

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

**CONSIDERACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO
ANDALUZ SOBRE EL RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LOS
ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS CON OCASIÓN DE
LA APROBACIÓN DE LA LEY 9/2007, DE 22 DE
OCTUBRE, DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE
ANDALUCÍA**

**ANDALUCÍA
NOVIEMBRE DE 2007**

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

CONSIDERACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ SOBRE EL RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS CON OCASIÓN DE LA APROBACIÓN DE LA LEY 9/2007, DE 22 DE OCTUBRE, DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

**ANDALUCÍA
NOVIEMBRE 2007**

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES EN LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ.....	5
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS.....	10
3. ANÁLISIS COMPARATIVO	13
3. 1. COMPARATIVA ENTRE TEXTOS NORMATIVOS	13
3. 2. ANÁLISIS DE CONCEPTOS ESENCIALES.....	17
3. 2. 1. Autoridad Pública y Potestad Administrativa. ¿Conceptos sinónimos?	18
3. 2. 2. Potestades administrativas	21
4. ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES QUE PUEDEN SER DESARROLLADAS POR LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS EN EL MARCO DE LA LEY DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.....	24
4. 1. SOCIEDADES MERCANTILES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ.....	24
4. 1. 1. Ejercicio de Potestades Administrativas	25
4. 1. 2. Actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia....	26
4. 1. 3. Garantía de principios constitucionales	28
4. 2. FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ.....	31
4. 2. 1. Actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, contribuyendo a la consecución de los fines de éstas	32
4. 2. 2. Prohibición de comportar el establecimiento de servicios públicos	34
5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN POR PARTE DE LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS	36
6. RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	39

7. CONCLUSIONES..... 44

1.- ANTECEDENTES EN LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

1. ANTECEDENTES EN LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

La expansión e intervencionismo de las Administraciones Públicas en nuestra sociedad son una consecuencia y manifestación del modelo de organización jurídico-política que la Constitución Española consagra como "Estado Social y Democrático de Derecho", y ha generado la articulación de nuevos instrumentos de gestión para la realización de actividades de interés general, en el marco de opciones organizativas que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. La motivación última de este hecho viene justificada en términos de eficacia, eficiencia y coherencia.

La Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, de acuerdo con las competencias que le atribuye la Ley 9/1983, de 1 de diciembre (B.O.J.A. número 100, de 9 de diciembre de 1993. B.O.E. número 20, de 24 de enero de 1984), tiene como misión velar por la tutela de los derechos constitucionales de los ciudadanos en el ámbito de sus relaciones con la Administración Pública, con independencia de la forma jurídica que esta última adopte para la prestación de los servicios.

Al respecto, hemos de señalar que desde esta Defensoría nunca se ha puesto objeción a las nuevas técnicas y métodos aplicados para la consecución de los fines públicos que responden a tendencias que imponen la dinámica social, económica y política. En efecto, no nos preocupa cómo se personifique la Administración o bajo qué marco jurídico actúe siempre que el sector público garantice la protección de los derechos constitucionales, y que esa tutela se ejerza con pleno respeto de los principios de igualdad y legalidad.

Y ello porque somos conscientes de la necesidad de articular formas más flexibles para la actuación de la Administración, que permitan disponer de instrumentos de gestión ágiles y eficaces para dar respuesta a la multiplicidad de servicios públicos y actividades de interés general que tienen que prestar las Administraciones Públicas.

Sin embargo, nuestra labor nos ha permitido observar una tendencia bastante generalizada en las distintas Administraciones a recurrir, y cada vez con mayor frecuencia, a la creación de entes instrumentales para la gestión de las más diversas materias, que se caracterizan por la exclusión del régimen jurídico público, en todo o en parte de su actividad, y que terminan afectando al sistema de garantías y derechos de la ciudadanía, ante su sujeción a normas jurídicas dimanantes del Derecho privado.

Por ello, afirmamos que la actividad de estas entidades nunca puede ser la causa que justifique una nueva priorización de los principios a que se sujeta la actividad de este sector, para anteponer "eficacia" a "garantías de derechos", lo que en la práctica se traduce en un crecimiento de la actividad de estos entes instrumentales y en la asunción, cada vez más, de parcelas de actividad y competencia reservadas hasta

ahora a entidades sometidas al Derecho público, por implicar el ejercicio de funciones de autoridad pública.

De ahí que nuestra posición sobre la cuestión que se debate sea clara: la consecución de mayores niveles de eficacia en la actuación de la Administración no debe suponer en ningún caso la eliminación o la reducción de las garantías constitucionales y legales de los ciudadanos.

En efecto, la Norma Suprema sujeta la actuación de cualquier Administración, sin excepciones, a unos principios que, como veremos a continuación, en ningún caso pueden ser obviados, cuales son: el de interdicción de la arbitrariedad, objetividad y eficacia, sujeción a la Ley y al Derecho, respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, y producción de los actos a través de un procedimiento legalmente determinado. Dicha sujeción delimita un ámbito general de actuación administrativa que no puede ser excepcionado en función de la modalidad organizativa que se adopte.

En consecuencia, venimos considerando que las remisiones genéricas y absolutas al Derecho privado, que implican determinadas modalidades de gestión administrativa, hay que tomarlas restrictivamente en aquellos casos que supongan una minoración de las garantías que el Estado de Derecho establece en favor de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

La incidencia que el funcionamiento de estas entidades regidas por normas de Derecho privado tiene en las relaciones ciudadano – Administración determina que muchas personas se vengán dirigiendo al Defensor del Pueblo Andaluz solicitando amparo y protección de sus derechos.

Estas quejas, cada vez más habituales, tienen como denominador común la reclamación frente al funcionamiento de las “empresas públicas”, concepto que engloba, a tenor de lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (B.O.J.A. número 59, de 26 de julio de 1983), a las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Administración, a las entidades de derecho público con personalidad jurídica y, tras la entrada en vigor de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre (B.O.J.A. número 151, de 31 de diciembre de 1997), a los consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en el concepto anterior, en los que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración andaluza.

Esta cuestión adquiere mayor relevancia en aquellos casos de “empresas públicas” que no se limitan a actuar como meros entes auxiliares para la gestión de algún o algunos aspectos instrumentales necesarios para la realización de la actividad de interés general, sino que se les encomienda la prestación completa de esta actividad,

asumiendo bloques íntegros de funciones anteriormente desempeñadas por entes públicos de carácter administrativo.

Entre las quejas planteadas en relación con el funcionamiento de estas entidades, queremos destacar algunos casos que ponen de relieve la problemática que hemos descrito y que evidencian una vulneración de los derechos de los ciudadanos, en función de la forma organizativa que adoptan y el régimen jurídico aplicable.

El primero de ellos fue objeto de la queja 98/87 y de la queja 98/104 en las que se nos planteaban diversas cuestiones derivadas de actuaciones de la sociedad mercantil constituida por la Consejería de Medio Ambiente para la gestión de las actividades medioambientales, denominada EGMASA. Estas quejas venían motivadas por decisiones adoptadas por esta empresa que afectaban directamente a derechos garantizados por el ordenamiento jurídico a los reclamantes; en concreto, nos denunciaban la determinación por la empresa de restricciones al acceso a un parque natural, mediante el establecimiento de visitas guiadas como modalidad de acceso público a esa zona restringida, y la fijación del precio a abonar por las mismas, así como la adjudicación de estos servicios a una empresa privada sin sujetarse a los principios que rigen las contrataciones de las Administraciones Públicas.

Un segundo supuesto a reseñar fue objeto de investigación en las quejas 98/4166, 98/4181, 98/4307 y 99/79 dirigidas frente a la actuación de la sociedad mercantil municipal EMVISESA, ante la inexistencia de criterios objetivos de selección de adjudicatarios de viviendas de protección oficial en régimen especial en alquiler reconducibles a un baremo, así como por la falta de motivación en las comunicaciones dirigidas a los solicitantes que no han sido designados adjudicatarios y de las vías de defensa de sus derechos.

Además, también consideramos muy ilustrativa a estos efectos la queja 97/3028 formulada por la actuación de la entidad pública sujeta al régimen jurídico-privado, creada por la Consejería de Cultura para la gestión de programas culturales. La misma vino motivada por la actuación seguida por la citada entidad en el procedimiento de concesión de ayudas al tejido profesional de la danza, la música y el teatro en Andalucía, al no respetarse las prescripciones mínimas establecidas en las normas administrativas básicas reguladoras de una materia tan importante para la actividad de la Administración Pública y sus relaciones con los ciudadanos, como es la del otorgamiento de subvenciones y ayudas con cargo a fondos públicos.

Otros supuestos significativos los encontramos en las quejas 00/2505, 01/4148, 02/1625, 06/3261, 06/5435 y 07/2365, tramitadas a los efectos de analizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la convocatoria, en los procesos de contratación de personal por parte de RTVA, Inturjuven, TUSSAM, EPSA y Fundación Progreso y Salud.

El trasfondo común que presentan las quejas traídas a colación incide sobre la esfera legal de derechos que tienen reconocidos los ciudadanos en sus relaciones con la Administración y que, en estos casos, bien por cuestiones de índole competencial, bien por aplicación del régimen jurídico privado en el ejercicio de actuaciones administrativas, resulta finalmente afectada.

En este sentido, hemos podido constatar cómo empleando un criterio absolutamente formalista de extensión del régimen jurídico privado a toda la actividad desarrollada por estas entidades, se llega a afectar al sistema de garantías previsto por la legislación administrativa y por la propia Constitución.

Es por ello que desde esta Institución se ha venido demandando con insistencia a las Administraciones Públicas andaluzas que el ejercicio de la potestad de auto-organización sea dirigido a la mejor y más eficaz prestación del servicio que tienen encomendado, pero siempre dentro del respeto a los principios constitucionales y al ordenamiento jurídico a que se someten, que les exigen valorar previamente la proporcionalidad e idoneidad de la fórmula elegida con el fin perseguido y los medios necesarios para alcanzarlos, de manera que los derechos de los ciudadanos queden en todo momento salvaguardados y que la elección organizativa asegure la efectiva sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho.

En este contexto, hemos venido considerando que muchas de las cuestiones que se derivan de esta problemática en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma tienen su origen en la falta de una regulación autonómica adaptada a las necesidades reales y exigencias actuales del funcionamiento y organización de la Administración.

Y en esta línea, esta Institución ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, entre ellas en la comparecencia del Defensor del Pueblo Andaluz ante el Pleno del Parlamento de Andalucía, en 1999, así como en el Informe anual presentado ante dicha Cámara en el año indicado, la necesidad de que en la reforma que se acometiese de la normativa reguladora de la organización y administración de la Comunidad Autónoma Andaluza se abordase esta problemática, de manera que se identificaran las funciones irreductiblemente públicas que no pueden ser prestadas bajo fórmulas de Derecho privado, y se determinase, de forma exhaustiva, el régimen jurídico aplicable a estas "empresas públicas" en los distintos aspectos que pudiera comprender su actividad.

Consideramos que la demanda normativa apuntada tiene su reflejo en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (B.O.J.A. número 215, de 31 de octubre), por lo que a continuación pasamos a analizar las consecuencias que de la misma se derivan.

2.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

A continuación se relaciona la normativa, de ámbito estatal y autonómico, que de algún modo ha afectado o afecta a las cuestiones analizadas a través del presente trabajo.

- Estatal:
 - Constitución Española;
 - Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (B.O.E. número 155, de 29 de junio);
 - Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. número 285, de 27 de noviembre; corrección de errores a través de B.O.E. número 311, de 28 de diciembre de 1992 y número 23, de 27 de enero de 1993), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (B.O.E. número 12, de 14 de enero);
 - Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (B.O.E. número 90, de 15 de abril);
 - Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (B.O.E. número 310, de 27 de diciembre, corrección de errores B.O.E. número 92, de 17 de abril de 2003);
 - Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (B.O.E. número 284, de 27 de noviembre);
 - Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (B.O.E. número 303, de 18 de diciembre).
- Autonómica:
 - Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Andalucía (B.O.E. número 9, de 11 de enero de 1982), derogada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (B.O.E. número 68, de 20 de marzo);

- Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (B.O.J.A. número 59, de 26 de julio);
- Ley 6/1983, de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía (B.O.J.A. número 60, de 29 de julio), derogada parcialmente por la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (B.O.J.A. número 215, de 7 de noviembre) y definitivamente en el momento de la entrada en vigor de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (B.O.J.A. número 215, de 31 de octubre);
- Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía (B.O.J.A. número 59, de 13 de julio);
- Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (B.O.J.A. número 117, de 17 de junio).

3.- ANÁLISIS COMPARATIVO

3. ANÁLISIS COMPARATIVO

3. 1. *Comparativa entre textos normativos*

Como cuestión previa, resulta de interés comentar que la situación anterior a la publicación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, también LOFAGE), se caracterizaba, de una parte, por la dispersión normativa y, de otra, por las atribuciones genéricas e inconcretas que en sus normas de desarrollo se hacía respecto de las funciones y competencias que podían asumir las “empresas públicas”, lo que posibilitaba que pudieran ejercitar todo tipo de actuaciones con sujeción al régimen jurídico privado, entre las que se escondían auténticas potestades administrativas.

La aparición de estas entidades que escapaban de la aplicación de las leyes generales del Derecho administrativo venía condicionada por la insuficiencia del marco normativo existente, por la necesidad de reafirmar su autonomía y margen de independencia en el desarrollo de sus actividades y por el creciente papel de la Administración en ámbitos empresariales.

En este sentido se estaba produciendo lo que la doctrina mayoritaria ha venido a denominar como “huida del Derecho administrativo”, que situaba al ciudadano en una posición de absoluta indefensión e inseguridad jurídica.

A partir del año 1990 es el propio legislador quien reacciona frente a los excesos derivados de la aplicación del Derecho privado a actividades administrativas, reconduciendo a estas nuevas entidades a un régimen muy próximo al de la Administración Pública, en materia de personal, contratación y régimen patrimonial.

El resultado de este posicionamiento se concreta en la adopción de normas legales de marcado propósito de aplicación general al sector público, ejemplo de las cuales será la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E. número 119, de 19 de mayo, y corrección de errores B.O.E. número 159, de 5 de julio de 1995), y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Administración y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Así pues, la entrada en vigor de la LOFAGE, con pretensiones globalizadoras de aplicación a todas las entidades instrumentales del sector público, ha contribuido a la codificación y a la disminución de la dispersión normativa, a la vez que, desde la óptica legislativa, ha introducido nuevas regulaciones.

Esto queda perfectamente recogido en el apartado 1 de la Exposición de Motivos de la Ley, donde se afirma que la dispersión normativa que hoy caracteriza el régimen jurídico de la Administración General del Estado constituye también una circunstancia

que el legislador debe ponderar en orden a regular en una sola ley, el régimen, la organización y los criterios de funcionamiento del aparato estatal.

De otra parte, la LOFAGE ha supuesto un paso muy importante en el acotamiento del ámbito funcional de las entidades instrumentales.

Así, al regular al organismo público que puede regirse en parte de su actividad por el Derecho privado, al que denomina "entidad pública empresarial" dispone, en el párrafo primero de su artículo 53, que su finalidad se limita a *"la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación"*. A lo que añade, en su párrafo segundo, que la aplicación del Derecho privado queda excluida, entre otros, cuando ejerza potestades administrativas.

Por otra parte, la disposición adicional duodécima de la LOFAGE, al contemplar la figura de las *"sociedades mercantiles estatales"*, las remite en su regulación al régimen jurídico privado, si bien establece en su inciso final que *"en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública"*.

Pues bien, nos encontramos con una Ley que ha introducido importantes matizaciones en cuanto a las opciones autoorganizativas de la Administración Pública, restringiendo la creación de los entes instrumentales para determinadas finalidades y, sobre todo, lo que es más importante, impidiendo que el ejercicio de las potestades administrativas se sujete a normas de Derecho privado.

Quiere ello decir que los entes instrumentales vienen obligados, por imperativo legal, a someter toda actuación que realicen e implique un acto de autoridad al Derecho público, ya que de esta forma se garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

Finalmente, resulta de interés hacer referencia a la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, Ley de la Administración de la Junta de Andalucía), en la que, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, se apuesta por una Administración más ágil y cercana al ciudadano, configurando un modelo organizativo que conjugue *"los principios de eficacia, eficiencia, igualdad de trato entre hombres y mujeres y la modernización del aparato administrativo con la mejora continua de la calidad de los servicios y la adopción de nuevas tecnologías que simplifiquen la gestión administrativa"*.

Centrándonos en el análisis del tratamiento que dicho cuerpo legal dispensa a los entes instrumentales del sector público, diremos que la meritada norma considera a las entidades instrumentales como entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus entes públicos, con independencia

de su naturaleza y régimen jurídico, que tienen por objeto la realización de actividades cuyas características, por razones de eficacia, justifican su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y mayor proximidad a la ciudadanía.

A estos efectos, la Ley distingue, entre las entidades instrumentales, las agencias y los entes instrumentales privados que, a su vez, pueden ser sociedades mercantiles o fundaciones del sector público.

A continuación se esbozan las principales características de cada una de ellas.

- **Agencias administrativas:** Se corresponden con los Organismos autónomos previstos en la LOFAGE y tienen por finalidad la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas, disponiendo de las potestades públicas que tengan expresamente atribuidas por sus estatutos.

Se adscriben a una Consejería concreta, a la que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad.

Se rigen por el Derecho administrativo y por el mismo régimen jurídico de personal, presupuestario, económico-financiero, de control y contabilidad que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía.

- **Agencias públicas empresariales:** Se corresponden con las Entidades Públicas Empresariales previstas en la LOFAGE y a ellas se le atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Se adscriben a una Consejería, a una agencia administrativa o, excepcionalmente, a otra agencia pública empresarial.

Se rigen por Derecho privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en aquellos otros aspectos específicamente regulados.

Pueden ejercer las potestades administrativas que expresamente les sean atribuidas, pero sólo a través de los órganos a los que los estatutos asignen expresamente tal facultad.

- **Agencias de régimen especial:** Se trata de una categoría novedosa de entidades públicas que pueden desarrollar cualesquiera actividades encomendadas a las Agencias administrativas o a las Agencias públicas empresariales, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y requieran especialidades en su régimen jurídico.

Se rigen por el Derecho privado, excepto en aquellas cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en aquellos otros aspectos específicamente regulados.

Su actuación se produce con arreglo a un plan de acción anual y a un contrato plurianual de gestión aprobado por el Consejo de Gobierno, donde queden definidos los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar.

- **Sociedades mercantiles del sector público:** Son sociedades mercantiles en cuyo capital es mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus organismos autónomos y demás entidades de derecho público.

Tienen por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de libre competencia.

En ningún caso pueden ejercer potestades administrativas.

- **Fundaciones del sector público:** Tienen esta consideración, tanto aquéllas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía, como aquéllas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.

Asimismo, son consideradas fundaciones del sector público andaluz aquéllas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria.

Únicamente pueden desarrollar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de éstas.

Se rigen por lo dispuesto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

No pueden ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos.

Sobre la base de lo anterior, cabe indicar que la Ley realiza una clasificación clara de la Administración instrumental, delimitando su ámbito funcional y competencial, así como las peculiaridades de su régimen jurídico.

Por lo que se refiere a las entidades instrumentales privadas, la Norma ofrece una mayor concreción a las funciones que dichos entes tienen encomendadas.

Al igual que la LOFAGE, establece la prohibición, para estas figuras, de disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad.

No obstante, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía va más allá, especialmente en lo que se refiere a las sociedades mercantiles del sector público, ya que introduce, como limitación específica a su actividad, el que ésta se desarrolle en régimen de mercado, respetando el principio de la libre competencia.

3. 2. Análisis de conceptos esenciales

Como hemos tenido la ocasión de constatar, a través de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE se prevé, como límite para las actuaciones que pueden desarrollar las sociedades mercantiles estatales, el que éstas no dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

Por su parte, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía contiene una disposición similar, aplicable no sólo a las sociedades mercantiles del sector público andaluz sino también a las fundaciones de tal sector.

En efecto, el apartado tercero del artículo 52 de la citada Ley prevé que las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz no podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad.

Asimismo, el apartado segundo del artículo 75 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía previene que las sociedades mercantiles del sector público no podrán ejercer potestades administrativas, lo que se hace igualmente extensivo a las fundaciones del citado sector, según se prevé en el apartado primero del artículo 57 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por consiguiente, podemos comprobar cómo el legislador ha empleado dos conceptos jurídicos (el de "autoridad pública" y el de "potestad pública o administrativa"), que sirven de límite para las actuaciones que pueden ser desarrolladas por las sociedades mercantiles y por las fundaciones del sector público andaluz.

Por este motivo, resulta fundamental que analicemos qué debemos entender por "ejercicio de autoridad", qué es una "potestad administrativa" y, en su caso, en qué se diferencian ambos conceptos.

3. 2. 1. Autoridad Pública y Potestad Administrativa. ¿Conceptos sinónimos?

Al abordar el análisis de estos conceptos y de las posibles similitudes o diferencias que ambos presentan, lo primero que detectamos es que los mismos no han sido expresamente definidos por el legislador, y ello pese a que son utilizados de manera reiterada en nuestros textos normativos.

Por este motivo, se hace necesario acudir a interpretaciones doctrinales y a pronunciamientos de los tribunales de justicia para conocer el alcance de estos conceptos y si entre ellos existen diferencias de trascendencia jurídica.

Por lo que a la doctrina respecta hay que indicar que existen publicados importantes estudios a través de los cuales se analizan los elementos caracterizadores de estos entes instrumentales privados, así como los efectos que los mismos producen en el ámbito del Derecho público¹.

Entre dichos estudios, cabe destacar aquellos en los que se analizan los límites fijados por el ordenamiento jurídico a la libertad de elección de formas organizativas del sector empresarial del Estado, en los que los conceptos de "potestad pública" y "ejercicio de autoridad" son utilizados como sinónimos².

¹ En este sentido, y a modo de ejemplo, Fernández Rodríguez, T. R., en sus obras, *"Reflexiones sobre las llamadas Autoridades administrativas independientes"*, Administración instrumental, Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994 y *"Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la Empresa pública"*, RAP, núm. 46, 1965; García de Enterría, E., en sus obras *"La actividad industrial y mercantil de los municipios"*, RAP, núm. 17, mayo – agosto 1955 y *"El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público"*, Administración instrumental, Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994; Garrido Falla, F., en sus obras *"La Empresa pública en el Derecho español"*, RDP, 1968 y *"Origen y evolución de las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas"*, Administración instrumental, Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994; López Menudo, F., en su obra *"El Derecho administrativo como Derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias"*, Administración instrumental, Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994; Martín Mateo, R., en su obra, *"Los servicios locales. Especial referencia a la prestación bajo fórmulas societarias"*, REALA, núm. 255-256, julio – diciembre 1992; Martín-Retortillo, S., en su obra *"Las empresas públicas: reflexiones del momento presente"*, Administración instrumental, Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994.

² Pérez Moreno, A. y Montoya Martín, E. en *"Formas organizativas del sector empresarial del Estado en la era de las privatizaciones"*, RAAP, núm. 39, julio – septiembre 2000.

En efecto, en ellos se refieren múltiples normas habidas en nuestro ordenamiento jurídico en las que los conceptos de ejercicio de autoridad y potestades administrativas son empleados, de manera indistinta, para establecer limitaciones a la potestad de autoorganización con la que cuentan las Administraciones Públicas.

Así, el vigente artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (B.O.E. número 80, de 3 de abril de 1985); el artículo 95 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (B.O.E. número 96, de 22 de abril de 1986); el artículo 43 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (B.O.E. número 196, de 15 de julio de 1955); el artículo 2.2. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. número 285, de 27 de noviembre de 1992); y la Disposición Adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Asimismo, cabe referir aquellos otros estudios en los que se analiza la noción comunitaria de "ejercicio de autoridad"³.

En ellos, los autores parten de lo previsto en el artículo 45 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁴, donde no se contiene la expresión "ejercicio de autoridad" sino la de "ejercicio de poder público".

De igual modo, los análisis realizados del concepto de potestad pública como límite en el Derecho comunitario a la aplicación de las reglas de la libre circulación⁵, en los que igualmente se parte del citado artículo 45 del TCCE y se concluye que *"es esta noción por lo demás clásica de "ejercicio de autoridad o poder" el núcleo irreductible de la reserva de la Administración⁶, barrera infranqueable hasta donde puede replegarse el Estado en sus funciones prestadoras directas"*.

³ Montoya Martín, E. *"Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado"*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

⁴ Art. 45 TCCE: *"Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público"*.

⁵ Pérez Moreno, A. y Montoya Martín, E. en *"Formas organizativas del sector empresarial del Estado en la era de las privatizaciones"*, RAAP, núm. 39, julio – septiembre 2000.

⁶ Cfr. a Del Sanz Cordero, S. *"Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional"*, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Tres Estudios, Civitas, Madrid 1992.

En este sentido, cabe apreciar que los conceptos de "poder público" y de "ejercicio de autoridad" son considerados por la doctrina como unívocos, sirviendo incluso cada uno de ellos como medio para definir al otro.

Por lo que respecta a los pronunciamientos judiciales, conviene hacer mención a la Sentencia de 13 de abril de 1991, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso Höfner K.-Elser contra Macrotron GmbH, Asunto C-41/90, en la que el Tribunal afronta la individualización del concepto de empresa cuyo objeto consiste en el ejercicio de autoridad.

En tal procedimiento judicial se empleó una noción de "autoridad pública" semejante a la que ya había sido definida por el Tribunal de Justicia a través de su Sentencia de 20 de marzo de 1985, y que consistía en lo siguiente:

"Autoridad pública trae causa de la soberanía, del imperium del Estado; para quien la ejercita implica la facultad de utilizar prerrogativas exorbitantes al Derecho común, privilegios propios del Poder público, poderes de coerción que se imponen a los ciudadanos".

Se trata pues de una noción clásica de actos de Poder público que se identifica como autoridad que trae causa de la soberanía, del *imperium* del Estado⁷.

Y pese a que lo anterior no nos permite delimitar de forma clara y precisa cuándo se está ante un ejercicio de autoridad, lo que sí que nos permite es afianzar la idea del paralelismo existente entre este concepto y el de potestad administrativa.

A la misma conclusión hay que llegar tras analizar pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional como el realizado a través de la Sentencia 35/1983, de 11 de mayo, cuando mantuvo que *"La noción de "Poderes públicos" que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo"*.

Así, poniendo en relación esta doctrina constitucional con la doctrina dimanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cabe concluir que en lo que concierne al presente análisis, en la actualidad los conceptos de autoridad pública y de potestad administrativa son empleados de forma indistinta por el legislador para significar una misma realidad.

⁷ En este sentido, Montoya Martín, E. en su artículo *"Reflexiones en torno a la empresa pública sometida al Derecho Privado"*. Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 9/1996.

3. 2. 2. Potestades administrativas

Partiendo de la conclusión extraída en el apartado anterior, conviene ahora delimitar, de forma clara y precisa, el concepto de potestad administrativa ya que, como dijimos al principio de este punto 2, el mismo supone una limitación para las actuaciones que vayan a poder ser desarrolladas por las sociedades mercantiles y por las fundaciones del sector público andaluz.

Para ello, consideramos oportuno traer a colación destacados estudios doctrinales elaborados en relación con lo previsto en el apartado segundo del artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En el citado precepto el concepto de "potestad administrativa" es empleado por el legislador como elemento delimitador, al igual que ocurre en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía y en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En este caso, en el artículo 2.2 de la LPAC se emplea para delimitar el ámbito de aplicación de la norma, de forma que cuando las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas ejerzan potestades administrativas, las mismas estarán sometidas a la LPAC.

Pues bien, según dichos autores⁸, el concepto de potestad administrativa debe ser interpretado de forma amplia y flexible, abarcando todas aquellas actividades públicas realizadas desde una posición de superioridad sobre los sujetos privados.

Deben incluirse por tanto en este género de actividades, no sólo las clásicas y consabidas potestades exorbitantes (potestad sancionadora, recuperación de oficio, deslinde, potestad expropiatoria, ejecución forzosa, potestad tarifaria, etc.), sino también todas aquellas que traten de garantizar los servicios públicos cuya titularidad se reserve por ley a la Administración (por ejemplo, los enumerados en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) y para cuya gestión ésta opte por crear una sociedad mercantil pública⁹.

Esta misma interpretación de los conceptos de "potestad administrativa" y de "autoridad pública" se deduce del texto de la LOFAGE, de la Ley de la Administración

⁸ Rivero Ortega, R. en su obra *"Administraciones Públicas y Derecho Privado"*. Marcial Pons. Madrid. 1998. Citados en el mismo sentido, Malaret y De Vicente.

⁹ En este sentido, Montoya Martín, E. en su obra *"Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado"*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

de la Junta de Andalucía y de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Es decir, una interpretación amplia que igualmente permita limitar las actuaciones que puedan ser desarrolladas por las sociedades mercantiles y por las fundaciones del sector público andaluz atendiendo a los requerimientos y garantías exigidos por la propia Constitución.

Y es que, como decían García de Enterría y Fernández Rodríguez, "*Un poder público (concepto material que utiliza la Constitución y que excluye cualquier camuflaje convencional autodecيدido) [...] tiene expresamente prohibida la actuación arbitraria (art. 9.3), porque tiene la obligación de promover que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos (y del grupo de ofertantes posibles de los contratos, por ejemplo) sean reales y efectivas (art. 9.2), porque les vinculan todos los derechos y libertades (art. 53.1), porque están sometidos al derecho presupuestario (art. 134.2) y a la censura del Tribunal de Cuentas (art. 136), porque manejan fondos públicos, además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados, porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad, a servir los intereses generales (art. 103.1), porque han de someterse a ciertos principios del procedimiento administrativo (art. 105) y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican (art. 106.1)*"¹⁰.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, podemos decir que por ejercicio de potestades administrativas o de autoridades públicas entendemos cualquier actividad pública que sea desarrollada desde una posición de superioridad frente a los sujetos privados.

Así, estimamos que quedan incluidas en este ámbito las potestades de policía, sancionadora, expropiatoria, recuperación de oficio, ejecución forzosa, tarifaria, tributaria, disciplinaria, de fomento y, con carácter general, el ejercicio de actividades públicas que supongan el reconocimiento o la restricción de derechos y libertades de la ciudadanía.

¹⁰ García de Enterría y Fernández Rodríguez en "*Curso de Derecho Administrativo*", cit., 7ª edición, vol. I.

4.- ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES QUE PUEDEN SER DESARROLLADAS POR LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS EN EL MARCO DE LA LEY DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

4. ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES QUE PUEDEN SER DESARROLLADAS POR LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS EN EL MARCO DE LA LEY DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Como ya hemos tenido ocasión de ver, el artículo 52 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía distingue dos tipos de entidades instrumentales de la Administración autonómica: las Agencias y las Entidades instrumentales privadas.

A su vez, clasifica estas entidades instrumentales privadas en sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz.

Seguidamente, a través de los artículos 75 a 78 de la Ley, el legislador autonómico delimita los conceptos de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, regula el régimen jurídico por el que se rigen y determina qué actividades pueden desarrollar cada una de ellas.

Por medio del presente epígrafe pretendemos realizar un análisis pormenorizado y al mismo tiempo clarificador de qué actuaciones pueden ser desarrolladas por este tipo de entes instrumentales y cuáles deben ser encomendadas a otro tipo de entidades.

Para ello, haremos un estudio individualizado para cada tipo de entidad instrumental privada.

4. 1. **Sociedades Mercantiles del Sector Público Andaluz**

El apartado segundo del artículo 75 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía prevé lo siguiente:

"2. Las sociedades mercantiles del sector público andaluz tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.

En ningún caso podrán ejercer potestades administrativas".

Como podemos observar, a través de esta disposición el legislador autonómico reconoce dos tipos de actividades que pueden ser desarrolladas por las sociedades mercantiles del sector público pero, de forma inmediata, establece dos limitaciones o condicionantes que deben ser observados para poder desarrollarlas.

Así, cabe afirmar que atendiendo al régimen previsto en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, las sociedades mercantiles del sector público únicamente pueden realizar actividades comerciales o de gestión de servicios, siempre y cuando

se cumplan los requisitos señalados, es decir, que tales actividades sean desarrolladas en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia, y que no supongan el ejercicio de potestades administrativas.

Por ello, para valorar la procedencia del desarrollo de determinadas actuaciones por parte de sociedades mercantiles del sector público, habrá que analizar lo siguiente:

- De una parte, si en el desarrollo de las actividades que integran el objeto social se ejercen o no potestades administrativas;
- De otra parte, si trata de actividades comerciales o de gestión de servicios prestadas en régimen de mercado con sometimiento efectivo al principio de la libre competencia;
- Finalmente, y aunque no se prevea de forma expresa en la Ley, si el desarrollo de tales actividades a través de sociedades mercantiles del sector público puede suponer o no la lesión de principios reconocidos a través de la Constitución.

A continuación se analizan de forma pormenorizada cada uno de estos tres condicionantes a los efectos de facilitar su comprensión y aplicación a supuestos concretos.

4. 1. 1. Ejercicio de Potestades Administrativas

Tal y como tuvimos la oportunidad de comentar en el apartado 3.2.2 anterior, el concepto de potestad administrativa empleado por el legislador en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía como limitador de las funciones que pueden ser desarrolladas por los entes instrumentales privados debe ser interpretado de forma amplia, es decir, como el desarrollo de una actuación pública desde una posición de superioridad frente a los sujetos privados.

En este sentido, no resulta admisible que las sociedades mercantiles del sector público realicen actuaciones desde una posición de superioridad material semejante a la que ocupa la Administración, ya que en ese supuesto estarían actuando como si fueran un poder público, entendido éste tal y como lo concibe nuestro Tribunal Constitucional¹¹ englobando todos aquellos entes y órganos que ejercen un poder de

¹¹ STC 35/1983, de 11 de mayo.

imperio, derivado de la soberanía del Estado, por lo que debería regirse por las normas de Derecho público¹².

O dicho de otro modo, que por parte de las sociedades mercantiles del sector público no pueden desarrollarse actuaciones que resulten exorbitantes al Derecho común.

De acuerdo con lo anterior, no podrán ejercitar potestades de policía, sancionadora, expropiatoria, recuperación de oficio, ejecución forzosa, tarifaria, tributaria, disciplinaria, de fomento y, con carácter general, cualquier otra que suponga el reconocimiento o la restricción de derechos o de libertades públicas a los ciudadanos.

En definitiva, tal y como decíamos al principio, no resultaría ajustado a Derecho el que a través de sociedades mercantiles del sector público se realizasen actuaciones ocupando una posición de supremacía o superioridad frente a sujetos privados, ya sean personas físicas, ya sean personas jurídicas.

4. 1. 2. Actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.

Como hemos indicado con anterioridad, el apartado segundo del artículo 75 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía prevé que las sociedades mercantiles del sector público andaluz tendrán por objeto realizar actividades comerciales y prestar servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.

En relación con este requisito debemos partir de que para actuar en régimen de mercado la actividad desarrollada por la sociedad debe tener un claro carácter industrial o mercantil.

Pues bien, para determinar si se está o no ante la satisfacción de necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil resulta ilustrativa, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003, dictada en el Asunto C-C-283/2000, en la que se condenó al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

En tal pronunciamiento la Comisión recordaba que el concepto de empresa pública siempre se ha distinguido del concepto de organismo de Derecho público, en la

¹² En este sentido, Rivero Ortega, R. en su obra *"Administraciones Públicas y Derecho Privado"*. Marcial Pons. Madrid. 1998.

medida en que éstos se crean para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, mientras que las empresas públicas actúan para satisfacer necesidades, también de interés general, pero con carácter industrial o mercantil.

En este sentido se indicaba lo siguiente:

"Según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b) de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia dominante [...]."

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate".

Por consiguiente, asumiendo los criterios del Tribunal y empleándolos para el análisis de lo preceptuado en el citado apartado segundo del artículo 75 de la Ley, consideramos que cuando se den las premisas señaladas en la Sentencia traída a colación (necesidades que no se satisfagan mediante la oferta de bienes y servicios, falta de competencia en el mercado, falta de ánimo de lucro como objeto principal, no asunción de riesgos derivados de la actividad, etc.) no estaremos ante la satisfacción de necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil que puedan ser prestadas en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.

Por este motivo, tales actividades no podrán ser desarrolladas a través de sociedades mercantiles del sector público.

Y ello con independencia incluso de que aquéllas supongan, en sentido estricto, la comercialización de productos o la gestión de servicios.

4. 1. 3. Garantía de principios constitucionales

Otra cuestión que no debe perderse de vista es la prohibición de que la actuación desarrollada por los entes instrumentales privados suponga una lesión de principios recogidos en el texto constitucional.

En relación con esta cuestión hay que indicar que según lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 52 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, los entes instrumentales privados, y entre ellos las sociedades mercantiles del sector público, tienen personalidad jurídica privada.

Por consiguiente, van a estar sometidos al Derecho privado en el ejercicio de su actividad.

No obstante, la Constitución española recoge una serie de principios, como el de prohibición de la arbitrariedad, el de actuación a través de procedimientos, o el de legalidad (entendida ésta como vinculación positiva, de habilitación de la actuación administrativa, mientras que en el Derecho privado actúa como límite negativo, de forma tal que es lícito todo lo que no está prohibido), que deben ser observados por la Administración Pública, con independencia de la forma jurídica que ésta adopte.

En este sentido, estimamos que el Derecho público resulta más adecuado que el Derecho privado para garantizar el cumplimiento de estos principios, reconocidos por el legislador para proteger los derechos de la ciudadanía en su relación con la Administración¹³.

Por tanto, teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que el desarrollo a través de entes instrumentales privados de actividades que a priori requerirían la observancia de tales principios, podría afectar negativamente a la protección de los derechos de los ciudadanos.

A este respecto hay que indicar, con carácter de generalidad y como doctrina sólida ya refrendada por el propio Tribunal Constitucional, que los actos que puedan emanar de la Administración con forma jurídica privada, pero que persigan una función pública, tendrán la consideración de actos emanados de un Poder público¹⁴.

Así, el citado Tribunal, en la Sentencia 35/1983, de 11 de mayo, dijo:

¹³ En este sentido, Parada, R. en su obra "*Derecho Administrativo*". Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 2000.

¹⁴ En este sentido, Montoya Martín, E. en su obra "*Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado*". Marcial Pons. Madrid, 1996.

*"La noción de "poderes públicos" que utiliza nuestra Constitución (artículos 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. Esta noción no es sin duda coincidente con la de servicio público pero lo "público" establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los "poderes públicos". Esta relación se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo. **Cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público no cabe duda de que es éste el que actúa a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente. La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del Derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución, según dispone el artículo 53.1 de ésta, y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder. Sólo un razonamiento puramente formalista, a partir de categorías dudosamente utilizables en un Estado que se define como "social y democrático de Derecho" puede calificar como simple "denuncia" lo que la Ley (artículo 25.3 de la Ley 4/1980) denomina "recurso"**¹⁵.*

Como podemos observar, en tal ocasión el Tribunal Constitucional no consideraba desajustado a nuestra Carta Magna el que entes interpuestos prestasen servicios públicos, ajustando a Derecho privado los actos empresariales que debían llevar a cabo para prestar tales servicios.

No obstante, sí exigía que se respetasen los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución cuando las funciones desarrolladas por los entes vayan dirigidas a los ciudadanos.

¹⁵ Esta misma doctrina ha sido asumida por el Tribunal Supremo a través de Sentencias como la dictada el 15 de diciembre de 1990.

Se trata pues de lograr que los ciudadanos se encuentren protegidos frente a la actuación del ente con los instrumentos que el ordenamiento ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales.

Esta consideración resulta coincidente con el criterio expresado por el Consejo Consultivo de Andalucía, entre otros, en su Dictamen 53/97, de 24 de abril, sobre constitución de empresa pública y aprobación de sus estatutos, en el que indicó lo siguiente:

"No obstante su complejidad, podría partirse de la idea de que el régimen jurídico de ambos tipos de empresas se caracteriza por su sujeción general al derecho privado, salvo en las materias que establezca la Ley. En dichas empresas la aplicación del derecho público incide fundamentalmente en el ámbito interno de su organización, régimen financiero y presupuestario, y, en lo que respecta a su actuación externa, a los denominados actos separables, así como a los adoptados en el ejercicio de la función pública que desarrolla".

En este sentido, reconoce la improcedencia de aplicar normas de Derecho privado a determinadas actuaciones llevadas a cabo a través de empresas de capital público.

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo a través de Sentencias como la de 14 de noviembre de 1995, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero, considera como ente administrativo a una sociedad mercantil municipal, por concurrir en la misma las siguientes circunstancias: "a) En tratarse de una sociedad del Ayuntamiento que se rige por sus Estatutos, normas generales administrativas y Ley de Sociedades Anónimas. b) En que su objeto social no es de lucro. c) Sus acciones son intransmisibles a persona distinta de su titular que es el Ayuntamiento. d) La Junta General es asumida por el Pleno de la Corporación Municipal. e) El Consejo de Administración, se forma entre los Concejales por elección. f) A sus reuniones asistirán obligatoriamente, el Secretario y el Interventor".

Por lo tanto, y como conclusión, cabe decir que considerando que los entes instrumentales privados se rigen por normas de Derecho común, no estimamos procedente que los mismos desarrollen actuaciones que requieran la observancia de principios reconocidos en el artículo 9.3 y en el título IV de la Constitución, ya que ello podría afectar negativamente a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

De este modo, el ejercicio de tales actuaciones debería ser desarrollado por la Administración, de forma directa, o por otros entes instrumentales que sí sometan su funcionamiento a las normas de Derecho público, pero nunca a través de entes sujetos a Derecho privado.

4. 2. Fundaciones del Sector Público Andaluz.

Además de las sociedades mercantiles del sector público, las fundaciones de dicho sector también son consideradas en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía como entidades instrumentales privadas.

No obstante, por lo que se refiere al régimen jurídico por el que las mismas deben regirse, el legislador ha optado por hacer una remisión expresa y general a la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, regulando únicamente el régimen de su personal.

En este sentido, para determinar qué funciones concretas pueden ser desarrolladas por este tipo de entidades instrumentales, resulta preciso acudir a lo ordenado a través de la referida Ley de Fundaciones.

Así, el apartado primero del artículo 57 de la referida norma dispone que *"Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos. Además, podrán realizar únicamente actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de éstas, salvo previsión legal expresa"*.

Como puede observarse tras la lectura del transcrito precepto, el legislador autonómico parte del establecimiento de dos prohibiciones para las fundaciones y, a continuación, delimita las actividades que a través de ellas se pueden desarrollar.

Por consiguiente, tenemos que las actividades que pueden ser desempeñadas por las fundaciones son, exclusivamente, aquellas que se encuentren relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras y que contribuyan a la consecución de los fines de las mismas, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de potestades administrativas ni el establecimiento de servicios públicos.

Consideramos pues que la técnica legislativa empleada en el año 2005 coincide en gran medida con la utilizada en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía para con la regulación de las sociedades mercantiles del sector público, anteriormente analizadas.

De este modo, reputamos adecuado utilizar los mismos criterios que fueron expuestos en el epígrafe dedicado a las sociedades mercantiles del sector público para determinar si una concreta actuación puede ser llevada a cabo o no a través de una fundación de dicho sector.

Así, habrá que analizar lo siguiente:

- De una parte, si la actividad en cuestión guarda relación con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, contribuyendo a la consecución de los fines de éstas;
- De otra parte, si en el desarrollo de tal actividad se ejercitan o no potestades administrativas;
- Asimismo, si el desarrollo de tal actividad comporta o no el establecimiento de servicios públicos;
- Finalmente, y aunque tampoco se prevea de forma expresa en la Ley, si el desarrollo de tal actividad a través de una fundación del sector público puede suponer o no la lesión de principios reconocidos a través de la Constitución.

Por lo que hace a la determinación de si la actuación enjuiciada supone o no el ejercicio de alguna potestad administrativa o una lesión de principios constitucionales, a los efectos de evitar innecesarias reiteraciones damos por reproducido cuanto se ha expuesto en el epígrafe dedicado a las sociedades mercantiles del sector público.

En relación con las demás cuestiones, a continuación se aborda su análisis.

4. 2. 1. Actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, contribuyendo a la consecución de los fines de éstas

Por parte del Consejo Consultivo de Andalucía ha sido analizada en un par de ocasiones¹⁶ la viabilidad de la elección de una fundación privada de iniciativa pública para el desarrollo de actividades administrativas.

En este sentido se ha pronunciado diciendo lo siguiente:

"Sin embargo, la capacidad para la constitución de fundaciones privadas de iniciativa pública no debe conducir a la errónea conclusión de que las Administraciones Públicas pueden perseguir cualesquiera fines de su competencia acudiendo a la personificación instrumental que proporcionan estos entes sujetos al Derecho Privado. Nótese que no es ésta una pura cuestión de Derecho Civil, sino que involucra principios relativos a la autoorganización y al régimen jurídico de los servicios administrativos, con notables repercusiones en diversas esferas de

¹⁶ Dictamen sobre diversas cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable a la Fundación Centro de Estudios Andaluces y Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de la Administración de la Junta de Andalucía.

regulación del Derecho Público que han sido establecidas por el legislador tanto en garantía del interés general como de los derechos de los ciudadanos.

En el sentido antes expuesto, cabe afirmar que no existe una absoluta libertad de opción cuando de gestionar competencias administrativas se trata, ni sería razonable pensar que éstas pueden ser ejercidas in toto con arreglo al principio de autonomía de la voluntad que anima la actividad de las fundaciones, en contraposición al principio de vinculación positiva a la ley que rige la actuación de las Administraciones Públicas, obligadas a servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE).

Siendo así, la constitución de "personas jurídico-privadas" para el ejercicio de competencias legalmente encomendadas a las Administraciones Públicas sólo será legítima si con ello no se violentan los límites, garantías y controles derivados del marco constitucional, estatutario y legal que deba observarse en el desarrollo de la actividad en cada caso considerada.

Así pues, una opción en favor de la institución fundacional que lleve consigo la elusión de los límites y garantías concebidos para operar sobre cualquier modelo de organización y gestión administrativa no podría reputarse legítima. Dicho de otra manera, el recurso a la personificación no puede constituir una manifestación patológica de la llamada huida del Derecho Administrativo, porque los límites y garantías no son ni pueden ser interpretados como un lastre y, consecuentemente, no pueden ser desplazados por la veste que proporciona esa forma de personificación y la proclamación que lleva aparejada de sumisión general al Derecho Privado".

Teniendo en cuenta lo anterior, no tenemos sino que compartir la opinión expresada por el Consejo Consultivo, si bien consideramos preciso concretar aún más qué funciones son las que pueden ser desarrolladas a través de fundaciones del sector público, que no supongan una vulneración de límites, de las garantías y de los controles constitucionales, estatutarios y legales.

A este respecto hay que indicar que las tres formas clásicas de actividad de la Administración son las de policía, fomento y servicio público¹⁷.

Habida cuenta que las dos primeras suponen el ejercicio de potestades administrativas y que éstas no pueden ser ejercidas por entes instrumentales privados, debemos extraer que las actividades que podrán ser desarrolladas por las

¹⁷ En este sentido, Fernández, T.R. en su obra "Notas para un Planteamiento de los Problemas Actuales de la Empresa Pública". RAP, núm. 46, 1965.

fundaciones del sector público deberán estar necesariamente relacionadas con el desarrollo de actividades de servicio público por parte de la Administración.

Este hecho, unido al deber de respetar los límites, garantías y controles antedichos, nos lleva a concluir que las actividades que podrán ser ejercidas a través de las fundaciones del sector público deben concretarse en actuaciones de gestión de servicios públicos, es decir, actividades materiales o técnicas que resulten precisas para el desarrollo de una actividad prestacional encomendada a la Administración.

4. 2. 2. Prohibición de comportar el establecimiento de servicios públicos

Este inciso contenido en el artículo 57 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de Andalucía, supone una novedad en relación con lo prevenido en el artículo 46 de la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ya que en el mismo no se contiene tal prohibición.

Superando las dificultades que presentan los términos elegidos por el legislador, así como la escasez de comentarios doctrinales sobre el alcance del precepto, consideramos que la restricción establecida en la Ley 10/2005 consiste en evitar que las fundaciones del sector público se irroguen competencias para crear u ordenar servicios públicos distintos a aquellos cuya gestión les hubiese sido encomendada en el acto de constitución.

No obstante, y habida cuenta la interpretación apuntada a lo largo del presente trabajo del concepto de potestades administrativas, debemos considerar que el establecimiento de servicios públicos por parte de una fundación del sector público no supone sino el ejercicio de tales potestades.

Por consiguiente, estamos ante una mera redundancia que no tiene mayor trascendencia jurídica en el régimen de los entes instrumentales privados.

5.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN POR PARTE DE LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN POR PARTE DE LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS

Llegados a este punto, resulta preciso abordar el análisis del régimen jurídico que resulta de aplicación al sistema de contratación de los entes instrumentales privados.

Como hemos indicado con anterioridad, son entidades dotadas de personalidad jurídica privada aunque estrechamente vinculadas a la Administración, por lo que conviene determinar si la contratación que lleven a cabo se rige por normas de Derecho privado o si, por el contrario, quedan sometidos al régimen jurídico público.

A este respecto, la Ley no contiene previsión alguna relativa al régimen de la contratación de estas entidades.

Por consiguiente, debemos acudir a otras normas del ordenamiento jurídico para poder responder a la cuestión planteada.

En este sentido, hay que traer a colación lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (B.O.J.A. número 251, de 31 de diciembre de 2003), que dispone: *"Las entidades privadas vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que tengan la condición de poder adjudicador de conformidad con las disposiciones comunitarias, se someterán a la legislación administrativa de contratos para la preparación y adjudicación de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, siempre que la cuantía de los mismos iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio"*.

Asimismo conviene tener presente lo previsto en la recién aprobada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (B.O.E. número 261, de 31 de octubre).

En este sentido, debemos indicar que según lo dispuesto en el artículo 2 de la referida Ley, *"Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3"*.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley dispone que forman parte del sector público, entre otros, *"Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100"* y *"Las fundaciones que se constituyan con una*

aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”.

De lo anterior debemos concluir que los entes instrumentales privados regulados en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía se han encontrado hasta el momento sometidos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y que en lo sucesivo deberán respetar lo que se prevé en la recién aprobada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

**6.- RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LOS ENTES
INSTRUMENTALES PRIVADOS. ORDEN
JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS**

6. RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LOS ENTES INSTRUMENTALES PRIVADOS. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Según se previene en los artículos 77 y 78.2 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, el personal al servicio de las sociedades mercantiles y de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho laboral, y su selección deberá realizarse a través de una convocatoria pública previa, atendiendo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, exceptuándose de esta regla el personal directivo de las sociedades mercantiles del sector público.

Sentado lo anterior, conviene analizar qué orden jurisdiccional resulta competente para resolver los posibles conflictos que se puedan suscitar, especialmente durante el desarrollo de procesos selectivos de personal.

A estos efectos conviene traer a colación la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo, puesta de manifiesto a través de Sentencias como la de 25 de julio de 2006 y especialmente la de 11 de abril de 2006, planteada en relación con una convocatoria y provisión de puestos de trabajo realizada por la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y sus sociedades filiales: Canal Sur Radio y Canal Sur Televisión.

En concreto, la segunda de las Sentencias fue dictada en relación con un recurso planteado por una Asociación contra un Auto de la Audiencia Nacional que estimaba la no competencia de la jurisdicción laboral en un proceso de selección de personal realizado por RTVA, por entender:

- a) que la petición deducida en la demanda –reconocimiento a los asociados de la Asociación del derecho de acceso en condiciones de igualdad a puestos de trabajo fijo de una empresa pública– se ha ejercitado en el caso "al margen de la existencia de la relación laboral";
- b) que tal derecho es "ubicable en la relación ciudadano-administración, separable de la propia relación laboral"; y
- c) que la asociación demandante ha actuado, por tanto, no como entidad empleadora sino como "como representante de los ciudadanos supuestamente preteridos por la Administración".

Por su parte, la actora en el procedimiento judicial seguido ante el Alto Tribunal mantenía que el orden jurisdiccional para resolver la controversia era el social, y ello porque el acto de convocatoria impugnado no era una disposición ni un acto administrativo, sino una decisión o acuerdo de una empresa pública actuando en

calidad de empresa o entidad empleadora; y porque el régimen jurídico de RTVA es, salvo en determinados aspectos concretos, un régimen de Derecho privado.

Considerando los posicionamientos expuestos, el Tribunal Supremo dijo:

"Es cierto que tanto la jurisprudencia de la Sala de conflictos como la de esta Sala se han inclinado en principio por asignar al orden Contencioso-Administrativo la competencia para resolver las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en organismos públicos. La razón de ello es que, como dice nuestra sentencia de 17 de julio de 1996 (RJ 1996\6111) (citada), en estos supuestos la regulación administrativa «es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección». El precepto legal en que se basa esta doctrina es el art. 19 de la Ley 30/1984 (RCL 1984\2000, 2317, 2427) («Las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad, así como el de publicidad».

*Pero, en consonancia con la propia doctrina jurisprudencial referida, **esta regla general, «que ha de aplicarse cuando se trate de Administraciones Públicas sometidas a la regulación básica que para esta materia contiene la Ley 30/1984», tiene una excepción, que es la de las empresas «con participación mayoritaria del capital público y las entidades de derecho público que por Ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado».** A este grupo, donde es de aplicación la excepción y no la regla general, pertenecen las que el art. 6 de la Ley General Presupuestaria (Real Decreto legislativo 1091/1988) ha llamado «sociedades estatales», y las que, con fórmula equivalente, el art. 53 de la Ley de Organización de la Administración General del Estado (Ley 6/1997) denomina «entidades públicas empresariales», encargadas de «la realización de actividades prestacionales». Tales entidades públicas empresariales se rigen, de acuerdo con el propio art. 53 de la Ley 6/1997 en su apartado dos, «por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria».*

*La aplicación al presente caso de las normas de excepción mencionadas no parece dudosa: 1) la entidad demandada –Empresa pública RTV de Andalucía– es una empresa pública de Comunidad Autónoma; 2) **el acuerdo de convocatoria impugnado, sin perjuicio de que se someta a unas u otras normas sustantivas o de procedimiento, es un acto de la referida empresa pública***

en cuanto entidad empleadora y no en cuanto poder público en ejercicio de potestades administrativas; y 3) la legislación autonómica andaluza no pone en duda este régimen jurídico privado de la Empresa pública demandada, sino que lo reafirma de manera expresa (art. 12 de la Ley 8/1987 del Parlamento de Andalucía)“.

Por consiguiente concluyó: *“el sometimiento al Derecho laboral («Derecho privado» del trabajo asalariado) de la prestación de servicios del personal de la entidad demandada atrae la cuestión al orden jurisdiccional social, de acuerdo con lo dispuesto en varios artículos de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563) que concurren en la regulación de este punto; a saber, el art. 1 («Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho»), el art. 2.k («Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:... sobre tutela de los derechos de libertad sindical») y el art. 181 («Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo»).*

*Así lo ha entendido esta Sala en la sentencia ya citada de 17 de julio de 1996 (RJ 1996\6111), dictada, como observa el dictamen del Ministerio Público, en un asunto muy similar al ahora planteado, en el que estaba en juego la participación en las pruebas de selección convocadas para cubrir una plaza de régimen laboral en Euskal Telebista, S.A. Lo que pretendía el actor en aquel caso, al igual que lo que pretenden en éste los representados por la asociación demandante, era participar o intervenir en un «concurso» o «proceso de selección de plaza». Y lo que resolvió la sentencia, siguiendo otra anterior de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996\3188) dictada en un asunto litigioso de la empresa pública AENA (rec. 1731/1995), es que **cuando la «normativa del ente público remite de manera exclusiva a las normas generales de Derecho privado» la competencia para conocer del litigio es de la jurisdicción social.** En la misma línea se ha pronunciado también la sentencia de 17 de mayo de 1999 (RJ 1999\6001) (rec. 1057/1998) en una reclamación de una trabajadora de la Radio Televisión de Andalucía, que en el momento de la interposición de la demanda ya se encontraba empleada al servicio de dicha empresa pública“.*

En consecuencia, atendiendo a los argumentos jurisprudenciales referidos, cabe considerar que en este ámbito concreto, la contratación de personal por parte de estas entidades instrumentales de las Administraciones Públicas constituye una actuación de las mismas en su condición de “entidad empleadora” que no se asimila a la posición que de “poder público” ejerciente de potestades administrativas.

Consiguientemente, podemos concluir que el orden jurisdiccional competente para resolver los conflictos que pudieran plantearse entre los entes instrumentales privados reconocidos en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, de una parte, y sus empleados o aquellas personas que concurran a los procesos de selección de personal, de otra, será el orden social.

No obstante lo anterior, consideramos que para poder ofrecer la máxima garantía de respeto de los principios constitucionales afectos en los procesos de contratación de personal, éstos deberían quedar sometidos, en todo momento, a un procedimiento específicamente regulado y accesible públicamente, en el que se previese, entre otras cuestiones, la posibilidad de plantear reclamaciones previas a la vía judicial ante la Dirección del ente instrumental.

Asimismo, para dotar de mayor seguridad jurídica dichos procesos de contratación de personal, entendemos que se deberían concretar, a la mayor brevedad posible, los mecanismos y criterios que deben seguirse para dar cumplimiento a los anteriormente referidos principios de publicidad de la convocatoria, igualdad, mérito y capacidad.

7.- CONCLUSIONES

7. CONCLUSIONES

Sobre la base de cuanto ha sido expuesto a lo largo del presente trabajo, entendemos que resulta factible extraer las siguientes conclusiones:

1. La Ley de la Administración de la Junta de Andalucía aborda una regulación ordenada de las entidades instrumentales de esta Administración y supone, con respecto al ordenamiento jurídico vigente hasta el momento, un avance en la concreción del régimen jurídico de aplicación a las sociedades mercantiles y a las fundaciones del sector público.

En este sentido, consideramos que a través de esta regulación se contribuye a reducir la dispersión normativa existente, se concreta la tipología de entes instrumentales de la Administración, se delimita el ámbito funcional y competencial de los mismos y se especifica el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos.

2. Asimismo, entendemos que la Ley se orienta en una dirección adecuada tendente a garantizar los derechos de la ciudadanía en sus relaciones con la Administración a través del establecimiento de limitaciones en el ámbito de actuación de los referidos entes instrumentales privados, evitando así la aplicación de normas de Derecho común a actuaciones que requieren el respeto de principios que resultan más acordes con el Derecho público.

Destacan en este sentido las prohibiciones genéricas de disponer facultades que impliquen el ejercicio de autoridad y de ejercitar potestades administrativas.

Asimismo, el establecimiento de la necesidad de que las sociedades mercantiles del sector público desarrollen su actividad en régimen de mercado, bajo el principio de la libre competencia.

3. Consideramos que es atendiendo a los límites previstos en la Ley como debe enjuiciarse si la actividad desarrollada por estos entes instrumentales resulta o no ajustada a Derecho.
4. De este modo, en el caso de las sociedades mercantiles del sector público, habrá de tenerse en cuenta que éstas únicamente van a poder realizar actividades comerciales o de gestión de servicios, y además actuando en régimen de mercado, bajo el principio de la libre competencia.

A este respecto entendemos que cuando la actividad desarrollada por la sociedad mercantil en cuestión no suponga la oferta de bienes y/o servicios, cuando no exista competencia en el mercado, cuando el ánimo de lucro no constituya el

objetivo principal, o cuando no se asuman riesgos derivados del ejercicio de la actividad, no se cumplirán los requisitos fijados en la Ley.

5. Asimismo, y en consecuencia con lo anterior, las sociedades mercantiles públicas no podrán ejercer potestades administrativas ni disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad.

En este sentido, estimamos que no resulta permitido el que este tipo de entidades instrumentales lleve a cabo actuaciones públicas desde una posición de superioridad frente a los demás sujetos privados.

Así, a nuestro juicio, no podrán ejercitar potestades de policía, sancionadora, expropiatoria, recuperación de oficio, ejecución forzosa, tarifaria, tributaria, disciplinaria, de fomento y, con carácter general, cualquier otra que suponga el reconocimiento o la restricción de derechos o de libertades públicas a los ciudadanos.

6. Idénticas limitaciones consideramos que resultan aplicables a las fundaciones del sector público, en base a lo previsto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
7. En cualquier caso, y al margen de las citadas restricciones previstas en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, consideramos que el desarrollo de actividades a través de los entes instrumentales privados de la Administración no debe suponer en ningún caso la lesión de los principios y garantías contemplados en el texto constitucional, toda vez que vinculan a la Administración, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los actos que ésta realice, ya sean de Derecho público o de Derecho privado, por cuanto que actúa "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho".
8. De este modo, y pese a que con carácter general los principios constitucionales deben ser respetados tanto por las Administraciones Públicas como por sus entes instrumentales, estimamos que el Derecho público resulta más adecuado que el privado para garantizar los derechos de los ciudadanos en su relación con la Administración, independientemente de la forma jurídica que ésta adopte.

Entendemos que ésta es la razón de ser de principios como el de prohibición de arbitrariedad o el de actuación a través de procedimientos, contenidos en el artículo 9.3 y en el Título IV de la Constitución.

Por consiguiente, partiendo de que los entes instrumentales privados de la Administración sujetan su actividad a normas de Derecho común, consideramos que no procede que a éstos le sean encomendadas actuaciones en las que pudiesen resultar afectos principios constitucionales como los referidos.

9. Por lo que respecta al régimen jurídico de la contratación llevada a cabo a través de los entes instrumentales privados, entendemos que éstos deben dar estricto cumplimiento a lo previsto en la normativa estatal sobre contratos de las Administraciones Públicas, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

De igual modo, los procesos de selección de personal deben ir precedidos de la correspondiente convocatoria pública y deben sujetarse, en todo momento, a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

No obstante, valoramos como conveniente que se concreten, a la mayor brevedad posible, los mecanismos y los criterios que deben seguirse para dar cumplimiento a estos requisitos.

10. En definitiva, cuando las Administraciones Públicas andaluzas determinen cuál es el instrumento más adecuado para lograr la más eficaz prestación del servicio, entendemos que éstas deberían valorar, en base a los criterios expuestos, la proporcionalidad e idoneidad de la opción elegida que, en todo caso, deberá garantizar la salvaguarda de los derechos que los ciudadanos tienen reconocidos en sus relaciones con el sector público.