

LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ALGUNAS NOTAS (1)

Por

JOSÉ ORTIZ MALLOL

Letrado de la Junta de Andalucía (exc.)

SUMARIO: PRIMERO. CARACTERÍSTICAS QUE DEFINEN LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD: a) *El fin o servicio no es propio del ente instrumental, sino del ente matriz. La titularidad del fin o servicio asignado al ente filial sigue perteneciendo al ente matriz, sobre quien recae la responsabilidad política de su organización y de su rendimiento.* b) *La conformación de un complejo organizativo unitario por el ente matriz y el ente instrumental, quedando el mismo adscrito a aquél.* c) *La relación jurídica naciente no es asimilable a la de jerarquía.* d) *La dependencia y comunicabilidad se extiende a la esfera económico-financiera.* e) *La dependencia tiene su particular consecuencia en las relaciones entre el patrimonio de la matriz y el de la instrumental.*—SEGUNDO. SUPUESTOS ESPECIALES DE DEPENDENCIA.—TERCERO. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA POTESTAD DE DIRECCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA ENTIDAD INSTRUMENTAL.

PRIMERO. CARACTERÍSTICAS QUE DEFINEN LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD

La entidad instrumental se define en función de dos notas esenciales, determinando la elección acerca de cuál de ellas deba ser dominante la posición que se adopte en orden al propio ser de la llamada «Administración instrumental». Tales notas son la personalidad jurídica propia —de que gozan estas entidades— y su cualidad de ser instrumento de una Administración que damos en denominar matriz. La tesis que defendemos subyuga la personalidad jurídica propia del ente instrumental al hecho de estar el mismo bajo la dependencia de una Administración Pública que se sirve de él para la consecución de algún fin que le es propio (2), dando lugar a que algunos autores hablen de una «personalidad rebajada» o «semipersonalidad», en la medida en que tal personalidad jurídica de la entidad instrumental únicamente se hace valer en la relación jurídica con terceros, pero no en la que se mantiene con el ente

(1) El presente trabajo es fruto de la más amplia ponencia que con análogo título desarrollé en las VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, dedicadas a la Administración Instrumental, y celebradas en Sevilla, en noviembre de 2002. Desde estas páginas agradecemos al Director del Gabinete Jurídico, Ilmo. Sr. D. Francisco del Río, y a la Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico, D.^a M.^a del Carmen Carretero (coordinadora de tales Jornadas), la invitación realizada para el desarrollo de tal ponencia.

(2) Coincidimos con la opinión expuesta por ÁVILA ORIVE en la —a nuestro entender, fundamental al respecto de estos temas— monografía *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2002.

matriz (3). Con el presente estudio pretendemos amparar la consideración estrictamente funcional de tal realidad, y con ello propugnamos superar la postura formal que considera a cada entidad instrumental como una persona jurídica con capacidad de configurar una voluntad propia oponible *erga omnes*, incluyendo en esta total autonomía volitiva su relación con la matriz.

Partiendo de las notas definitorias de la relación de instrumentalidad que la doctrina (4) enumera, exponemos nuestra propia relación de los que consideramos caracteres esenciales de tal institución. Ahora bien, sin perjuicio de lo que se diga en relación con la existencia de una «escala de instrumentalidad», debemos advertir que la realidad de la técnica instrumental será tan diversa como entidades instrumentales y Administraciones Públicas matrices existan, máxime si se adopta —como hacemos nosotros— una visión funcional de tal fenómeno. Por ello, nuestro intento de formar una teoría generalista sobre las características del hecho instrumental sólo puede servirnos para ofrecer al lector un patrón que habrá de acomodarse a las exigencias de cada caso práctico. Desde esta intención, y con estas limitaciones, deberá atenderse al desarrollo de las presentes líneas.

- a) *El fin o servicio no es propio del ente instrumental, sino del ente matriz. La titularidad del fin o servicio asignado al ente filial sigue perteneciendo al ente matriz, sobre quien recae la responsabilidad política de su organización y de su rendimiento*

Es este un dato fundamental para comprender debidamente la posición que la entidad instrumental ocupa en el mundo del Derecho. La razón de ser de la entidad instrumental no radica en sí misma: no se produce de manera natural el nacimiento, *per se*, de este tipo de personas jurídicas, desde el momento en que es al poder público constituido a quien la misma sociedad atribuye la consecución de los fines públicos. Por lo tanto, la creación de la entidad instrumental encuentra causa sólo en la decisión de autoorganización de la Administración Pública, que, por el reparto competencial derivado de la Constitución, integra en su ser tales competencias y, con ellas, la consecución de tal interés general. Al crear la entidad instru-

(3) Por su expresividad, no nos resistimos a citar a GARRIDO FALLA cuando incide en que «la personalidad jurídica puede ser una ficción jurídica, una simple técnica organizativa, constituye el criterio clave para una correcta comprensión de los que sean los entes instrumentales» («Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en *Administración Instrumental. Libro homenaje a CLAVERO AREVALO*, Civitas-Instituto García Oviedo, 1994); claro está que, en el caso que nos ocupa, la correcta comprensión de los entes instrumentales supone reconocer, precisamente, que la personalidad jurídica actúa en estos casos como una simple técnica organizativa.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (Civitas, consultada la 11.ª ed., 2002); en el mismo sentido, MAURANDI GUILLÉN (*Las personificaciones instrumentales en el Derecho Administrativo español. Los llamados entes instrumentales: concepto, clases, régimen jurídico y relación con la Administración matriz*), en «Estudios del CGPJ»: *Eficacia, Discrecionalidad y Control Judicial en el Ambito Administrativo* (32/1994).

mental, la Administración Pública matriz no se desprende del mandato social —sustanciado en última instancia en la Constitución— que le atribuye el ejercicio de estas competencias y la realización de estos fines.

Dicho lo anterior, cabría preguntarse qué tipo de traslado competencial opera con la creación de entidades instrumentales. Para dar respuesta a este interrogante nos valemos de la clasificación que realiza GALLEGO ANABITARTE (5), al distinguir entre descentralización, desconcentración y mandato jurídico-público. La descentralización queda definida como la traslación de la titularidad de competencia, frente a la desconcentración, que traslada el ejercicio de la competencia —actuando el ente desconcentrado en su propio nombre—, y al mandato jurídico-público, en el que el ente receptor del ejercicio de la competencia actúa en nombre de la Administración mandante. Nuestra opinión es que, cualquiera que sea la forma de ejercer la dirección por la matriz (encomienda, delegación, encargo de ejecución, contrato programa u otras), lo que se traslada por la matriz son funciones o potestades, no la titularidad de la competencia. En consecuencia, las distintas formas de instrumentalizar originarán supuestos de desconcentración o de mandato. GALLEGO ANABITARTE recurre a los distintos tipos de tutela (jurídica, de oportunidad, orgánica) para sostener que la descentralización sólo permite —a lo sumo— una tutela jurídica, por lo que los casos en que se mantiene una tutela de oportunidad (que incluye también la jurídica) han de ser supuestos de desconcentración o de mandato. La matriz queda en todo caso con la potestad de dictar instrucciones y circulares a la instrumental, e incluso de dirigir su destino desde la propia instrumental, gracias al dominio que ejerce en su órgano de gobierno. Esta tutela plena, de oportunidad, es incompatible con la existencia de descentralización, entendida en los términos planteados por el autor citado.

Desde esta perspectiva, se distingue claramente la antitética caracterización de las entidades instrumentales respecto de la que es propia de entidades institucionales que cuentan con un estatus definido por la propia Constitución, como son las Universidades, las cuales no reciben su misión pública como consecuencia de una decisión de la Administración educativa competente, sino que la satisfacción de los fines que les son propios

(5) *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Marcial Pons, 2000. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que es amplia la doctrina que utiliza el término «descentralización funcional» para referirse al traslado del ejercicio competencial que existe desde la matriz a la instrumental, y, así, COBO OLVERA (*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, consultada la 2.ª ed., El Consultor, 2002) se alinea con las tesis de PARADA VÁZQUEZ; no cabe duda de que esta opinión doctrinal puede hacer valer a su favor que la misma terminología es la que se cita en el artículo 41 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, para describir la naturaleza de la actividad de los organismos públicos. Sin embargo, nos decantamos por la sistemática propuesta por GALLEGO ANABITARTE, siendo de considerar que, como dice MENÉNDEZ REXACH en la ponencia sobre *La aplicación de la Ley 30/1992 a las entidades públicas empresariales* (en «Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial» dedicados a *Valoración de la ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*), esta es «una cuestión que ya parecía superada en la doctrina, habida cuenta de que en esta opción organizativa puramente instrumental no hay verdadera descentralización, salvo contadas excepciones».

procede directamente del enunciado constitucional. En efecto, la entidad instrumental obedece a una razón de desconcentración funcional, lo cual la coloca en un estatus bien diferente del que gozan determinadas Administraciones institucionales cuyas competencias o bien derivan directamente de la Constitución, o bien de una Ley que las hace «independientes», lógicamente, de la propia Administración. La creación de estas «Administraciones independientes» origina una verdadera sustitución del centro titular de las competencias, una especie de descentralización, si seguimos la clasificación de GALLEGO ANABITARTE. En estos casos, la autonomía de que se dota a tales entidades se fortalece con una serie de medidas que tienden a garantizarlas desde el punto de vista funcional y orgánico frente a potenciales injerencias de la Administración territorial correspondiente, de tal modo que puede bien decirse que estas entidades sí construyen su propia voluntad en el ejercicio de sus competencias, no siendo un verdadero instrumento.

Por lo tanto —y esta será una idea recurrente a lo largo de nuestra exposición—, en el caso de las entidades instrumentales, la responsabilidad política del cumplimiento del fin de interés general ha de recaer estrictamente en la Administración Pública matriz. Otra cosa sea que —en el estrato jurídico— la entidad instrumental despliegue su personalidad y que, por tanto, sea el sujeto obligado frente a terceros por sus propios actos. En este momento nos estamos refiriendo al sustrato puramente político, al cual apelamos para comprender en toda su extensión el fenómeno de la instrumentalidad y así poder realizar una aproximación jurídica al fenómeno de la creación de entidades instrumentales. Al mantenerse en la Administración matriz la responsabilidad política por la consecución de los fines para los que se crea la instrumental, reside en aquélla la capacidad de decidir la forma en que su instrumento ha de conseguir estos fines. También es esta la causa de los distintos medios de fiscalización que a tal efecto se establezcan. La autonomía de que goza la entidad instrumental es solamente de gestión u operativa, manteniéndose en la Administración matriz la responsabilidad política y la capacidad de dirección. Así, lo esencial no es tanto el hecho de la creación de la entidad instrumental —la conformación de la personalidad jurídica de la misma—, sino que, una vez creada, sigue manteniéndose en la matriz la decisión de qué fines se abordan y de los principios esenciales que marcan cómo se abordan.

Como fácilmente se podrá comprender, las consecuencias de lo que aquí se está planteando llegan a cada uno de los recodos de la forma en que se debe estructurar y la forma en que debe proceder la entidad instrumental. Es —debe ser— muy importante para la Administración Pública matriz que la sociedad perciba claramente que la acción pública que se está realizando se identifica con aquélla. Insistimos en que, con independencia de que los derechos y obligaciones que conforman las relaciones jurídicas entre la instrumental y el tercero los ligen recíprocamente, la sociedad en su conjunto debe identificar los resultados de la actuación de la instrumental como propios de la Administración matriz, por lo que es un error —no sólo de índole electoral— que la instrumental tenga una presen-

cia social que anule a la matriz como referente. Sostenemos que es un error, en la medida en que en ningún caso se puede trasladar la responsabilidad ante la sociedad que recae en la Administración Pública matriz, al ser ésta la que tiene la legitimidad democrática de primer orden por constituir el eje del poder ejecutivo. Frente a ello, la entidad instrumental —sea de Derecho privado o público— no es más que una herramienta de transposición de aquella voluntad política (6).

El que la finalidad de la entidad instrumental sea la consecución de los intereses generales que se atribuyen a la entidad matriz debe traducirse —en la práctica— en cuestiones tales como las siguientes:

- La imagen corporativa de la entidad instrumental debe remitir en todo caso a la de la Administración Pública matriz. Es necesario que por la sociedad en conjunto se perciba que quien actúa es el poder público competente.
- La estructura orgánica del ente instrumental debe evitar que la misma se convierta en un centro de decisión política. Como regla de actuación, el organigrama de la entidad instrumental no debe originar la sustitución de la posición que en materia de planificación y superior dirección corresponde únicamente a la entidad matriz.
- Lo ordinario es que el órgano de gobierno de la instrumental esté compuesto en su mayor parte por los responsables políticos de la Administración Pública matriz, lo cual exige un sereno trabajo de distinguir la actuación de tal persona física en cuanto que responsable político de la Administración matriz *versus* miembro del órgano de gobierno del ente instrumental. Esta doble condición obligará a separar formalmente ambos ámbitos de actuación, pero sin que ello suponga llegar a un escenario idéntico al que existiría en el caso de ser dos personas distintas las que ocupan ambos cargos: difícilmente se puede concebir que lo que conozca una persona en su condición de miembro del Consejo de Administración de una entidad instrumental le sea a ella misma por completo desconocido en cuanto

(6) Hasta aquí, la regla. Sin embargo, nos preocupa advertir de un caso muy particular de instrumentalidad: los consorcios. Con independencia de otras especialidades que genera esta forma instrumental, a las que después nos referiremos, en los consorcios se produce la transferencia de atributos competenciales en una escala significativamente superior a la que ocurre en el resto de entidades instrumentales. Dos razones se suman para producir este especial estatus, como son su naturaleza asociativa y su naturaleza de persona jurídico-pública, las cuales, sumadas, ofrecen como resultado la constitución en el consorcio de una posición pública de ejercicio competencial que se distancia del mero ejercicio de facultades que inciden en la consecución de fines generales que tiene, por ejemplo, una sociedad mercantil de mano pública. Sin extendernos más sobre este punto, debemos dejar asentada nuestra posición, la cual pasa por reconocer en los consorcios la esencia instrumental, aunque en una situación cualificada respecto de otras formas instrumentales. Ello significa que las Administraciones consorciadas, al poder reconsiderar su decisión de estar integradas en el consorcio (aunque para ello tengan que asumir consecuencias de índole patrimonial, en atención a los gastos que tal autoexclusión genere en otras Administraciones Públicas, consorciadas o financiadoras del consorcio), mantienen en su esfera propia el fin de interés general cuya satisfacción motiva la creación del consorcio.

que Director General del Área correspondiente, pongamos por caso, o que las decisiones que se adopten en el seno del citado Consejo de Administración no tengan relevancia en el ámbito político de su Dirección General. Si así fuera, estaríamos completamente fuera de lo que es —y debe ser— una relación de instrumentalidad.

- b) *La conformación de un complejo organizativo unitario por el ente matriz y el ente instrumental, quedando el mismo adscrito a aquél*

Los conceptos «autonomía» y «organización» en el ámbito de las entidades instrumentales sirven de elemento de discusión a la doctrina mercantilista desde el momento en que por un sector de la misma se afirma que es necesario gozar de una total independencia organizativa y financiera para poder reconocer actividad empresarial en el ámbito público; para estas concepciones extremas, la dependencia de las entidades instrumentales de la Administración matriz impide hablar de las mismas como «empresa» en todo su verdadero significado. Hablaremos en el ámbito de la dependencia de la «comunicabilidad» entre ambas organizaciones: la superior —de la Administración Pública— que incluye como parte autónoma la inferior —la del ente instrumental—. Entre la Administración matriz y la entidad instrumental existe, pues, una relación que viene a constituir la segunda de las notas que caracterizan la relación de instrumentalidad: la unidad organizativa que componen el ente matriz y el instrumental.

Queremos decir que la relación existente no es del tipo de la que surge entre dos entidades independientes que se relacionan coordinadamente y de manera parcialmente complementaria; contrariamente, la matriz y el ente instrumental constituyen una unidad organizativa única, que comparte el mismo esquema y filosofía como consecuencia de que el ente matriz moldea la estructura orgánica del instrumental a partir de la suya propia, por lo que se puede afirmar que los diferentes niveles —departamentos, áreas, direcciones— de la entidad instrumental derivan y vienen a complementar perfectamente la estructura orgánica de la Administración Pública de la que depende. Lo lógico no es, por ende, reproducir en ambas estructuras una misión similar, caso este que provocaría, además del siempre ilícito despilfarro de fondos públicos, una amenaza constante a la eficacia en la actuación de ambos como tal unidad organizativa. De lo dicho hasta este momento puede inferirse que la disposición estructural de ambas entidades debe residenciar en la Administración matriz los órganos de planificación de la actividad material de que se trate y los órganos de control de la actividad de su instrumento. Ésta debe albergar órganos de mera ejecución y otros de auditoría interna. Con este esquema se consigue mantener en la matriz la capacidad de decisión sobre las políticas a aplicar, posibilitando con ello crear un verdadero complejo unitario, evitando la duplicación de centros directivos o de estructuras ejecutivas.

c) *La relación jurídica naciente no es asimilable a la de jerarquía*

La diferencia entre la relación jerárquica y la de dependencia radica en el cualitativamente superior ámbito de autonomía que tiene la entidad instrumental en comparación con el que es propio de un órgano administrativo respecto de su superior. Frente a posturas que definen la jerarquía de manera omnicompreensiva, seguimos a aquellas otras que inciden en la diferencia conceptual entre varias figuras aparentemente análogas; y conste que, aun dentro de estas últimas, preferimos distanciarnos de quienes ponen énfasis en la aplicación del concepto «jerarquía» en atención a los sujetos que intervienen. PARADA (7) considera condición necesaria para que exista jerarquía la «*existencia de una pluralidad de órganos con competencia material coincidente y escalonados por razón del nivel en el seno de la estructura organizativa*». Si bien es cierto que la jerarquía liga órganos y la dependencia entidades con personalidad jurídica, este criterio toma el resultado como premisa: la decisión a adoptar no debe ser la de crear un órgano o una entidad instrumental, sino precisar qué tipo de autonomía organizativa y de actuación se pretende que el medio a crear tenga. Si las necesidades e intereses generales aconsejan disponer de una estructura cercana al poder competente, una simple modulación del mismo, se creará un órgano, naciendo una relación de jerarquía. Por el contrario, si es necesario para atender tal interés general el producir una estructura compleja en sí misma, con grandes posibilidades de actuación autónoma, se creará una entidad instrumental y se originará una situación de dependencia.

Lo que debe fundamentar la decisión de formar un ente instrumental es la necesidad, en relación con la mejor consecución de la finalidad de interés general, de originar un espacio en el que los procedimientos de actuación sean específicos, lo cual supone la traslación a tal ente de un margen de autonomía contrario a la idea —estricta— de jerarquía. En suma, la desconcentración que se produce a través de una entidad instrumental se diferencia de la que se produce a través de un órgano jerárquicamente dependiente. Es por todo ello que no cabe trasladar a la relación entidad matriz-instrumental la filosofía propia del ejercicio de la competencia jerárquica. Y cuidamos en precisar que no es transferible la filosofía que sustancia la relación jerárquica, porque los medios, las vías a través de las cuales se realiza la dirección por el ente matriz pueden ser —en ocasiones— las mismas que se utilizan para ejercer la potestad jerárquica (8).

(7) *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, 2000.

(8) La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desaprovechó una magnífica oportunidad en su reforma de 1999 para adecuarse al signo de los tiempos —para el caso de que esto sea deseable— modificando su artículo 21 para integrar en el mismo no sólo a los órganos administrativos, sino también a las entidades dependientes, en armonía con lo que predicaban otros preceptos como el ya analizado artículo 15, no debiendo existir mayor problema para asumir en el propio contexto de la LRJAP tal dicción, en la medida en que se prevé expresamente la posibilidad de encomiendas sobre entidades instrumentales; con mayor motivo, se deberían poder dictar instrucciones, puesto que las mismas son consecuencia di-

Llegados a este punto, lo prioritario es que podamos definir cómo se manifiesta esta relación de dependencia, expresión que ya se contiene en el artículo 2 LRJAP y en el artículo 1.3 LCAP (TR RDLeg. 2/2000) respecto de las entidades de Derecho público «vinculadas o dependientes» a las Administraciones Públicas territoriales. En este empeño se puede afirmar que existen múltiples referencias posibles. Apelamos, en primer lugar, a las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (93/37/CEE, de 14 de junio), suministros (93/36/CEE) y servicios (92/50/CEE), según las cuales se define la instrumentalidad (y en relación con lo que se haya de entender por «poder adjudicador») en atención a una de las tres siguientes notas (cualquiera de ellas):

- i) Que la actividad de la entidad instrumental esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.
- ii) Que la gestión del ente instrumental se halle sometida a un control (9) por parte de la Administración Pública citada.
- iii) Que el órgano de administración, de dirección o de vigilancia del ente instrumental esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.

A partir de estos criterios se llega a una definición aún más funcional del concepto de poder adjudicador en la importante Directiva 80/723/CEE, sobre Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las Empresas Públicas (modificada por la 85/413/CEE, de 28 de agosto), y en la Directiva 93/38/CEE, integrando en el mismo a las «empresas públicas» y declarándose tales aquellas sobre las que *«los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera de las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:*

- i) tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o*
- ii) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o*

recta de la situación de dependencia y —al mismo tiempo— presupuesto de la instrumentalidad. Este es, seguramente, el elemento decisivo que es necesario considerar: la potestad de dirigir no va exclusivamente ligada a la relación de jerarquía —en sentido estricto—, sino que se extiende a toda relación de superioridad, incluyendo por ende las relaciones de dependencia sobre entidades instrumentales.

(9) Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 1-2-2001 —en relación con las sociedades anónimas francesas de alquiler de viviendas a precio moderado—, puede extraerse como conclusión que los tres criterios mencionados, al ser alternativos, deben tener todos ellos una fuerza similar, o —en palabras del Tribunal— el «control de gestión» *«debe crear una dependencia de los poderes públicos equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos».*

- iii) *puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa».*

Inciendo en estos términos, la STJUE de 17-12-1998 (Asuntos acumulados C-306/97 y 356/96), con ocasión de los contratos celebrados por un ente irlandés gestor del servicio de bosques y constituido en forma de sociedad mercantil, declara que *«dada la interpretación funcional que debe otorgarse al concepto de poder adjudicador y a pesar de que se trate de un ente con personalidad jurídica privada...»*; en su misma línea, referimos la Sentencia del mismo Tribunal de 21-9-1999 (Asunto C-67/98), según la cual *«en el contexto del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia ha manifestado que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»*, ratificándose esta posición en otras tantas Sentencias como la ya citada, dictada al albor de las denominadas sociedades anónimas francesas de viviendas de alquiler moderado, y la muy reciente de 15-5-2003 dirigida contra el Reino de España, en la cual afirma el Tribunal que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido dado por el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665. Este criterio funcional de lo que sea un poder adjudicador hunde sus raíces en el concepto funcional de Estado, superando la jurisprudencia comunitaria la noción formal del mismo y estableciendo una línea que a RAZQUIN LIZARRAGA (10) le recuerda la tesis del «levantamiento del velo» de las personas jurídicas.

Ya en el Derecho interno, en su afán por definir la situación de dependencia, la mayor parte de normas remiten a una situación de hecho referida al capital o a los órganos de gobierno de la entidad, como acontece con la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía (Ley 5/1983, de 19 de julio), al optar por un criterio fáctico (11).

De entre las distintas posibilidades teóricas que se ofrecen, nosotros optamos por un criterio funcional para definir la existencia de la relación de dependencia. Este criterio aventaja al formal desde el momento en que permite la consideración de la situación de cada particular entidad instrumental, siendo un criterio mutable, que se adapta a las circunstancias cambiantes de la vida de tal instrumental sin necesidad de que el nuevo estatus venga precedido de una declaración formal de la Administración Pública matriz. En la defensa de la recepción de este criterio funcional, adentrémonos en los distintos escenarios implicados. Conocemos que el Derecho comunitario busca como razón última la defensa de la competencia, la defensa del libre mercado, siendo significativa de tal postura la

(10) *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, 1996.

(11) Sobre la base de la titularidad de la mayoría del capital (en el caso de sociedades mercantiles) o de la mayoría de miembros de los órganos de gobierno, en el caso de las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado, consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica distinta de las sociedades mercantiles.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 1982, dictada con ocasión de dos recursos acumulados interpuestos contra la Directiva de Transparencia ya citada (12). Asumiendo este prisma, el criterio funcional es el único que permite salvaguardar tal libre mercado de las múltiples fórmulas (sociedades participadas, grupos de empresas) que existen de encubrimiento formal de una realidad sustanciada en la capacidad cierta de dirección de la empresa o entidad de que se trate. Pero de la misma manera llegamos a la preferencia por el criterio funcional y material desde posiciones de mera estrategia empresarial: cuando una Administración territorial se plantea la decisión acerca de su propia posición en torno a una entidad instrumental, busca simplemente conocer si su estatus es el que —en la práctica— le permite gobernar tal instrumental. Y, llegados a este punto, no resulta trascendente para la Administración Pública actuante conocer si existe o no una declaración formal de sujeción o dependencia a ella de aquella entidad o empresa instrumental, como tampoco resulta definitivo el concreto porcentaje de capital en sí mismo considerado. Somos conscientes de que nos decantamos por un criterio que pone en continuo jaque al principio de seguridad, si por ello entendemos la predeterminación formal del estatus de cada entidad instrumental, estatus inamovible salvo nueva declaración formal de la Administración matriz; aunque este reproche tiene mucho mayor calado en la teoría que en la práctica, en la medida en que cuando una Administración Pública entra en el accionariado o en el órgano de gobierno de una entidad privada suele preexistir una voluntad suficientemente definida de si es —o no— con la idea de ser posición dominante dentro de la misma, adquiriéndose capital o participación en los órganos de gobierno en consecuencia.

Desde un punto de vista práctico, el mayor interés reside en el estudio del criterio de dependencia en las sociedades mercantiles de mano pública. Si atendemos al marco normativo aplicable, encontraremos dos posiciones matizadas, en la legislación estatal y autonómica, de un lado, y en la normativa local, de otro. Mientras que en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículo 166.1.c), y en distintas normas autonómicas (13) sólo se exige que la participación pública en el capital sea «mayoritaria», el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (14), y el 89.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17-6-1955) exigen que la gestión directa de los servicios públicos locales se realice sobre una sociedad mercantil de la que la Corporación Local —o un ente público de la misma— sea propietaria exclusiva del capital. Ahora bien, lo anterior no obsta para que la Corporación Local pueda coparticipar el capi-

(12) Un amplio estudio de la misma se contiene en la fundamental monografía de MONTROYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, 1996.

(13) De las que es ejemplo el artículo 6.1.a) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía

(14) En la redacción dada por la reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local.

tal de una empresa, originando en este caso no una «empresa pública», sino una sociedad de economía mixta incluida entre las formas de gestión indirecta del artículo 85.2.b) de la Ley de Bases del Régimen Local, por remisión a las formas de tal naturaleza que prevé el artículo 156 LCAP (15), si bien con la importante limitación de que a tal forma quede vedada la prestación de los «servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad».

Decía la temprana STS de 28 de septiembre de 1978 que «la empresa, en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo riesgos o la dirección de modo pleno o relativo de acuerdo con la forma que adopte...». Nuestro criterio es que una participación inferior al 50% puede dar lugar, en la práctica, a una situación dominante cuando el resto del capital está tan fragmentado que la participación minoritariamente mayoritaria de la Administración resulta ser la que termina por designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración (16). Y es aquí donde debemos denunciar el erróneo —a nuestro entender— enfoque que determinada normativa adopta para definir la situación de dirección pública en el caso de las sociedades mercantiles: en la práctica, la titularidad de acciones (que se refleja en la Junta General) cede el protagonismo en la dirección y gobierno de la mercantil al hecho de estar presente en el Consejo de Administración, convirtiéndose la correlación de fuerzas en tal órgano de gobierno en el elemento, en verdad decisivo, para saber si la Administración Pública domina o no determinada sociedad mercantil. En resumen, si tuviéramos que citar un criterio para definir formalmente la dependencia, sin duda nos decantaríamos por la posibilidad de nombrar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, antes que por la exigencia de un determinado porcentaje en el capital de la sociedad (17). Pero, aun dan-

(15) Según LLISET BORREL (*Gerencias de urbanismo y empresas públicas*, VV.AA., INAP, 2001) dice, «para que exista una sociedad local de economía mixta es requisito esencial el control de la sociedad por la Corporación Local, control que se puede obtener con una participación mayoritaria (en cuyo caso estaremos actualmente —art. 154.2 TRLCAP, a contrario— ante la sociedad de economía mixta) y minoritaria, en este caso cuando se adoptan, en el acto de constitución o en los Estatutos, las normas de Derecho especial que la legislación administrativa permite (voto necesario del ente local en determinadas materias o intervención administrativa en la sociedad mediante un delegado del ente local con las funciones que le atribuyan los estatutos)». En el concreto ámbito de las sociedades de economía mixta creadas para la realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en un área o polígono determinado, o la promoción y gestión de urbanizaciones, el citado autor trae a colación el distinto requerimiento que se deduce del Reglamento de Gestión Urbanística, RD 3288/1978, artículos 21.2 (creación *ex novo*, participación mayoritaria) y 22.2 (incorporación a una existente, se admite la participación no mayoritaria).

(16) LAGUNA PAZ («La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en *Administración Institucional. Libro homenaje a CLAVERO ARÉVALO*, Civitas-Instituto García Oviedo, 1994) expone su consideración como empresas públicas de mercantiles con participación minoritaria de los poderes públicos «siempre que ésta sea suficiente para permitirles un dominio de la empresa y una dirección efectiva de sus actividades».

(17) Con mayor razón, en el caso de las fundaciones privadas de mano pública es preferible atender al criterio del nombramiento de miembros del patronato antes que al porcentaje de fondos públicos en la dotación o patrimonio, postura errónea —a nuestro entender— que es la que acoge la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en su artículo 44.

do un paso más, ni siquiera sería estrictamente necesario disponer de la facultad de nombramiento de mitad más uno de los miembros del Consejo de Administración cuando en el mismo se produzcan alianzas que terminen por configurar —en la práctica— la imposición de los criterios de los representantes de la Administración en tal órgano de gobierno; en definitiva, aferrados a la apuesta por el concepto funcional de dependencia, consideramos que existen distintos caminos por los que ésta se produce, siendo unos formales y otros puramente materiales, ligados a cada concreta sociedad instrumental y en cada momento concreto. Como colofón apuntamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2002, que señala que *«no se puede compartir que el porcentaje de participación en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública, como tampoco se puede sostener que un porcentaje minoritario, incluso reducido, puede excluir el control de una empresa por otros cauces. Importa la conexión de una empresa con una Administración pública, pudiendo esta última realizar su control sobre aquella bien por cauces jurídico-públicos bien por cauces jurídico-privados. De esta idea de control parte el Derecho comunitario al contemplar las empresas públicas en el artículo 86 (antiguo art. 90 del Tratado Constitutivo de la CEE). Lo determinante es que una Administración, de alguna manera, pueda controlar la empresa determinando su política económica»*.

En cualquier caso, se echa en falta una posición integradora en nuestro Ordenamiento Jurídico acerca de qué sea una sociedad mercantil con carácter de Empresa Pública. Como botón de muestra bien vale la DT 2.^a de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (18). Dice tal precepto que *«cuando en el capital de una misma Empresa o Sociedad participen distintas Administraciones Públicas u otras Entidades del Sector Público, se sumarán los coeficientes de participación de todas ellas para determinar el carácter de Empresa Pública o Sociedad Estatal»*. Según esta Disposición, se es entidad instrumental por el mero hecho de las participaciones acumuladas de las Administraciones Públicas en el capital de una mercantil, sin atender a que tales participaciones pueden tener un carácter meramente inversor y no realizar la tal sociedad mercantil *de facto* actuación alguna instrumentalizada por ninguna de las Administraciones participantes en tal capital.

A estas alturas, es conveniente realizar una llamada de atención en relación con la terminología utilizada: como bien indica NOGUERA DE LA MUELA (19), la doctrina no ha profundizado suficientemente acerca de la relación que media entre la «dependencia» y la «vinculatoriedad» como principios definitorios de la instrumentalidad. Por nuestra parte, nos adherimos a aquellos autores que indican la no sinonimia de ambos, siendo así que el térmi-

(18) Estudiada por PÉREZ MORENO en el estudio «La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», incluido en el volumen *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigido por GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas,

(19) *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, 2000.

tal de una empresa, originando en este caso no una «empresa pública», sino una sociedad de economía mixta incluida entre las formas de gestión indirecta del artículo 85.2.b) de la Ley de Bases del Régimen Local, por remisión a las formas de tal naturaleza que prevé el artículo 156 LCAP (15), si bien con la importante limitación de que a tal forma quede vedada la prestación de los «servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad».

Decía la temprana STS de 28 de septiembre de 1978 que «la empresa, en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo riesgo o la dirección de modo pleno o relativo de acuerdo con la forma que adopte...». Nuestro criterio es que una participación inferior al 50% puede dar lugar, en la práctica, a una situación dominante cuando el resto del capital está tan fragmentado que la participación minoritariamente mayoritaria de la Administración resulta ser la que termina por designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración (16). Y es aquí donde debemos denunciar el erróneo —a nuestro entender— enfoque que determinada normativa adopta para definir la situación de dirección pública en el caso de las sociedades mercantiles: en la práctica, la titularidad de acciones (que se refleja en la Junta General) cede el protagonismo en la dirección y gobierno de la mercantil al hecho de estar presente en el Consejo de Administración, convirtiéndose la correlación de fuerzas en tal órgano de gobierno en el elemento, en verdad decisivo, para saber si la Administración Pública domina o no determinada sociedad mercantil. En resumen, si tuviéramos que citar un criterio para definir formalmente la dependencia, sin duda nos decantaríamos por la posibilidad de nombrar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, antes que por la exigencia de un determinado porcentaje en el capital de la sociedad (17). Pero, aun dan-

(15) Según LLISSET BORREL (*Gerencias de urbanismo y empresas públicas*, VV.AA., INAP, 2001) dice, «para que exista una sociedad local de economía mixta es requisito esencial el control de la sociedad por la Corporación Local, control que se puede obtener con una participación mayoritaria (en cuyo caso estaremos actualmente —art. 154.2 TRLCAP, a contrario— ante la sociedad de economía mixta) y minoritaria, en este caso cuando se adoptan, en el acto de constitución o en los Estatutos, las normas de Derecho especial que la legislación administrativa permite (voto necesario del ente local en determinadas materias o intervención administrativa en la sociedad mediante un delegado del ente local con las funciones que le atribuyan los estatutos)». En el concreto ámbito de las sociedades de economía mixta creadas para la realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en un área o polígono determinado, o la promoción y gestión de urbanizaciones, el citado autor trae a colación el distinto requerimiento que se deduce del Reglamento de Gestión Urbanística, RD 3288/1978, artículos 21.2 (creación *ex novo*, participación mayoritaria) y 22.2 (incorporación a una existente, se admite la participación no mayoritaria).

(16) LAGUNA PAZ («La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en *Administración Institucional. Libro homenaje a CLAVERO ARÉVALO*, Civitas-Instituto García Oviedo, 1994) expone su consideración como empresas públicas de mercantiles con participación minoritaria de los poderes públicos «siempre que ésta sea suficiente para permitirles un dominio de la empresa y una dirección efectiva de sus actividades».

(17) Con mayor razón, en el caso de las fundaciones privadas de mano pública es preferible atender al criterio del nombramiento de miembros del patronato antes que al porcentaje de fondos públicos en la dotación o patrimonio, postura errónea —a nuestro entender— que es la que acoge la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en su artículo 44.

do un paso más, ni siquiera sería estrictamente necesario disponer de la facultad de nombramiento de mitad más uno de los miembros del Consejo de Administración cuando en el mismo se produzcan alianzas que terminen por configurar —en la práctica— la imposición de los criterios de los representantes de la Administración en tal órgano de gobierno; en definitiva, aferrados a la apuesta por el concepto funcional de dependencia, consideramos que existen distintos caminos por los que ésta se produce, siendo unos formales y otros puramente materiales, ligados a cada concreta sociedad instrumental y en cada momento concreto. Como colofón apuntamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2002, que señala que *«no se puede compartir que el porcentaje de participación en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública, como tampoco se puede sostener que un porcentaje minoritario, incluso reducido, puede excluir el control de una empresa por otros cauces. Importa la conexión de una empresa con una Administración pública, pudiendo esta última realizar su control sobre aquélla bien por cauces jurídico-públicos bien por cauces jurídico-privados. De esta idea de control parte el Derecho comunitario al contemplar las empresas públicas en el artículo 86 (antiguo art. 90 del Tratado Constitutivo de la CEE). Lo determinante es que una Administración, de alguna manera, pueda controlar la empresa determinando su política económica»*.

En cualquier caso, se echa en falta una posición integradora en nuestro Ordenamiento Jurídico acerca de qué sea una sociedad mercantil con carácter de Empresa Pública. Como botón de muestra bien vale la DT 2.^a de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (18). Dice tal precepto que *«cuando en el capital de una misma Empresa o Sociedad participen distintas Administraciones Públicas u otras Entidades del Sector Público, se sumarán los coeficientes de participación de todas ellas para determinar el carácter de Empresa Pública o Sociedad Estatal»*. Según esta Disposición, se es entidad instrumental por el mero hecho de las participaciones acumuladas de las Administraciones Públicas en el capital de una mercantil, sin atender a que tales participaciones pueden tener un carácter meramente inversor y no realizar la tal sociedad mercantil *de facto* actuación alguna instrumentalizada por ninguna de las Administraciones participantes en tal capital.

A estas alturas, es conveniente realizar una llamada de atención en relación con la terminología utilizada: como bien indica NOGUERA DE LA MUELA (19), la doctrina no ha profundizado suficientemente acerca de la relación que media entre la «dependencia» y la «vinculatoriedad» como principios definitorios de la instrumentalidad. Por nuestra parte, nos adherimos a aquellos autores que indican la no sinonimia de ambos, siendo así que el térmi-

(18) Estudiada por PÉREZ MORENO en el estudio «La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», incluido en el volumen *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigido por GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas,

(19) *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, 2000.

no «vinculadas» es más amplio, permitiendo acoger tanto a las entidades estrictamente «dependientes» como a las denominadas «Administraciones independientes» (20). Es por ello que hemos decidido utilizar el término «dependencia» para llamar al elemento propio de la relación de instrumentalidad, en el deseo de dedicar nuestra atención con carácter específico a estas últimas.

Para finalizar, debemos dejar apuntada la necesidad de atender a la graduación del vínculo de dependencia para poder comprender en toda su riqueza la realidad de la instrumentalización mediante la personificación. En efecto, según sea la naturaleza de la persona jurídica, y según sean las circunstancias fácticas que concurren en cada momento, el vínculo de dependencia se manifiesta con mayor o menor intensidad, con las evidentes consecuencias en torno a las relaciones con la propia matriz y con los terceros. Podríamos decir que en el extremo superior de esta «escala de dependencia» se hallan las entidades instrumentales de naturaleza pública y carácter fundacional (organismos autónomos, entidades públicas empresariales o entidades de Derecho público sujetas al privado): su creación por ley, su propia naturaleza pública (ajena a injerencias de terceros privados) y su inclusión férrea en la supraestructura administrativa central (como consecuencia de la coordinación de las potestades que ejercen) hacen que este tipo de entidades tengan una posición de identificación con la naturaleza propia de su matriz. En un segundo lugar encontraríamos las entidades privadas (sociedades mercantiles, fundaciones) en cuyos órganos de gobierno residen únicamente representantes de la matriz, caso en el que la voluntad de la matriz se traslada sin condicionamiento alguno a tales instrumentales. Por último, las entidades privadas con participación variada en el órgano de gobierno, dependiendo de la correlación de fuerzas internas la efectiva existencia de una situación de dependencia. Caso muy especial —según lo dicho— constituyen los consorcios, como entidades asociativas de naturaleza pública.

d) *La dependencia y comunicabilidad se extiende a la esfera económico-financiera*

Como premisa de disertación, hemos de afirmar que la finalidad de la entidad instrumental —aun de las que operan en el mercado— no viene determinada por el ánimo de lucro (21), razón que aleja a la Administra-

(20) En este sentido, confrontar la opinión de SAINZ MORENO, en «Principios y ámbito de aplicación de la LAP», incluido en la obra *Administraciones Públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Praxis, 1993. Por su parte, DE VICENTE DOMINGO nos dice que «la idea de vinculación es distinta de la dependencia. Alude a una relación jurídica no explicable en términos de supremacía y subordinación. La dependencia, en cambio, significa subordinación» (*Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Cuadernos Civitas, 1996).

(21) Valga esta cita de MENÉNDEZ REXACH en su ponencia sobre *La protección del interés general y la protección de las normas de defensa de la competencia*, en «Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial» dedicados a *La Intervención Administrativa en la Economía*, año 1996:

ción instrumental de su consideración como empresario —en su acepción clásica—, aunque seamos conscientes de que parte de la doctrina mercantilista relativiza el ánimo de lucro como requisito indispensable de la actividad empresarial (22). La entidad instrumental carece de ánimo de lucro, en el sentido de que los beneficios que consiguiera repercutirían —de una u otra forma— en los Presupuestos de la Administración matriz, siendo beneficios de la Hacienda Pública y quedando afectos a la consecución de los intereses generales que constituyen el objeto de la entidad instrumental. Esta concepción de la actividad de la entidad instrumental como no lucrativa presupone ligar ánimo de lucro e interés privado; así, MONTERO ELENA (23) dice que *«efectivamente, la empresa pública no persigue el lucro en su actividad, no aspira a la rentabilidad, en cuanto margen entre el coste de la actividad y el beneficio, lo que le permite el mantenimiento de altos costes y bajos precios»*. Ahora bien, la ausencia de ánimo de lucro no quiere decir que la entidad instrumental no actúe en función de un principio economicista, de eficacia, aunque modulado debido a su propia consideración pública y su dependencia de la entidad matriz. Esta modulación se manifiesta en la cobertura con fondos públicos de la actuación de la instrumental, por lo que la misma no se ve condicionada, para subsistir, por la necesidad de conseguir en cada ejercicio una cuenta de resultados con beneficios. Queremos decir que la consecución del interés general a través de la entidad instrumental justifica la realización de actividades —aun dentro del mercado— que son propiamente deficitarias. MONTERO ELENA señala que la doctrina es unánime al apuntar que nunca la actividad de la empresa pública se ve determinada ni por el riesgo a la quiebra, ya que los fondos públicos acudirán en su auxilio cuando la ocasión lo requiera, ni por la necesidad de rentabilidad en su actividad; pero, apostillamos, ello no significa que la correcta gestión de los fondos públicos —el principio de

«Los criterios que pueden servir para caracterizar la actividad de los poderes públicos, convergen, hay que repetirlo, en la satisfacción de un interés general: por ello no puede tener la misma finalidad que la privada, aunque su contenido sea idéntico: la actividad pública no puede estar guiada por el ánimo de lucro, como fin en sí mismo ni como medio para conseguir otros objetivos; ha de haber siempre otras razones, derivadas de las exigencias de la economía general, que justifiquen la actividad empresarial del Estado; si esto no es así, es decir, si tal actividad está presidida exclusivamente por afán de lucro o no trata de promover las condiciones para la realización de los valores superiores de justicia e igualdad, se puede cuestionar la legitimidad de tal actividad y, desde luego, su no sometimiento a las normas que rigen el mercado».

(22) Por todos los que se pronuncian en este sentido, SÁNCHEZ CALERO afirma que es lo habitual que la producción de bienes o servicios para el mercado sea el medio para la consecución del fin mediato, cual es la *«obtención de una ganancia determinada»*, pero que si bien es cierto que este es el supuesto normal en una economía de mercado, *«no es imprescindible que así suceda y, por consiguiente, el ánimo de lucro no debe considerarse como una nota conceptual del empresario»* (*Instituciones de Derecho mercantil. Volumen I*, consultada la 24.ª ed., McGraw-Hill, 2002).

(23) *Empresa Pública y Privatización*, en «Cuadernos Judiciales», CGPJ, *La Intervención Administrativa en la Economía*, 1996.

economía y eficiencia (24)— no compela a la optimización de tales recursos. Deberá conjugarse esta optimización financiera con la realización de tales fines generales, de tal modo que se pueda justificar la —ordinaria en la gestión de estas instrumentales— imputación de los costes que genere la actividad corriente de la empresa a la contraparte que contrata con ella o que se presenta ante la misma como cliente o usuario.

Y, llegados a este punto, debemos hacer traslación de los principales conceptos que, en relación con el tema que nos ocupa, se contienen en el Sistema Europeo de Cuentas. Podríamos decir que, en la práctica, de entre las distintas vertientes jurídico-económicas desde las que se puede analizar el principio de dependencia, una de las que mayor importancia tiene es, sin duda, la que atiende a la incidencia sobre el déficit público. No debemos olvidar que, en numerosas ocasiones, el origen mismo de la decisión de creación de la entidad instrumental no tiene otra explicación que la de desplazar el endeudamiento a un ámbito externo que no compute el de la Administración matriz. Y que, en el resto de las ocasiones, aunque el endeudamiento no haya sido la razón de la creación de la entidad instrumental, importa de manera muy fundamental a los responsables políticos de la Administración matriz saber si la actividad económica que genera su ente instrumental computa a efectos de endeudamiento autorizado a aquélla.

La norma esencial se contiene en el Reglamento 2223/1996, aprobado por el Consejo en fecha de 25 de junio de 1996, que articula el vigente Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, conocido como SEC' 95 (25), en sustitución del sistema anterior, el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas, aprobado en 1970 y modificado con posterioridad en 1978. SEC' 95 tiene como fin la armonización contable y estadística de los países miembros en aquellas materias que son de obligada rendición a la Unión Europea. De esta norma contable extraemos, en lo que nos interesa, los siguientes temas de reflexión:

Primero.—La inclusión en el ámbito de lo que se define como «*sector de Administraciones Públicas*» se vertebra sobre la idea del «control» de la entidad —«unidad institucional»— por la Administración Pública. Se define el control como «*la capacidad para determinar, en caso necesario, la política general de la sociedad mediante el nombramiento de los administradores apropiados*», de tal forma que el Eurostat considera que no es la titularidad de la mitad más una de las acciones una condición necesaria, aunque sea suficiente, para tener el control de la sociedad. Sistematizando estas ideas, aparece el control por la Administración Pública cuando ésta tenga la:

- capacidad de nombrar los órganos de gobierno de las entidades instrumentales de tal forma que se defina la política general de la entidad;

(24) Tales principios vertebran el empleo de los fondos públicos con independencia de la concreta forma de la entidad que los aplique, como bien refleja el Reglamento comunitario 1605/2002.

(25) Puede consultarse la publicación de Eurostat acerca del SEC' 95 realizada por la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1996.

- capacidad de definir el programa de actuaciones de la entidad instrumental a través de actos administrativos o disposiciones normativas.

Entendemos que la situación que se produce por ser la Administración Pública la fuente de financiación mayoritaria no genera de por sí una situación de dependencia o instrumentalidad, aunque exista *de facto* un control —financiero— de la actividad de la empresa. Este sería el caso de los centros docentes o sanitarios concertados, que no se pueden calificar como integrantes del sector público, aunque —como ocurre en los centros docentes— la financiación pública vía concierto represente la práctica totalidad de ingresos. Pero aquel principio también es válido para que neguemos la existencia de una relación de dependencia —en el sentido estricto que estamos barajando— en el caso de entidades institucionales con personalidad jurídica propia que, a pesar de integrarse en los Presupuestos Generales de la Administración competente —estatal o autonómica— y a pesar de tener la mayoría de sus fondos el origen presupuestario, no se someten a la posición dominante de la Administración territorial. Volvemos a referirnos, como en ocasiones anteriores, a las Universidades públicas, las cuales se integran en los Presupuestos estatales o de la Comunidad Autónoma competente, recibiendo de los mismos la mayor parte de sus ingresos, pero que, amparadas en su autonomía proclamada por la Constitución, ejercen su propio mando.

Precisamente, la particular situación de las Universidades nos permite ahondar en la relación que media entre la «dependencia financiera» a efectos de aplicación de las Directivas sobre contratación y en consideración de las relaciones entre la propia Universidad y la Administración educativa competente. La excusa la ofrece la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3-10-2000 —incluida por MONTAYA en su estudio jurisprudencial acerca del concepto «poder adjudicador» (26)— dictada como consecuencia de la disparidad de criterios entre la Administración inglesa y la Universidad de Cambridge, la cual afirmaba —en la línea sostenida por el Consejo de Rectores de Universidad del Reino Unido— que las Directivas de contratación no eran aplicables, con carácter general, a las Universidades inglesas. En su discurrir, el Tribunal de Justicia sostiene que *«aunque el modo de financiarse de un organismo determinado puede resultar revelador de su estrecha dependencia respecto de otra entidad adjudicadora, es preciso hacer constar que este criterio no tiene carácter absoluto. No toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabría calificar de “financiación pública” aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica»*. A continuación, el Tribunal concluye que

(26) *La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de «poder adjudicador» en las Directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 41/2001.

transferencias de fondos en forma de becas sí son manifestación de la dependencia financiera, pero que contratos o convenios de investigación quedan excluidos de tal consideración, con lo que termina por afirmarse la sujeción de estas Universidades a la normativa de contratación pública en función del cálculo del porcentaje anual de las respectivas tipologías de ingresos. Del aspecto financiero deduce el Tribunal el sometimiento a las Directivas de contratación, pero —apostillamos nosotros— ello no quiere decir, al menos en el Derecho español, que esta relación financiera que liga a las Universidades con la Administración educativa permita definir a aquéllas como meros instrumentos de la Administración educativa, tal como sería un organismo autónomo de la misma.

Segundo.—De conformidad con el concepto de entidad instrumental que se maneja en este estudio, dentro del sector público hay que incluir entidades que quedan excluidas de tal concepto a efectos de endeudamiento por recibir regularmente sus ingresos en más del 50% de fuentes distintas de los fondos públicos. Así, por ejemplo, no es extraño que las entidades instrumentales que tienen por objeto ejecutar la política de suelo y vivienda de las Administraciones Públicas obtengan de su propio giro o tráfico recursos externos al presupuesto de la matriz que sean superiores a tal 50%. El endeudamiento de estas entidades no computa —por ende— incrementando el de la matriz, sin perjuicio de que exista una clarísima relación de dependencia.

e) *La dependencia tiene su particular consecuencia en las relaciones entre el patrimonio de la matriz y el de la instrumental*

El patrimonio de una instrumental es, por definición, un patrimonio público separado en el sentido en que, perteneciendo a una entidad con personalidad jurídica propia, la situación de dependencia lo subyuga a las decisiones de la matriz, habilitando por ello su inclusión dentro del supraconcepto que configura el Patrimonio y la Hacienda del sector público encabezado por la citada Administración matriz. Cabe, empero, diferenciar entre dos efectos patrimoniales derivados de la actuación de la instrumental, según el tipo de actividad que desarrollen:

— Cuando una instrumental recibe una encomienda o encargo fruto del cual se obtenga como resultado un bien o derecho cuyo ejercicio competencial siga permaneciendo en la matriz (como ejemplo prototípico, la licitación de una carretera), la finalización de la obra por el contratista de la instrumental supondrá la inclusión directa de la misma en el patrimonio de la matriz. Como se estudiará más adelante, nos encontramos ante una actuación de la instrumental en nombre propio pero por cuenta de la matriz, por lo que las resultas patrimoniales de los negocios que celebre la instrumental pasan al patrimonio de la matriz, ya sean bienes de dominio

público (27) o patrimoniales. Lo lógico, por tanto, es que el acto formal de recepción de tal prestación sea un acto en el que participe el órgano competente de la entidad matriz, para asegurarse de que el mandato conferido a su instrumental ha producido el desenlace pretendido. No se produce, pues, ingreso de las resultas en el patrimonio de la instrumental para que —a través de un segundo negocio jurídico— se transmitan al patrimonio de la matriz, puesto que la relación de dependencia origina en estos casos la comunicabilidad automática al patrimonio de la matriz de las resultas de la actividad por encomienda de la instrumental, y ello sin perjuicio de que la instrumental quede obligada frente al tercero con quien contrató (28).

— Es posible, sin embargo, que la instrumental realice actuaciones por su propia cuenta de las que obtenga bienes que pasarán a integrar directamente su propio patrimonio, o bien que realice actuaciones por encargo de matriz pero disponiendo ésta la transmisión al patrimonio separado de la instrumental de las resultas de tales negocios jurídicos que ésta realice. ¿Quiere esto decir que la matriz no puede integrar en un momento ulterior en su propio patrimonio tales bienes o derechos?; evidentemente, la matriz podrá ordenar a su instrumental la transmisión de cualesquiera de estos bienes o derechos, pero en estos casos la incorporación al patrimonio de la matriz se produce en una segunda instancia, sin el automatismo que caracteriza el supuesto descrito con anterioridad.

SEGUNDO. SUPUESTOS ESPECIALES DE DEPENDENCIA

Una vez que ha quedado caracterizada la relación de instrumentalidad, debemos resaltar la existencia de dos supuestos de carácter estructural que merecen un especial análisis, en la medida en que particularizan bases generales de la institución. Nos referimos, en primer lugar, a las entidades participadas por varias Administraciones Públicas y, dentro de ellas, a las que dependen por igual de dos o más Administraciones matrices. En segundo lugar, a la idea —cada vez más extendida— de la existencia, no sólo material, sino formal, de *holdings* públicos, de grupos de empresas públicas.

Comenzamos por detener nuestra atención en la situación que se produce cuando varias Administraciones Públicas participan en los órganos de gobierno o en el accionariado de una misma entidad: ¿de quién depende ésta? No nos estamos refiriendo en este momento al caso de que por razón de una determinada gestión financiera se decida la adquisición de participaciones en el capital de entidades mercantiles pero sin que ello vaya

(27) En el caso de los bienes de dominio público, con mayor razón en la medida en que la titularidad de los mismos se reserva en la Administración central territorial correspondiente, quedando vetada a los entes instrumentales, los cuales sólo pueden ser destinatarios de la adscripción de tales bienes.

(28) Lo cual no quiere decir que no se produzcan imperfecciones entre el encaje de la institución en su ámbito sustantivo y la forma en que las normas tributarias y contables entienden tal relación de dependencia.

encaminado a la instrumentalización de la misma, sino al supuesto en que, por acuerdo, varias Administraciones Públicas decidan crear una persona jurídica pública o privada para la gestión de un convenio. Sabemos que, según el artículo 6 de la LRJAP, cuando la gestión del convenio requiera una «organización común» se podrá constituir un consorcio dotado de personalidad jurídica o una sociedad mercantil. Lo que cualifica este supuesto es la previa existencia de un acuerdo entre Administraciones para la consecución de determinados fines, para el ejercicio de determinadas competencias que son ejercitadas de forma compartida por las Administraciones que se relacionan. Y es este acuerdo causal el que impregna la relación de dependencia en la que se sitúa el consorcio o la sociedad mercantil que se constituya. En este caso, la dependencia —desde el punto de vista funcional a que nos referimos— no pivota sobre la mayor representación de miembros en el órgano de gobierno, sino sobre las concretas bases que establezca el convenio. Queremos decir que —y en la práctica —y a pesar de que pueda existir una dura negociación política por determinar las mayorías en el órgano de gobierno— el consenso suele presidir la actividad de tales entes consorciados o asociativos. Con independencia de otras consideraciones, sobre las que nos extenderemos con posterioridad, se puede afirmar que estas entidades son instrumentales del convenio como actuación de cooperación interadministrativa: para el caso de que una de las partes rompiera las reglas consensuadas de juego, los restantes cofirmantes denunciarían el convenio, quedándose el consorcio o la sociedad mercantil sin causa que los sostuviera.

El problema que ahora nos preocupa consiste en establecer cuál haya de ser el marco jurídico de referencia, siendo el alcance de esta problemática distinto según se haya constituido una sociedad mercantil o un consorcio. En el primer caso, fundamentalmente nos ha de preocupar dirimir si el régimen de control presupuestario y el régimen de atribuciones se rigen por el Derecho propio de una u otra Administración participante del convenio. Pero si la forma elegida es la del consorcio, como entidad de Derecho público, el marco jurídico a determinar afectará, además, a particulares normas patrimoniales, contractuales y de procedimiento administrativo. Y, llegados a este punto, la solución que ofrece la normativa vigente se muestra —a nuestro entender— claramente insuficiente, cuando no alejada de las necesidades y de las realidades sobre las que recae. Pongamos una serie de ejemplos para tratar de explicarnos:

- Según el artículo 6 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública Andaluza, son empresas de la Junta de Andalucía las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de tal Administración, siendo instrumentales los consorcios en cuyos órganos de gobierno sean designados miembros por la Junta de Andalucía en una proporción superior al 50% (art. 6.bis).
- Por su parte, según el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la empresa es local (municipal o provincial) cuando el 100% de las acciones está en manos de la Corporación Local, dando

así lugar a una gestión directa del servicio público (art. 89.2). Por el contrario, una participación inferior da lugar a una sociedad de economía mixta, que supone una forma de gestión indirecta encuadrada en el artículo 85.2.b) de la Ley de Bases de Régimen Local.

- El artículo 166.1.c) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas considera sociedades estatales aquellas en las que el capital pertenece mayoritariamente al Estado.

Con estas premisas, es difícil determinar el régimen jurídico-presupuestario que se aplica a una sociedad mercantil en la que dos cualesquiera de estas tres Administraciones tengan cada una el 50% de las acciones. Y ello tiene su importancia, porque puede darse la paradoja de que tal situación suponga que la sociedad mercantil no sea considerada como instrumental por ninguna de las dos Administraciones Públicas asociadas, con lo que puede quedar huérfana de controles de intervención, y porque puede ver cómo resultan inaplicables las particulares normas que por cada Administración Pública hayan sido diseñadas para permitir la transferencia de fondos y el encargo de actuaciones a las entidades instrumentales. Lógicamente, entendemos que el criterio de la dependencia por razón del porcentaje en el capital, en casos de cotitularidad como el citado al 50%, en ningún caso exime a cada una de las Administraciones Públicas socias de imputar a su endeudamiento el que fuera propio de la sociedad mercantil coparticipada, en el caso de que la misma se incluyera dentro del ámbito de aplicación de la SEC' 95; defender lo contrario abriría una puerta —inaceptable— al endeudamiento fraudulento de las Administraciones Públicas.

A la problemática que hemos expuesto en relación con las sociedades mercantiles de mano pública coparticipadas se añade un conjunto de obstáculos que son estructurales de los consorcios: la tradición legislativa en materia de consorcios se ha limitado a las normas de ámbito local, viniendo a configurar la idea, en algunas esferas administrativas más o menos generalizada, de que la fórmula consorcial supone la creación de una entidad local. La realidad contradice esta afirmación, existiendo consorcios compuestos por Administraciones Públicas distintas de la local, ya sean territoriales (Estado y Comunidades Autónomas) o institucionales, como ocurre en particular en el caso de las Universidades públicas. Como bien indica la Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía del año 2001, la situación creada por el RD 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Texto Articulado parcial de la Ley 41/1975, al atribuirse expresamente a los consorcios la consideración de entidades locales, ya fue superada por la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, al no incluir en su artículo 3 a los consorcios en la relación de entes locales, siendo una técnica de relación interadministrativa (arts. 57 y 87), no una categoría específica de entes locales, aunque la rotundidad de los argumentos legales, ciertamente, no ha impedido que algún pronunciamiento judicial equiparase al consorcio con los entes locales (cfr. STS de 3-11-1997).

Nos alineamos, pues, con la doctrina —CASTILLO BLANCO como reciente

ejemplo (29)— que sostiene que el consorcio no es una entidad local como categoría institucional, lo cual no obsta que determinados consorcios puedan —en función a su particular composición— tener este sesgo local; junto a ello, que el consorcio necesariamente tiene que componerse de Administraciones de «variada filiación Administrativa», en palabras del Consejo Consultivo de Andalucía, distinguiéndose esta técnica asociativa de Derecho público de las mancomunidades en que no cabe el consorcio compuesto exclusivamente por entidades locales —*«las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones Públicas...»*, art. 87 LBRL (30)—. Al hilo del concepto funcional de ente instrumental que estamos estudiando, es momento apropiado para realizar una reflexión aplicada de nuestra tesis, para la cual traeremos como ejemplo el caso de consorcios creados en los que una Administración autonómica (la andaluza, como ejemplo) tiene el 45% de los miembros del Consejo Rector, repartiéndose el restante 55% una pluralidad de Ayuntamientos (en algunos casos, varias decenas de municipios consorciados). En un supuesto como el citado, y en congruencia con la tesis que se defiende, habrá de ser el propio convenio el que determine el régimen jurídico general al que se someta el consorcio, no existiendo obstáculo a que el mismo sea el andaluz y no el de Derecho local. En un consorcio en el que la Comunidad Autónoma tenga el 45% de los representantes del Consejo Rector (y aporte fondos para el presupuesto de gastos en tal proporción), y cada una de las demás Administraciones (locales) consorciadas no llegue al 5%, creemos que existen razones para no presuponer como regla la que se atenga a una especie de «confederación de intereses» entre las Administraciones locales. Es este prejuicio (el que se instala en la creencia de que sólo teniendo la mayoría absoluta se tiene el control de un consorcio, por presuponer que todos los Ayuntamientos actuarán al unísono y enfrentados a la postura de la Administración autonómica) precisamente el que justifica que la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública de Andalucía, exija el nombramiento de más del 50% de los miembros del Consejo Rector para considerar el consorcio como instrumental de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, en la práctica, esto no es así, o al menos no tiene por qué ser necesariamente así.

En efecto, cuando se une en un consorcio la Administración autonómica —o la estatal— con una pluralidad de municipios, lo ordinario es que las razones de adscripción ideológica pesen más que la identidad local (municipal, provincial) de las Administraciones locales consorciadas. Lo común es que el peso de la Administración autonómica —en nuestro ejemplo citado, el 45%— se incremente, superando siempre el 50% de los

(29) *Los consorcios administrativos; especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza*, en «RAAP», núm. 42/2001, abril-junio. Entre la variadísima doctrina que trata el consorcio puede citarse como ejemplo la monografía de NIETO GARRIDO, *El consorcio administrativo*, CEDECS, 1997.

(30) Precepto también modificado por la Ley 57/2003, de Medidas para la modernización del gobierno local. Ya en la redacción anterior se permitía la constitución de consorcios también con «*entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas*».

representantes en el Consejo Rector en atención a la coincidencia de la ideología —el partido político— gobernante en determinados municipios consorciados; finalmente, en la práctica es el superior peso político de la Comunidad Autónoma el que termina imponiéndose a través de esta confederación de Administraciones dispares gobernadas por el mismo partido político. Y si el factótum del consorcio es la Comunidad Autónoma (que es, generalmente, quien impulsa su creación y su principal fuente de ingresos), ¿por qué el régimen jurídico general de referencia no ha de ser el autonómico?; tal y como dice CASTILLO BLANCO, *«de entrada... habría que rechazar necesariamente que en todos los supuestos sea aplicable la legislación de régimen local, pues sólo en los supuestos en que los intereses concurrentes sean predominantemente de este carácter, y participen entidades locales, se podría mantener dicha sujeción a la normativa local»*; participamos de esta opinión cuando no predispone el régimen local como el Derecho normal de todo consorcio, pero discrepamos en la medida en que conjunta todos los intereses locales para hacer referente un marco normativo que —como se ha dicho— puede ser completamente ajeno a la realidad material cotidiana dominante en el consorcio. Si se optara por afirmar como marco de regulación referencial el de la Administración dominante —aunque sea desde una posición participativa minoritaria—, se articularía el principio instrumental de una manera mucho más coherente, en la medida en que el régimen jurídico general (patrimonial, presupuestario, contractual, de personal...) sería el propio de la Administración Pública sobre la cual pivota la creación y funcionamiento real del consorcio (31).

El segundo asunto sobre el que nos queremos pronunciar trata de los grupos de entidades instrumentales públicos, o *holdings* públicos. El tema de los grupos de empresas es ya un clásico en la doctrina mercantilista, y ha tenido recepción incluso en el Derecho Administrativo para salvaguardar la concurrencia material en la contratación pública, ante el uso que las cabeceras del grupo empresarial suelen hacer de empresas instrumentales para alterar fraudulentamente las medias de las ofertas económicas. No es misión nuestra hacer una aproximación a la amplia problemática que genera el tema de los grupos de empresas, pero sí mencionar cómo tal institución es, o puede ser, aplicada en el sector de la Administración instrumental, por lo que debemos traer a colación los rudimentos del marco jurídico en el que se mueve tal institución en nuestro Derecho.

Se define un grupo de sociedades desde la perspectiva mercantilista como una unión de sociedades en la que cada una de ellas conserva su propia personalidad jurídica para la adopción de estrategias de decisión unificadas dentro de una misma política empresarial. Es vital, por lo tanto,

(31) COSCULLUELA MONTANER (*Manual de Derecho Administrativo*, consultada la 11.ª ed., Civitas, 2000) remite la determinación del régimen del consorcio en el que participan Administraciones Públicas de «distintos escalones» al estatuto del mismo, aunque señala como elementos a tener en cuenta la legislación sectorial que prevea la constitución del consorcio y la que regule el servicio que gestione; con ello, considera el citado autor que sigue siendo un problema la determinación del régimen de contratación o del control presupuestario.

no confundir este concepto con el supuesto de mera participación de una empresa en el accionariado de otra u otras, en lo que sea una decisión de carácter inversor pero sin pretender realizar una actuación empresarial que confluya en la consecución de los mismos objetivos mercantiles; como sostiene la doctrina, un elemento importante de caracterización del grupo de empresas radica en la confluencia del objeto social de todas las que componen el grupo. Como concepto previo, siguiendo a URÍA (32), debemos distinguir entre los grupos de empresas con base contractual de los grupos de empresas de estricta dependencia financiera; los primeros se establecen sobre el principio consensual y adoptan formas de cártel o sindicato de empresas; los segundos se basan en la idea de dependencia financiera y adoptan la forma de *holding*. En atención al objeto aplicativo a los grupos de empresas públicas, nuestro estudio se ha de centrar en la figura del *holding* (33).

Tanto en la normativa mercantil como en la fiscal, la existencia de un grupo de sociedades sólo genera efectos en relación con deberes contables o tributarios o en la esfera de la competencia y el libre mercado, pero sin que se reconozca la existencia de personalidad jurídica a tal grupo en su relación con terceros o en las relaciones propias entre las sociedades com-

(32) *Derecho Mercantil*, consultada la 21.ª ed., Marcial Pons, 1994.

(33) La regulación que los grupos de empresas reciben en nuestro Derecho Mercantil se contiene esencialmente en relación con la obligación de consolidar las cuentas del grupo (arts. 42 a 49 del Código de Comercio) para mostrar la imagen fiel de unos estadios contables que están interconectados. Desde la perspectiva del Derecho Mercantil, existe un grupo de empresas por el hecho de la dependencia que una o varias tienen de otra considerada matriz, siendo exigible para que exista esta posición de supremacía la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos:

- Tener la mayoría de los derechos de voto en la sociedad(es) dominada, bien directamente, bien como consecuencia de acuerdos con otros accionistas. Como se observa, prevalece un criterio puramente funcional y no formal.
- Tener capacidad para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno de la sociedad dependiente. En particular, se presume la dependencia cuando al menos la mitad más uno de los miembros del órgano de gobierno de la sociedad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante, o de otras también dominadas por aquélla. Es esta una presunción que es plenamente trasladable al caso público, al definirse (en la generalidad de los casos) la composición de los órganos de gobierno de las entidades instrumentales en función del cargo que ostentan sus miembros en el equipo gubernamental.

A estos efectos, téngase en cuenta que por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 106), se modifica la redacción del artículo 42 del Código de Comercio, incluyendo una presunción de la existencia de un grupo de sociedades por causa de unidad de decisión, cuando por cualquier medio una o varias sociedades se hallen bajo dirección única, y, en particular, cuando la mayoría de miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta.

Finalmente, para la Ley 24/1988, de Mercado de Valores, integran un mismo grupo las entidades que «*constituyan una unidad de decisión*», llevando el concepto a la esfera más funcional. Como dato digno de destacar, a pesar de que los grupos de sociedades carecen de personalidad jurídica propia como tales grupos, en caso de declaración consolidada, las empresas que lo componen son responsables solidarias de las infracciones tributarias de cualquiera de ellas.

ponentes. Sin llegar a reconocer un estatus particular al grupo de empresas, el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, 16/1989, sostiene que los efectos de la aplicación de tal norma a una determinada empresa se extenderán también a la empresa que controla, siempre que el comportamiento económico de aquélla sea determinado por ésta. Por último, el Derecho Administrativo se preocupa de la participación de más de una sociedad perteneciente a un grupo de sociedades en una licitación pública, en cuyo caso se repara en el concepto mercantil de grupo de sociedades para evitar la manipulación fraudulenta de las medias de temeridad de las ofertas recibidas y de los criterios de adjudicación por influencia en la consideración de oferta óptima (arts. 83.3 y 86.4 TR LCAP 2/2000 y 86 del Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre) (34).

Pero, junto a ello, existen normas específicas que se aplican a los grupos de empresas públicas. Buena muestra y ejemplo de ello se contiene en el Decreto 9/1999, de 19 de enero, de Régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo 2 se obliga a las sociedades mercantiles y —en su caso— a las entidades de Derecho público que se rijan por el Derecho privado matrices a presentar las cuentas de su propio grupo de empresas, de manera consolidada. Finalmente, decir que el Derecho comunitario recepciona el concepto *holding* público, definiéndose en el apartado 2.14 SEC' 95 las sociedades *holding* como las unidades institucionales cuya principal función consiste en ejercer el control y dirección de un grupo de filiales, incluyendo a los *holdings* públicos en el sector correspondiente a sociedades no financieras o en el de instituciones financieras, según su concreta actividad.

En suma, el marco normativo nos ofrece el incipiente estado en que aún se halla el concepto funcional de empresa en su interrelación con otras formando una unidad de destino. Y la práctica administrativa aún tiene mucho que descubrir de las particularidades que el estatus de grupo de empresas genera (35).

Los campos en los que debiera incidir la consideración de grupo de

(34) Un completo estudio del estatus de los grupos de empresas en su condición de contratistas de la Administración Pública se contiene en la monografía de GOSÁLVEZ PEQUEÑO, *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, 2000.

(35) De hecho, no es fácil encontrar ejemplos en que la Administración Pública tenga un concepto de actuación unificada; de ahí el interés que despierta en nosotros la Resolución de 7 de mayo de 2002 de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, por la que se dispone la publicación de un Convenio entre el Ministerio de Fomento, la Diputación General de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza para el desarrollo de las obras derivadas de la transformación de la Red Arterial Ferroviaria de Zaragoza («BOE», núm. 124, de 24 de mayo de 2002). En el primer punto del dispositivo, se acuerda la creación de una sociedad para facilitar la coordinación de las actuaciones en la ordenación ferroviaria y la transformación urbanística derivada, sociedad que estará participada por la Diputación, el Ayuntamiento y el «Grupo Fomento», explicando la Resolución que «*por Grupo Fomento se entiende, a los efectos de este Convenio, las entidades públicas empresariales RENFE y GIF, adscritas al Ministerio de Fomento...*», siendo partes firmantes del Convenio los titulares de la Diputación, el Ayuntamiento, el Ministerio, el GIF y RENFE.

empresas públicas abarcan muy distintas aplicaciones, entre las que nos atrevemos a plantear las siguientes:

- La habilitación de cauces de relación comunes con terceros. La firma de convenios en los que se planteen actuaciones integrales a partir de la intervención de los distintos entes instrumentales. Un particular aspecto a considerar estriba en la utilización del artículo 12.5 LCAP cuando permite *«excepcionalmente, cuando el contrato resulte de interés para varios Departamentos ministeriales y, por razones de economía y eficacia la tramitación del expediente deba efectuarse por un único órgano de contratación, los demás Departamentos interesados podrán contribuir a su financiación, en los términos en que se determine reglamentariamente y con respeto a la normativa presupuestaria, mediante convenios o protocolos de actuación»*. Evidentemente, en el caso de contratación común a varios Ministerios, la personalidad jurídica única del Estado configurará un único contrato, cosa que no ocurrirá cuando se relacionan tres personas jurídicas distintas con el contratista; no es la aplicación literal del precepto lo que invocamos, sino la articulación de un convenio entre las entidades del grupo o *holding* público para decidir que sea una de ellas la que tramite la oferta de contratación compleja (relativa a cada una de las entidades *holding*), cara a obtener proposiciones de los licitadores que permitan beneficiarse de la economía de escala y de la homogeneización de prestaciones, con independencia de que la tramitación contractual dé como resultado tantos contratos como empresas del *holding* hayan licitado.
- La creación, a través de Instrucciones dictadas por la Administración matriz, de procedimientos internos homogéneos, de imagen corporativa común.
- La articulación de una política presupuestaria y de tesorería común. Este es un punto de trascendental importancia, ya que uno de los más graves problemas que tienen los grupos de empresas públicas deviene de la carencia —por lo general— de un marco normativo que permita la ágil transferencia de fondos presupuestarios y de tesorería entre los integrantes del mismo grupo.

TERCERO. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA POTESTAD DE DIRECCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA ENTIDAD INSTRUMENTAL

Lo fundamental de la relación de dependencia es la capacidad de la matriz de dirigir la actuación de la instrumental, incluyendo la utilización de tal entidad como medio propio (36). Centrando desde el principio la te-

(36) En verdad, creemos que lo que define la relación de dependencia no es tanto el control que la matriz ejerce a posteriori de la actividad de la instrumental, sino la posibili-

sis que se defenderá, mantenemos que entre la entidad matriz y la instrumental sólo puede existir una relación de mando, en virtud de la cual por la primera se ordena a la instrumental actuar en un sentido determinado, recibiendo esta última tal imposición y limitando su declaración a tomar cuenta de la misma para dar inmediato cumplimiento. La razón no es otra que la que ya se ha mantenido a lo largo de este estudio, la inexistencia de una voluntad propia de la instrumental en sus relaciones con la matriz; y la consecuencia no es otra que negar la posibilidad de que entre la matriz y la instrumental existan convenios o contratos. Como indica la doctrina civil unánime —por todos, CASTÁN TOBEÑAS (37)—, el consentimiento como elemento esencial del negocio jurídico se forma como resultado de la conjunción de voluntades singulares que han de ser conscientes y libres. Coincidimos, por tanto, con opiniones como la de GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (38) cuando sostiene que carece de sentido la celebración de convenios donde impere la facultad de la Administración matriz de regular y ordenar la actividad de tal organismo dictando directrices o instrucciones de actuación (39).

El ejercicio de estas funciones de dirección posibilita que la matriz use a la entidad dependiente como instrumento para la consecución de fines de aquélla. Sin que podamos en este momento abordar como se merece esta cuestión, debemos realizar un breve comentario de la legitimidad de tal actuar.

Nuestro criterio se alinea junto a la doctrina que asevera que es acorde con nuestro marco constitucional que la Administración Pública satisfaga sus necesidades (en el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos) a través de sus propios medios productivos, pertenezcan éstos a la estructura formal de la persona jurídica que sustancia la Administración Pública o bien gocen de propia personalidad jurídica integrada en el círculo del sector público, considerando a la instrumental como un medio perteneciente a la Administración dominante y permitiendo que ésta le encargue o encomiende la fabricación de obras o suministros de conformidad con lo dispuesto en los artículos 152.1 y 194.1 TR LCAP, y en la esfera de lo indicado por el artículo 154.2 de la misma cuando prevé la creación de entes ex profeso para la gestión de servicios públicos. Reiteramos que la razón de instrumentalización, derivada de la decisión de autoorganización

dad de dirigir la actividad de ésta, de articular el cumplimiento de los fines propios de la matriz a partir de la actuación de una persona jurídica distinta, como es la entidad instrumental. Bien puede decirse que el ejercicio de funciones de control es propio del ejercicio de competencias, que no tienen por qué estar relacionadas con la situación de dependencia; sin embargo, la dirección y utilización de la instrumental es esencia misma de esta forma de organización.

(37) *Derecho Civil español, común y foral. Tomo tercero: Derecho de obligaciones*, Reus, S.A., consultada la 15.ª ed., 1993.

(38) *Los convenios interadministrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos de la Administración*, «Actualidad Administrativa», Doctrina LXV, año 2000.

(39) En este sentido, resulta categórico el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 171/2000, de 20 de diciembre, al analizar las relaciones existentes entre una sociedad mercantil instrumental y su Administración Pública matriz, la Junta de Andalucía; Dictamen que se inserta en una línea de la que participan, entre otros, los números 38/1999, 70/2000 y 170/2000 de tal órgano consultivo.

de la matriz, supera por entero a la idea de personificación, abriendo camino a una interpretación de lo que haya de entenderse por «medio propio» que sea comprensiva tanto de los órganos o servicios sin personalidad como de las entidades instrumentales con personalidad jurídica propia.

¿Cómo afecta la utilización del medio propio personificado a terceros potencialmente interesados en la concurrencia a tal objeto prestacional? Debemos recordar que la cuestión acerca de si existe un derecho constitucional o un derecho subjetivo a ser contratista de la Administración ha sido tratada por la doctrina. Sin negar que existen opiniones en contrario —GOSÁLVEZ PEQUEÑO (40) cita en esta línea a BOQUERA OLIVER—, podemos afirmar que la mayor parte de la doctrina niega que la Constitución ampare como derecho fundamental el ser contratista de la Administración; según el indicado GOSÁLVEZ PEQUEÑO, aun en el caso de admitir que el contratista sea una persona privada que ejerce una función pública, «*ello no exige necesariamente aceptar que el artículo 23.2 del texto constitucional le es aplicable*». Por su parte, si de lo que se trata es de traer a colación el derecho a la libre empresa, HUERGO LORA (41) apela al contenido esencial para afirmar que «*parece claro que la libertad de empresa no incluye, dentro de su contenido preceptivo, un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios privados en todos los sectores, y menos aún el deber de garantizar un determinado nivel de contratación (...) con las Administraciones Públicas*». Tampoco admitimos que pueda siquiera ser considerado como un derecho subjetivo: la Administración puede decidir si actúa con medios propios (orgánicos o personificados) o requiere de la colaboración de un tercero para la realización de sus competencias y la consecución del interés general. Precisamente, el hecho de que la Administración persiga un interés general que se sobrepone frente al interés particular del interesado en contratar con ella es el que determina la negación de un derecho subjetivo a «ser contratista». Lo que sí existe es un derecho subjetivo a que, cuando la Administración decide acudir a la contratación, se produzca la misma con concurrencia, publicidad y que, luego del procedimiento que se realice, se decida en adjudicación motivada y objetivamente.

Así, no debieran presentarse mayores reparos desde la perspectiva del Derecho de la competencia, en la medida en que la Ley rectora en su artículo 2 —modificado por Ley 52/1999, de 28 de octubre— permite como autorizadas las conductas que tienen su amparo en una norma con rango legal. La aplicación de este principio por el Tribunal de Defensa de la Competencia (42) se ha traducido en amparar en leyes generales las relaciones entre las Administraciones matrices y sus instrumentales cuando éstas no

(40) *Op. cit.*

(41) *La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas*, en núm. 154 de esta REVISTA, enero-abril 2001.

(42) Entre otras, Resolución de 30-12-1993 en relación con la empresa valenciana de ITV, SEPIVA, o las continuadas en relación con TRAGSA, de las que es dado citar las de 30-3-1998 ó 30-4-1998.

tienen como paraguas una particular norma habilitadora con rango de ley; de esta forma, la utilización de la propia legislación de contratos de las Administraciones Públicas serviría como referente en la medida en que ampara la realización de las funciones propias de la Administración a través de sus medios propios. Afirmada la constitucionalidad de tal práctica en el Derecho español, debemos aún ratificarla desde la perspectiva del Derecho comunitario, tan preocupado por la salvaguarda del libre mercado.

Dos son los ámbitos en los que incide la decisión de articular una determinada política a través del encargo o encomienda a la entidad instrumental: el mercado de «productores» (constructores, suministradores, prestadores de servicios varios) permanece inalterado en la medida en que el ente instrumental asuma las directrices de contratación como un poder adjudicador (43). El común de la doctrina que critica la utilización de entidades instrumentales de naturaleza privada para licitar contratos por cuenta de la matriz incide en cómo se desprotege el interés general renunciando a las prerrogativas contractuales y lanzándose a un contrato en el que el poder adjudicador carece de autotutela. Frente a este reproche, quizás debiera considerarse que, en la práctica, las situaciones análogas de conflicto que se producen en el seno de relaciones de contratación pública difícilmente acaban a través del ejercicio de autoridad unilateral administrativa, puesto que el interés en concluir el contrato en tiempo y con el menor costo sobreañadido posible termina por facilitar acuerdos entre la Administración y el contratista que se formalizan de variada manera.

Por lo que respecta a la incidencia de la técnica instrumental en el mercado de consultores o asistentes, hemos de sostener que tampoco en este caso —creemos— existe razón de ilegalidad, puesto que la relación que

(43) En realidad, el problema fundamental no radica tanto en la interposición —en sí misma— a través de una entidad privada, sino en la forma en que ésta suele intervenir: no es usual que, cuando una entidad privada de mano pública licita, dé lugar a relaciones contractuales de estricta coordinación, sino que la sociedad instrumental suele hacer valer su posición de cliente preferente (cuando no único en su ámbito geográfico) para reconducir este contrato privado a un contrato de adhesión en el que el poder adjudicador —insistimos, privado— se reserva las facultades de diseñar el contrato, interpretarlo, revisarlo, modificarlo e incluso extinguirlo. Cuando se pregunta por el fundamento de tales facultades, se suele derivar a la declaración de voluntad del contratista que pasa por este pliego, adentrándonos en las mayores dificultades: se podría sostener que el abuso de la posición de privilegio podría determinar la nulidad de tales cláusulas —y la del contrato, en suma— en base a lo dispuesto por el artículo 1256 Cc (*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*); a este propósito, la idea de ligar abuso de derecho y posición de privilegio de las sociedades de mano pública como contratistas surgió en nosotros con ocasión de la lectura de la ponencia de O'CALLAGHAN MUÑOZ titulada *Condiciones generales de contratación: conceptos generales y requisitos*, en los «Estudios del Consejo General del Poder Judicial», año 1992, sobre *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*.

En la misma dirección que este discurso, debería tenerse en cuenta que, en los casos en que la instrumental es una persona jurídico-privada con participación privada, será necesario que la cuota privada en tal titularidad haya sido cubierta mediante los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, puesto que —de lo contrario— se vulneraría el derecho legítimo de cualquier interesado a entrar como socio de la Administración en una entidad que tiene tal vínculo directo (y, por lo tanto, fuera de las reglas de mercado) con la Administración matriz.

media entre la instrumental y la matriz configura un ámbito tan cualificado que impide que la misma sea sustituida por otra relación jurídica que pudiera mediar entre la misma Administración Pública matriz y una empresa consultora privada. La inclusión de la instrumental en el sector público y la situación de dependencia determinan que las relaciones que mantiene con la matriz, en cumplimiento del encargo de licitar la obra o servicio, sean de tal naturaleza que se mueven en unos parámetros presupuestarios y de dirección por la matriz cualitativamente distintos al resultado que la citada Administración Pública matriz pudiera lograr acudiendo al mercado de consultores para licitar la obra o el servicio sustantivo de que se trate. En suma, se produce aplicación del principio de reserva a que hace referencia el artículo 128.2 CE, destinando para el estricto círculo de actuación administrativa —ya sea con sus propios órganos o con sus personificaciones instrumentales— un determinado estadio de gestión del servicio público, por el carácter de esencial del mismo o por ser un servicio económico de interés público y quedar suficientemente justificada tal reserva pública. Con todo ello, es debido reconocer que esta opinión que aquí se defiende no es, como podrá comprenderse, pacífica, existiendo muy reputadas voces —por todas, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (44)— que consideran contrario al principio de paridad de trato entre empresas públicas y privadas, recogido en el artículo 90.1 del Tratado de la Comunidad Europea, la posibilidad de que se excluya del procedimiento de contratación la vía del encargo o del convenio con entidades instrumentales públicas.

Esta situación produce la exclusión de las relaciones de dependencia de la aplicación de las Directivas comunitarias *ab initio* porque estas entidades instrumentales no son un «tercero» en sentido estricto, sino que se origina una situación similar a la que en Derecho patrio surge con los conceptos ya avanzados de «ejecución de obras por la propia Administración» y «fabricación de bienes muebles por la Administración». Rescatamos —siguiendo a HUERGO LORA (45)— la STJCE de 18-11-1999 (asunto *Teckal*), según la cual la exclusión del régimen de contratación comunitario es posible en el «supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/36 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisivo, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora». Esta Sentencia justificaría la existencia de contratos —administrativos, en nuestro Derecho— entre dos Administraciones Pú-

(44) *¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)*, en núm. 144 de esta REVISTA, 1997.

(45) *Op. cit.*

blicas, pero parece relegar de la relación contractual los encargos que la Administración matriz realice a su instrumental, sea ésta o no una entidad de las que en el Derecho comunitario se denominan como poder adjudicador. En este mismo sentido, las conclusiones del Abogado General en el caso *BFI Holding* (STJCE de 10-11-1998) en el sentido de excluir del concepto «contrato» a efectos de las Directivas comunitarias la relación de mera autoorganización que mediaba entre la empresa pública ARA y los Ayuntamientos matrices.

La cuestión es, por lo tanto, conocer qué haya de considerarse por un «control análogo al de sus propios servicios», advirtiendo GIMENO FELLIU (46) que la titularidad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la exigencia de dicho control, requiriéndose la práctica «*absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades*». Junto a ello, como se indica por la citada Sentencia, la entidad instrumental debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente que la controla. Sin embargo, no es difícil encontrar pronunciamientos con tesis divergentes: desde la doctrina, autores como DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (47) admiten la viabilidad del «contrato con las empresas propias» como un vínculo jurídico no aberrante, y el informe de la Junta Consultiva 7/1996, sobre la viabilidad de que la Comunidad de Madrid y TRAGSA celebren un contrato, declara terminantemente acerca de la «*necesidad de que los servicios de que disponga la Administración para la ejecución de la obra sean internos de la misma, quedando excluidos los supuestos de personificación de los servicios en empresas o entes públicos*», debiendo formalizarse tal relación a través de un contrato administrativo. También parece situarse en esta línea GOSÁLVEZ PEQUEÑO (48), para quien la contratación con una entidad instrumental puede suponer un riesgo para la actuación de la Administración matriz con sujeción al principio de igualdad, pero este riesgo —que debe evitarse— no empece que deba admitirse la posibilidad ante la diferente personalidad jurídica de ambas entidades. Huelga decir que nos oponemos frontalmente a estas opiniones, que se limitan a considerar el aspecto puramente formal del elemento de la personalidad y olvidan por completo el hecho de la dependencia.

Traemos ahora a colación el Dictamen del citado órgano consultivo número 42/1999, de 12 de noviembre, relativo a una consulta sobre convenios de colaboración a suscribir entre un Ayuntamiento, una sociedad municipal y un consorcio; afirma la Junta Consultiva que «*idéntica solución debe ser mantenida en relación con el convenio a celebrar entre el consorcio y la sociedad mercantil creada por el mismo para la explotación del servicio público municipal de alcantarillado*». Esta «idéntica solución» no es otra que

(46) *Contratos públicos: ámbito de aplicación y ámbito de procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, 2003.

(47) «Título habilitante de empresas 100% propias de un ente público para la gestión de servicios públicos», en *Administración Institucional. Libro homenaje a CLAVERO ARÉVALO*, Civitas-Instituto García Oviedo, 1994.

(48) *Op. cit.*

negar la posibilidad de convenio excluido de la LCAP por razón de la personificación privada del ente instrumental —art. 3.1.c)— y negar la posibilidad de convenio si su objeto es uno de los incluidos entre los contratos regulados por la misma —art. 3.1.d)—, con lo cual no se está aduciendo la razón cierta de la imposible existencia de relación negocial —contractual o convencional— entre la matriz y la instrumental, cual es la inexistencia de voluntad libre y diferenciada en esta segunda respecto de lo que la primera decida. *Contrario sensu*, la vía negocial se habría de admitir, según este Dictamen, en el caso de que el objeto de tal convenio fuera otro que los contratos regulados en la referida legislación de contratos. También nos oponemos a la tesis formulada por la Junta Consultiva; como regla, son dos los tipos de relaciones que pueden establecerse entre dos sujetos, entendiendo por tales quienes tienen personalidad jurídica propia: relaciones de coordinación o relaciones de subordinación. Si se ha declarado —a lo largo de todas estas reflexiones— que la relación de instrumentalidad tiene como esencia la dependencia de la entidad matriz, sería una contradicción admitir que pueda existir una relación jurídica en la que matriz e instrumental ocupen posiciones de igual rango, premisa que define el negocio convencional o contractual. Por consiguiente, entre la matriz y la instrumental sólo caben relaciones de subordinación.

Afirmada la potestad de dirección, como forma de articular el cumplimiento de fines de la matriz a través de la instrumental, resta realizar unas breves reflexiones en relación con la naturaleza de la encomienda o encargo que dirige la matriz a la entidad dependiente.

Ante todo, permítasenos distinguir entre la encomienda como categoría genérica y la concreta manifestación que encarna el artículo 15 LRJAP; en este momento, nos interesa el estudio de la categoría genérica, dentro de la cual se incluirán manifestaciones tales como la encomienda en el sentido del citado artículo 15 LRJAP, el «encargo de ejecución» que se regula en determinada legislación autonómica (49), los contratos programas y otras figuras afines, cuyo estudio detenido excede de las posibilidades de este trabajo.

Comencemos por atender a una serie de rasgos característicos de la encomienda como género. La encomienda de gestión, en el sentido amplio que estamos analizando y como institución que se produce en las relaciones que median entre una Administración matriz y su instrumental, se asienta sobre la figura del mandato público, por contraposición al mandato civil: la encomienda o el encargo de ejecución no es sino una orden de servicio para la realización de una actividad o servicio, en sentido amplio, que se dicta sobre un ente con personalidad jurídica propia (y no sobre un órgano administrativo, supuesto contemplado en la limitada literalidad del art. 21 LRJAP), en ejercicio de una potestad que, en nuestro caso, se asienta sobre la idea de la dependencia. Ciertamente, esta tesis supone superar el viejo esquema administrativo que restringe las manifestaciones de su-

(49) Como ejemplo, cfr. artículo 22 Ley 17/2003, de 29 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Andaluza para 2004, o preceptos análogos de Leyes de Presupuestos andaluces anteriores.

perioridad a la jerárquica sobre órganos insertos en la misma Administración, esquema que respondía a un tiempo en que no se había producido (al menos, con la importancia cuantitativa y cualitativa de hoy día) la aparición del sector público como conjunto de entidades instrumentales de la Administración Pública ordinaria, y esquema ya superado con el fenómeno de esta «interposición gestoria» pública.

Decíamos que esta encomienda de ejecución, y siempre en el ámbito de la relación de instrumentalidad, no se estructura sobre la base conceptual del mandato civil, y ello porque esta figura iusprivatista bebe del principio de consensualidad —según la doctrina civilista; por todos, O'CALLAGHAN (50)— que origina relaciones de horizontalidad, siendo impropio trasladar tal esquema de voluntariedad negocial a las relaciones entre la Administración Pública matriz y la empresa pública, so pena que admitamos que por esta última se pueda enarbolar en una concreta cuestión una voluntad autónoma y contraria a la que se haya manifestado por la Administración de la que depende. La personalidad jurídica de la entidad instrumental es únicamente alegable frente a terceros (públicos o privados), pero no frente a la Administración matriz, respecto de la cual tiene el carácter de mero apéndice instrumental (51).

¿Cuáles son las notas esenciales de esta figura que hemos dado en denominar «mandato público»? (52). Aplicada a las relaciones entre diferentes personas jurídicas, se origina una relación traslativa del ejercicio de la competencia, de tal modo que un ente instrumental ejerce competencias cuya titularidad corresponde a la Administración matriz. Tal ejercicio puede suponer la realización de funciones públicas o el ejercicio de auténticas potestades administrativas (según la naturaleza pública o privada de la entidad instrumental) y en todo caso permite un ejercicio de tutela en grado sumo, al comprender las tutelas que GALLEGO ANABITARTE define como de

(50) *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989.

(51) Por razones que entroncan con las ya largamente aducidas, también rechazamos que la encomienda —como género— hunda sus raíces en la gestión de negocios ajenos del artículo 1888 del Código Civil: como motivo esencial, en el cuasicontrato civil existen dos personalidades independientes *ad extra* y en su relación recíproca, siendo el actuante el que decide por su propia voluntad gestionar negocios del tercero, sin que medie declaración alguna en tal sentido de la titular del negocio. En la encomienda administrativa la titular de los negocios (la Administración Pública matriz) domina a la otra persona que con ella se relaciona, y es la matriz la que decide que sean gestionados por la instrumental determinados «negocios» o funciones de su competencia, plasmando en una orden tal voluntad. Y, de la misma forma, es incorrecto configurar la encomienda administrativa como una «autocontratación» de Derecho público: la institución civilista conocida como autocontratación supone, ante todo, la intervención de una única personalidad formal, en la cual concurre la representación o el poder de disposición de dos patrimonios, creando entre éstos, por su sola declaración de voluntad, una relación obligacional; esquema por completo ajeno al caso de la encomienda administrativa. Por último, tampoco cabe reconocer en ella una modulación del arrendamiento de obra o servicio (tesis que sólo pudiera ser válida para la encomienda que exista fuera de las relaciones de dependencia, pero no para el particular caso que nos ocupa) o del contrato de agencia mercantil, bastando para desacreditar tales analogías la misma razón de inexistencia de real consensualidad en la conformación del negocio jurídico.

(52) En este caso se utiliza esta terminología en un sentido amplio, no en el concreto recogido por GALLEGO ANABITARTE al que hacíamos referencia al inicio de este estudio.

oportunidad y como orgánica. Ahora bien, tal y como se ha dicho con anterioridad, la esfera relacional del mandato público o administrativo genera una importante especialidad que lo diferencia del mandato privado. Para comprender mejor a qué nos referimos, recordaremos los rudimentos de esta figura civilista.

El mandato civil puede ser representativo o no representativo; en el primer caso, el mandato encuentra causa en la representación otorgada, por lo que el que queda obligado con los terceros es directamente el mandante (art. 1725 Cc). Por el contrario, en el mandato no representativo el mandatario obra en su propio nombre, quedando el mandante extraño a la relación jurídica, por lo que es el propio mandatario el directamente obligado a favor de la persona con la que ha contratado, sin perjuicio de las obligaciones internas que ligan al mandatario con el mandante y de las correspondientes acciones que en tal sentido se originen (art. 1717 Cc). Esta particular forma negocial plantea las siguientes notas de interés:

En primer lugar, se exceptúa el supuesto de que se «trate de cosas propias del mandante», en cuyo caso existirá un mandato representativo deducido del «poder de apariencia», pero ello siempre que sea notorio que los asuntos sobre los que versa el mandato son «propiedad» del mandante, tal como sostiene CASTÁN (53) con cita en la STS de 17-12-1959. Por consiguiente, de trasladarse este esquema a la relación de pública dependencia supondría distinguir entre la realización de actividades a través del ente instrumental sobre competencias notoriamente residenciadas en la matriz (generalmente, ligadas al ejercicio del *imperium* que le es propio), o la realización de una actividad que no tiene por qué relacionarse notoriamente con la matriz (la realización de actividades comercial-empresariales).

En segundo lugar, la representación indirecta del artículo 1717 Cc permite a DÍEZ PICAZZO Y GULLÓN (54) remitirse, respecto de la necesidad de que el mandatario transfiera al mandante el fruto de su actividad, a la jurisprudencia que declara que la propiedad de lo adquirido por el mandatario es directamente del mandante, no siendo necesario un nuevo negocio de transmisión, aunque corresponda al mandatario cumplir la obligación deducida del artículo 1720 Cc de transmitir la posesión de la cosa y de otorgar escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante. Insiste en esta tesis MONTÉS PENADES (55) analizando la respuesta jurisprudencial al problema de la adquisición realizada por un mandatario en ejercicio de un mandato *ad acquirendum*. Considera el citado autor que este mandatario, en las relaciones internas con el mandante, realmente no ha adquirido nada pero que, frente a terceros, ha de poder hacer valer una cierta y peculiar titularidad, calificada por la STS de 22-11-1965 como sólo aparente, esgrimible frente a terceros pero sin valor frente al mandante, y por la STS de 16-5-1983 como una titularidad necesariamente provisional

(53) *Op. cit.*

(54) *Sistema de Derecho Civil. Vol. I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, consultada la 5.ª ed., Tecnos, 1985.

(55) En la ponencia *Perfiles jurídicos de la relación de gestión*, en «Estudios del Consejo General del Poder Judicial» dedicados a los *Contratos de gestión*.

y en tránsito hacia el patrimonio del mandante. Ahora bien, ¿qué tipo de transmisión se genera, pues, entre mandatario y mandante como consecuencia de las resultas del negocio que aquél realiza con terceros por cuenta de éste? MONTÉS PENADES califica como posición jurisprudencial más consolidada la que considera suficiente el otorgamiento de un acto de simple reconocimiento de la titularidad del mandante en un acto no transmisor. Sin embargo, no debe ocultarse que tal opinión no es pacífica, existiendo pronunciamientos judiciales y doctrinales que consideran que el mandatario está obligado a una prestación de hacer que implicaría un nuevo negocio de transmisión en favor del mandante.

Frente al esquema reproducido, el mandato público o administrativo parte de una base opuesta: no existen dos centros de imputación de voluntad que generen un negocio jurídico, sino un solo centro decisorio que ordena sobre un apéndice del mismo (sea órgano o ente personificado) que acata tal instrucción. Además de ello, el mandato administrativo sobre un ente instrumental no responde a la idea de mandato con representación, a pesar de que exista una encomienda formal: la Administración matriz no resulta directamente obligada frente a los terceros, siendo la razón de la creación de la entidad instrumental, precisamente, la de contar con una instancia interpuesta que permita a la matriz llevar a cabo una determinada actuación, integrar en su patrimonio —en su caso— las resultas de la misma, sin quedar obligada frente a terceros por razón de esta actividad. Pero tampoco responde al mandato sin representación, puesto que existe la citada encomienda, y en numerosos casos es notorio que la actividad que lleva a cabo la instrumental es competencia residenciada en la matriz, no obstante lo cual sí que se reproduce la dualidad de escenarios de relaciones internas-externas a las que se ha hecho referencia en relación con el mandato para adquirir a través de la licitación que desarrollara la entidad instrumental.

En suma, la relación de dirección y mando que se origina entre la matriz y la instrumental, y en función de la cual ésta contrata con terceros por encargo o encomienda de aquélla, no puede ser catalogada por equiparación a figuras de Derecho Civil o Mercantil, pues tiene perfiles propios que se sustentan en dos bases:

a) Por lo general, la entidad instrumental no actúa en nombre de la matriz, sino en su propio nombre: téngase en cuenta que lo que se persigue es (entre otras cosas y precisamente) deslindar a la matriz de la acción que ejerza el contratista, interponiendo una persona jurídica que es el sujeto de la relación contractual.

b) En estos casos, la instrumental actúa por cuenta de la matriz. Las resultas de los contratos que celebre por encomienda o encargo de la matriz se considera integran de manera inmediata el patrimonio de la matriz, máxime si el objeto del contrato es un bien que adquiere la calificación de dominio público.