de 28 de febrero de 2019, asuntos C-612/17 y C-613/17, *Federazione Italiana Golf*.

real decreto (art. 87); o, en fin, la tutela funcional sobre las sociedades anónimas del sector público estatal se atribuye a un ministerio, lo que implica la posibilidad de instruir a la sociedad respecto de sus líneas de actuación estratégica y el establecimiento de prioridades en su ejecución (art. 116).

Pues bien, como quiera que las administraciones independientes también pueden instituir sociedades y fundaciones instrumentales que coadyuven en la realización de sus cometidos, la proyección sobre ellas de las anteriores previsiones viene a cuestionar la efectividad de la autonomía legalmente reconocida a aquellas autoridades independientes. En efecto, al residenciar en los ministerios o el Consejo de Ministros la potestad de ejercer el control de eficacia, la supervisión continua, la tutela funcional o su transformación, se está recortando una importante parcela de la autonomía de las autoridades independientes, que de esta forma pierden buena parte del control respecto de sus entidades instrumentales.

Más grave es el caso de las fundaciones dependientes de las entidades locales y universidades públicas. Debe partirse del reconocimiento constitucional tanto de la autonomía universitaria como de la local (arts. 27.10 y 137 CE), una de cuyas principales manifestaciones es la autonomía organizativa, por ejemplo, para decidir si determinadas actividades se encomiendan a fundaciones propias. Sin embargo, aquellas fundaciones quedan sometidas al protectorado estatal o autonómico correspondiente, abriéndose de esta manera una vía de fiscalización por otro poder territorial, no prevista en el bloque de constitucionalidad o en la configuración autónoma de la universidad.

Cabe recordar que la STC 120/2011 consideró contrario a la CE que las fundaciones dependientes de la Administración estatal quedaran sometidas al protectorado autonómico:

[...] lo que en modo alguno puede hacer la Comunidad de Madrid en el ejercicio de su competencia es extender el ámbito de aplicación de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, a las fundaciones del sector público estatal. Y ello [...] porque, en tal caso, la decisión de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación (FJ 8).

El art. 134 LRJSP ha tratado de salvar esta contravención competencial al atribuir el protectorado de las fundaciones del sector público a la Administración de adscripción «que tenga atribuida tal competencia» (precepto de carácter básico). Pero, al exigir el requisito de que la Administración tenga

atribuida la competencia del protectorado, excluye a las entidades locales y las universidades públicas, que no pueden ejercer el protectorado sobre su propia organización, por lo que persiste en nuestro ordenamiento este grave problema de integración de las fundaciones locales y universitarias en el sector público.

4. LA APLICACIÓN PLENA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ya se ha expuesto cómo las actuales leyes administrativas acostumbran a extender solo de manera tímida sus reglas administrativas a las entidades del sector público con forma privada. Lo que no resulta justificado, genera inseguridad jurídica e introduce una innecesaria complejidad. Con el resultado de que entidades igualmente integradas en la organización administrativa se sometan a regímenes distintos, solo por razón de su forma de personificación.

Seguramente en los momentos iniciales de la expansión del derecho administrativo fuera inevitable su aplicación gradual a las entidades con forma privada. Ahora bien, transcurridos más de veinte años desde que se comenzó a aplicar el derecho administrativo a las entidades con forma privada, no hay ya razones que justifiquen una extensión débil de las reglas administrativas. El derecho comunitario muestra cómo es posible el pleno sometimiento de las fundaciones y sociedades mercantiles en mano pública a sus disposiciones. Solo la realización de actividades mercantiles justifica la inaplicación o modulación de ese derecho.

Conviene aclarar que no se propugna aquí la reconducción de toda la paño de entes del sector público a un modelo organizativo unitario, sino que, dentro de una diversidad organizativa tan amplia como se considere oportuna, los distintos tipos de entidades se sometan por igual a las reglas administrativas sectoriales correspondientes, sea en materia contractual, de empleo o de transparencia, sin que importe a tal respecto la forma de personificación.

5. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL

Una parcela desatendida por el derecho administrativo es la relativa a la gestión patrimonial de las entidades del sector público con forma privada. En efecto, la LPAP se ocupa únicamente de las sociedades mercantiles en cuanto objeto patrimonial de las Administraciones públicas²² (arts. 7.2, 166.3 y 4 y

²² No lo hace de las fundaciones del sector público en la medida en que no pueden ser objeto de propiedad, aunque sí podrían serlo sus fondos propios si se previera la reversión patrimonial a la extinción de la entidad.

167.2 LPAP), pero, como enuncia el propio título de la ley, no contempla en su ámbito subjetivo de aplicación al actual sector público, también integrado por sociedades mercantiles y fundaciones.

Como resultado, la proliferación de sociedades y fundaciones en mano pública no se ha acompañado de una adecuación del régimen jurídico de su gestión patrimonial a las exigencias de su pertenencia al sector público, de tal manera que operan bajo los postulados de la autonomía de la voluntad propios de las entidades auténticamente privadas²³. Con respecto a la necesidad de flexibilidad de las sociedades para operar en el tráfico jurídico, aquella se justifica respecto de su actividad propiamente mercantil, siendo posible diferenciar los actos de disposición de los bienes y productos con los que comercien en el ejercicio de su actividad propia, respecto de los actos de disposición del resto de su patrimonio, especialmente cuando alcancen un valor relevante, pues solo respecto de los primeros estaría justificado el sometimiento al derecho privado.

La falta de adecuación del derecho administrativo en esta parcela de la actuación del sector público no solo cuestiona las exigencias de buena administración, sino también las garantías de quienes se relacionan con tales entidades.

6. EL EMPLEO PÚBLICO

El empleo público es una de las parcelas donde son más evidentes los recelos y resistencias a la plena aplicación del derecho administrativo al conjunto del sector público, lo que está dando lugar a situaciones muy paradójicas.

Como testimonio de la resistencia indicada cabe citar la doctrina constitucional que entiende que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 CE no es aplicable a los supuestos de contratación laboral por parte de las Administraciones públicas (STC 86/2004, de 10 de mayo)²⁴. En consecuencia, tampoco resulta aplicable a la

²³ J. V. González García (2018), «El patrimonio de las sociedades mercantiles públicas», en I. Fernández Torres (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma* (págs. 415-433), Madrid: Iustel (págs. 424 y 425), ha analizado esta cuestión y entiende que serían aplicables las técnicas administrativas de gestión patrimonial a las sociedades mercantiles, en virtud del principio comunitario de buena administración.

²⁴ J. García Luengo (2016), «La extensión al sector público del principio de igualdad en la selección de personal», en J. M. Baño León (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (págs. 807-827), Madrid: CEPC (pág. 817 y 818).

contratación laboral por entidades con forma privada del sector público. Sin perjuicio de que los potenciales aspirantes sí estén amparados por el principio de igualdad, es evidente que una interpretación tan formalista y tradicional de qué sean las funciones y los cargos públicos ha quedado superada por la realidad del Estado contemporáneo, más diverso y heterodoxo en los instrumentos jurídicos de que se sirve. Realidad, por cierto, que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido en otros supuestos²⁵.

También la reciente historia de la legislación administrativa certifica que los reparos del legislador en este punto se traducen en una complejidad injustificada. Así ocurrió cuando en el sistema sanitario público se operó una descentralización organizativa a través de una doble vía. Primera, la transformación de hospitales previamente existentes en «fundaciones públicas», que fueron equiparadas a los organismos públicos para que se les pudiera adscribir su personal estatutario. Segunda, la creación de nuevos centros hospitalarios como meras «fundaciones», que solo contarían con personal laboral. Esta dualidad se justificó en la idea de que la naturaleza jurídica privada de las fundaciones les impedía contar con personal estatutario²⁶.

Sin embargo, poco tiempo después, la Ley 14/2000 creó la sociedad estatal Correos y Telégrafos, a la que se adscribió tanto el personal funcionario como el laboral de la antigua entidad pública. Aun siendo un supuesto excepcional, refutó la tesis hasta entonces vigente sobre la imposibilidad de que los funcionarios prestasen servicio en personas de naturaleza jurídica privada²⁷.

Paradójicamente, a pesar de contar con el referente de Correos y Telégrafos, el EBEP se concibe bajo la ecuación entre forma jurídica y régimen jurídico aplicable, de manera que no incluye a las sociedades y fundaciones del sector público dentro de su ámbito de aplicación, sino que se limita a extenderles ciertos principios informadores (disposición adicional primera).

²⁵ Véase *infra* la jurisprudencia constitucional, en el epígrafe sobre el régimen competencial.

²⁶ Véanse el Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD; el art. 111 de la Ley estatal 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud; y M. Vaquer Caballería (1999: 54).

²⁷ Cabe recordar que el ATC 254/2006, de 4 de julio de 2006, afirmó que: «La decisión de gestionar un servicio público (como es el servicio postal universal [...]) mediante una fórmula de personificación instrumental de Derecho Privado es [...] una opción organizativa legítima [...] y el hecho de que el personal que preste servicios en una sociedad mercantil pública pueda tener o no la condición de funcionario público responde igualmente a una legítima opción organizativa del legislador».

La falta de una ordenación administrativa de mínimos para el conjunto del sector público se ha evidenciado en el proceso de reestructuración y ha dificultado la movilidad y readscripción del personal de las entidades con forma privada que han sido extinguidas. Se da la paradoja de que la normativa de empleo público, con el EBEP como norma de cabecera, no parte de una concepción unitaria del sector público y, en consecuencia, no establece un común denominador de ingreso en él²⁸. Sin embargo, las medidas de ahorro en el sector público precisamente se asientan en la concepción unitaria de este, que permite no solo la reestructuración de sus entidades, sino también la movilidad y adscripción de los empleados públicos dentro del sector público. Y cuando ambas concepciones entran en colisión, dan lugar a contradicciones, como ha ocurrido en la Ley estatal de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa, que ha adscrito a entidades con forma pública el personal proveniente de sociedades y fundaciones por ella disueltas, pero lo ha hecho bajo la condición de «que en ningún caso este personal adquiriera la condición de empleado público», para evitar equiparar a empleados que sí han superado pruebas selectivas con los que no lo han hecho (arts. 5, 8 y 9)²⁹. La negativa a reconocer la condición de empleado público a quienes, fruto de la reestructuración, mantienen una relación laboral con una entidad pública entra, a su vez, en abierta contradicción con el EBEP, que reconoce la condición de empleados públicos a todos ellos: «quienes

²⁸ La falta de una concepción unitaria del sector público se pone también de relieve en las numerosas resoluciones judiciales sobre cesión ilícita de trabajadores, R. Fernández Fernández (2017), «Acceso al empleo y cesión ilícita de trabajadores en los entes instrumentales», en C. García Novoa (ed.), *Aspectos jurídicos de los entes instrumentales de la Administración pública* (págs. 145-161), Santiago de Compostela: USC (págs. 157 y ss.); y Rodríguez Escanciano (2017: 118 y ss.).

²⁹ Véase también la disposición adicional vigésima sexta, apdo. uno, b), de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que prohibía a las Administraciones y entidades de derecho público incorporar como empleados públicos al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración pública. Previsión que fue anulada por la STC 122/2018, de 31 de octubre, por exceder del ámbito propio de una ley de presupuestos. Sobre esta cuestión, véase E. M. Menéndez Sebastián (2018), «Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 193, págs. 127-155.

desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales» (art. 8)³⁰.

El último de los desafíos que quiere apuntarse en materia de empleo público se produce paradójicamente en la LRJSP y se refiere a la relativa falta de efectividad del mandato contenido en el art. 103.3 CE, que encomienda al legislador la regulación del sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos. Como se ha indicado, el régimen de incompatibilidades cuenta con un ámbito subjetivo de aplicación moderno, que se extiende a todos los empleados del sector público, incluidos los que prestan sus servicios en las fundaciones y sociedades en mano pública. Sin embargo, en materia de abstención y recusación la regulación no se ha adaptado a la realidad administrativa actual. La gran paradoja es que esta falta de adecuación se contiene en la LRJSP, una norma que lleva el sector público en su mismo título, que incluye a las entidades con forma privada en su ámbito subjetivo de aplicación, pero que, a pesar de ello, a la hora de regular la abstención y recusación, sigue con mimetismo las soluciones del derecho más tradicional, pues contrae sus mandatos a las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones (arts. 23 y 24), por lo que quedan excluidos de su aplicación los empleados del resto del sector público (fundaciones y sociedades). Y esto a pesar de que este personal participa en la gestión de asuntos públicos e incluso tramita procedimientos administrativos, como los contractuales o los de acceso a la información pública. Aun cuando estos empleados no sean funcionarios en sentido técnico, no parece lógico que, si el ordenamiento renueva la organización administrativa y forma un sector público de base amplia, no le aplique la totalidad de las garantías constitucionalmente previstas para el ejercicio de su función.

³⁰ Esta problemática ha sido especialmente controvertida en relación con las reordenaciones de personal en el sector público andaluz. La STSJA, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de noviembre 2011, rec. 414/2011, y la STSJA, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de octubre 2012, rec. 1314/2011, se pronunciaron en relación con la subrogación de una entidad pública de la Junta de Andalucía en los contratos de trabajo celebrados bajo régimen de derecho laboral por una entidad en mano pública. En el criterio de las dos sentencias, dado el origen de derecho privado del personal adscrito, la subrogación supondría una vulneración de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, por lo que anularon las respectivas subrogaciones. Las citadas sentencias fueron respectivamente casadas por las SSTs de 21 de enero de 2013, rec. 6191/2011, y de 25 de marzo de 2013, rec. 1326/2012, al considerar, entre otros motivos, que los trabajadores integrados ya eran previamente empleados públicos. Véanse también Ortiz Mallol (2011: 279 y ss.) y González Ríos (2014: 47 y ss.).

7. INTEGRACIÓN FUNCIONAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Como se ha indicado, la conciencia de la unidad del sector público se ha hecho muy visible en la legislación de crisis y ha permitido ejecutar difíciles reestructuraciones en su seno, mediante la redistribución de actividades, medios materiales, empleados y la reordenación de las personas jurídicas que lo componen, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico y local. Sin embargo, aquella conciencia en buena parte se desvanece al momento de legislar para la gestión cotidiana, como pone de relieve la falta de mecanismos ordinarios de derecho administrativo para atribuir competencias a las personificaciones privadas del sector público. Lo que dificulta la plena integración funcional de estas entidades en el sector público.

En efecto, las leyes generales del derecho administrativo incluyen en el censo del sector público a las fundaciones y sociedades en mano pública, pero, en cambio, no contienen mecanismos para atribuirles competencias administrativas o hacerlas partícipes de su ejercicio a través de la reasignación por vía de delegación o encomienda de gestión. Y es que el derecho administrativo carece actualmente de técnicas administrativas ordinarias para integrar funcionalmente sus entidades con forma privada en el sector público.

En particular, es sabido que en el derecho administrativo la atribución de competencias se articula a través de normas, sean parlamentarias o reglamentarias. A este respecto, la LRSP prevé que la atribución se efectúe únicamente en favor de Administraciones públicas, sean estas genéricamente designadas o en favor de alguno de sus órganos (art. 8). Una vez atribuida la competencia, solo cabe la desconcentración intersubjetiva de su ejercicio por vía de delegación o encomienda de gestión, pero estas también se hallan reservadas a las Administraciones públicas (no interesan ahora las restantes alteraciones del ejercicio de las competencias, por su carácter esencialmente interorgánico: avocación, delegación de firma y suplencia).

Como expresa el art. 9 de la LRJSP, los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración o en los organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de aquellas. Delegante y delegado deben ser Administraciones. Tampoco la encomienda de gestión es un medio adecuado para trasladar tareas a entidades con forma privada, pues el art. 11 también contrae su operativa a las entidades formalmente públicas: la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o de distinta

Administración³¹. Como corolario, se produce una tipificación excluyente de los mecanismos de atribución y redistribución de las competencias y su ejercicio, de manera que las Administraciones públicas no pueden invocar la autonomía de su voluntad para habilitar otras vías para asignar funciones administrativas a las personificaciones privadas en mano pública.

Aparentemente, el régimen de la encomienda de gestión se ha querido complementar con los encargos a los medios propios de la LCSP, en ocasiones denominados encomiendas contractuales, por contraste con las encomiendas administrativas de gestión³². Sin embargo, tales encargos tienen un alcance tan limitado que no permiten satisfacer las necesidades de integración funcional dentro del sector público. La razón es que la ordenación de los medios propios no surgió como una alternativa o complemento a la encomienda de gestión, sino como un criterio propio del derecho comunitario de la contratación pública para identificar cuándo no existe una alteridad subjetiva en un poder adjudicador. Es decir, se trataba de una cláusula de exclusión de la aplicación de las directivas de contratos, primero desarrollada jurisprudencialmente y luego recogida normativamente³³. La lógica intrínseca de tal cláusula se asentaba sobre el concepto funcional de Estado³⁴, que atiende fundamentalmente a la realidad sustantiva y menos a los aspectos formales. De manera que, ante la constancia de que los poderes adjudicadores con frecuencia emplean de manera instrumental personas jurídicas para el ejercicio de sus competencias, se reconoce que no existen realmente dos sujetos diferenciados, sino una única estructura organizativa; en consecuencia, tampoco existe jurídicamente un contrato cuando dentro de esa estructura organizativa se asignan tareas, incluso si se aportan los fondos económicos para su desarrollo, sino que son decisiones organizativas internas; lo que, como conclusión, lleva a que tampoco deban someterse tales decisiones a la normativa contractual pública ni, por tanto, abrirse el encargo a la licitación pública.

³¹ Esta normativa tiene carácter básico, no obstante, la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico, prevé las encomiendas de gestión entre personas jurídicas distintas, sin exigir expresamente que sean Administraciones públicas (art. 13).

³² STS de 9 de diciembre de 2013, rec. 5812/2011.

³³ Véanse, por todas, las SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98; de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03; y de 8 de diciembre de 2016, *Undis Servizi Srl*, C-553/15. Actualmente, la Directiva 2014/24 positiviza la doctrina del Tribunal de Justicia en su art. 12.

³⁴ SSTJUE *Comisión c. República Francesa*, de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, y *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87.

A pesar de ello, en el derecho español, las leyes sobre contratación pública, la práctica administrativa y la jurisprudencia han distorsionado la citada cláusula de exclusión de la normativa contractual, al tratar de suplir con ella las lagunas del derecho administrativo que impedían contar con un sistema de atribución de encargos³⁵. El resultado es una notable incoherencia en la sistemática legislativa, pues los encargos regulados en los arts. 32 y 33 de la LCSP no se incluyen en la sección dedicada a los negocios y contratos excluidos de la ley, que sería su ubicación más coherente, sino en la llamada configuración general de la contratación y, en particular, en la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público. Repárese en que, si concurren los requisitos que los hacen operar como cláusula de exclusión, es precisamente porque no son contratos, sino decisiones de organización interna, a pesar de lo cual se regulan como una fórmula para dar racionalidad y consistencia a la contratación pública.

El saldo que arroja es que la ordenación de los medios propios ofrece un recorrido muy limitado para que pueda servir como instrumento de atribución de funciones a las personificaciones privadas del sector público. En primer lugar, porque el objeto de la actividad se contrae al objeto típico de los contratos. Si bien, dada la amplitud del contrato de servicios, se puede dar cabida a una gran variedad de cometidos. Más limitativo es el requisito de que necesariamente exista una compensación tarifaria. Lo que impide que a través de estos encargos las entidades del sector público puedan encomendar tareas de ejecución necesaria a personificaciones bajo su dependencia, que no vayan acompañadas de una compensación económica. Operativa que es muy frecuente dentro del sector público: por ejemplo, ni la atribución normativa de competencias ni la delegación o la encomienda de gestión exigen que la atribución de concretos cometidos se acompañe específicamente de los recursos económicos necesarios para costear el ejercicio de la función, sin perjuicio de que subjetivamente el órgano destinatario deba contar con la dotación presupuestaria suficiente para el ejercicio de la función (art. 5.3.c LRJSP).

Dado este vacío normativo, en la práctica, la atribución de funciones acostumbra a realizarse en el acto administrativo de autorización de la entidad, en la escritura pública de constitución o en los estatutos. Sin embargo, estas prácticas, aunque estén extendidas, no se acomodan a las exigencias del derecho administrativo. En efecto, al momento de constituir una persona ju-

³⁵ Sobre esta cuestión véanse las posturas de M. Vilalta-Reixach (2012), *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 353 y ss.; y C. A. Amoedo-Souto (2018), «En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos», *Revista de Administración Pública*, 205, págs. 81-129 (págs. 112 y ss.).

rídica privada o de modificar sus estatutos, debe atenderse a dos vertientes. La primera es la validez del instrumento jurídico receptivo, en el que se recogen los fines, actividades u objeto social de la persona jurídica privada, que con arreglo al derecho privado será la escritura de constitución o los estatutos. En este punto rige el derecho privado, tanto si se trata de personificaciones con forma privada pertenecientes al sector privado o al público. La segunda vertiente atiende al instrumento jurídico de otorgamiento, la formación de la voluntad de los promotores, socios o fundadores, y en ella diverge el régimen jurídico aplicable, pues con arreglo a la ordenación de la competencia que acaba de enunciarse, las Administraciones públicas no pueden atribuir funciones a otras personas jurídicas sino por los cauces tipificados en el derecho administrativo, lo que excluye a las personificaciones privadas del sector público.

Debe precisarse que, en el ámbito estatal, la LRJSP ha introducido como novedad que la creación de fundaciones del sector público estatal exigirá una norma con rango formal de ley, que establecerá sus fines y los recursos con que se dota (art. 133.1), por lo que, de esta manera, se salva la laguna aquí estudiada. Ocurre que la exigencia de ley solo opera respecto de las fundaciones del sector público estatal, por lo que esta previsión singular no subsana la falta de articulación en la LRJSP de mecanismos de carácter básico y general para la atribución de competencias y de su ejercicio en favor de las restantes personificaciones privadas del sector público.

En suma, el régimen de asignación de funciones a las personificaciones privadas del sector público está cortocircuitado con carácter general, pues si bien el derecho privado dota potencialmente a las fundaciones y sociedades de capacidad receptiva para desarrollar el objeto social y las actividades que se dispongan en sus estatutos o escritura de constitución; sin embargo, el requisito de que los sujetos sean formalmente públicos para la atribución o reasignación del ejercicio de competencias impide la válida asignación de competencias a tales entidades en circunstancias ordinarias. De aquí que el derecho administrativo del sector público tenga entre sus retos la integración funcional de las personificaciones privadas en el entramado organizativo del sector público.

8. RÉGIMEN DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS

La regulación básica que la LPACAP y la LRJSP contienen sobre las Administraciones públicas es extensa, como corresponde a su posición nuclear en la organización administrativa, y, sin embargo, a pesar de que estas leyes han incorporado en la categoría del sector público a las personificaciones privadas en mano pública, apenas contienen normas reguladoras de carácter básico sobre estas entidades. Al margen de ciertos principios de actuación, el deber de supervisión continua y el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal,

Autonómico y Local (arts. 81 a 83 LRJSP), la mayor parte de la regulación sobre los concretos tipos de entidades que pueden integrar el sector público, su identificación, creación, funcionamiento, modificaciones estructurales y extinción, se aplica únicamente al sector público estatal. A la vista de tales lagunas, cabe preguntarse acerca de la competencia del Estado para ordenar esta materia.

Ciertamente, el art. 149.1.18 CE se refiere a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y no al sector público³⁶, pero tanto el conjunto del ordenamiento como la propia jurisprudencia constitucional contienen claves que permiten sostener que el Estado sí ostenta competencias para regular con carácter básico las personificaciones privadas del sector público, a través de una interpretación amplia del concepto Administraciones públicas, que comprendería también las personificaciones privadas³⁷.

Con respecto al ordenamiento, son ya numerosas las regulaciones de materias administrativas que contienen disposiciones de carácter básico dirigidas al sector público en su conjunto y que toman como título competencial el art. 149.1.18 CE, referido a las Administraciones públicas: incompatibilidades, responsabilidad patrimonial, transparencia (ya citadas) o prestación de los servicios públicos locales (arts. 85 y ss. LBRL).

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, es de recordar que la STC 14/1986, de 31 de enero, en la que se discutía sobre la competencia autonómica para crear un tipo especial de sociedad, equiparó tal regulación con la de las Administraciones públicas del art. 149.1.18:

[...] la regulación que de las sociedades públicas especiales se realiza en la Ley impugnada posee un notorio carácter público, en cuanto rectora de la actuación de entes de tal naturaleza, merced a la creación de una forma societaria atípica, como instrumento de acción administrativa, lo que en esencia no es otra cosa que incidir en el régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo que está reservado en exclusividad al Estado en cuanto al establecimiento de sus bases en el art. 149.1.18 de la C.E., sin duda con la finalidad de posibilitar el mantenimiento de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas administraciones y de que

³⁶ El profesor J. L. Martínez López-Muñiz (2015), «Delimitación de las Administraciones públicas a los efectos del art. 149.1.18^a CE», en M. Rebollo Puig *et al.* (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* (págs. 163-195), Madrid: Iustel, defiende un concepto estricto de Administración pública en interpretación del citado precepto constitucional.

³⁷ G. Fernández Farreres (2018), *Sistema de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas, vol. I (págs. 171-172).

el régimen jurídico de las autonómicas no discrepe del referente al Estado, y sin que, finalmente, surjan dudas en cuanto a que nos hallamos ante un supuesto al que conviene la precitada normativa constitucional, porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse del modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica «régimen jurídico de las Administraciones Públicas», esta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales, una de ellas la que aquí se contempla (FJ 9).

El Auto constitucional 206/1999, de 28 de julio, anteriormente citado, no abordó de manera directa esta cuestión competencial, pero llegó a equiparar una fundación en mano pública con las entidades públicas:

[...] si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional [...] Luego estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones (FJ 2).

La STC 120/2011, de 6 de julio, profundiza en esta idea y considera que la utilización de personificaciones privadas en mano pública forma parte del derecho propio de la Administración pública:

El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE, sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia (FJ 6).

En fin, no solo es importante dar cumplimiento pleno a la previsión constitucional de que exista una regulación básica común de las Administraciones públicas entendidas en sentido amplio, sino que es una tarea que debería acometerse por razones de coherencia, pues si el derecho administrativo ha ampliado su ámbito subjetivo de aplicación, mediante la inclusión de personificaciones privadas, y las ha sometido a regulaciones sectoriales, también debería ordenar con carácter básico los principios y reglas estructurales de su régimen jurídico.

9. EL ENJUICIAMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El ámbito subjetivo de aplicación de la LRJCA se ha visto superado por la realidad actual del sector público, ya que aún toma como única referencia a las entidades formalmente públicas, con la sola excepción de su disposición adicional séptima sobre Correos y Telégrafos. De manera que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de la actuación administrativa de las personificaciones privadas del sector público únicamente cuando la ley lo prevea de manera expresa o articule una impugnación previa en vía administrativa ante una entidad formalmente pública, como sucede en materia de contratación pública (arts. 41.2, 44.6 y 321.5 LCSP). En caso contrario, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de las restantes controversias que se susciten en relación con la actuación de personificaciones del sector público, incluso si tales materias se ordenan por reglas y principios del derecho administrativo (art. 9.2 LOPJ).

Seguramente sea este uno de los mayores desafíos que afronta el derecho administrativo, pues aun cuando las regulaciones sectoriales sometan al conjunto del sector público a reglas y principios de derecho administrativo, la efectividad de tal sometimiento queda en entredicho si no se completa con la atribución de sus controversias a una jurisdicción especializada, ya revistan las entidades del sector público forma privada o pública.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Las líneas precedentes dan cuenta del azaroso proceso de configuración de la categoría del sector público como referente del derecho administrativo contemporáneo, que se aplica tanto a Administraciones públicas como a personificaciones privadas en mano pública.

A la vista de la problemática que se ha expuesto, es inevitable preguntarse si realmente era necesario replantear el ámbito subjetivo de aplicación del derecho administrativo. Si habría sido preferible la preservación del modelo tradicional de Administración pública, sin el recurso a entidades satélites con forma privada, pues, de esta manera, el derecho administrativo habría mantenido su vigencia como ordenador de las personas jurídico-administrativas.

La respuesta a la última pregunta solo puede ser afirmativa. En el plano de las hipótesis, ciertamente habría sido preferible aquella solución. Sin embargo, corresponde al derecho administrativo como disciplina académica afrontar la realidad de su tiempo, y lo cierto es que el legislador y la Administración contemporánea le plantearon un reto mayúsculo con la utilización

generalizada de sociedades y fundaciones que resultaban regidas por el derecho privado.

Hasta el momento, solo la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del derecho administrativo contiene los resortes precisos para someter las personificaciones privadas de la Administración a los controles propios de la organización administrativa, así como para preservar las garantías que el derecho administrativo había cultivado y perfeccionado a lo largo de un siglo y medio. Si es aplicado de manera plena, este derecho administrativo de base ampliada tiene potencial para sellar todos los intersticios que la huida del derecho administrativo ha abierto en el sistema público de controles y garantías.

Se trata de una construcción que no oculta la emulación del derecho comunitario³⁸, pero que ha encontrado una configuración propia en el derecho administrativo español. Lo que no debería extrañar, pues se basa en las mismas ideas y principios que dieron lugar al nacimiento del derecho administrativo: la evidencia de que el Estado administra y se relaciona con los ciudadanos a través de una organización que requiere un régimen jurídico propio, que le permita servir al interés general y, al tiempo, proteger a aquellos ciudadanos. Hoy esa organización también la integran personificaciones privadas, por lo que, si no se puede evitar su creación, al menos habrán de quedar sometidas a ese régimen jurídico propio de la organización administrativa. Así pues, el derecho administrativo de base ampliada no solo se presenta como una mera opción legislativa, sino también como una exigencia de la cláusula de Estado de derecho.

³⁸ C. Chinchilla Marín (2016), «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 200, págs. 361-383.