

I. ESPAÑA

CONGRESO HOMENAJE AL PROFESOR M. F. CLAVERO AREVALO. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Con motivo de la jubilación del maestro Manuel F. CLAVERO ARÉVALO, se ha celebrado en su homenaje durante los días 26, 27 y 28 de septiembre el Congreso sobre «Las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas». Esta efemérides para el mundo del Derecho, que ha tenido lugar, como no podía ser de otra forma, en el incomparable marco de la ciudad hispalense, no es sino el reconocimiento por parte de los cultivadores del Derecho Administrativo a su generosa aportación doctrinal, a su denodada labor investigadora y científica, así como a su reconocida actividad docente.

Preside el acto de ceremonia inaugural el Rector de la Universidad de Sevilla, don Javier PÉREZ ROYO, quien no desaprovecha la ocasión para criticar la normativa vigente que compele a la jubilación forzosa de los maestros cuando estos alcanzan la plenitud en su madurez intelectual. La apertura del Congreso corre a cargo del Profesor don Ignacio María DE LOJENDIO E IRURE, Catedrático de Historia del Derecho, quien tras una breve pero afectuosa evocación del maestro, pone de relieve la actualidad del objeto del Congreso expresando que la Administración institucional, en su rápida e intensa expansión, ha tenido que recurrir a medios expeditivos que facilitasen dicha expansión, y desea que las conclusiones del Congreso tengan un eco amplio y ayuden a superar las imperfecciones tradicionales de la Administración Pública.

La primera Ponencia corre a cargo del Profesor doctor Fernando GARRIDO FALLA bajo el título «Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas». En ella aborda con sobria metodología las notas características de las entidades instrumentales, ahondando en la característica de instrumentalidad, y deteniéndose en las peculiaridades de algunos de estos entes, como el caso de las Confederaciones Hidrográficas, servicio público descentralizado con participación de los usuarios; de la Corporación Bancaria de España, S. A., o de la Escuela Nacional de Arquitectura, configuradas como sociedades estatales. A continuación estudia el origen y la evolución de los entes instrumentales, desde la descentralización por servicios hasta la descentralización funcional, donde destaca los ejemplos francés, alemán y norteamericano, exponentes de las Administraciones independientes. En tal sentido, en España la concepción de la descentraliza-

ción funcional tiene ejemplos tales como el Consejo de Seguridad Nuclear o el Ente público Radiotelevisión Española, entre otros.

Finalmente, bajo la rúbrica de la huida hacia el Derecho Privado, GARRIDO FALLA ve en la proliferación de estos entes la apostasía del Derecho Administrativo, ya que a través de la invocación del principio de eficacia se llega no al encuentro de un régimen jurídico-administrativo singular, sino al casi pleno sometimiento de la actividad y funcionamiento de dichos entes al Derecho Privado, sin que ni siquiera se adopten formas mercantiles. Este fenómeno no duda en denominarlo «la nueva descentralización funcional privatizadora», que encuentra reflejo práctico tanto en el Servicio de Correos y Telégrafos como en las Entidades colaboradoras del Ministerio de Justicia, o en la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El ponente llamó la atención de todos cuando, a modo de conclusión, expuso que parecen no existir límites ni constitucionales ni legales a la potestad de modificación orgánica por parte del Estado, refiriéndose al ejercicio que de esta potestad llevan a cabo las Leyes anuales de Presupuestos, generándose además en los particulares una acusada incertidumbre sobre la jurisdicción competente ante la que exigir responsabilidad cuando litiga con la Administración.

Tras la Ponencia tiene lugar, dentro de la temática suscitada por la misma, la exposición de la comunicación colectiva «La Sociedad Estatal para la Exposición Universal de 1992», de los Profesores Pedro Luis SERRERA CONTRERAS, Carlos SUAN RODRÍGUEZ y Manuel NAVARRO PALACIOS. En la exposición de la misma se dedica especial atención al régimen de participación de las personas privadas en dicha Sociedad, tanto en el capital como en el Consejo de Administración, analizándose además la personalidad jurídica de la Administración, las sociedades filiales y las empresas participadas, el control ejercido por el Registrador mercantil sobre estos entes instrumentales y, por último, se esbozan las funciones ejercidas por el Comisario para la Exposición.

Posteriormente se pasa a dar cuenta de las comunicaciones recibidas: «La normativa de la empresa pública de las Comunidades Autónomas: tendencias actuales», por los Profesores VADRÍ I FORTUNY y AGUADO Y CUDOLÁ; «La empresa pública y el Derecho comunitario: especial referencia a los límites establecidos para las ayudas por la normativa comunitaria», por don Carlos Francisco MOLINA DEL POZO; «Los bienes de los Organismos autónomos en la Ley catalana 4/1985», por el Profesor BONET FRIGOLA; «Aplicación del principio *ne bis in idem* en las relaciones especiales de sujeción», por el Profesor MUÑOZ QUIROGA; «La potestad normativa de las llamadas Administraciones Independientes. Apuntes para un estudio del fenómeno», por don Luciano PAREJO ALFONSO.

En el coloquio entablado, el Profesor José Luis MEILÁN GIL manifestó que los entes que persiguen fines públicos, entre ellos las entidades instrumentales, han de observar el mandato establecido en el artículo 103 CE de actuar con sometimiento pleno al Derecho, sea cual fuere la forma que adoptaren. Esta afirmación deriva, para el autor, de la

prevalencia del concepto de interés sobre el de personalidad, poniendo como ejemplo el ejercicio de funciones públicas por parte de las empresas privadas de vigilancia, supuesto analizado en una reciente sentencia del Tribunal Supremo de octubre de este año.

El análisis de las entidades instrumentales en el Derecho Comparado comenzó con un informe del Profesor Günther PÜTTNER, «Las Entidades Administrativas Instrumentales en Alemania», en el que partiendo de la diferente estructura territorial alemana, esto es, Administración federal, Administración de los *Länder* y Distritos, refiere la necesidad de una Ley especial para la constitución de entidades independientes de Derecho Público, con autonomía real y perteneciente a una sola Administración, salvo convenio administrativo o mancomunidad que permita la titularidad compartida sobre los mismos. En la Administración alemana existe la tendencia a dividir grandes unidades en subunidades independizadas, con suficiente ámbito de decisión y con el objetivo fundamental de aumentar el rendimiento de la unidad y fortalecer, de esta forma, la eficiencia profesional y económica de la misma, aunque existan otros objetivos secundarios como el de posibilitar la cogestión de los trabajadores en las distintas unidades, si bien como efecto negativo importante se encuentra la excesiva parcelación administrativa producida por esta tendencia. De entre las formas jurídicas de descentralización, el Profesor PÜTTNER destaca las entidades autónomas o servicios sin personalidad jurídica, los organismos autónomos a nivel de gestión financiera y económica e instituciones con personalidad jurídica independiente.

Finalmente, el Profesor PÜTTNER apuesta por la estructura descentralizada y una adecuada red de entidades autónomas, pese a las reivindicaciones de privatización y a los problemas surgidos con la reunificación alemana.

La segunda Ponencia, del Profesor doctor José Luis VILLAR PALASÍ, titulada «Tipología y Derecho estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», cuestiona el porqué y el para qué de los entes instrumentales y se centra fundamentalmente en la tendencia o huida hacia el Derecho mercantil, huida considerada por el autor como una actitud hipócrita al no afrontarse la problemática planteada desde una perspectiva administrativa. La fuga hacia formas mercantiles no implica una *despublicatio*, tan sólo se trata de un fenómeno formalista cuyo objetivo es la búsqueda de fines públicos con una vestimenta mercantil. Añade el autor que es el mismo poder que *ad intra* se presenta en forma mercantil, pero que *ad extra* es de innegable esencia administrativa. No obstante, la tendencia hacia la mercantilización, criticada por el propio Consejo de Estado dado su desmesurado crecimiento, ha de encontrar límites pues la clasificación de estos entes como meros organismos instrumentales difícilmente encaja con la realidad vigente si tenemos en cuenta el poder normativo que ostentan.

Propone a modo de ensayo una tipología sobre los organismos instrumentales, distinguiendo entre los de carácter administrativo, los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o

análogo (Aeropuertos Nacionales y Aviación Civil, entre otros) y los organismos autónomos con regulación peculiar (MUFACE, INSALUD...).

Además, destaca la fuga del Derecho Administrativo, como Derecho de garantía frente al Poder, hacia posiciones mercantilistas, mientras que el Derecho mercantil, Derecho que respira libertad y eficacia, va progresivamente administrativizándose. Ello explicaría el nacimiento de verdaderos continentes de inmunidad jurisdiccional, pese a que ambos órdenes, el administrativo y el civil, son de jurisdicción ordinaria.

Para aumentar los controles propone como nuevos sistemas los *hearings* y la participación ciudadana en el proceso de elaboración de las normas de ejecución.

Finalmente, analiza los diversos problemas derivados de la privatización de las empresas públicas, provocados por el empleo de técnicas como la participación transitoria de la Administración en empresas privadas para su reflotamiento y posterior devolución a la propiedad privada; las empresas subinstrumentales creadas por las grandes sociedades generando auténticos *holdings* (vid. RENFE); y, por último, la ruptura del principio de unidad patrimonial (art. 84 Ley del Patrimonio) a través de la desafectación del dominio público y su inclusión en el tráfico mercantil.

A continuación, el Profesor Angel SÁNCHEZ BLANCO, de la Universidad de Málaga, expuso unas breves conclusiones de su comunicación «La Agencia Estatal de Administración Tributaria, atipicidad jurídica y determinismo de lo residual como expresión de la crisis del modelo organizativo de las Administraciones Públicas». En ella destaca la superación del Derecho por la Economía, dado el inadecuado marco jurídico existente en relación con las exigencias actuales. Aboga por el reciclaje de los conceptos jurídico-públicos, acorde con una sociedad que requiere otras técnicas organizativas.

Por su parte, el Profesor Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, a través de su comunicación «Título habilitante de las empresas cien por cien propias de un ente público para la gestión de los servicios públicos», analiza las empresas íntegramente públicas con forma mercantil como modalidad de gestión de los servicios públicos, destacando una sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció sobre la naturaleza institucional del ente público RTVE, siendo indiferente la vestidura jurídica, a pesar de la pretendida evasión de la forma pública por parte de la Administración.

El Profesor Ricardo GARCÍA MACHO, con su comunicación «La potestad disciplinaria de los Colegios profesionales», defiende la colegiación obligatoria consagrada en la Ley de Colegios Profesionales (1974) y su constitucionalidad al no contrariar lo dispuesto en los artículos 22 y 36 de nuestra Constitución, fundamentando la potestad disciplinaria de los mismos en las relaciones de supremacía especial existente en la organización colegial. Además de aportar jurisprudencia constitucional en defensa de su tesis, alude a la remisión en blanco contenida en el artículo 5.c) de dicha Ley en favor de los Colegios profesionales, habilitándolos

para tipificar y sancionar conductas contrarias a la deontología profesional.

Ello denota, según el comunicante, un mayor intervencionismo sobre el ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE) que el existente en relación con la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35 CE).

Varios son los ejemplos de la jurisprudencia española sobre la disciplina colegial aportados por el Profesor GARCÍA MACHO. La STC 170/1990, de 5 de noviembre, resuelve la sanción impuesta por un Colegio profesional, entendiendo el recurrente que el ser sancionado por una norma reglamentaria vulnera el principio de legalidad consagrado por la Constitución española. El Tribunal Constitucional no entra en el fondo del asunto por no haberse agotado la vía judicial previa. La STS de 3 de marzo de 1990 resuelve la sanción colegial impuesta a una abogada por proferir ofensas a un compañero en el ejercicio de la profesión; y la STS de 22 de octubre del mismo año analiza la sanción impuesta a otro abogado por la misma razón, determinando el Tribunal en este caso la prevalencia de los intereses colegiales sobre el ejercicio de un derecho fundamental, en contra de otras resoluciones judiciales que reconocen la ponderación de los intereses en juego, esto es, de la libertad de expresión (art. 20 CE) y el secreto profesional (art. 41 Estatuto General de la Abogacía), sin que deba limitarse el derecho fundamental.

Por razones de tiempo se dio simple lectura a la relación de las restantes comunicaciones correspondientes a la segunda Ponencia y que fueron las siguientes: «Las entidades instrumentales de la Administración Pública: una regulación funcional atípica», por don Carlos CARRASCO CANALS; «La gestión de los servicios económicos municipales. Un nuevo proyecto: el Organismo Autónomo de Gestión Económica y Recaudación del Ayuntamiento de Salamanca», por don Miguel Angel DOMÍNGUEZ BERRUETA y el Profesor PÉREZ MARTÍNEZ; «La participación social en las Entidades Públicas Fundacionales», por don Pedro ESCRIBANO COLLADO; «La Comisión Nacional del Mercado de Valores», por don Manuel FUERTES LÓPEZ; «La Agencia de Abastecimiento de EURATOM: ¿Ente típico o singular?», por don Eduardo GAMERO CASADO; «Potestades administrativas de los entes de Derecho público: significación y consecuencias para el Derecho Administrativo», por don José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ; «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», por don Fernando LÓPEZ RAMÓN; «El sistema de fuentes de los Organismos Autónomos locales», por don Tomás QUINTANA LÓPEZ; «La Administración Corporativa: las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Consideraciones en torno a la obligatoria adscripción de sus miembros», por don José Luis RIVERO YSERN; «La Securities and Exchange Commission, un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo», por don José Eugenio SORIANO GARCÍA; «La Sociedad local de capital íntegramente público», por don Francisco SOSA WAGNER; y «Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación», por don Joaquín TORNOS I MAS.

En el posterior coloquio se produce una jugosa aportación al eje

central del Congreso. El Profesor Mariano BAENA DEL ALCÁZAR alude a que la huida del Derecho Administrativo, puesta de manifiesto en su día por el Profesor CLAVERO, se desarrolló en un marco muy distinto al actual, en el que existen entes públicos sujetos al Derecho privado y en cuyo contexto late la dialéctica entre AUTORIDAD *versus* PRESTACION eficaz de los servicios públicos, no habiendo contraposición entre ambos conceptos; si bien reconoce que la eficacia no depende de la forma jurídica adoptada. Es por lo que estima que el Derecho Administrativo no puede sustituirse en las funciones de regulación y control, y que en la función ejecutiva podrá elegirse entre otras posibilidades, pero siempre respetando las garantías del ordenamiento administrativo.

Opinión con la que coincide el Profesor Pedro ESCRIBANO COLLADO, añadiendo que la regulación de dicha función podrá ser abordada por cualquier Ley sea o no administrativa. Además, plantea al auditorio si no existen límites en la Constitución a que la propia Ley administrativa, aspirando colmar los principios de eficacia y buena administración, pueda desadministrativizar y remitirse al Derecho privado en su regulación, con las consecuencias que ello genera tanto en el abandono de las prerrogativas administrativas como en el distinto régimen jurídico aplicable. Parece no existir una respuesta, al menos global, que sea satisfactoria a este planteamiento.

Interviene el Profesor Santiago MUÑOZ MACHADO desde el punto de vista del Derecho Comunitario, en el que se reconoce el principio de autonomía institucional o de libertad de organización institucional, señalando que interesa volver a los condicionamientos constitucionales en los que existen unas garantías que impiden la desadministrativización de determinadas instituciones. El Profesor BAENA DEL ALCÁZAR aduce que el legislador mediante la aprobación de las Leyes de Presupuestos anuales arbitra, aunque no debiera, medidas en relación con los entes instrumentales.

El Profesor Luis MARTÍN REBOLLO afirma que el Estado no sólo ha de prestar servicios públicos, sino que han de existir garantías y controles contra la ineficacia administrativa, por lo que no es indiferente que se adopte por un régimen jurídico u otro (responsabilidad, contratación). Hemos de preguntarnos, señala, no sólo por la forma sino por cuánto Estado, cuánto servicio público y a qué precio, introduciendo el parámetro de la calidad en la actividad prestacional del Estado.

Por su parte, don Francisco DEL RÍO, Abogado del Estado y Jefe de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía, estima que la fuga hacia el Derecho privado por parte de la Administración procede de la falta de imaginación de los responsables políticos, ya que ni la fiscalización previa ni la rigidez presupuestaria, entre otras técnicas de control administrativo, han de tornarse inmutables, puesto que el Derecho está al servicio del hombre y las normas han de adaptarse en la medida en que sea necesario para alcanzar este objetivo.

La tercera Ponencia, con el título «La personalidad jurídica en el Derecho Público», fue desarrollada por el Profesor Eduardo GARCÍA DE

ENTERRÍA. En ella afronta el estudio comparado e histórico de la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas, comenzando por el modelo francés, en el que originariamente la soberanía recaía sobre la monarquía. Tras la Revolución Francesa se sustituye este sistema, pasando la soberanía al pueblo (art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) y se reconoce a la Ley como límite a la actuación del poder regio en la Constitución de 1791. En esta primera época, el Derecho Administrativo es el Derecho organizador de las competencias y procedimientos del Poder, dentro de un esquema de separación de poderes.

La situación en España hasta el artículo 4 de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES contempla la distinta sujeción de la Administración Pública española según los casos.

En Alemania surge la idea de aplicar la personalidad jurídica al Estado concebido éste como un ente místico, abstracto y transpersonal. El Estado es una única persona jurídica, aunque heterogénea, y sus poderes son, desde una perspectiva idealista hegeliana, derechos públicos subjetivos. Ya se apuntó por la doctrina alemana que el dogma de la personalidad jurídica se adoptó para escamotear el problema capital de la soberanía, que residía en el Estado. Esta concepción en un sistema democrático estricto no es de recibo. Así, el artículo 1.2 de la Constitución española consagra que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes.

En Inglaterra, modelo histórico de la división de poderes, no existe el Estado. Añade el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA que en este modelo concurren la Corona, el Parlamento y los Jueces como unidades por encima de las cuales está la Constitución como idea meramente estructural.

Desde esta perspectiva crítica de la organización pública, concluye el ponente que sólo la Administración tiene personalidad jurídica, en cuanto que sin necesidad de recurrir a mística alguna entabla verdaderas relaciones jurídicas con los administrados (celebra contratos, es responsable...), aunque aparezca novedosamente configurada como una galaxia de Administraciones públicas (territoriales, institucionales o corporativas).

Por último, el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA destaca que la personalidad jurídica del Estado es de carácter burocrático e institucional, y que es básica para el Derecho público, pero hay que desvincularla del idealismo hegeliano, recuperando de esta forma una visión operativa y más próxima a la realidad administrativa.

Tras la exposición de la Ponencia se produjeron varias intervenciones orales. El Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, con su comunicación «Organismos autónomos y derechos fundamentales», aborda el estudio sobre la capacidad de los entes públicos para ser titulares de derechos fundamentales. En tal sentido alude al reconocimiento expreso de legitimación activa a las organizaciones públicas no gubernamentales (art. 25 del Convenio de Roma).

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha declarado la titularidad de derechos fundamentales en favor de los entes públicos. En concreto, cita el comunicante la STC 19/1983, que reconoce esta titularidad, y la STC 4/1982, que reconoce al Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, el derecho a la tutela judicial efectiva, no pudiendo ser condenado sin ser previamente oído (art. 24 CE). No sólo se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que también son amparados por el Tribunal Constitucional el derecho de propiedad intelectual (art. 33 CE) reconocido a la Biblioteca Nacional y la inviolabilidad del domicilio de una Sociedad Anónima (art. 18 CE).

El Profesor Luis COSCULLUELA MONTANER desarrolla el tema de las Corporaciones de Derecho Público, manifestando que se trata de un término introducido en España por el Profesor GARRIDO FALLA para diferenciarlo del concepto de Administración institucional, y que estructura en:

- Corporaciones territoriales.
- Corporaciones profesionales.
- Corporaciones representativas de intereses económicos.
- Comunidades de aprovechamientos hidráulicos...

No obstante esta variedad teminológica, el autor analiza una serie de notas comunes a todas ellas. Así, están constituidas por personas físicas y regidas por los principios de autonomía, autarquía y autogobierno; son creadas por el legislador y no en virtud de un pacto asociativo libre, siendo competencia exclusiva del Estado las bases del régimen jurídico de estas Administraciones, según el artículo 149.1.18 CE; y tienen reconocido un ámbito de actuación y una serie de intereses propios.

El autor propone la reelaboración de la categoría de los entes corporativos, señalando tres ejemplos a este respecto. Las Cámaras Agrarias eran concebidas como Corporaciones de Derecho público por su Ley reguladora, y sin embargo en la actualidad son consideradas asociaciones; las Cámaras de la Propiedad Urbana han perdido su condición de entidad de Derecho público, gracias a una Ley de Presupuestos del Estado; y la Corporación Bancaria Oficial en la que, pese a la terminología empleada, perdura el carácter de sociedad anónima.

Tras la exposición de estas comunicaciones se dio lectura a las demás presentadas, y la mera enumeración de temas y autores excusa cualquier pronunciamiento sobre la brillantez de las mismas. Estas fueron: «La sistematización del Derecho Administrativo desde la personalidad jurídica de la Administración del Estado», por don José María BOQUERA OLIVER; «La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialéctica Estado-Sociedad civil. Perspectiva histórica», por don José ESTEVE PARDO; «La personalidad jurídica del Estado», por don Alfredo GALLEGO ANABITARTE; «Las nociones de Administración Pública y de personalidad jurídica en

el Derecho Administrativo», por doña Mercedes LAFUENTE BENACHES; «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica», por don José Luis MEILÁN GIL; «La huida del Derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones», por don José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ; «La Comisión mixta Iglesia católica-Estado para la interpretación y aplicación de los acuerdos de cooperación estipulados entre la Santa Sede y el Estado español», por don Carlos SECO CARO.

A continuación, el Profesor Rafael GÓMEZ-FERRER señaló en el coloquio que la jurisdicción constitucional había calificado al Estado como persona jurídica en contadas ocasiones, y reiteradamente venía utilizando la idea del Estado como ente complejo (SANTI ROMANO).

Abundando en la tesis de la personalidad jurídica de la Administración Pública, el Profesor Santiago MUÑOZ MACHADO analiza un supuesto de responsabilidad en el que están implicadas varias Administraciones, imputándose la responsabilidad al Estado. Y ello porque, rebatiendo la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA en el sentido de afirmar en caso de concurrencia en la responsabilidad la coautoría o la solidaridad, la jurisdicción competente no declara la responsabilidad solidaria entre varias Administraciones, sino que sigue un criterio práctico y elige a la más poderosa para imputar dicha responsabilidad.

La posibilidad de elegir prácticamente el fuero jurisdiccional para ventilar los asuntos relacionados con la responsabilidad administrativa fue una posición compartida por varios de los participantes (GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍN REBOLLO), lo que garantizaría la plena fiscalización jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa, sea por la aplicación de los artículos 40 LRJAE y 121 LEF, sea por la de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

Al hilo de esta afirmación compartida, el Profesor Manuel CLAVERO ARÉVALO afirma la universalidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de todos los Poderes públicos y así, cuando el artículo 9.3 CE se refiere a la responsabilidad de los Poderes públicos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo administrativiza el problema y extiende la responsabilidad al Poder Legislativo, aunque haya que exigirla ante el Consejo de Ministros como órgano intermedio entre el Poder Legislativo y la Administración pública, dada la falta de un precepto constitucional análogo a los artículos 106 para la Administración, y 121 de la Constitución española para exigir responsabilidad al Poder Judicial.

A continuación, el Profesor STANCANNELLI abordó su informe titulado «Los entes instrumentales en Italia». Destaca cómo el intento de privatizar los servicios públicos en Italia tampoco ha dado resultados satisfactorios. Prueba de ello fue la privatización del sector público. Añadiendo a esta situación la preocupación de los sindicatos por la pérdida de puestos de trabajo, la situación se torna insostenible. En este contexto se habla de crisis de la Administración pública italiana.

Tras profundizar en el concepto de ente instrumental, el Profesor

STANCANNELLI da cuenta de los intentos legislativos operados en Italia para redefinir el tema de los entes instrumentales.

La Ley 241/1990, de Transparencia Administrativa, prevé técnicas que albergaban ciertas esperanzas tales como el silencio administrativo positivo en materia de autorizaciones, o el establecimiento de plazos procedimentales máximos, entre otras, aunque en la realidad no ha tenido el éxito esperado.

La Ley 142/1990, de Autonomía local, es otra norma importante al introducir el concepto de potestad estatutaria en favor de los Municipios y Provincias. Los comentaristas han manifestado que el artículo 122 de dicha Ley, al recoger la concesión de los servicios públicos locales, no trata de una concesión en sentido estricto, sino de una cuasi-gestión directa del servicio público por una sociedad por acciones en el caso de los entes privados, y en el caso de prevalecer el capital público estaríamos en presencia de un ente instrumental de las Entidades Locales. Es una nueva fórmula de instrumentalidad.

En tal sentido, comenta STANCANNELLI una sentencia reciente de la Magistratura italiana que versa sobre la concesión de la ejecución de una obra pública, en la que los actos del concesionario son impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, haciendo reclamo de la teoría de que los privados al sustituir a la Administración Pública pueden emanar actos enjuiciables por la mencionada jurisdicción.

Sobre la situación que presenta el Derecho francés, el Profesor MODERNE analizó «Los entes administrativos instrumentales en Francia». En su informe aborda el panorama complejo en Francia, donde predomina el concepto de establecimiento público y no el de entidades instrumentales. Dichas entidades empiezan a proliferar atendiendo a una serie de razones objetivas (presupuestarias, de eficacia, de organización de intereses corporativos). La técnica utilizada en la creación de estos entes es la de la personalidad jurídica, como centro de imputación de responsabilidad. Ya HAURIUO propuso la descentralización por funciones, justificada por la coyuntura política socialista existente.

A ello añade la problemática actual, que desde la perspectiva del Derecho constitucional supone reconocer que con la descentralización funcional se reconoce cierta autonomía funcional.

Más importante resulta la vertiente jurídico-administrativa planteada, ya que el concepto de establecimiento público no tiene virtualidad conceptual como tal ni ordenación legislativa especial en Francia; de otro modo, toda clasificación tipológica quedaría desbordada rápidamente como consecuencia de las nuevas incorporaciones.

El Profesor MODERNE diferencia los establecimientos públicos personificados de los no personificados; y distingue los establecimientos públicos, caracterizados por su falta de unidad y por su ordenación alrededor de funciones o servicios, de las Corporaciones Locales.

De la cuarta Ponencia, preparada por el Profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, interesa destacar uno de los apartados del inicio. El autor dice literalmente que la consideración eminentemente típica que

las entidades estatales autónomas ofrecen en función de la singularidad de sus cometidos, condiciona su régimen funcional y organizativo, haciendo gravitar su ordenamiento regulador en normas también singulares y propias. Dicho párrafo viene a explicar en último extremo la huida de toda regulación de carácter general en el marco de la proliferación de los entes mencionados, puesta de manifiesto en su día por el Profesor CLAVERO.

Con sentido crítico se aborda la forma jurídica de las empresas públicas. Y, en tal sentido, el ponente disiente de la aspiración de la doctrina mercantilista al querer reconducir el concepto de empresa pública a una única forma jurídica, lo que carece de validez ya que al considerar como empresa pública a todo ente institucional de carácter público junto a las organizaciones con forma de sociedad mercantil y de capital público, el autor concluye que la adopción de la forma jurídica de la empresa pública es una nota accidental y accesorio de la misma.

Como reflexión final, el ponente señala que estamos asistiendo a la privatización de la actuación administrativa, en cuanto que el cumplimiento de las funciones públicas queda encomendado a entes instrumentales constituidos en la mayoría de los casos conforme a esquemas jurídico-privados; pero esto no debe confundirse con la privatización del sector público.

No obstante, pone énfasis en los peligros que entraña esa huida masiva por parte de los entes públicos instrumentales del ordenamiento jurídico-administrativo hacia ordenaciones singulares, ya que bajo la pretensión de esquivar las trabas que el ordenamiento jurídico-administrativo impone, se están soslayando los controles y garantías que dicho ordenamiento despliega a través de la configuración de las mencionadas Administraciones públicas institucionales. Se debe retomar el verdadero significado del Derecho Administrativo como el cauce fundamental para racionalizar el Poder, y a su vez para garantizar la cobertura de los derechos e intereses a los ciudadanos frente al mismo Poder.

Tras la Ponencia, el Profesor doctor José ORTIZ DÍAZ expuso la comunicación «Las empresas públicas de las Corporaciones Locales». En ella destaca el diferente régimen jurídico aplicable a los entes instrumentales de las Corporaciones locales en relación con los entes estatales. Prueba de ello es que la normativa estatal era sectorial hasta la Ley de Entidades Estatales Autónomas; sin embargo, en el ámbito local la regulación se caracteriza por su generalidad, lo que produce una legislación uniformista y encorsetada, irrespetuosa con la propia diversidad local. No faltarían argumentos, añade el autor, para cuestionar la constitucionalidad de esa uniformidad jurídica en cuanto que puede estar conculcando la autonomía local, reconocida incluso por la normativa supranacional (así, la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España en 1989).

En confirmación de esta tesis, el comunicante expone que tras el proceso de destutelage de las Corporaciones Locales iniciado por la Constitución española, las relaciones interadministrativas se basan fundamentalmente en la técnica de coordinación, si bien bajo el manto de

este principio se han producido verdaderas tutelas, cuando no el vaciamiento competencial de las Corporaciones Locales, poniendo como ejemplo la Administración periférica de la Junta de Andalucía en relación con las Diputaciones Provinciales. Es conveniente, según el autor, que la organización minuciosa de los entes instrumentales de las Corporaciones Locales se deje en manos de estas Administraciones Locales.

Debido a la escasez de tiempo no pudieron ser expuestas las siguientes comunicaciones: «El Consorcio de Aguas de Tarragona», por don Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ; «La empresa pública en el sector de la Defensa», por don Miguel Angel DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN y los Profesores SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y Fernando PABLO; «Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas», por don Eduardo GONZÁLEZ BIEDMA y don Javier CALVO GALLEGO; «Empresa pública y proceso», por don Jesús GONZÁLEZ PÉREZ; «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», por el Profesor LAGUNA DE PAZ; «Las empresas municipales de promoción de iniciativas empresariales», por don Federico ROMERO HERNÁNDEZ; «Las empresas públicas en el sector energético», por don Javier SALAS.

El Profesor Williams WADE abordó a continuación su informe «Las Entidades Instrumentales en Gran Bretaña». Parte el autor de lo que no duda en calificar como una revolución para el sistema británico. Se trata del conflicto originado por la Ley británica sobre Barcos Mercantes (1988), que restringe el derecho de la flota española a participar en el contingente pesquero británico, en beneficio de las flotas con tripulaciones mayoritariamente británicas. Entendían los pesqueros españoles que se estaba produciendo una manifiesta violación del Derecho Comunitario. Subyace en este conflicto la problemática planteada por la aplicación prevalente del Derecho Comunitario sobre los Derechos nacionales, como reconoció el Tribunal de Luxemburgo, trastocando toda la doctrina clásica en torno a la soberanía parlamentaria británica.

Y esta revolución también se dejó sentir en las viejas industrias nacionalizadas que el Gobierno laborista en el periodo posbélico transformó como requerían los principios socialistas en corporaciones públicas con un acusado margen de libertad comercial al menos teórico, ya que la realidad demostró que la interferencia política deforma dicha libertad (v. gr., la Corporación Nacional Británica del Crudo y el Ministerio de Empresa Nacional, entre otros).

El panorama empieza a cambiar a partir de 1979, fecha en la que accede al poder Mrs. Thatcher y con ella la ola de las privatizaciones y el nacimiento de las compañías comerciales que venían a sustituir a las anteriores corporaciones públicas. Sus efectos incidieron positivamente en los ciudadanos y varios son los instrumentos introducidos para prevenir los abusos a esta libertad comercial, entre ellos destacan la limitación del número de acciones y la creación de agencias reguladoras en sectores estratégicos que operan de forma independiente según sus propias normas (vid. OFTEL en Telecomunicaciones o la Autoridad de Aviación Civil en las líneas aéreas).

Finaliza el Profesor WADE su interesante exposición poniendo de manifiesto un reciente fenómeno, la proliferación de un conjunto de cuerpos informales sin personalidad legal ni autoridad, pero con innegables poderes prácticos (Universidades, BBC, Consejo de Prensa). El Tribunal de Apelación, dice el Profesor WADE, aceptó la jurisdicción para conocer de estos asuntos haciendo una osada extensión del Derecho Administrativo, sujetando las decisiones de estos cuerpos al mismo como si de autoridades públicas se tratara.

Esta nueva forma de legislación extraoficial, extraña al Derecho británico, producida a través de la acción práctica de estas incipientes organizaciones, parece abrir nuevas perspectivas y provocar un debate diferente sobre las entidades instrumentales en el Reino Unido.

El sábado día 28 se inicia con la intervención del Profesor doctor Alfonso PÉREZ MORENO sobre «Las Entidades Instrumentales en las Comunidades Autónomas», y que se puede estructurar en tres apartados a efectos pedagógicos. Primeramente, el Profesor PÉREZ MORENO pone de relieve la exorbitante proliferación de las entidades institucionales en las Comunidades Autónomas, propiciada por la nueva estructura territorial del Estado de las Autonomías.

Varias son las razones esgrimidas por el ponente para justificar lo que ha venido a denominar «hiperdesarrollo instrumental»: de una parte, el rechazo por las Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) a la gestión administrativa a través de Provincias y Municipios, rechazo articulado a través de la aplicación mimética de la estructura central, emulando fielmente y salvo contadas excepciones (Canarias, Baleares y País Vasco) el esquema implantado en la Administración del Estado; otra de las razones apuntadas por el ponente es la centrifugación de estructuras como alternativas de celeridad, eficacia y flexibilidad administrativas; y, por último, la resistencia a controles políticos, financieros y jurídicos.

En segundo lugar se aborda el estudio de los títulos jurídicos legitimadores de la creación de dichos entes por parte de las CC.AA. Estos quedan configurados en una pirámide cuya cúspide estaría ocupada por la Constitución (en adelante CE), donde los artículos 147.2.c) y 148.1 reconocen a las CC.AA. la potestad para crear sus instituciones de autogobierno, entendiendo la doctrina administrativista que la potestad organizativa de las CC.AA. contiene ínsita la facultad de crear entidades instrumentales, si bien con absoluto respeto a la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE), abarcando dicho título tanto a las Administraciones públicas territoriales como institucionales y corporativas, en virtud de la interpretación extensiva del Tribunal Constitucional.

Los Estatutos de Autonomía se sitúan en un nivel inferior de la pirámide, y pese al reconocimiento generalizado de la previsión institucional, la innovación de las CC.AA. a este respecto es prácticamente inexistente, siendo criticado por la doctrina la equivocidad terminológica en la que incurren los Estatutos autonómicos.

Leyes estatales posteriores (Ley del Proceso Autonómico, Ley Básica

de Régimen Local...), así como Leyes autonómicas específicas (de Gobierno y Administración, de Hacienda, de Patrimonio...), completan el basamento jurídico que determina la legitimación autonómica para la creación de entes instrumentales.

Finalmente reflexiona el autor sobre la necesidad inexcusable de un Derecho básico estatal en el ámbito de las entidades instrumentales, susceptible de incardinarse en la nueva normativa sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas, con la finalidad de servir de común denominador protector de la libertad e igualdad de los ciudadanos en la configuración de las entidades instrumentales.

Varias fueron las comunicaciones expuestas a continuación de la Ponencia. «Las empresas públicas en la Comunidad Autónoma Andaluza», de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, procediendo a su exposición el señor CASES, Director General de Patrimonio. El comunicante incide en que la búsqueda de una mayor autonomía financiera y la conveniencia de someter ciertos ámbitos de la Administración al ordenamiento privado, constituyen algunos de los fundamentos del desarrollo instrumental de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A continuación realiza un oportuno repaso al Derecho regulador de los entes instrumentales desde la perspectiva autonómica andaluza. En tal sentido, expone que los artículos 148 y 149 CE contienen un haz de competencias estatales y autonómicas pendientes de desarrollo. El artículo 13 del Estatuto de Autonomía andaluz, por su parte, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de organización y estructura de sus organismos autónomos. La Ley autonómica 6/81, de Gobierno y Administración, establece en su Exposición de Motivos la descentralización funcional a través de los entes institucionales y pone de relieve la necesidad de una Ley de Entidades Autónomas para Andalucía. La Ley de Hacienda Pública andaluza establece normas especiales reguladoras de aspectos concretos de estos entes, innovando con respecto a la Ley General Presupuestaria la distinción entre la participación directa e indirecta de la Administración en estos entes. La Ley 4/86, de Patrimonio de Andalucía, reproduce en sus artículos 94 y 210 a 212, con criticable técnica jurídica y además de forma dispersa, la legislación estatal sobre la empresa pública.

Finalmente enumera una serie de empresas públicas creadas por la Comunidad Autónoma, destacando entre otras el ente público TVA, el Centro Andaluz de Teatro (CAT, S. A.), la Empresa Andaluza de Tierras, S. A., o la Empresa Andaluza de Gestión Medioambiental, S. A., creada por la Agencia de Medio Ambiente.

La sesión termina con la intervención de jóvenes valores del Departamento de Derecho Administrativo de Sevilla, concretamente con la exposición de la comunicación «La utilización de los Organismos autónomos en la Administración ambiental: las Agencias de Medio Ambiente», por don Jesús JORDANO FRAGA. En su exposición, el Profesor JORDANO destacó que una de las tareas claves del Derecho ambiental es la construcción

de una organización administrativa que sepa responder a los problemas planteados por la ejecución de una competencia compleja, como es la de medio ambiente. Una de las fórmulas propuestas de modelo organizativo es la Agencia de Medio Ambiente, inspirada en la Environmental Protection Agency, aunque su plasmación en el Estado de las Autonomías dista mucho de recoger con fidelidad aquella estructura, y que instrumentos poderosos con que cuenta la Agencia americana (de coordinación, financieros, de impacto ambiental...) no se han puesto en manos de las agencias autonómicas, por lo que la plasmación del modelo americano ha sido meramente nominal. Concluye su exposición aludiendo a que hay que pensar en fórmulas de resolución del problema ambiental que superen los componentes estrictamente organizativos.

«El estatuto de la empresa pública de Andalucía: régimen jurídico y futuro: el Anteproyecto de Estatuto de Empresa Pública de Andalucía», por doña Encarnación MONTOYA MARTÍN, también miembro de este Departamento. En dicho trabajo, la Profesora MONTOYA nos brinda una jugosa aportación, en la que podemos destacar, tras un breve repaso a la panorámica legislativa andaluza referida al régimen jurídico de la empresa pública, los numerosos aspectos positivos del Anteproyecto de Estatuto de la Empresa Pública de Andalucía, elaborado en 1988 por la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía, y que se puede erigir en el Derecho estatutario general de dichas empresas extrayendo del mismo los aspectos siguientes:

- El concepto de empresa basado en los criterios material, formal y de vinculación.
- El acento puesto sobre las nuevas formas de instrumentalidad de las sociedades vinculadas.
- La participación en los órganos de gobierno empresariales, a través de la cogestión de trabajadores y consumidores.

Completan el grueso de las comunicaciones presentadas: «La publicación de la empresa agraria: instrumentos de colaboración en el desarrollo del sector público agrario. Especial referencia a la reforma agraria en Extremadura», por don Manuel BEATO ESPEJO; «El Ente Vaso de la Energía», por don José Manuel CASTELL ARTECHE; «La Administración institucional en la Comunidad Autónoma de Aragón», por don Antonio EMBID IRUJO; «Normas básicas y constitutivas de las personificaciones instrumentales en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana desde el Estatuto hasta julio de 1991», por don Vicente ESCUIN PALOP; «Las entidades instrumentales de Castilla y León», por don José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ; «¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos a Derecho privado?», por don Enrique RIVERO YSERN; y «Régimen jurídico de los Organismos autónomos de la Comunidad Autónoma de Galicia», por los Profesores RODRÍGUEZ-ARANA y AGUILAR LÓPEZ.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Resumir cuáles han sido las conclusiones finales de este Congreso no es tarea fácil. Sin perjuicio de la próxima publicación de los trabajos del Congreso, ha quedado patente la actualidad científica del tema y el interés inusitado que han despertado algunos de sus aspectos, entre los que podemos destacar la voluntad subyacente en la Administración de huir del Derecho Administrativo mediante la creación de los entes instrumentales, o el intento de la Administración Pública por alcanzar cotas significativas de eficacia en la satisfacción del interés general, e incluso rentabilizar algunos sectores estratégicos de la economía que se encuentran reservados a la iniciativa pública o, al menos, condicionados por ella.

No quisiera dejar pasar esta ocasión para sumarme, desde mi posición de incipiente jurista, al entrañable homenaje a la persona y a la obra del gran maestro sevillano, aprovechando estas últimas líneas de esta crónica para desear sinceramente con mis compañeros que la jubilación para el Profesor CLAVERO sea en el sentido clásico de la *iubilatio* romana, un motivo de alegría por el trabajo bien hecho y de satisfacción por su generosa entrega a los demás. Con la esperanza de que nos siga enriqueciendo con sus aportaciones, hasta siempre, maestro.

Eduardo ROMERO SOLÍS
Becario de Investigación del Departamento
de Derecho Administrativo.
Universidad de Sevilla