

LOS ENTES INSTITUCIONALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO PROPIO (*)

Por

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. LOS ENTES INSTITUCIONALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: 1. *Clasificación legal y tipología.* 2. *La descentralización funcional como principio real de la organización andaluza.* 3. *Derecho público y Derecho privado en la creación, personificación y organización.* 4. *Derecho público y Derecho privado en el régimen de las relaciones con terceros. Relatividad del sometimiento a Derecho privado. Referencia a la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía.*—II. ATRIBUCIÓN A ENTES INSTITUCIONALES DE ACTIVIDADES QUE PODRÍAN SER EL OBJETO DE UN CONTRATO: 1. *Atribución de la competencia o responsabilidad de todo un sector de la actividad administrativa al ente institucional y financiación específica, caso por caso, de actividades concretas incluidas en aquella atribución general. Los «encargos de ejecución».* 2. *El ente institucional como contratista y como «medio propio» de la Administración matriz.* 3. *En particular, la utilización de los entes institucionales como «medios propios» de la Administración a efectos de la legislación de contratos. Licitud de esta utilización.* 4. *Límites a la utilización de los entes institucionales como «medios propios».*

I. LOS ENTES INSTITUCIONALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

1. *Clasificación legal y tipología*

Son numerosas las entidades institucionales de la Junta de Andalucía. Pero es muy escasa su regulación general. Casi lo único establecido con ca-

(*) Este estudio, realizado en el seno del Grupo de Investigación SEJ-196 y del Proyecto BJU2000-845 de la DGI, tiene su origen en parte de la conferencia pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de Sevilla con ocasión de las Jornadas conmemorativas del XX aniversario del Estatuto de Autonomía organizadas por el Parlamento de Andalucía y dirigidas por el Profesor Francisco LÓPEZ MENUDO, a quien quiero agradecer expresamente su invitación. La parte segunda recoge con numerosas modificaciones la conferencia que impartí en las Jornadas de Estudio de los Interventores de la Junta de Andalucía, celebradas en Baeza en el año 2002. Las sugerencias y observaciones que los Interventores me hicieron suscitaron en buena medida las reflexiones sobre la utilización de los entes institucionales como medios propios de la Administración andaluza y otras fórmulas similares. A ellos y, en especial, al Interventor General, Manuel Gómez Martínez, agradezco la ocasión que me brindaron para conocer esta compleja realidad y las atinadas orientaciones con que abordan los problemas que plantea, orientaciones de las que son deudoras estas páginas.

rácter general es su clasificación contenida en la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 5/1983, de 19 de julio, que ha sufrido numerosas modificaciones; en adelante, LHA).

La LHA clasifica a los entes institucionales en dos grandes grupos: organismos autónomos y empresas de la Junta de Andalucía. De los primeros dice su artículo 4 lo siguiente:

«1. Los organismos autónomos, como entidades de Derecho público, creados por la Ley del Parlamento de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de la Junta de Andalucía, se clasifican, según la naturaleza de sus operaciones, a los efectos de esta Ley, en:

- a) Organismos autónomos de carácter administrativo.
- b) Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogo.

2. Los organismos autónomos de la Junta, según la anterior clasificación, se regirán por su legislación específica y por esta Ley, en lo que les sea de aplicación».

Respecto a las empresas públicas, el artículo 6 de la misma Ley, tras algunas reformas, dispone:

«1. Son empresas públicas de la Junta de Andalucía, a los efectos de esta Ley:

- a) Las sociedades mercantiles, en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus organismos autónomos y demás entidades de Derecho público.
- b) Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

2. Las empresas de la Junta se regirán por su legislación específica y por las normas de Derecho Mercantil, Civil o Laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley».

Pese a que en este artículo quedan incluidas todas las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Administración andaluza, nos limitaremos aquí a aquellas en que el capital le pertenezca por completo. Aunque todas las sociedades en que el capital público es mayoritario tienen un régimen similar a las de capital íntegramente público, también tienen y deben tener un régimen en parte diferente. Basta que una parte del capital sea privado para reconocer un fenómeno completamente distinto que no responde a la idea de descentralización funcional ni a la de relación de instrumentalidad: ya no serán exactamente puros entes instrumentales de la Administración. Por ello es conveniente no tratar-

los conjuntamente con los entes institucionales o instrumentales propiamente dichos.

Así pues, la clasificación resultante es ésta:

— Organismos autónomos de Andalucía:

- de carácter administrativo;
- de carácter comercial, industrial, financiero y análogo.

— Empresas públicas de Andalucía:

- sociedades mercantiles cuyo capital pertenece íntegramente a la Junta;
- entidades de Derecho público que, en general, se someten en sus relaciones al Derecho privado.

A estas últimas, a falta de nombre específico o, mejor, por tener un nombre tan largo, se alude como «las entidades del artículo 6.1.b) de la LHA», igual que antes en el Estado se hablaba de «las entidades del artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria». El artículo 6.1.b) parece unido indefectiblemente a este género. Pero, al igual que en el Estado han pasado a rebautizarse como «entidades públicas empresariales», podemos también llamar así a las del artículo 6.1.b) de la LHA.

En realidad hay otras variedades, aunque algunas de ellas no son propiamente entes institucionales de la Junta de Andalucía. Por una parte, las *Fundaciones de Derecho privado*, que puede crear la Junta de Andalucía conforme al artículo 6 de la Ley de Fundaciones y que, de hecho, ha creado (así, la Fundación Centro de Estudios Andaluces, la Fundación Andaluza para la Integración del Enfermo Mental o la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias). Por otra parte, los *entes institucionales de la Junta de Andalucía y de otra u otras Administraciones*. También aquí hay un modelo de Derecho público y otro de Derecho privado. El primero viene constituido por los consorcios, destacamente por los que puede constituir la Junta de Andalucía con los entes locales de la Comunidad Autónoma. La legislación andaluza se caracteriza a este respecto por clarificar y enfatizar precisamente su régimen de Derecho público. En esa acertada línea, debe ser recordado el artículo 35 de la Ley 7/1993, de 22 de julio, de Demarcación Municipal, según el cual «los consorcios ... se regirán por el Derecho Administrativo». La misma Ley contempla el otro modelo, el de Derecho privado, en su artículo 38: «Podrán constituirse sociedades para fines de interés público bajo la forma de sociedad mercantil con participación de capital público *de una o varias Administraciones públicas...*». Naturalmente, también se pueden constituir consorcios y sociedades mercantiles con la Administración del Estado y con otras Administraciones públicas. Más que expresión de la descentralización funcional, todas estas figuras son cauce de colaboración interadministrativa y, por ello, merecen una consideración muy distinta. En cualquier caso, prescindiendo de estas otras variedades, nos atendremos en esta exposición a los tipos estableci-

dos en la clasificación de la LHA, que son los que reflejan realmente el panorama de los entes institucionales andaluces que pueden ser considerados exactamente como entes instrumentales de la Administración autonómica.

Hay tres tipos de entes institucionales y, pese al célebre *onme trinum perfectum*, las Leyes se han empeñado en convertir la clasificación tripartita en otra bipartita, con subgrupos (en la LOFAGE aparece el concepto de organismo público y en la LHA el de empresa pública). Pese a esas diferencias clasificatorias y terminológicas, en la LHA aparecen los mismos tres tipos de entes institucionales que en la LOFAGE.

A) *Los entes creados y personificados conforme al Derecho público y cuyas relaciones externas son reguladas igualmente por el Derecho público*: organismos autónomos estatales que se corresponden con los organismos autónomos andaluces (si bien la LOFAGE, a diferencia de la LHA, ya no distingue entre los de carácter administrativo y los de carácter comercial, industrial, financiero y análogo). En la actualidad hay diez organismos autónomos andaluces, todos ellos de carácter administrativo:

- Centro Andaluz de Arte Contemporáneo.
- Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Instituto Andaluz de la Juventud.
- Instituto Andaluz de la Mujer.
- Instituto Andaluz de Servicios Sociales.
- Instituto Andaluz de Estadística de Andalucía.
- Instituto Andaluz de Reforma Agraria.
- Patronato de la Alhambra y del Generalife.
- Servicio Andaluz de Salud.
- Servicio Andaluz de Empleo

Como se ve, el nombre predominante es el de Instituto, aunque hay organismos autónomos con otra denominación (Servicio, Centro, Patronato). Y, de otra parte, hay Institutos, llamados oficialmente así, que no son organismos autónomos: el Instituto de Fomento de Andalucía, al que de inmediato nos referiremos, es empresa pública; el Instituto de Academias de Andalucía es corporación de Derecho público, y el Instituto Andaluz del Deporte (art. 11 de la Ley 6/1998, de 14 de diciembre) es órgano sin personalidad jurídica. El nombre, por tanto, no revela la verdadera naturaleza.

Merece ser recordada la Agencia de Medio Ambiente, organismo autónomo otrora capital en la organización andaluza, que pasó a mejor vida (*sic transit gloria mundi*) pero no sin antes dejar descendencia, que le ha sobrevivido, a la que luego nos referiremos.

B) *Los entes creados y personificados conforme al Derecho público pero cuyas relaciones externas, sin embargo, son reguladas por el Derecho privado*. Éstos, de carácter híbrido, son las entidades públicas empresariales del Estado que se corresponden con las entidades del artículo 6.1.b) de la LHA, a las que, si se nos permite, como ya hemos dicho, podemos lla-

mar, extendiendo la terminología de la LOFAGE más allá de su ámbito estricto, entidades públicas empresariales de Andalucía. Entre ellas, son ejemplos suficientemente representativos los siguientes:

- El Instituto de Fomento de Andalucía (IFA).
- La Empresa Pública de Puertos de Andalucía.
- La Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA).
- La Empresa Pública de Radio y Televisión de Andalucía (RTVA).

Otras entidades del artículo 6.1.b) de la LHA son la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales y las que están empezando a proliferar en el ámbito de la gestión sanitaria: la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol, la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, y la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir en Andújar.

C) *Los entes creados y personificados conforme al Derecho privado y cuyas relaciones externas son reguladas igualmente por el Derecho privado.* Entre las sociedades mercantiles de la Junta, podemos distinguir varias modalidades.

a) Las hay que dependen directamente de la propia Junta, que aporta todo el capital social. Ejemplos especialmente destacados de ello son:

- Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A (GIASA), dependiente de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.
- Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA). Fue inicialmente creada por un organismo autónomo, la Agencia de Medio Ambiente, pero, tras la desaparición de éste, pasó a depender directamente de la Consejería de Medio Ambiente.

De la misma categoría son Comercializadora de Productos Andaluces, S.A. (Consejería de Economía y Hacienda); Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. (Consejería de Salud); Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A. (dependiente de la Consejería de Turismo y Deporte); Turismo Andaluz, S.A. (Consejería de Turismo y Deporte)...

b) Otras están creadas por un organismo autónomo: así, el Instituto Andaluz de la Juventud creó y aportó el capital de la Empresa Andaluza de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (Inturjoven). En cierto modo puede decirse que esta empresa es nieta de la Junta de Andalucía.

c) Hay otro tipo de nietas. Es posible y más frecuente que sea una entidad pública empresarial del artículo 6.1.b) de la LHA la que cree una de estas sociedades mercantiles. Por ejemplo:

- La Empresa Pública de Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) es la propietaria única de Canal Sur Televisión, S.A. y de Canal Sur Radio, S.A.

- El Instituto de Fomento de Andalucía es el propietario único de la Sociedad para la Promoción y Reconversión Económica de Andalucía, S.A. (SOPREA) y de Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A. (VEIASA).

d) Incluso cabe que una sociedad mercantil pública cree otra de la que sea su propietario único. Así, SOPREA, a la que acabamos de referirnos, es la propietaria única de la Sociedad Andaluza para el Desarrollo Energético de Andalucía, S.A. (SODEAN), y también, aunque prohijadas por causas coyunturales, de Alfombras La Alpujarreña, S.A. (en liquidación) y de Santana Motor, S.A., que a su vez es dueña de la totalidad de Santana Motor Andalucía, S.L. o de Linares Fibras Industriales, S.A. O sea, que si aquéllas son bisnietas, estas últimas son tataranietas de la Junta de Andalucía.

e) Y, ya puestos, cabe que tengan entes filiales entre sí, entre parientes. Hay varias posibilidades de este género de entes. Por ejemplo, dos entidades del artículo 6.1.b) de la LHA crean y aportan el capital de una sociedad mercantil. Es el caso de la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), en la que el 51% del capital es de RTVA y el 49% del IFA. Más curioso es el caso de sociedades mercantiles creadas por la Junta y una de sus entidades filiales. A este modelo responde la Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, S.A. (DAP): el 20% del capital lo aporta la Junta de Andalucía, en concreto la Consejería de Agricultura, y el 80% restante el Instituto Andaluz de Reforma Agraria (art. 18 de la Ley 11/1998, de 28 de diciembre); de modo que DAP es hija y nieta de la Junta al mismo tiempo. No hay que creer que este tipo de entes casi incestuosos tenga que salir necesariamente con malformaciones; de hecho, algunos de ellos son más vigorosos y activos que sus progenitores.

2. *La descentralización funcional como principio real de la organización andaluza*

Lo anterior es suficiente para comprobar la extensa progeñe de la Junta con un sistema de reproducción similar al de las estrellas de mar. Si, según se dice, uno de los problemas de España es el descenso de la natalidad, habrá que reconocer el esfuerzo prolífico compensador de nuestras Administraciones, que han decidido predicar con el ejemplo y tener familias muy numerosas; y, si no hay muchas personas físicas, las habrá jurídicas. Conste que la Junta de Andalucía no merece a este respecto ningún señalamiento especial ni el premio a la natalidad, aunque, como tantas otras, hace lo que puede; eso sí, sin promiscuidad de ningún género porque, como con razón se dijo, «la Administración es la única persona que, siendo femenina, lleva con decoro el calificativo de pública». Pero, aun así, se reproduce frenéticamente y tal vez le vaya conviniendo ya alguna planificación familiar con una Ley que regule en general los entes institucionales de

Andalucía, si no para reducirlos, sí para ordenarlos y ofrecer algo parecido a un sistema en el que nazcan y se desenvuelvan estos entes.

Porque el panorama que a este respecto ofrece la Comunidad Autónoma andaluza, al menos en lo que se refiere a la cantidad de entes institucionales, no tiene nada de excepcional ni, en principio, de patológico. La LOFAGE no ha tenido empacho en proclamar para la Administración estatal como «principio de organización» la «descentralización funcional» (art. 3.1), lo que orienta ya sobre la tendencia general a crear entes institucionales y sobre su consideración favorable. La realidad de la organización andaluza obedece, de hecho, a la descentralización funcional, sólo que nunca se ha consagrado formalmente como un principio y es más bien el resultado, quizá no premeditado, de una multitud de decisiones inconexas.

Las razones que han llevado a la descentralización funcional y proliferación de los más diversos tipos de entes institucionales son variadas y la mayoría de ellas razonables y hasta loables. Con carácter general, sólo cabe decir que normalmente se busca uno o varios de estos fines: una gestión más ágil, sobre todo necesaria para las actividades empresariales; descongestionar la organización ordinaria de las Administraciones territoriales; reforzar la atención a un interés general con una organización dedicada sólo a él que se convierte en su valedora frente a todos, y particularmente frente a otros entes u órganos públicos; especializar y tecnificar (o quizá quepa decir a veces «despolitizar») la organización administrativa en ciertos sectores; romper la «unidad de caja» puesto que, mediante ellos, al tener patrimonio, pueden generar y administrar fondos propios; separar a la autoridad reguladora de un sector de los prestadores materiales de los servicios o incluso propiciar cierta competencia entre éstos; y, en general, adaptar el régimen jurídico —especialmente, el presupuestario— a las necesidades peculiares de algunas actividades administrativas. Sólo en parte, pues, la descentralización funcional tiene que ver con la llamada «huida del Derecho Administrativo», y a veces ni siquiera supone huida del Derecho Administrativo general, y, además, dicho sea de paso, tal huida, de haberla, es algunas veces justificable.

3. *Derecho público y Derecho privado en la creación, personificación y organización*

Por la forma de creación y de personificación y organización, los entes institucionales pueden ser, como ya se ha dicho, de Derecho público o de Derecho privado.

Los primeros se crean por una norma que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico, y adoptan una forma de personificación y organización al margen de las que son posibles para los particulares porque no existen en el Derecho privado. Son los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. En la LOFAGE queda claro que para ambas modalidades es necesaria una Ley: «La creación de los Organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales se efectuará por Ley»

(art. 61.1). En el ámbito local, naturalmente, para crear organismos autónomos basta un acuerdo del Pleno, que tiene indudable carácter normativo. En la Comunidad Autónoma andaluza queda claro que la creación de organismos autónomos debe hacerse por Ley (art. 4 LHA), y parece que lo mismo hay que afirmar de las entidades públicas empresariales, aunque el artículo 6.1.b) de la LHA es mucho menos expresivo, diciendo tan sólo que «por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado». Normalmente, la Ley se limita a autorizar al Consejo de Gobierno para que cree una de estas entidades y es ya por Decreto de éste que se constituye efectivamente la entidad y se aprueban sus estatutos. La concepción, el embarazo y el parto, si así puede explicarse, son de Derecho público, como la madre y la criatura misma que nace; pero aunque entes filiales de la Administración, ésta no tiene decisión sobre su maternidad, que queda atribuida al Legislativo.

Además, la nueva entidad tiene una personificación de Derecho público, desconocida en el Derecho privado y que los particulares no pueden crear. Siendo así, su estructura interna dependerá de una norma jurídico-pública que establecerá los órganos que se tengan por convenientes en cada caso. A este respecto, el Derecho andaluz no ha establecido hasta dónde debe llegar la Ley y qué, por el contrario, puede establecerse por Decreto, por Orden y hasta por las decisiones de los propios órganos del ente. Menos aún hay reglas generales sobre esa estructura de organismos autónomos y entidades públicas empresariales y tampoco límites de cualquier tipo a la libertad en la configuración de su organización, que, por tanto, es dominada absolutamente por la especialidad y la diversidad más completa.

Los segundos, los de Derecho privado, se crean formalmente a través de un negocio jurídico regulado por el Derecho privado, mediante escritura pública ante Notario, con inscripción en el Registro Mercantil..., lo que, dicho sea de paso, entraña unos gastos que no se generan para crear una persona jurídico-pública: es ahí donde se expresa la voluntad constituyente de la nueva persona, por lo menos la que tiene relevancia para definitivamente entender constituida la nueva entidad frente a terceros. Pero en tanto que sea una Administración la que decide su creación, debe haber antes un procedimiento administrativo y una decisión de la Administración sobre la creación de la sociedad y sobre sus estatutos: se puede hablar aquí de «actos separables», de sometimiento al Derecho Administrativo y, en caso de impugnación, de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La concepción y el embarazo, podríamos decir, son de Derecho público, porque la madre lo es, aunque el niño le salga de Derecho privado; y en el extraño parto concurren elementos de Derecho público y privado. Pero como quiera que la entidad matriz puede ser una entidad pública empresarial del artículo 6.1.b) de la LHA o hasta una sociedad mercantil del artículo 6.1.a) de la misma Ley, o sea, como puede que la Administración sea sólo la abuela o la bisabuela, se van diluyendo o desapareciendo casi por completo los elementos de Derecho público y, con ellos, la transparencia de las decisiones. Todo esto está mal regulado en general y la legislación andaluza, donde sólo se encuentra una legislación fragmentaria,

dispersa y normalmente de rango reglamentario, no es una excepción. En cualquier caso, la regulación es insuficiente para garantizar que las decisiones se tomen con la indispensable publicidad, para que pueda ser conocido y discutido el proceso y, desde luego, para permitir una idea de conjunto.

No mucho más clara es la organización interna de estas entidades de Derecho privado. La entidad que surgirá será una de las previstas por el Derecho privado, en principio pensadas para que las creen los particulares. Sobre todo, sociedades anónimas, aunque no está excluida la posibilidad de otras formas, como las sociedades de responsabilidad limitada, lo que expresamente se acepta en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en concreto en su disposición adicional quinta, sobre la que de inmediato volveremos. Se supone que, a partir de ahí, su organización será la prevista para cada uno de los tipos societarios por la legislación mercantil. Pero no siempre es del todo así. En la legislación de régimen local, al menos, es tradicional la previsión de que el Pleno de la Corporación local hará las veces de Junta General de Accionistas. Fuera de la Administración local, en concreto en la Administración andaluza, la situación es confusa. En la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se establece que «en la sociedad unipersonal ... el socio único ejercerá las competencias de la Junta General en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante...» (art. 127). Esto mismo es aplicable a las sociedades anónimas unipersonales (art. 311 de la Ley de Sociedades Anónimas, según la disposición adicional segunda de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). De estas Leyes se deduce, implícita pero inequívocamente, que esto es aplicable a las sociedades de titularidad pública porque la disposición adicional quinta de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada excluye la aplicación de ciertos preceptos «a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes». Pero entre los preceptos excluidos no está el artículo 127, que, por tanto, es de aplicación a las sociedades unipersonales de titularidad pública. Pero, si es así, habría que establecer qué órgano o qué personas designadas por quién hacen las veces de Junta General. En lugar de eso, en algunas de estas sociedades, según se deduce de sus estatutos, se suprime simplemente la Junta General, mientras que en otras, aunque se la menciona y se le atribuyen facultades, nada se dice de su composición. Hay también sociedades que, aunque enteramente públicas, están participadas por diversos entes de la propia Comunidad, de modo que la Junta de Accionistas debería reflejar ese reparto del accionariado. Pero tampoco se indica nada al respecto. Sólo desde dentro, por lo visto, se pueden conocer los intrínquilos de la intrincada organización, pero convendría alguna mayor claridad y transparencia. En cualquier caso, como se ve, ni siquiera en el aspecto organizativo, cuando se utiliza el Derecho privado es siempre el mismo Derecho privado aplicable a los particulares.

4. *Derecho público y Derecho privado en el régimen de las relaciones con terceros. Relatividad del sometimiento a Derecho privado. Referencia a la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía*

En cuanto al régimen jurídico que preside sus relaciones externas (contratos, responsabilidad extracontractual, derechos patrimoniales... y ello ya sea con los suministradores, con los que utilizan sus servicios, con sus trabajadores, etc.), las cosas son aún más complicadas. Como se ha explicado antes, desde este punto de vista los entes institucionales son de dos clases: pueden estar sometidos al Derecho público o, según se dice simplificada y, al Derecho privado. Aunque, como ahora desarrollaremos, más exacto es decir de este segundo grupo que están sometidos *predominantemente* a normas de Derecho privado.

Responden al primer grupo los organismos autónomos. Ningún problema especial plantean los de la Junta de Andalucía. Baste decir aquí que su régimen es similar al de la Administración territorial que los crea, lo cual, como ocurre con ésta, no excluye por completo alguna aplicación de normas provenientes del Derecho privado (algún personal laboral, contratos privados, bienes patrimoniales...). Por lo menos aquí sí puede decirse *qualis pater, talis filius*.

Son del segundo grupo, como ya se ha explicado, las sociedades mercantiles de titularidad directa o indirecta de la Junta y las entidades públicas empresariales del artículo 6.1.b) de la LHA. Es inequívoco el artículo 6.2 LHA y, además, las normas específicas de creación y regulación de cada una de ellas son muy explícitas y terminantes.

En cuanto a las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía, suficientes serán estos dos ejemplos: en el artículo 13 de la Ley 8/1987 se dice tajantemente de Canal Sur Televisión, S.A. y de Canal Sur Radio, S.A. que «se regirán por el Derecho privado, excepto en lo establecido en la presente Ley»; en el Decreto 17/1989, de 7 de febrero, de constitución de EGMASA, se lee que «la sociedad se regirá por sus propios estatutos sociales, de acuerdo con las normas de Derecho privado, sin perjuicio de las especialidades que se derivan del presente Decreto y las prescripciones establecidas en la LHA...».

Por lo que respecta a las entidades públicas empresariales del artículo 6.1.b) de la LHA, son ejemplos significativos que reflejan radicalmente el sometimiento al Derecho privado los siguientes:

La Ley 8/1987, en su artículo 12, establece:

«La Empresa Pública de Radio y Televisión de Andalucía ... por lo que respecta a las relaciones jurídicas externas, a las adquisiciones patrimoniales y a la contratación, estará *sujeta, sin excepciones, al Derecho privado*».

En el artículo 4 del Decreto de constitución de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía se establece:

«EPSA actuará en régimen de empresa mercantil con *sujeción al Derecho privado*, incluso en las adquisiciones o disposiciones patrimoniales y contratación, sin más excepciones que las que resulten de lo dispuesto en este Decreto, en sus propios Estatutos, en la LHA y en las demás disposiciones que le sean aplicables».

Prácticamente lo mismo dice el artículo 3 de los Estatutos, que, además, dispone:

«Art. 25. Control jurisdiccional.

EPSA estará sometida a las normas comunes sobre competencia y jurisdicción aplicables a las personas de Derecho privado, sin perjuicio de las especialidades que procedan en función de la naturaleza de los bienes y derechos que forman parte de su patrimonio».

En cuanto al régimen jurídico del IFA, el artículo 2.2 de la Ley 3/1987, de 13 de abril, dice:

«*Las adquisiciones patrimoniales, la contratación de cualquier índole, el régimen del personal, con excepción del que desempeñe funciones de alta dirección o consejo, y, en general, sus actividades frente a terceros, estarán sujetas al Derecho privado*».

Pero, pese a tan radicales declaraciones, no todo es puro Derecho privado. Si ello ya es en parte verdad para las sociedades mercantiles de titularidad pública, la penetración del Derecho público es mayor en las entidades del artículo 6.1.b) de la LHA.

Las entidades del artículo 6 de la LHA (además de las fundaciones privadas creadas por la Junta de Andalucía) son las que protagonizan en la Comunidad Autónoma lo que, con expresión acuñada por CLAVERO ARÉVALO, se llama la *huida del Derecho Administrativo* y que, en realidad, es huida, en general, del Derecho público, incluyendo el presupuestario. Aun comprendiendo las razones que a veces justifican esta huida, la doctrina, *nemine discrepante*, ha denunciado lo que son ya más bien abusos y, en general, no ha dejado de insistir en los peligros y hasta el absurdo que comporta que la Administración se pueda liberar por esta vía de los límites y controles a los que el Derecho ha querido deliberadamente someterla. Si el Derecho Administrativo está pensado para conseguir un delicado equilibrio entre las necesidades de la Administración y del interés general, de una parte, y los derechos y garantías de los ciudadanos, de otra, algo esencial falla cuando se acepta con normalidad que hay que huir de ese Derecho para que la Administración consiga con eficacia los intereses generales, pues o es que el Derecho del que se huye no ha logrado ni remotamente ese equilibrio o es que, habiéndolo logrado, los gestores públicos buscan

romperlo en su favor. Malo si se se trata de esto último. Pero peor todavía si es aquello: el Derecho Administrativo surgió y se construyó *ex profeso* y *ad hoc* para las necesidades de la Administración y de la vida administrativa, del interés general o, incluso, más precisamente, según se decía, para las necesidades de los servicios públicos. Es eso lo que lo justifica. Y ahora resulta que se ve por muchos, incluidos muchos gestores públicos, como un estorbo, como un obstáculo para que la Administración pueda cumplir los fines que se le encomiendan. Si es así, difícilmente cabría imaginar un fracaso más estrepitoso. Tal vez podría compararse con un sastre que hiciera un traje a medida y lo hiciera tan mal que el cliente prefiriera el *prêt à porter*, el traje al alcance de todo el mundo, o sea, el Derecho de cualquier particular, sin derogaciones ni en más ni en menos. Pero quizá quepa pensar que el sastre no es tan malo sino que, a propósito, hizo un traje que aprieta a la Administración, que la encorseta, que le impide la libertad de movimientos y una agilidad excesiva, y entonces, si fuese éste el caso, no debería importar mucho que la Administración se sintiera incómoda con el traje ni debería permitírsele que se lo quitase libremente para sentirse más cómoda, más ágil. Algo de las dos cosas hay. No seguiré en esta línea, que nos llevaría más lejos de lo conveniente aquí. Pero si antes presenté a los entes institucionales como descendientes de la Administración, concretamente, por lo que aquí interesa, de la Junta de Andalucía, el símil del traje nos sirve para presentar el fenómeno de la descentralización funcional de otra forma: estos entes institucionales, más que filiales de la Administración, son muchas veces la misma Administración disfrazada, y ya se sabe que «el hábito no hace al monje» y que, como lo expresó IRIARTE, «aunque la mona se vista de seda, mona se queda». Y siguiendo todos estos brocados jurídicos, que no están del todo lejos del levantamiento del velo de la personalidad, se justifican los frenos y las matizaciones a la huida del Derecho Administrativo.

Lo cierto es que el mismo legislador, o directamente la jurisprudencia, han venido introduciendo *límites a esta huida*, en la línea reclamada por la doctrina. El Consejo Consultivo de Andalucía, como ahora veremos, ha asumido decididamente esa línea. Esto último es lo que más importa destacar aquí.

Unas veces se han construido esos frenos por creerlos una exigencia de ciertos principios constitucionales, otras como consecuencia del Derecho comunitario europeo (sobre todo, en materia de contratación) y otras libremente en un intento de racionalización del Derecho y la organización administrativa y de preservación de garantías mínimas. Estos frenos son de dos clases:

- A veces, los frenos consisten en negar pura y simplemente que determinados aspectos o actividades puedan desarrollarse en régimen de Derecho privado. La LOFAGE avanza en esta tendencia por varias vías, sobre todo en su disposición adicional 12.^a *in fine*. Pero el Derecho andaluz no presenta a este respecto ninguna novedad de relieve.

- Otras veces, tales frenos, aun partiendo de admitir la aplicación del Derecho privado, imponen la penetración de normas o de principios jurídico-públicos en un régimen fundamentalmente privado; o imponen que algunos aspectos queden sometidos a ciertas normas de Derecho público. Todo esto está justificado y supone un avance. Pero el resultado final es confuso y difícil.

A este respecto es capital el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, por la naturaleza de esta Ley, es aplicable a todos los entes institucionales públicos, incluidos, naturalmente, los de la Comunidad Autónoma andaluza. Entre las entidades a las que se refiere están, desde luego, junto con los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales del Estado y, por lo que aquí interesa, los entes del artículo 6.1.b) de la LHA. No sólo se les considera, desde la perspectiva de esta Ley, Administraciones públicas, con las consecuencias que ello comporta a distintos efectos, sino que, sobre todo, se establece una regla terminante para cuando ejerzan potestades administrativas: a ese respecto, queda excluido el Derecho privado. La LOFAGE no hace sino confirmarlo y concretarlo para las entidades públicas empresariales estatales en su artículo 53.2. Y la LJCA permite extraer la consecuencia más importante de todo esto: que ciertos actos de estas entidades pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así se deduce de su artículo 1.2.d), que, tras establecer que corresponden a esa jurisdicción los asuntos en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, aclara que, a estos efectos, se incluyen las «Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales».

Pero, además, este tipo de frenos a la huida del Derecho público tiene otras múltiples manifestaciones en muy distintos ámbitos, desde el de su personal al de la contratación administrativa o sus bienes. Aquí, sin embargo, lo que importa resaltar es que la Comunidad Autónoma andaluza ha dado pasos notables en esta dirección, sobre todo en una atrevida doctrina de su Consejo Consultivo que merece ser resaltada y que ha sido especialmente constructiva en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de las entidades del artículo 6 de la LHA.

El Consejo Consultivo, perfectamente consciente de la relevancia de esta doctrina, la ha recogido en su Memoria del año 2000. Respecto de las entidades del artículo 6.1.b) de la LHA, partiendo de que «la noción objetiva de servicio público ha sido erigida por la Constitución en la clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial», concluye lo siguiente:

«... las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra las empresas públicas de la Junta de Andalucía, encuadradas en el artículo 6.1.b) de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, deben examinarse a

la luz del régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial derivado del artículo 106.2 de la Constitución...».

O sea, conforme al régimen de responsabilidad patrimonial de Derecho Administrativo. Por mucho que se defina a este tipo de entidades por quedar sometidas al Derecho privado en sus relaciones *ad extra* y por más que uno de los aspectos fundamentales de tales relaciones sea el del régimen de la responsabilidad, no hay en tal aspecto sometimiento al Derecho privado. Debe enfatizarse el significado de esta doctrina, a la que no ha llegado ni mucho menos el TS (muy significativo es, entre otros, el Auto de la Sala de Conflictos de 12 de julio de 2000, Ar. 417 de 2001, que afirma que el régimen sustantivo de responsabilidad de una empresa pública empresarial es el de Derecho civil y que la competencia es de los tribunales del orden jurisdiccional civil). En realidad, según creo y he expuesto en otra ocasión, la solución más correcta es la del Consejo Consultivo de Andalucía, solución a la que conduce derechamente la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin necesidad, incluso, de acoger una noción objetiva de servicio público.

Pero el Consejo Consultivo va más lejos cuando afirma prácticamente la misma conclusión respecto a las sociedades mercantiles de titularidad pública. El caso en que más decididamente lo ha proclamado así era complicado porque, para ser exactos, el daño se producía con ocasión de unas obras que habían sido contratadas por la sociedad mercantil pública (SOGENFISA, que luego se convirtió en GIASA) con una empresa privada. Si es complicado el asunto de la responsabilidad de los contratistas de la Administración, y si lo es el de las sociedades mercantiles públicas, la mezcla de los dos problemas supone «el más difícil todavía» de los mejores espec-táculos. Y el Consejo Consultivo lo resuelve con varios saltos mortales, por lo menos dos, para llegar a una solución que, como poco, es bastante razonable y que, en lo que aquí nos importa, evidencia que no es del todo verdad que esas sociedades mercantiles públicas estén plenamente sometidas al Derecho privado, ni siquiera en sus relaciones externas; que no es tan fácil huir del Derecho Administrativo, que no basta que la Administración se disfrace de persona jurídico-privada para tener a todos los efectos el régimen de una persona privada:

«... este Consejo Consultivo entiende que la sujeción, en términos generales, de la actuación del ente que presta el servicio a criterios empresariales y a esquemas iusprivatistas en aspectos organizativos y de gestión no releva de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 106.2 de la Constitución. Antes al contrario, dicho régimen es un límite infranqueable, que no puede ser franqueado por la libertad de autoorganización y uso de las formas jurídicas admitidas en Derecho, so pretexto de la mayor eficacia y agilidad de las nuevas formas de gestión de

los servicios públicos. Y es que tal resultado elusivo (que ha llevado a algún sector doctrinal a propugnar el levantamiento del velo de la personalidad cuando la Administración se sirva de la personificación instrumental para excluir la imputación de responsabilidad), supondría un auténtico *fraus legis* afectante al núcleo mismo del sistema de responsabilidad diseñado por la Constitución».

Sin entrar en los problemas del caso concreto y, en particular, en las singularidades derivadas de la existencia de un contrato con una empresa privada, el mismo Consejo Consultivo formula así la conclusión:

«... que la regulación de GIASA ... no establece —*ni puede hacerlo*— un régimen sustantivo de responsabilidad diferente al aplicable en cualquier supuesto de funcionamiento de un servicio público».

Subrayo ese «ni puede hacerlo». Luego es seguro que para el Consejo Consultivo lo mismo hay que afirmar de cualquier otra entidad de la Junta de Andalucía, aunque tenga forma de sociedad mercantil, en tanto realice una actividad de servicio público. Por el contrario, nada se dice de la responsabilidad de esas sociedades mercantiles de titularidad pública cuando realicen una actividad que no pueda ser calificada como de servicio público.

Lo anterior basta para comprender que, en vez de afirmar que estos entes se rigen en sus relaciones externas íntegramente por el Derecho privado, es más exacto y prudente decir que *en gran parte de tales relaciones se rigen normal o predominantemente por el Derecho privado*; pero no siempre es así, o no siempre es del todo así, o no siempre es el mismo Derecho privado que se aplica a un particular cualquiera, sino que sufre adaptaciones. Y a lo mejor hasta sería preferible decir tan sólo que se relacionan con terceros conforme a un régimen mixto que importa normas procedentes del Derecho privado en mayor medida que una Administración territorial o un organismo autónomo.

Unido esto a cuanto antes se dijo sobre las formas de personificación y organización interna, que ni siquiera en el caso de las sociedades mercantiles públicas es exactamente igual que el de una sociedad mercantil verdaderamente privada, nos lleva a afirmar que se aplica el Derecho privado pero *mutatis mudandis* y *exceptis excipiendis*: excepcionando lo que haya que excepcionar y, entre lo que no haya que excepcionar, modificando lo que haya que modificar. Todo ello está perfectamente justificado, pero como no es fácil determinar de antemano hasta dónde llega el *mutatis mudandis* ni el *exceptis excipiendis*, no puede dejar de reconocerse que el resultado al que se llega es confuso, que sufre la seguridad jurídica y que, en suma, resulta un régimen mixto en lo sustantivo y en lo procesal que hay que ir conformando, entre incertidumbres y con gran esfuerzo, para cada concreto aspecto, para cada parcela, metro a metro. Hay que ir viéndolo para

contratos, personal, bienes, responsabilidad... y, probablemente, haya que distinguir según qué contratos, qué tipo de personal, qué bienes... Y ello, a su vez, diferenciando no ya entre los distintos tipos de entes, sino, a veces, según el concreto ente de que se trate, pues probablemente sea absurdo predicar las mismas soluciones de todas las sociedades mercantiles de titularidad de la Junta y decir, en consecuencia, que han de tener el mismo régimen GIASA, o EGMASA, o DAP, S.A. que, por ejemplo, Santana Motor, S.A., por el hecho de que todas ellas sean sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca en su totalidad, directa o indirectamente, a la Junta de Andalucía. Como apunta el Consejo Consultivo, hay que jugar no ya con el tipo de entidad, sino con la noción material de servicio público: al menos, así es respecto al régimen de responsabilidad patrimonial, aunque tal vez ése no sea el criterio fundamental para otros aspectos de su régimen jurídico.

Naturalmente, no intentaremos nosotros descender aquí a ese deslinde y amojonamiento entre el campo del Derecho público y el del Derecho privado. Nos limitaremos a notar que esa tendencia a frenar la huida del Derecho público y que el régimen mixto al que por esa vía se llega se deja sentir claramente no sólo en la legislación estatal (art. 53.2 LOFAGE), sino en la misma legislación andaluza cuando crea y configura estos entes, sobre todo los del artículo 6.1.b) de la LHA. Así, frente a las normas radicales que antes citamos sobre Radio Televisión Andaluza, el IFA o EPSA, otras —más mientras más recientes— se muestran mucho más moderadas, tímidas y matizadas en su proclamación del sometimiento al Derecho privado. Basten dos muestras:

En los Estatutos de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía (Decreto 126/1992) se dice:

«Art. 3. Régimen de actuación.

1. La EPPA actuará en régimen de entidad de Derecho público, con sujeción a sus normas especiales, a la LHA, a la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las normas de Derecho privado.

No obstante, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene atribuidas, actuará conforme a la legislación portuaria y a las demás normas de Derecho público que sean de aplicación.

2. La Empresa desarrollará el giro o tráfico propio de sus fines institucionales mediante los actos, relaciones jurídicas o ejercicio de las acciones que requiera el más eficaz cumplimiento de aquéllos, con estrictos criterios de interés público y rentabilidad social, así como con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia.

3. En todo caso, la Empresa deberá someterse en su contratación, sin perjuicio de su sujeción al Derecho priva-

do, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la entidad y homogeneización del sistema de contratación en el sector público».

Para la Empresa Pública del Hospital del Alto Guadalquivir, sus Estatutos, aprobados por Decreto 48/2000, establecen:

«Art. 3. Régimen jurídico y de actuación.

1. La empresa pública actuará en régimen de entidad de Derecho público, con sujeción a sus propias normas especiales, en lo referente a su estructura y funcionamiento; a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo parcial, a la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma y su Reglamento de aplicación, a la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás de general aplicación en cuanto a su régimen económico y financiero. Igualmente, se regirá por las normas de Derecho privado que le sean aplicables, en lo que respecta a las relaciones jurídicas externas, a las relaciones patrimoniales, y en general, a sus actividades frente a terceros. El régimen de personal se regulará por el Derecho laboral.

2. Asimismo, la empresa pública estará sometida, en su actuación, a estrictos criterios de interés público y rentabilidad social, así como a los principios de publicidad y concurrencia».

Ni aun así, desde luego, estas normas son suficientemente expresivas de la real penetración del Derecho público, que, por lo pronto, también cubre en su totalidad la situación de los usuarios, sus derechos y sus deberes. Porque es seguro, desde luego, que, por ejemplo, la posición jurídica de los ciudadanos como beneficiarios del servicio público de la sanidad sigue regida exactamente por las mismas normas, ya les atienda directamente el SAS, una entidad pública empresarial —como el Hospital de la Costa del Sol o el del Alto Guadalquivir—, o una eventual sociedad anónima de titularidad pública que gestionase otro hospital de la Junta de Andalucía. Los derechos de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias son derechos públicos subjetivos en una relación jurídico-administrativa, no —de ninguna forma— derechos de un particular frente a otro regidos por el Derecho privado. Sólo pálidamente estas normas reflejan la penetración del Derecho público y la relatividad del sometimiento al Derecho privado, pero son, al menos, expresión de que la misma legislación andaluza refleja ya esta tendencia.

II. ATRIBUCIÓN A ENTES INSTITUCIONALES DE ACTIVIDADES QUE PODRÍAN SER EL OBJETO DE UN CONTRATO

Entre las numerosas cuestiones que suscitan los entes institucionales, un aspecto que está resultando especialmente problemático y al que conviene hacer particular referencia es si, sin licitación ni concurrencia de ningún tipo, se les puede confiar directamente aquellas actividades propias de la Administración matriz, en especial aquellas actividades que pudieran ser el objeto ordinario de contratos de la Administración matriz con sujetos privados. Hay muy distintas posibilidades que merecen una consideración diferente.

1. *Atribución de la competencia o responsabilidad de todo un sector de la actividad administrativa al ente institucional y financiación específica, caso por caso, de actividades concretas incluidas en aquella atribución general. Los «encargos de ejecución»*

Para empezar, hay una distinción que, aunque a veces borrosa, resulta capital. Frente al supuesto en el que la Administración matriz encarga a su entidad institucional una actividad concreta que podría confiar a una empresa privada mediante contrato, hay otro distinto que, en principio, no debe resultar problemático: el de entidades institucionales a las que se atribuye la responsabilidad de todo un sector de la actividad administrativa. En esta otra hipótesis, que es la prototípica expresión de la descentralización funcional, se parte de una genérica atribución de competencias o de tareas y, a partir de ahí, el ente institucional las desarrolla en la forma en que vea conveniente, incluyendo, por supuesto, la contratación con otros sujetos. Lo que en este caso se otorga al ente institucional no podría de ninguna forma entregarse a un contratista porque se trata de la verdadera responsabilidad administrativa de la gestión. No es, por decirlo así, que el ente institucional actúe como medio propio de la Administración responsable en la ejecución de una obra o en la gestión de un servicio o en otra actividad, sino que ocupa a todos los efectos el papel y lugar de la Administración responsable: lo que asume es la competencia, no la ejecución material. No hace lo que, en su caso, haría un contratista, sino lo que es propio y esencial de la Administración. Y esto puede ocurrir con independencia de la forma que adopte el ente instrumental: en esta misma posición puede estar un organismo autónomo que una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil de titularidad pública.

Sin embargo, una diferencia tan clara queda a veces oscurecida: ocurre con frecuencia que estos entes institucionales no tienen una financiación general para todas sus actuaciones, sino que, por el contrario, necesitan una financiación específica para algunas de las actividades que deban emprender. Al hacerse así, puede dar la falsa impresión de que cada vez que se le señala una de esas actividades específicas y se prevé la transferencia

presupuestaria correspondiente hay algo similar a un contrato y algo, por tanto, que, aisladamente considerado, podría haber sido objeto de licitación. Cabría pensar que si hay dos personas jurídicas que establecen una relación es que hay un contrato. Pero no hay nada de eso: hay una decisión unilateral de la Administración matriz por la que se concreta una específica actividad que, dentro de su competencia genérica (o dentro de su objeto social, si es el caso de una entidad mercantil), debe emprender el ente institucional, así como la cantidad que para su financiación se le transferirá. Esto puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza: de hecho, los entes institucionales —puros entes instrumentales de la Administración matriz— deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse; su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario. Ni en el origen hay un contrato, ni la relación que surge entre Administración matriz y el ente institucional es contractual, ni hay prestaciones y contraprestaciones, aunque naturalmente sí supone un gasto para aquélla y un ingreso para éste, con todo lo que ello comporta de requisitos y fiscalización.

Tampoco supone esta fórmula, pese a las apariencias, una decisión de ejecutar una obra, suministro u otra actividad con los medios propios conforme a los correspondientes artículos de la LCAP (en especial, 152 y 194). Ese punto no está prejuzgado y puede ocurrir que el ente instrumental opte por contratar con terceros y por destinar todo o gran parte del dinero transferido a pagar al contratista: en tal caso no estará haciendo un contrato de colaboración con empresarios particulares a que se refieren los artículos 152 y 194 LCAP y, menos todavía, un subcontrato, sino un contrato de obras, de suministro, de consultoría, etc. Por tanto, para admitir esta posibilidad de la Administración matriz no es necesario partir de que el ente institucional tenga los medios personales y materiales para realizar la obra, el suministro o la actividad material de que en cada caso se trate.

Lo más importante es destacar que el objeto de la relación entre la Administración matriz y el ente institucional no es de los que pueden ser contenido de un contrato: aunque pudiera serlo el de cada uno de esos actos administrativos y su correspondiente transferencia presupuestaria, hay que comprender que ello no es más que una parte de la responsabilidad administrativa de todo un sector del interés general y una forma de establecer fórmulas de financiación adecuadas a concretas necesidades.

Con un término no demasiado expresivo y una sistemática no del todo clara, las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma parecen aludir a este supuesto como «encargos de ejecución» (en la Ley de Presupuestos para el año 2002, art. 20, donde aparece diferenciada esta figura de la utilización de las empresas públicas como «medio propio» de la Administración: en realidad, también para utilizar a un ente institucional como «medio propio» hay algo muy similar a un «encargo de ejecución», como ahora se verá).

Pero, sea cual fuere el nombre que se le dé, la posibilidad que aquí se acepta no puede servir para albergar bajo su cobertura lo que más bien es

la utilización del ente institucional como medio propio (lo que tiene un régimen distinto, como luego se verá) ni tampoco para convertirlo en un simple intermediario entre la Administración matriz y sus contratistas con el único propósito de eludir el cumplimiento de la legislación de contratos públicos. Para cerrar esta vía hay que insistir en que lo que aquí se acepta es que al ente institucional se atribuya la responsabilidad de un sector de la actividad administrativa (aunque ello, en su caso, comporte la celebración de contratos), no —desde luego— la realización de determinados contratos con terceros y ni tan siquiera la realización de actividades aisladas que podrían constituir el objeto de un contrato. Si se trata de esto otro, entramos en otra hipótesis que hay que considerar de manera muy diferente.

2. *El ente institucional como contratista y como «medio propio» de la Administración matriz*

Circunscribiéndonos a los supuestos en los que la Administración matriz encarga a su entidad instrumental una actividad concreta que podría confiar a una empresa privada mediante contrato, hay dos posibilidades que, con ciertos límites, son posibles y lícitas.

La primera de ellas es que realmente el ente institucional resulte contratista tras vencer en un procedimiento selectivo ordinario con publicidad y concurrencia. Salvo que el ente tenga expresamente prohibido participar en estos procedimientos de selección (como se prevé en algunas leyes andaluzas para ciertas empresas públicas; así, artículos 67.4 de la Ley 8/1997 y 18.5 de la Ley 11/1998) o que, por cualquier causa, no reúna los requisitos para ser contratista de la Administración, ningún problema plantea esta posibilidad si efectivamente se garantiza la igualdad con los otros licitadores. De hecho, ocurre con relativa frecuencia que empresas públicas licitan en los procedimientos de selección de contratos de su Administración matriz o de otra Administración. Ocurrirá entonces que aunque haya una entidad instrumental, incluso dependiente de la Administración contratante, su posición jurídica no será legal y reglamentaria, sino contractual y, como tal, habrá de ser considerada a todos los efectos; es decir, que su posición en lo que a esa actividad se refiere no deriva de las leyes y reglamentos que crearon y regulan el ente instrumental en cuestión, sino del concreto contrato, como ocurre con cualquier contratista normal. A esta primera posibilidad se puede asimilar la de que el ente actúe como empresario colaborador de la Administración en el sentido que dan a esta figura los artículos 152.1 y 194 LCAP. Estos artículos sólo prevén colaboradores de la Administración que sean «empresarios particulares». lo cual limita o excluye la posibilidad de que lo sean los entes instrumentales de la Administración. Pero, aun en el caso de que los entes institucionales pudieran ser estos colaboradores, lo serían en virtud de un contrato y tras seguir los procedimientos correspondientes de selección de contratista. Por tanto, también en este caso el ente instrumental actuaría como un contratista de la Administración.

La segunda posibilidad es que el ente instrumental actúe como medio propio de la Administración matriz. Es esto lo que ahora centrará nuestra atención, tras una aclaración previa: en realidad, esta expresión de medio propio sólo aparece legalmente en relación con los contratos de obras y de suministros (arts. 152 y 194 LCAP). Por eso, algunas normas hablan, en relación con las obras y la fabricación de bienes muebles, de «medios propios», pero para otras actuaciones (estudios, proyectos, informes...) utilizan el término de «servicios técnicos de la Administración». Pero no hay diferencias esenciales ni inconveniente en hablar en todo caso de medios propios de la Administración.

3. *En particular, la utilización de los entes institucionales como «medios propios» de la Administración a efectos de la legislación de contratos. Licitud de esta utilización*

a) *La Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque esos medios estén personificados. Proclamación de esta posibilidad en el Derecho andaluz.*

Al igual que cualquier otro sujeto, la Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales y, naturalmente, tiene el derecho de proveerse de esos medios propios para hacer por sí misma cuanto deba o pueda hacer. La legislación no debe oponerse a esa elemental conclusión de sentido común y, según creo, no se opone, aunque la matiza y condiciona para evitar abusos y desviaciones. Naturalmente, por empezar con el ejemplo más clásico, si la Administración debe prestar un servicio público puede hacerlo por sí, con sus propios medios, sin tener que buscar un contratista que lo haga. Es más, en principio lo normal es que lo preste por sí misma. Ni siquiera hay una excepción general para los casos en que la actividad comporte una cierta gestión empresarial. El llamado dogma del contratista interpuesto, basado en la incapacidad de la Administración para ser empresaria, que consagró el liberalismo decimonónico, no rige, desde luego, en nuestro actual Derecho. Sólo si la Administración no tiene medios suficientes y opta por no dotarse de ellos acudirá a la contratación del servicio público. Si acaso, la legislación sectorial puede haber constituido una actividad en servicio público y, sin embargo, haber previsto como normal y prioritaria su prestación mediante contratistas. Es tradicionalmente el caso, por ejemplo, de los servicios públicos de transporte interurbano de viajeros por carretera. Salvo esas posibles excepciones legales para sectores determinados, la Administración no está obligada a contratar ningún servicio público. Lo mismo puede decirse, en general, de las actividades que pudieran constituir el objeto de contratos de consultoría y asistencia y de servicios que satisfacen necesidades administrativas que normalmente podrán ser atendidas por el personal de la propia Administración. Lo demuestra suficientemente el artículo 202.1 LCAP cuando exige para celebrar estos contratos que se acredite «la insuficiencia, la falta de adecua-

ción o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato»; es decir, que lo mismo que se puede contratar puede hacerlo directamente la Administración, y que incluso parece lo normal puesto que para contratar hay que justificar expresamente la necesidad o conveniencia de hacerlo. Un poco más complicado es lo establecido para la realización de obras o para la fabricación de bienes muebles por la Administración para sus propias necesidades, como queda reflejado en los artículos 152 y 194 de la LCAP. Pese a los límites, matices y recovecos que presentan esos artículos, que ni siquiera son legislación básica, en el fondo late en ellos, junto con algún resto menor del dogma del contratista interpuesto, la admisión de que la Administración puede realizar obras y bienes muebles por sí cuando tenga los medios necesarios para ello. Naturalmente, los empresarios privados no tienen ningún derecho a que la Administración opte por no tener medios propios y por buscar su colaboración. Su derecho consiste en que si la Administración decide buscar la colaboración de la empresa privada, lo haga de determinada forma, garantizando en todo caso la igualdad, la publicidad y la concurrencia. Sólo eso.

Resuelto lo anterior, parece de sentido común añadir que si la Administración puede hacer algo por sí, sin buscar contratistas privados, también puede hacerlo, en igual medida, por medio de sus entes institucionales, que no son nada más que un puro instrumento de la Administración matriz. Más aún, no son nada más que un conjunto de medios materiales y humanos de la Administración, como los simples órganos, aunque dotados de personalidad jurídica. Sin embargo, parte de la doctrina ha mantenido lo contrario en relación con las obras y la fabricación de bienes muebles por entender que cuando los artículos 152 y 194 LCAP (o sus precedentes similares, y a los que todavía podría añadirse el artículo 199, último inciso, de la LCAP) hablan de la realización por los propios servicios de la Administración hay que excluir a los de los entes institucionales. La Junta Consultiva de Contratación ha acogido alguna vez esta tesis (Dictamen 40/84, de 28 de febrero de 1985). Incluso esta misma idea se ha pretendido extender al objeto de otros contratos como los de consultoría, asistencia y servicios. Lo que se persigue, en el fondo, es evitar abusos y desviaciones que burlen la aplicación de la legislación de contratos, pero lo que se consigue es arrancar la buena hierba con la maleza y excluir soluciones perfectamente razonables.

Creo, por el contrario, que hay que aceptar por elemental lógica que la Administración puede confiar a sus entes institucionales servicios públicos, obras, elaboración de muebles, estudios, etc., sin buscar a contratistas y sin poner a competir a sus entes institucionales con las empresas privadas que tengan interés en hacerlo. Por lo menos es así en la misma medida en que la Administración pueda hacerlo por sus propios órganos, con las condiciones o excepciones derivadas de los artículos 152 y 194 LCAP y de alguna legislación sectorial. El hecho de que haya una personalidad jurídica por medio no debe, en principio, hacer cambiar la situación. Donde

más claramente se refleja esto es en la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos. Basta recordar el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y normas complementarias para comprobar que las formas de gestión indirecta a través de contratista no gozan de ninguna preferencia respecto a las de gestión directa y que, entre éstas, están por igual la gestión por la propia Administración local y la gestión por entidades institucionales de esa misma Administración local. Las Administraciones locales —y lo mismo puede decirse de las demás Administraciones, incluida, claro está, la Junta de Andalucía— pueden atribuir a sus entes institucionales lo mismo que, en su caso, podría ser el objeto de un contrato. Hay un cierto margen de discrecionalidad para elegir la forma de gestión, y ello incluye discrecionalidad para decidir atribuir la gestión del servicio a un ente institucional de la Administración matriz. Con algunas matizaciones, se puede sostener igual conclusión para otras actividades, en particular para realizar obras o bienes muebles o proyectos o estudios que podría conseguir la Administración mediante un contrato de obras o un contrato de suministro o de asistencia.

Lo cierto es que esta posibilidad está expresamente plasmada en algunas normas andaluzas reguladoras de específicas entidades institucionales: se dice de ellas que constituyen «medio propio» de la Administración, al mismo tiempo que se declara la forma en que se les atribuirán concretos cometidos. Así, en el artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, y en el Decreto 117/1998, de 9 de junio, se lee:

«EGMASA, como *medio propio* instrumental y servicio técnico de la Administración está obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyan el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren, le encomienden: la Administración de la Comunidad Autónoma...».

Fórmula idéntica se repite para otras entidades (así, v. gr., para DAP, S.A., artículo 18 de la Ley 11/1998, de 28 de diciembre). Por tanto, la Administración de la Comunidad les puede confiar la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles o la realización de estudios o proyectos, siempre que entren dentro de sus competencias u objeto social, sin licitación de ningún género. Lo importante, de todas formas, no es que una norma proclame expresamente que tal o cual entidad es «medio propio», sino que lo sea realmente: puede que ninguna norma califique así a una entidad institucional y que, pese a ello, lo sea porque la domina absolutamente y no es más que la personificación de un conjunto de medios humanos y materiales de la Administración matriz; y puede, a la inversa, que una norma declare a una entidad «medio propio» de una o varias Administraciones y, sin embargo, no lo sea realmente, supuesto al que luego aludiremos.

Además, la posibilidad de utilizar a las entidades institucionales como medios propios de la Administración está contemplada con carácter más

general, aunque coyuntural, en las Leyes anuales de Presupuestos de Andalucía desde hace algunos años. En concreto, en la Ley 14/2001, tras referirse a otras actuaciones de las empresas públicas, se dice: «Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las obras o servicios por administración que les sean encomendados, cuando actúen como medio propio de la Administración...» (art. 20.1, segundo). Quizá hasta cabría añadir que aun suponiendo que los artículos 152 y 194 LCAP no lo permitieran —lo que no creo y sólo barajo a efectos dialécticos—, como no son nada más que supletorios, han podido ser desplazados por la legislación andaluza. Además, conviene añadir que el Estado ha hecho lo mismo con algunas entidades suyas, como es el caso de TRAGSA (véase sobre todo el RD 371/1999, de 5 de marzo).

Pero es que, por otra parte, esta lógica solución que impone el sentido común y que plasman expresamente algunas normas no encuentra obstáculos insalvables ni en el Derecho nacional, ni en el comunitario, ni en el de contratación pública, ni en el de defensa de la competencia. La base para afirmarlo así es el reconocimiento de que tras estas entidades no hay nada más que una fórmula de organización administrativa, de modo que, en consecuencia, la atribución de actividades o encargos como «medio propio» no tiene nada que ver con los contratos. Lo que sí hay es argumentos —tanto de Derecho nacional como de Derecho comunitario, y tanto de Derecho de contratación como del de defensa de la competencia— para someter esta posibilidad a límites y condiciones estrictos que eviten que se convierta en un modo de burlar la legislación de contratos y de situar a las entidades públicas en ventaja respecto a las empresas privadas con las que compitan en el mercado.

b) *Ni la legislación de contratos ni la de defensa de la competencia, ni la comunitaria, ni la española se oponen a que una Administración utilice como medio propio a sus entes institucionales.*

El Derecho comunitario de la contratación pública admite esta posibilidad. A este respecto, es reveladora la STJCE de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, *Arnhem y Rheden/BFI Holding BV*, que consideró inaplicable la Directiva sobre contratos de servicios al supuesto en que un municipio atribuyó a una empresa pública de su titularidad la recogida de basuras sin concurrencia con empresas privadas. Son muy ilustrativas las conclusiones del Abogado General La Pégola: en esos casos lo que hay es sólo una técnica organizativa que poco tiene que ver con la contratación pública; la empresa, dice, «pese a estar constituida como una sociedad de capital, no es ... sustancialmente ajena a la estructura organizativa de los Ayuntamientos (...) La elección de un modelo de organización por parte de una Administración pública no permite la aplicación de normas destinadas a regular una situación muy diferente, como es la de la prestación ... de un servicio a una autoridad pública por parte de un particular». Cierto es que en otras ocasiones el TJCE ha puesto objeciones a la directa adjudicación de contratos de suministros y de obras a entidades públicas aunque, a su vez, puedan ser consideradas entidades adjudicadoras, y que la Comisión,

en su Comunicación interpretativa 200/C 121/02, ha insistido en la necesidad de publicidad y concurrencia en las concesiones de obras, aun en el caso de que el concesionario sea un ente público. Pero todo esto, que desde luego es acertado y correcto en general cuando se trata de un ente público distinto e independiente de la Administración contratante no puede extenderse a los supuestos que aquí analizamos, en que el ente institucional es puro instrumento de la Administración y recibe un encargo al margen de todo contrato como «medio propio» de la Administración. A esto no se opone el Derecho comunitario de la contratación, y sería sencillamente absurdo que lo hiciera.

También el Derecho español de contratos públicos, como el comunitario, se opone a que una Administración contrate (aunque el contrato se bautice como convenio) directamente a una entidad instrumental de otra Administración. Es significativa la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000 (Ar. 2309), que anula un convenio celebrado entre un Ayuntamiento y una empresa municipal de otro Ayuntamiento para la gestión y prestación del servicio público de agua potable en el primer municipio porque el convenio encubre una auténtica concesión del servicio por un tercero distinto a la Administración titular; se está ante una transferencia de potestades administrativas a una persona jurídica privada que actúa en el tráfico jurídico como una sociedad mercantil. Esto, según la sentencia, no tiene cobertura en el artículo 57 LRBRL ni en la encomienda de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992, de modo que debía haberse acudido a la legislación de contratos. Pero esto nada tiene que ver con que la Administración se sirva de sus propios medios, aunque éstos tengan personalidad jurídica como mero ente instrumental, que es lo que nos interesa.

Las objeciones que nuestra propia legislación de contratación pública pueda suponer para la posibilidad que analizamos derivan del artículo 3.1.d) LCAP. A estos efectos, no merecen el mismo tratamiento todos los entes institucionales. Para lo que ahora nos ocupa, la distinción entre los sometidos a Derecho público y los sometidos a Derecho privado es relevante. Las supuestas objeciones sólo afectarían a los segundos. Basta para comprenderlo recordar que la LCAP excluye de su ámbito todos los convenios de colaboración entre entidades públicas, pero no los que realicen éstas con personas sujetas a Derecho privado si tales convenios tienen por objeto el propio de los contratos regulados en la Ley [art. 3.1.c) y d) LCAP]. Y, en la misma dirección, el artículo 15.5 de la Ley 30/1992 excluye de su régimen la encomienda de actividades en favor de personas sujetas a Derecho privado, y cuya regulación remite a la legislación de contratos.

Pero incluso limitándonos a esos casos problemáticos, no hay realmente ningún impedimento una vez que se comprende que en los supuestos analizados no tiene que haber ningún contrato o convenio ni tiene sentido que lo haya. Todo se produce por la decisión unilateral de la Administración matriz, que es, por sí misma, determinante de la relación que surge, relación que, además, no es contractual. No es esto un artificio para salvar un hipotético impedimento infranqueable, sino fiel descripción de la realidad de las cosas: la decisión de realizar la obra, el suministro, el estudio o

el proyecto por medio del ente institucional es exclusiva de la Administración matriz; no es necesario el consentimiento del ente institucional, que, como mero instrumento que es, está obligado a realizar lo que se le ordene, exactamente igual que lo está un servicio no personificado; hay sólo un acto administrativo con una serie de efectos que no son contractuales.

Y que esto es así, por cierto, queda, además, perfectamente reflejado en las normas que regulan estas actuaciones. Por ejemplo, según el Decreto 117/1998, «EGMASA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está *obligada a realizar los trabajos...*». Luego se habla de órdenes. Ni siquiera interviene en la determinación de las cantidades que se le deberán transferir por la Administración matriz: «El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de EGMASA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración correspondiente». Lo mismo ha hecho el Estado. Buena muestra de ello es el RD 371/1999, de 5 de marzo: «TRAGSA y sus filiales están *obligadas a realizar los trabajos y actividades que les sean encomendados por la Administración*»; «Las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen *naturaleza instrumental y no contractual*, por lo que, a todos los efectos, son de *carácter interno, dependiente y subordinado*»; «La *comunicación encargando una actuación* a TRAGSA o sus filiales supondrá la *orden para iniciarla*»; y, además, se establece un sistema de fijación de tarifas que hace que, desde luego, tampoco en este punto sea necesario el consentimiento del ente institucional. En suma, no hay contrato, ni convenio, ni acuerdo de voluntades, sino un acto administrativo de la Administración por el que se ordena una actividad al ente institucional. Por todo ello, no hay ni puede haber en la LCAP ningún obstáculo a tal forma de proceder.

Cualquier parecido con un contrato es casual y superficial. Esto, por cierto, supone que hay una enorme laguna en cuanto a la relación analizada: por ejemplo, no están reguladas las consecuencias de los incumplimientos y retrasos, ni la forma en que la Administración matriz controla y recibe la ejecución, ni la permiso o prohibición de dividir en lotes las actividades, etc. Quizá la existencia de estas lagunas permita en algún caso la aplicación analógica de algunos preceptos de la legislación de contratos, pero ello partiendo, como sucede siempre en la analogía, de que esos preceptos no regulan realmente esta relación entre la Administración y los entes institucionales utilizados como medio propio de aquélla.

Por lo que respecta al Derecho de la competencia, aun aceptando a efectos meramente dialécticos que la atribución a las propias empresas de la Administración de obras o de suministros o de servicios encajara en las prohibiciones generales de la Ley de Defensa de la Competencia, habría que añadir de inmediato que quedarían salvadas por el artículo 2 de dicha Ley, según el cual tales prohibiciones «no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley». En este caso, las mismas leyes de creación y regulación de estas entidades, al configurarlas como «medios propios de la Administración», así

como la LCAP, son las que justifican la exención. El mismo Tribunal de Defensa de la Competencia ha acogido esta tesis en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en su resolución de 30 de abril de 1998 aceptó que una empresa pública estatal (precisamente TRAGSA) recibiera encargos directos de las Administraciones porque «cuando ejecuta obras por orden de las Administraciones públicas ... se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplado en el artículo 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas por este Tribunal porque tienen amparo legal».

4. Límites a la utilización de los entes institucionales como «medios propios»

Pero, en algunos casos, estas posibilidades presentan ciertos peligros y estas fórmulas, en principio razonables y admisibles, pueden pervertirse y convertirse en una forma de burlar las exigencias de la legislación de contratos y de romper la igualdad de las empresas públicas con las privadas cuando compiten entre sí en el mercado. Esto por varias razones y por diversas causas. Pero ninguna de ellas puede llevar a rechazar radicalmente esta fórmula y, como decíamos, a arrancar, junto con la maleza, la buena hierba. Hay, más bien, que establecer límites para evitar la perversión de esta forma de actuación.

a) *Exclusión de las sociedades de economía mixta.*

Por lo pronto, se comprende fácilmente que cuanto venimos diciendo sólo se puede admitir cuando el ente institucional sea realmente y en su totalidad de titularidad pública. No si se trata de una empresa de economía mixta, ni siquiera en el caso de que la participación pública sea mayoritaria: si es mayoritaria es que hay participación privada y, si la hay, ya deja de estar justificado que se le confíen actividades sin la concurrencia de otras empresas en condiciones de igualdad. Esto (tras reformar la desafortunada redacción inicial del artículo 155.2 de la LCAP de 1995) queda ahora claro para la gestión de servicios públicos en los artículos 154.2 y 156.d) de la LCAP de 2000: están excluidos de la regulación de la Ley sólo los casos en que la gestión del servicio público se haga por sociedades de Derecho privado «en cuyo capital sea *exclusiva* la participación de la Administración o de un ente público de la misma»; si no es exclusiva —sea mayoritaria o minoritaria, da igual a estos efectos— es necesario un contrato tras seguir los procedimientos de selección pertinentes (ya sea un contrato por el que se crea la sociedad mixta al mismo tiempo que se le confiere la gestión de un determinado servicio público, ya sea un contrato de concesión u otra modalidad de contrato de gestión de servicios públicos si la sociedad está ya constituida y se trata de atribuirle con posterioridad un servicio cualquiera). La misma limitación debe regir para encomendar obras, suministros o estudios a empresas de economía mixta. Y es que, además de la elemental lógica de lo dicho hasta ahora, se suma la evidencia de que la empresa de economía mixta no es realmente medio propio de quien sólo

es titular de parte de su capital social. Parece innecesario aclarar que el hecho de que la disposición adicional 6.^a de la LCAP incluya en su mandato a las sociedades en que el capital público sea sólo mayoritario no tiene nada que ver con lo que aquí se expone: basta que la participación pública sea mayoritaria para que hayan de contratar con publicidad y concurrencia, pero no para que puedan ser consideradas meros entes instrumentales y medios propios de la Administración.

La legislación andaluza no se opone frontalmente a esta afirmación. Pero contiene unas previsiones que, si no se interpretan con las correcciones oportunas, podrían llegar a extender a las sociedades de economía mixta una situación que debe reservarse a las sociedades de capital íntegramente público y demás entes institucionales. Un ejemplo lo ofrece la regulación de EGMASA: «La participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, directa o indirectamente, en el capital social de la entidad mercantil no podrá ser en ningún momento inferior al 51 por 100». Luego puede dejar de ser de titularidad exclusivamente pública y convertirse en empresa de economía mixta. Y no se establece paralelamente que, si eso ocurre, EGMASA dejará de ser «medio propio» de la Administración; pero, según creo, desde el momento en que haya participación privada, ni esta empresa ni las otras podrán ser consideradas un medio propio de la Administración y sólo podrán recibir encargos de la Administración tras vencer en un procedimiento de selección de contratistas con publicidad y concurrencia.

b) *Exclusión de los entes institucionales de otra u otras Administraciones sin perjuicio de que ello sea posible como cauce de colaboración interadministrativa.*

Por otra parte, se plantea si los encargos que analizamos se pueden producir en favor de entidades institucionales de otra u otras Administraciones. En principio, como vimos, eso está excluido con carácter general: si la entidad institucional es de otra Administración es que no es medio propio de la que hace el encargo. Aunque se encubra, habrá un contrato y no la utilización de un medio propio. Por tanto, deben seguirse los procedimientos de selección de contratistas.

Lo que se acaba de afirmar no puede salvarse por la fácil vía de proclamar en una norma que tal ente instrumental es medio propio de una Administración de la que realmente no lo es. Así, de ciertas empresas públicas de Andalucía se dice en sus normas de creación que son medio propio de las Administraciones locales. Nos ofrece un buen ejemplo EGMASA:

«EGMASA, como *medio propio* instrumental y servicio técnico de la Administración está obligada a realizar los trabajos que (...) le encomienden: la Administración de la Comunidad Autónoma, los organismos públicos dependientes de ella, así como las *Corporaciones locales* en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía».

Igual previsión existe para otras empresas andaluzas. Y lo mismo hace el Estado respecto a algunas de sus entidades. Por ejemplo, en el RD 371/1999, de 5 de marzo, se establece que «TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada», de modo que cualquier Administración autonómica, incluida la de la Junta de Andalucía, puede encargarle obras, suministros, servicios, estudios... sin publicidad ni concurrencia. Es cierto que ahora se prevé que las Comunidades pueden participar en el capital social de TRAGSA, pero esto no es requisito necesario para que puedan encargarle cualquier actividad. O sea, en suma, que EGMASA, en la que no tiene capital ni representación ninguna Administración local, es «medio propio» de las Administraciones locales andaluzas; que TRAGSA es medio propio de la Junta de Andalucía, que no tiene ni una acción en esa entidad ni ejerce sobre ella facultad alguna de dirección o control; y que lo mismo sucede con otras empresas públicas.

Ya dijimos antes que una entidad es medio propio de una Administración si realmente lo es —es de su entidad matriz y la tiene sometida a una verdadera relación de instrumentalidad, con todo lo que ello comporta—, no por el puro voluntarismo de una norma que así lo declare sin ningún fundamento. Los artículos 152 y 194 LCAP y sus concordantes no se satisfacen con meras palabras. No puede considerarse que una entidad instrumental de una Administración, que depende íntegramente de ella, sea «medio propio» de otra Administración que no puede dirigirla de ninguna forma.

Tampoco es medio propio la entidad que realmente depende de varias Administraciones y sobre la que cada una de ellas sólo se ejerce una influencia limitada. No es impertinente recordar la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (asunto *Teckal*), que, ante un supuesto en el que un municipio encargaba el suministro a una empresa de una mancomunidad, exige el cumplimiento de la correspondiente Directiva de contratos pues sólo admite su exclusión cuando la Administración «ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».

Sin embargo, lo anterior no debe llevar a una exclusión radical de esta práctica. Aunque en este caso no estamos realmente ante una simple manifestación de la descentralización funcional, que es lo que en general justifica la utilización de los entes institucionales como medios propios, lo que hay es una específica organización para canalizar la colaboración y, sobre todo, la cooperación entre Administraciones, aunque una de ellas —la que coopera al ejercicio de las competencias de las otras— lo haga a través de un ente instrumental. Lo que hay en estos supuestos no es tampoco un fraude para evitar el cumplimiento de la legislación de contratos, sino formas de canalizar la colaboración o la cooperación entre Administraciones. Pero hay que garantizar que sea así. Y para ello hay que limitar esta utilización de los entes institucionales a lo que realmente pueda considerarse una actividad de su Administración matriz, aunque sea una actuación de colaboración o cooperación con otra. Lo que no cabe aceptar es que, por esta vía, entidades públicas o de titularidad pública acaben actuando como

un contratista de una Administración de la que no dependen en absoluto y para actividades que tampoco guarden ninguna relación con las funciones de colaboración y cooperación de la Administración matriz.

La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de abril de 1998, al igual que otras, aceptó que las Comunidades Autónomas encargaran directamente obras a una empresa pública del Estado (precisamente TRAGSA) en virtud de convenios de colaboración con el Ministerio de Agricultura. Pero, aun salvados los escollos derivados de la legislación de defensa de la competencia, es el Derecho de la contratación administrativa el que aquí impone ciertos límites en la línea indicada.

c) Exclusión de los entes institucionales que compiten en el mercado con empresas privadas.

Todavía cabe pensar en otra condición ideal para admitir sin ningún riesgo ni reparo que la Administración confíe a sus entes institucionales, sin licitación pública, obras, servicios, estudios, suministros o lo que sea: que esa entidad tenga precisamente como función esencial —o, incluso, como función única y exclusiva— realizar esa actividad, sin que, por tanto, concorra simultáneamente en el mercado para ofrecer bienes y servicios a los particulares en competencia con las empresas privadas. Ningún inconveniente puede ponerse a esta pura actividad empresarial, que se ampara directamente en el reconocimiento de la libre iniciativa pública económica del artículo 128.2 CE. No es eso lo que se cuestiona. Tampoco hay nada que objetar, como se ha explicado, a que las empresas públicas reciban directamente encargos de su Administración matriz. El peligro está en que hagan las dos cosas a la vez. Si al mismo tiempo que se actúa y se obtiene financiación como medio propio de la Administración, se concurre en el mercado, es difícil evitar que la entidad pública no parta con una ventaja muy relevante sobre las empresas privadas y que, a la postre, se rompa la real igualdad con las que compete. Si, para colmo, puede ofrecer servicios que tienen repercusión ante la Administración (como es el caso de EGMASA, que puede hacer evaluaciones de impacto ambiental), los peligros aumentan. Incluso prescindiendo de ello, casi inevitablemente habrá una competencia con cierta ventaja de quien tiene la subsistencia asegurada gracias a su trabajo para la Administración, lo que le permite costear sus gastos de personal y amortizar fuertes inversiones.

Pese a ello, ni el Derecho español ni, por supuesto, el andaluz prohíben a una entidad pública ser «medio propio» de la Administración —disfrutando, por tanto, de los encargos de la Administración sin concurrencia de ningún género— y, al mismo tiempo, ofrecer sus bienes y servicios en el mercado compitiendo con las empresas privadas. Al contrario, para varias de las empresas de la Junta se consagra expresamente. Así, siguiendo con el ejemplo de EGMASA, dice el Decreto 117/1998:

«Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, EGMASA podrá realizar actuaciones, trabajos, obras, asistencias técnicas, consultorías, prestación de servicios y

comercialización de sus productos dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales o participadas».

Exactamente igual se prevé para DAP, S.A. (art. 18.6 de la Ley 11/1998) y para otras. Por lo menos, parece que, a la inversa, sí puede afirmarse en general que cuando una entidad institucional tiene como actividad fundamental la simplemente empresarial de ofrecer bienes y servicios en el mercado no puede ser considerada medio propio de la Administración. Así, naturalmente, la Junta no puede decidir comprar, sin seguir un procedimiento de selección de contratista con concurrencia y los demás requisitos exigibles, a Santana Motor, S.A. los vehículos que necesite por el simple hecho de que sea de su propiedad. Esta idea es la que late en la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (asunto *Teckal*) cuando permite excluir la aplicación de una de las Directivas de contratos en el supuesto de que la entidad que vaya a realizar el suministro, además de estar controlada por la Administración, «realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan». Es decir, que la parte esencial de su actividad consista en la que deriva de ser «medio propio» de su Administración matriz. Pero el límite entre uno y otro caso —o sea, entre la entidad pública que es «medio propio» pero que, además, concurre en el mercado como una empresa más y aquella otra que esencialmente se dedica a una pura actividad empresarial— es a veces borroso. Los peligros para una efectiva y real competencia en igualdad entre empresas públicas y privadas son evidentes. Y es poco lo que la legislación andaluza aporta para enervar tales peligros.

Por una parte, a las empresas a las que declara «medio propio» les prohíbe —aunque no en una norma general sino, una por una, en las específicas normas reguladoras de cada una de ellas— «participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones públicas de las que sean medios propios» (así, arts. 67.4 de la Ley 8/1997, 18.5 de la Ley 11/1998, etc.). Pero esto no comporta una gran garantía. Más bien es una regla de elemental lógica que si la Administración decidió no encomendarle directamente la actividad, sino formalizar un contrato, no participe en el procedimiento de selección su ente filial.

Por otra parte, también es una garantía el que la Administración no pague a estas empresas por el trabajo que para ella realizan un precio superior al normal. Si esto ocurriera, la empresa pública estaría obteniendo por esa vía subrepticia una ayuda pública que la pondría en condición de ventaja respecto a sus competidoras en el mercado. Al menos, las normas reguladoras de las empresas andaluzas contienen una previsión en esa línea que, de cumplirse escrupulosamente —lo que es difícil de comprobar—, evita este peligro. Dice así, por ejemplo, el artículo 18.4 de la Ley 11/1998:

«El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de la empresa (en este caso, DAP, S.A.) se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser ob-

jeto de aprobación por la Administración competente. *Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización...».*

Algo es algo. Pero, desde luego, por ahora, es poco. La posibilidad de alterar la competencia no está, desde luego, eliminada y en algún caso puede haber ayudas encubiertas y otras conductas prohibidas en defensa de la competencia.

d) *Exclusión de los entes institucionales que no cuentan realmente con los medios para realizar lo que se les confía y que, por tanto, tendrían que contratar con otra empresa lo que se les ha encargado.*

Una vez decidido realizar una obra, suministro, proyecto, estudio... a través de una entidad institucional como medio propio, puede ocurrir que ésta, a su vez, contrate con empresarios privados. Según la naturaleza de la entidad institucional, estos contratos estarán sometidos o no a la legislación de contratos. En especial, si se trata de una sociedad mercantil, sólo debe respetar los principios de publicidad y concurrencia, según el vago mandato de la disposición adicional 6.^a LCAP. Y en ello puede verse una típica forma de huida del Derecho Administrativo o hasta un evidente fraude de ley: si su Administración matriz hubiera realizado directamente esos contratos, debería haber cumplido todas las previsiones de la LCAP en tanto que, sirviéndose de su entidad institucional y con la única condición de transferir a ésta el precio del futuro contrato, elude su cumplimiento; hasta puede ocurrir que, en el fondo, no haya nada más que un subterfugio, un rodeo con la finalidad de evitar la aplicación de la LCAP.

A este respecto hay que decir —además de que este peligro es general y esencial a la misma existencia de entes instrumentales no sometidos a muchas normas de Derecho Administrativo y, en particular, a la LCAP— que en este caso hay un límite efectivo para eliminar los abusos y evitar el fraude de ley. Si el encargo se basa precisamente en que la Administración tiene medios propios suficientes, no será lícito confiar la actividad a un ente institucional que no los tenga y que haya de realizarla en su mayor parte o en su totalidad contratando con terceros. Si, por ejemplo, se trata de una obra, sólo podrá realizar los contratos de colaboración previstos en el artículo 152 LCAP y con los límites cuantitativos allí previstos. Frecuentemente, las normas reguladoras de estas empresas recogen expresamente este límite (así, para DAP, S.A., art. 18.3 de la Ley 11/1998; para EGMASA, art. 67.3 de la Ley 8/1997; y lo mismo hace el Estado para sus empresas: en cuanto a TRAGSA, arts. 88.4 de la Ley 66/1997 y 6.1 del RD 371/1999). Y lo importante no es sólo ese límite cuantitativo, sino el cualitativo que supone que los únicos contratos procedentes son los de colaboración que, como dice el artículo 152.3 LCAP, comportan que la responsabilidad de la ejecución de las obras sigue a cargo del ente contratante. No cabe que el ente institucional, que está realizando como medio propio una obra, se la adjudique a un tercero mediante un contrato de obra: sólo puede hacer contratos de colaboración y sólo dentro de ciertos límites. Lo mismo sucede con

la fabricación de muebles por la Administración (art. 194.2 LCAP). Y más claramente se puede decir de otras actividades para las que ni siquiera se prevé esa colaboración parcial de empresarios particulares: si se encarga, por ejemplo, un proyecto a un ente instrumental como medio propio es porque se parte de que tal ente tiene los recursos materiales y personales para elaborar ese proyecto, no para que lo contrate con un tercero.

Incluso cabe sostener que si una Administración decide —de conformidad con los artículos 152, 194 y concordantes de la LCAP— realizar una actividad con sus propios medios, es ella la que puede acordar los contratos de colaboración con empresarios privados, no su ente instrumental que actúa como medio propio: el papel de este ente como medio propio de su Administración matriz es el de la ejecución material, no el de convertirse en mero órgano gestor y de contratación. Si así se entendiera, desaparecería por completo el riesgo de que la utilización como medio propio de los entes institucionales con personificación de Derecho privado sea una forma burda de huir del Derecho Administrativo y de eludir el cumplimiento de la legislación de contratos públicos: la Administración territorial responsable de la actividad la realizaría con sus medios propios (los de su ente instrumental) y con cierta colaboración de empresarios particulares que ella (no el ente instrumental) contrataría, dentro de ciertos límites y con sometimiento pleno a la LCAP. Esta interpretación me parece no sólo la que mejor evita el fraude de ley, sino la que mejor se ajusta a la letra y al espíritu de la ley porque utilizar unos servicios de la Administración como medio propio significa confiarles la ejecución material, no convertirlos en órganos de contratación y en puros intermediarios. La práctica, sin embargo, va en otra dirección y suele aceptarse que es el ente institucional utilizado como medio propio el que contrata con terceros. Por ello, me parece que podría ser oportuno que se estableciera formalmente en las correspondientes normas que a quien le corresponde celebrar los contratos de colaboración necesarios es a la Administración matriz, no a quien sólo actúa como medio propio para la ejecución material de los trabajos. Aun sin esa conveniente previsión normativa, la misma interpretación es defendible en la actualidad conforme a los artículos 152, 194 y concordantes de la LCAP (aunque en algún caso se puede ver dificultada por la regulación específica de cada ente).

Pero, aunque no se acepte esta interpretación, lo que de ninguna de las maneras puede sostenerse es que, utilizada una empresa con forma de sociedad mercantil como medio propio, pueda luego contratar libremente con empresarios privados sin sometimiento a los límites cuantitativos y cualitativos de los artículos 152, 194 y similares de la LCAP, porque ello supondría que se está siguiendo la vía de la realización de actividades con medios propios sin que realmente se tengan los medios suficientes, es decir, faltaría el supuesto de hecho exigido por la LCAP para utilizar esta figura. Si acaso, a lo sumo, cabrá decir que en estos supuestos, pese al tenor literal del artículo 152.3 LCAP y equivalentes, el contrato de colaboración con empresarios particulares realizado por una sociedad mercantil pública utilizada como medio propio no es un contrato administrativo ni

necesita que la selección del empresario colaborador se efectúe precisamente por los procedimientos de adjudicación establecidos en los artículos 73 y 74 LCAP con todas sus formalidades, sino que será un contrato privado —como todos los celebrados por este tipo de entidades— que sólo debe respetar los principios de publicidad y concurrencia, tal y como impone para los contratos de estas entidades la disposición adicional 6.^a LCAP. Pero en todo caso se mantiene el límite de que sólo puede realizar contratos de colaboración y dentro de los importes y porcentajes máximos señalados en la LCAP, pues si así no fuera no se estaría de ninguna de las maneras ante la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles, o la elaboración de estudios o proyectos... por la propia Administración y, entonces, ya ni siquiera sería lícito haber atribuido tal actividad al ente institucional. Por tanto, no ya es sólo que se trataría de un fraude de ley; antes que ello, habría ilegalidad por seguir una vía prevista en la LCAP sin el presupuesto de hecho exigido para ello.

e) *Exclusión de los entes institucionales que no tienen el personal necesario para realizar lo que se les confía; prohibición de los encargos de contratación de personal.*

Argumentos similares pueden servir para rechazar que la Administración encargue una actuación a un ente institucional como medio propio al mismo tiempo que se prevé que éste ha de contratar todo el personal necesario para realizar la tarea encomendada y que la Administración transfiere todo el dinero para pagar a ese nuevo personal. Ese extraño fenómeno se está produciendo en la práctica con frecuencia. Y esto llegando a supuestos tan insólitos como que, en realidad, lo único que hace el ente institucional es suministrar personal a la Administración matriz, incluso personal cuyo cometido será el apoyo a los funcionarios de la Consejería correspondiente. Más aún: se llega hasta el extremo de declarar que lo que se encarga al ente es contratar personal no la actividad que hará ese personal; o sea, no ya es que se encomiende una tarea concreta para la que haya que contratar personal, sino que, sin más, se encarga contratar personal. Se pone así en evidencia el verdadero propósito de la operación y cuán alejado está todo esto del originario y lícito sentido de la utilización del ente institucional como medio propio.

Pero nada de esto es admisible: si el ente institucional tiene que contratar a todo el personal necesario para la actividad encomendada es que no tiene los recursos suficientes para actuar como medio propio y, entonces, falta el presupuesto de hecho que la LCAP exige. Y, de otra parte, si la Administración matriz va a pagar íntegramente todo el coste del nuevo personal necesario para realizar la actividad, no se comprende por qué razón no lo hace directamente. O peor aún: sí se comprende; se comprende que lo hace para huir de las normas de selección de funcionarios o de contratación de personal por la Administración, que persigue contratar personal laboral eventual cuando realmente hay una tarea estable que simplemente se descompone artificialmente en una sucesión de encargos temporales, que se busca realizar con personal laboral lo que legalmente está reservado a

funcionarios públicos. Porque todo esto, además, produce el efecto de que tareas puramente administrativas propias de las Consejerías se realizan a través de sociedades anónimas por personal no funcionario, sin ninguna garantía de independencia. No se llega formalmente a encomendar a estas sociedades mercantiles públicas y a su personal laboral temporal el ejercicio de potestades administrativas que impliquen autoridad. Pero, aun así, se está muy cerca de ello: no se les encomienda propiamente la inspección o la de dar órdenes, pero sí actividades de colaboración con la inspección que, al final, acaban siendo las mismas de los inspectores propiamente dichos; no se les atribuye la resolución de expedientes y la de recursos administrativos, pero sí la de las actividades materiales y técnicas necesarias para la instrucción, lo que, en el fondo, supone que los tramitan en su totalidad... Así, incluso cuando con ello no se vulneran directamente todas las normas sobre procedimiento administrativo y sobre función pública, se consigue que no sirvan de nada pues todas las garantías que comportan para el interés público y para el de los ciudadanos afectados quedan arruinadas. Pero, por lo que aquí importa, basta decir que en todos estos casos no se dan los presupuestos para utilizar a los entes institucionales como medios propios, que todo esto no es sino pura patología ilegal porque en tales supuestos el ente no tiene los recursos suficientes para afrontar la actividad encomendada ni, además, es lícito que el encargo consista en la contratación de personal para la realización de las tareas administrativas de la Administración matriz. Admitir, como aquí se ha hecho, la utilización de los entes institucionales como medios propios de la Administración matriz no supone amparar esta práctica que, además de amenazar aspectos esenciales del régimen administrativo, no tiene ningún apoyo legal.