

LECCIÓN 5

LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL Y CORPORATIVA¹

Tomas de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 5.1. *Origen evolución y estructura de la Administración instrumental.*
- 5.2. *La Administración instrumental estatal: Organismo Públicos y Agencias.*
- 5.3. *Los demás sujetos del Sector Público: Sociedades Públicas y Fundaciones.*
- 5.4. *La Administración Corporativa.*
- 5.5. *El sector público en la Ley 40/2014 de régimen jurídico del sector público.*

5.1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL²

§ 87. Lo primero que debe notarse es que la denominación de **Administración instrumental** no es propiamente una denominación legal que agrupe a todas las entidades dotadas de personalidad jurídica pública, sino que es un término que, más bien, emplea la doctrina para subrayar cómo todo ese conjunto de entidades dotadas de personalidad jurídica no es sino un conjunto de instrumentos al servicio de las distintas Administraciones de las que dependen. Puede decirse, así, que asistimos a una manipulación de la personalidad jurídica para obtener determinados efectos (menor control presupuestario, cajas separadas, más flexibilidad en el manejo del personal, mayor facilidad en algunos casos para someterse al Derecho privado, etc.). Esa manipulación de la personalidad no es algo privativo de las Administraciones públicas, pues también en el ámbito civil y mercantil la existencia de grupos de sociedades, dotadas cada una de ellas de personalidad jurídica, pero dirigidas materialmente las unas por las otras sin el menor rebozo, sobre la base de que unas tiene el 100% o la mayoría

¹ Revisado en octubre de 2015.

² Como es conocido la nueva Ley 40/2015 ha derogado la LOFAGE que rige en la actualidad toda la Administración Institucional. El hecho de que dicha Ley no entre en vigor hasta el 2 de octubre de 2016, así como también el hecho de que para la adaptación de determinados organismos en la actualidad existentes se prevea un plazo de tres años desde dicha entrada en vigor aconsejan mantener la explicación de la LOFAGE que podrá desplegar sus efectos, en el caso de que no fuera modificada o derogada, hasta el 2 de octubre de 2019.

Ello no obstante, al final de la lección se ha incluido una coda sobre el contenido, alcance y valoración general de la nueva regulación contenida en la Ley 40/2015.

del capital de las otras, ha obligado a tomar en cuenta esa realidad y recoger en el Código de Comercio el fenómeno de los grupos de sociedades ([artículo 42 CCom](#)).

Dicho eso –que subraya el término “instrumental” desde el principio enfatizando que la atribución de personalidad a todos esos entes **no quiere decir que tengan la independencia** que es propia de una persona jurídica– debe destacarse también que, hoy día, sin embargo, están apareciendo algunos entes a los que se dota de personalidad y de algunas características que tratan de hacerlos justamente independientes (Banco de España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.). De esto últimos se dice que son entidades independientes, porque efectivamente se quiere que lo sean, al menos en cierta medida. Lo llamativo es que sea necesario apostillar respecto de unos entes con personalidad el hecho de su independencia –que debía ser lo normal en toda persona jurídica– justamente porque lo habitual ha llegado a ser, al contrario, que las entidades dotadas de personalidad (que en otra época se decía que integraban la Administración institucional) no sean independientes; por ello cuando por la naturaleza de su función o por exigencias de la Unión europea, lo que se busca es la independencia se hace preciso subrayarla.

Eso mismo pone de relieve el carácter puramente instrumental de los Organismos en los demás casos, ya que la atribución de personalidad no busca su independencia sino determinados grados de autonomía administrativa o presupuestaria en su gestión, pero dentro de la jerarquía de la Administración de la que dependen.

§ 88. Administración instrumental (o si se quiere –como se decía en otros momentos de forma más aséptica y menos expresiva– Administración institucional) **ha existido desde hace mucho tiempo** en nuestro país y en los países del entorno. Como ha destacado el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR los orígenes pueden encontrarse en el siglo XIX, si bien, desde luego, a principios del XX el fenómeno se generaliza, aunque dentro de ciertos límites, que, sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX fueron ampliamente desbordados.

Las razones iniciales para la creación de una Administración institucional –o funcionalmente descentralizada– eran varias. Una de ellas la rigidez presupuestaria y el principio de unidad de caja que convenía mal al desarrollo de algunas funciones del Estado que preferían encomendarse a entes públicos dotados de personalidad y que con ello lograban sustraerse a dichas rigideces –e incluso obtener donaciones y liberalidades de los particulares para determinadas finalidades que estando atribuidas a una persona

jurídica independiente del Estado les aseguraba el correcto destino de sus donaciones para el fin pretendido, lo que no se lograba si la donación entraba en la Caja única del Estado—.

Otra razón tenía que ver, probablemente, con la atribución al Estado de algunas funciones novedosas —no olvidemos que el Estado del siglo XIX era un Estado abstencionista en el que ni se concebía su intervención en la economía salvo en casos excepcionales, ni se concebían determinadas tareas del Estado que éste se vio obligado a asumir y a sustantivar y diferenciar del resto de tareas del Estado— que tal vez por su propia novedad y su excepcionalidad no se querían incardinar en el seno de la organización tradicional de la Administración del Estado. Mediante la creación de Entidades públicas —era frecuente el nombre de Institutos o Comisiones— se quería destacar, tal vez, el carácter excepcional o no ordinario de sus funciones. Es el caso del Instituto de Reformas Sociales, el Instituto Nacional de Previsión, etc.

En esa línea pueden explicarse algunos de los primeros entes públicos, con personalidad jurídica propia, si bien posteriormente las razones van a ser otras y, entre ellas, la profundización de la intervención administrativa en la vida económica que va a dar lugar a nuevas personificaciones destacando con ellas que sus funciones no pertenecían a la concepción tradicional de un Estado abstencionista. Es la época de la Dictadura de Primo de Rivera, en los primeros años veinte del pasado siglo, en que aparecen muchos organismos con relevancia económica; incluso en el ámbito local se va a reconocer la posibilidad de municipalizar servicios organizándolos a través de la figura de la fundación pública del servicio, que no es sino la creación de personas de Derecho público para gestionar tales servicios.

Pero después de nuestra Guerra Civil y tras la Segunda Guerra Mundial la situación se agudiza, pues en un contexto de aislamiento internacional de España —por su alineamiento con la potencias perdedoras de la II Guerra Mundial y el régimen de Dictadura imperante— la autarquía económica en la que se prefirió que quedase sumido el país —antes que hacer los cambios políticos que el nuevo escenario derivado de la victoria de los aliados hubiera exigido (entre ellos la renuncia del Dictador) exigía— obligó al Estado a asumir tareas y actividades en el mundo económico que sólo tienen sentido confiándolas a entidades dotadas de personalidad jurídica independiente de la

Administración tradicional que tenía otras funciones³. Con ello se generaliza el empleo de Administraciones instrumentales hasta tal punto que se hace necesaria una Ley en 1958 (la de Entidades Estatales Autónomas, LEEA) que si, por una parte, trata de encauzar el fenómeno, por otra contribuye a su generalización.

En el último tercio del siglo XX y hasta la actualidad el fenómeno se agudiza todavía más, puesto que en muchos casos lo que se busca con la atribución de personalidad es, pura y simplemente, escapar a las exigencias del Derecho Administrativo y someterse sólo a las mucho más livianas del Derecho Civil, Laboral y Mercantil. Es el fenómeno de la «huida del Derecho administrativo» que explica la aparición de muchas de las entidades con personalidad que hoy existen.

§ 89. Para disciplinar ese fenómeno y esa multiplicidad de Entidades tras el primer esfuerzo por normalizar los Entes Autónomos en la LEEA de 1958, las Leyes presupuestarias o las generales presupuestarias, en sus diversas redacciones hasta llegar a la actual, han establecido regímenes distintos, dando lugar a una **dispersión en la regulación**.

El problema radica en que la necesidad de Ley formal para la creación de las Entidades públicas hace que si, por una parte, la propia exigencia de Ley supone una restricción a la aparición de tales entes, por otra cada norma con rango de Ley que crea un ente no puede resistir la tentación de apartarse de la regulación general contenida en otra Ley anterior (la LEEA o la Ley General Presupuestaria) que puede ser modificada por cualquier Ley posterior creadora de un nuevo organismo. De esta forma cada ente puede responder a reglas diferentes que impiden que pueda mantenerse una cierta disciplina organizativa del conjunto.

En efecto, junto a entes que responden a las líneas generales de la antigua LEEA o, en la actualidad, a las líneas de la LOFAGE, surgen otros que tienen sus propias singularidades que les apartan del régimen general de la LOFAGE –la cual ya prevé, por cierto, en sus adicionales la existencia de entes singulares– que, por cierto, pronto hubo de ser modificada para dar acogida a la figura de las Agencias que luego veremos.

Se trata ahora de examinar cómo están reguladas en la actualidad éstas Administraciones instrumentales, para lo cual es preciso referirse a la LOFAGE, desde

³ Pueden citarse entre ellas el Servicio Nacional del Trigo (SNT), Servicio Nacional de Cereales (SNC) y Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA), Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios (FORPPA), etc..

luego, pero también a la [Ley General Presupuestaria](#), aparte de a las Leyes que crean cada una de las concretas entidades públicas. Deben no obstante advertirse varias cosas. La primera es que la Administración instrumental no tiene nada que ver con la Administración corporativa que luego veremos⁴. La segunda que dicha Administración instrumental existe también en las Comunidades Autónomas por lo cual habría que referirse a la Legislación propia de cada Comunidad que en sustancia es muy semejante a la del Estado por lo que cuanto se diga para éste vale esencialmente para las Comunidades Autónomas, aún cuando existan desde luego diferencias que no son esenciales. En tercer lugar que en lo que se refiere a las Entidades Locales⁵ también existe Administración instrumental que está regulada en la [LBRL](#) y en las Leyes autonómicas de régimen local, además de en los reglamentos organizativos internos de la propia Entidad local.

Por último, debe recordarse lo que se ha dicho antes acerca de la existencia de algunas entidades dotadas de personalidad jurídica a las que no les cuadra el nombre de Administración instrumental, pues con su creación se busca precisamente dotarles de alguna tipo de independencia o autonomía y, por tanto, no pretenden ser instrumentos de nadie. A este respecto debe recordarse que el artículo 3.2 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, reitera las previsiones sobre el contenido de la independencia que se introdujeron ya en la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía sostenible, para subrayar la independencia funcional de tales Entes prohibiendo que sus órganos o su personal soliciten o reciban instrucciones⁶ de ninguna entidad pública o privada. Ese carácter independiente se enuncia y articula en las Leyes de creación de cada una de estas Administraciones,

⁴ El concepto de corporación alude aquí a un sustrato personal de individuos caracterizados de forma sectorial como abogados, médicos, comerciantes, etc. que se constituyen en Corporaciones de Derecho público para ejercer algunas funciones públicas que se les encomiendan a ellos, pero no en su condición integral de ciudadanos, sino como miembros de esos colectivos sectoriales.

⁵ También conocidas como Corporaciones locales. Pero aquí el sustrato personal son los ciudadanos y sus representantes como tales ciudadanos. No son Administraciones de un cuerpo o conjunto de personas físicas en su condición sectorial de médicos, abogados, ingenieros, comerciantes, etc., sino Administraciones integradas por representantes de una colectividad de ciudadanos como tales ciudadanos; encargadas por tanto de la gestión y dirección política y la ejecución de funciones dirigidas a la satisfacción de intereses general de esos ciudadanos (en sentido amplio) y no de intereses sectoriales de colectivos particulares.

⁶ En concreto dicho artículo 9.2 de la Ley 2/2011, ahora derogado, pero recogido en el artículo 3.2 de la Ley de creación de la CNMC disponía que «*En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada*».

como es el caso de la Comisión Nacional del Mercados y la Competencia –que absorbió en 2013 a gran parte de los organismos reguladores independientes preexistentes– de la que se establece que ni sus miembros ni su personal puede solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada⁷.

§ 90. Antes de entrar en el examen de la Administración instrumental o institucional en el ámbito del Estado que tomaremos como modelo, debe advertirse que hay un término más amplio que el de Administración instrumental que comprende a ésta y a otras entidades: es el concepto de **sector público** que comprende, en primer lugar a las Administraciones públicas territoriales (AGE, Administraciones autonómicas y locales), también a las Administraciones instrumentales, así como a los organismos independientes, a las fundaciones (personificaciones privadas y no públicas, aunque como veremos han acabado siendo reconducidas a la disciplina pública) e incluso las sociedades estatales que tienen la forma de sociedades anónimas (también, por tanto, forma privada de personificación).

En ese concepto de sector público de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria no sólo entran los entes que dependen de la Administración, independientemente de que sean entes público o privados, sino también otros entes u órganos que no dependen del Poder Ejecutivo. Prescindiendo de los órganos o Entes que no dependen del Ejecutivo, puede verse que el concepto de sector público, tal y como se define en el [arts. 2 y 3 de la Ley General Presupuestaria \(LGP\)](#)⁸, es mucho más amplio que el de Administración instrumental, especialmente al incluir también las sociedades en forma mercantil.

5.2. LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL ESTATAL: ORGANISMOS PÚBLICOS Y AGENCIAS

⁷ Paradójicamente respecto del objetivo de independencia la fusión de un buen número de organismos independientes en la CNMC provocó la destitución de todos los miembros de tales organismos sin haber cumplido los plazos de su nombramiento que suele considerarse como una de las garantías de independencia. Actualmente la Audiencia Nacional ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo sobre el ajuste de dichos ceses y de la propia creación de la nueva Comisión al Derecho de la UE.

⁸ También en el [art. 3 de la Ley de Contratos del Sector público \(LCSP\)](#) contiene su definición del concepto de sector público que va más allá de las entidades públicas.

§ 91. La LOFAGE distingue en su [artículo primero](#) entre la Administración General del Estado (AGE), por una parte, y, por otra, los **Organismos públicos** vinculados o dependientes de ella para el desarrollo de su actividad.

En esa misma descripción del ámbito de la Ley que hace el artículo 1º se subraya la vinculación o dependencia de tales Organismo públicos respecto de la AGE al decir que desarrollan actividades «*derivadas de la propia Administración General del Estado*» en calidad de «*organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta*». Por otra parte en el mismo artículo 1 se definen tales organismos como entidades de derecho público.

Con ese término de Organismo de Derecho Público y de Entidades de Derecho Público se pone de relieve una primera característica que indica que no se emplean formas privadas de personificación (sociedades anónimas, asociaciones, fundaciones, etc.) sino formas públicas de personificación. La primera gran distinción por tanto es entre entidades de Derecho Público y entidades de Derecho Privado (sociedades y fundaciones), que se distinguen por su personalidad jurídica según sea pública o privada⁹. Las primeras son las que quedan comprendidas, al menos en parte, en el ámbito de la LOFAGE de acuerdo con su artículo primero.

Pues bien, las Entidades públicas pueden, a su vez clasificarse, en Organismos Públicos a que se refiere el [Título III de la LOFAGE](#) y las demás Entidades públicas a las que se refieren otras Leyes o la propia LOFAGE en algunas de sus disposiciones adicionales, que si bien se asemejan a aquellas, presentan sus propias características y siguen un régimen jurídico propio.

Entidades de Derecho público	Organismos Públicos del Título III de la LOFAGE	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Organismos Autónomos ✓ Entidades públicas empresariales ✓ Agencias Estatales
------------------------------	---	--

⁹ Las formas privadas de personificación son aquellas que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos en cuanto tales. Todos podemos hacer una Asociación deportiva, constituir una sociedad anónima, una fundación, etc. en los términos de la legislación que regula cada una de estas formas asociativas, societarias o institucionales.



	Entidades y Organismos Públicos no comprendidos en el Título III de la LOFAGE	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Comisión Nacional de la Energía. ✓ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.. ✓ Comisión Nacional del Mercado de Valores ✓ Otras Entidades públicas de acuerdo con sus leyes de creación.
Entidades de Derecho privado	Sociedades Mercantiles	Sociedades mercantiles estatales (el Estado detenta directa o indirectamente más de 50% del capital social)
	Fundaciones de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.	Sociedades Mercantiles (el Estado tiene menos del 50% del capital)

§ 92. Los **Organismos Públicos del Título III de la LOFAGE** tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la AGE, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional (art. 3 y 41 LOFAGE).

Estas actividades las desarrollan con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como con autonomía de gestión, para lo que cuentan con las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria (art. 42 LOFAGE). En todo caso los Organismos a los que se refiere el Título III de la LOFAGE dependen de la AGE y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia a través del órgano que en cada caso se determine.

Es la **naturaleza de su objeto** lo que va a determinar el tipo de Organismo Público –que es la denominación genérica que emplea la LOFAGE para referirse a tres clases de Organismos Públicos– de que se trate: Organismos Autónomos y Agencias Estatales (éstas

últimas de creación por la [Ley 28/2006 de 18 de julio](#)) que desarrollan funciones de carácter administrativo, por una parte, y, por otra, las Entidades Públicas Empresariales, que desarrollan funciones de carácter económico.

Los dos primeros (**Organismos Autónomos y Agencias**) tienen un régimen algo parecido, por razón de su objeto, ya que desarrollan actividades estrictamente administrativas por lo que actúan sujetas al Derecho Administrativo. En concreto, los Organismos Autónomos tienen encomendados, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos¹⁰. Las Agencias Estatales no se diferencian especialmente de los Organismos Autónomos por lo que se refiere a su objeto ya que éstas se crean para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la AGE en el ámbito de sus competencias. Lo que las distingue es el régimen en el que desarrollan su actividad que está mucho más desarrollado en la Ley de Agencias y que se dispone técnicas más modernas que tratan de asegurar el correcto cumplimiento de sus fines¹¹. Uno de los aspectos más relevantes de la reciente LRJSP es que hace desaparecer a las agencias estatales invocando una supuesta escasa utilidad, dejando exclusivamente a los organismos públicos aunque luego habrá un plazo hasta el año 2019 para su adaptación. Por su parte las **Entidades Públicas Empresariales**, que es la tercera figura de Organismos Públicos, tienen encomendadas la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (art. 53 LOFAGE); es decir, desarrollan actividades de carácter económico. Por ello, aunque tienen personalidad jurídico-pública, su actividad está regida por el Derecho Privado salvo en los casos relativos a las relaciones con la Administración de la que dependen o determinados aspectos presupuestarios¹².

¹⁰ Son Organismos Autónomos, el Instituto de la Juventud, el Instituto de la Mujer, las Confederaciones Hidrográficas, el Instituto Español de Oceanografía, el Instituto de Salud Carlos III, entre otros.

¹¹ En efecto, las Agencias Estatales desarrollan funciones de dirección estratégica, evaluación y control de resultados y de la actividad de acuerdo con un Contrato de gestión, y con todas las especialidades previstas en la Ley de Agencias que se aplica preferentemente al contenido de la LOFAGE. Entre las Agencias Estatales se encuentran la Agencia Española de Cooperación Internacional, la Agencia Estatal de Meteorología, la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

¹² Entre las Entidades Públicas Empresariales se encuentra Renfe-Operadora, el Administración de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, las Autoridades Portuarias. Recientemente han abandonado esta categoría AENA y Loterías y Apuestas del Estado que se han transformado en Sociedades Estatales.

§ 93. **La creación** de todos estos Organismos públicos se hace por Ley de acuerdo con el [artículo 61 de la LOFAGE](#) que también prevé un contenido determinado para la Ley de creación –determinar el tipo de Organismo público, sus fines y el Ministerio u Organismo de adscripción, además de especificar sus recursos económicos– con el problema señalado de que la Ley de creación puede no hacer caso de la LOFAGE, pues la Ley de creación es tan Ley como la LOFAGE misma y suele caer en la tentación de establecer alguna peculiaridad.

Con la Ley de creación no se agotan todas las cuestiones de organización de cada uno de estos Organismos, puesto que hace falta que se aprueben sus estatutos; estatutos que precisan con mayor detalle la organización de los mismos y múltiples aspectos atinentes a sus funciones, patrimonio, recursos humanos, régimen presupuestario, etc. Tales estatutos se aprueban por Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros ([art. 62 de la LOFAGE](#)).

Su **extinción** se hace por Ley también, salvo en los supuestos en que el Organismo se crea por un tiempo determinado, o cuando el Organismo ha cumplido su objeto o cuando sus servicios son asumidos por la Administración del Estado o por las CCAA en cuyo caso se extinguen por Real Decreto y no por Ley.

§ 94. En cuanto a su **régimen jurídico** debe distinguirse entre Organismos Autónomos y Agencias, por un lado, y Entidades Públicas Empresariales, por otro. Los primeros se rigen por el Derecho Administrativo y los segundos por el Derecho Privado (con la excepción del ejercicio de potestades administrativas que, eventualmente puedan tener atribuidas, así como en la formación de la voluntad de sus órganos colegiados y en los casos en que así se prevea).

Para los dos primeros el régimen presupuestario, de personal, el patrimonio se hace en los mismos términos que para la Administración del Estado con algunas peculiaridades que se recogen en los [artículo 47 a 52 de la LOFAGE](#) y en la [Ley 28/2006](#), de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

A las Entidades Públicas Empresariales se les aplica el Derecho laboral en cuanto a sus empleados, pero también se les aplica la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) o la Ley General Presupuestaria (LGP) si bien con un régimen especial previsto en la misma.

Las Agencias Estatales tiene un régimen más detallado que se recoge en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos y

en la que se prevén técnicas novedosas de control y supervisión de la actuación de las agencias a través del plan de acción anual y de los contratos de gestión y el informe anual.

Todos estos Organismos Públicos actúan de forma autónoma aunque no independiente de la AGE como Administración matriz de la que dependen. Dicha vinculación o dependencia se manifiesta en el hecho de que es el titular del Ministerio al que están adscritos el que, a través del Gobierno, tiene un dominio orgánico sobre tales Organismos ya que puede promover su supresión, la modificación de su reglamento, el nombramiento y cese discrecionales del titular del máximo órgano de dirección, etc. ; pero además ejerce un dominio funcional ya que desde el Ministerio de referencia se pueden emitir instrucciones y se puede revisar su actuación a través, en su caso, de los recursos de alzada —aunque la regla es que las decisiones de los órganos directivos pongan fin a la vía administrativa a menos que se disponga lo contrario (disposición adicional decimoquinta LOFAGE) en una norma especial—, e incluso en caso de conflicto con la AGE no pueden acudir a la tutela del Poder Judicial sino que deben someterse a un mecanismo de arbitraje institucional¹³.

§ 95. Como ya se ha dicho más arriba los Organismos Públicos a los que se refiere el artículo 1 de la LOFAGE parecen ser los que se desarrollan después en el [Título III](#). Todos ellos son desde luego, como dice el artículo 1, Entidades de Derecho Público, pero **no son las únicas Entidades de Derecho Público** que existen.

En efecto la propia LOFAGE en sus disposiciones adicionales sexta y octava a undécima se refiere a diversos tipos de Entidades que se citan y que tienen un régimen especial o singular. Para empezar en la adicional décima se mencionan una serie de lo que llama Organismos Públicos¹⁴ que, sin embargo, no pueden clasificarse ni como OA, ni EPE, ni AE del [Título III de la LOFAGE](#). A pesar de ello la adicional citada los denomina Organismos Públicos, lo que da a entender que esa denominación no tiene el sentido concreto y preciso que se le da en relación con los Organismos que se mencionan en el

¹³ En efecto, en caso de conflicto entre la AGE y sus organismo éstos se resuelven por la Comisión Delegada del Gobierno para Resolución de Controversias Administrativas en los términos previstos en la [disposición adicional única de la Ley 11/2011](#), de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (que fue analizada en la Lección 2).

¹⁴ La disposición adicional décima LOFAGE menciona a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria y diversas Comisiones que actualmente se integran en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

[Título III](#) de la LOFAGE, sino un sentido más genérico y amplio. En todo caso de todas esas Entidades podemos decir que son Entidades de Derecho Público puesto que su personalidad es de Derecho Público a diferencia de las sociedades mercantiles o las fundaciones.

Lo característico de estas Entidades, mencionadas en las adicionales citadas¹⁵, es que se rigen por su propias normas de creación que tienen un régimen distinto del establecido en el [Título III de la LOFAGE](#). En algunos casos lo más notable es el **régimen de independencia o autonomía** que se pretende que tengan.

En todo caso la pretensión sistematizadora del Título III de la LOFAGE queda comprometida al constatar que hay Entidades públicas –las de las adicionales que se citan– que pueden no entrar en la clasificación tripartita del Título III.

De otro lado ese uso preciso en el Título III de la LOFAGE, junto al más impreciso de las adicionales citadas, introduce alguna confusión, ya que podemos ver empleado el término Entidades públicas refiriéndose en algunos casos a las Entidades del Título III y en otros casos a otras Entidades distintas. Lo mismo ocurre con el término Organismos Públicos que unas veces se refiere a los del Título III y otras a otros no comprendidos en tal Título.

La confusión puede surgir también en cuanto al régimen jurídico de fondo, puesto que no basta con atender a lo que dispone la LOFAGE en su Título III y ni siquiera a lo que dicen las adicionales citadas, sino que hay que atender a la Ley de creación de cada organismo o entidad que, esté o no mencionado en las adicionales, es el que determina el régimen de cada organismo si su Ley de creación le atribuye un régimen especial.

Entre esas Entidades debe citarse especialmente las llamadas Administraciones independientes o Autoridades independientes, por más que ellas no son entidades instrumentales pues justamente se trata de salvar su independencia. Entre ellas destaca la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia, creada mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en la que se fusionan los organismos independientes encargados del funcionamiento competitivo y de la regulación del mercado¹⁶. La CNMC está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo

¹⁵ En la disposición adicional octava LOFAGE trata Banco de España y de los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito; la disposición adicional novena de la LOFAGE se refiere a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del Consejo Económico y Social y del Instituto Cervantes.

¹⁶ Se trataba en concreto de la Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Competencia, Comité de Regulación Ferroviaria y Comisión Nacional del Sector Postal.

de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Su objeto es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Por lo tanto se encarga de aplicar la normativa de defensa de la competencia así como de la supervisión y control del mercado de las telecomunicaciones, del sector eléctrico y del gas natural, del mercado postal, del mercado de comunicación audiovisual de las tarifas aeroportuarias y del sector ferroviario. Su creación no estuvo exenta de polémica ya que la integración de numerosas y heterogéneas funciones de ejercicio muy complejo que estaban atribuidas a distintos organismos en uno sólo implicó una pérdida en la capacidad de intervención públicas y en la especialización, y plantea una posibilidad mayor de captura del regulador.

§ 96. Desde el punto de vista de **las CCAA** el régimen de la Administración instrumental o institucional es sustancialmente semejante, aunque cambien las denominaciones o las figuras existentes. Ante la imposibilidad de analizar todas y cada una de las 17 Comunidades Autónomas vamos a centrarnos en la Comunidad de Madrid en la cual existe una [Ley de 19 de enero de 1984 reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid](#), que ha sufrido desde 1984 numerosas modificaciones, pero que trata de ordenar la Administración Institucional –o instrumental– de la Comunidad de Madrid.

Su principal característica es la simplificación de las figuras que ofrece en su articulado. En efecto en su artículo segundo establece tres figuras:

- Los organismos autónomos.
- Los órganos de gestión sin personalidad jurídica distinta de la Comunidad y, en su caso, de los organismos autónomos.
- Las empresas públicas.

Si dejamos de lado los órganos de gestión sin personalidad jurídica —que no son propiamente Administración institucional al carecer del dato de la personalidad— puede observarse que solo existen la categoría de organismos autónomos (con personalidad jurídica pública) y las empresas públicas (que pueden tener personalidad jurídica pública o privada¹⁷) dentro de la Administración Institucional.

¹⁷ El artículo 2.2 c) de la Ley establece que son empresas públicas:

En relación con los organismos autónomos el [artículo 4](#) de la Ley prevé que pueden ser de carácter administrativo o bien de carácter comercial, industrial, financiero o análogos. Es decir que aunque no recoge la figura de la LOFAGE –ni tenían por qué hacerlo dado que ésta última es una Ley dictada para el ámbito estatal– de las Entidades Públicas Empresariales, sin embargo, dentro de la figura de los Organismos autónomos sí distingue entre varios tipos según la naturaleza de sus funciones (comerciales, industriales, financieras, etc.)¹⁸.

En cuanto a su creación también prevé el [artículo 4](#) que la misma se hará por Ley de la Asamblea. En cuanto a su régimen jurídico en materia de contratación, personal, régimen presupuestario, control, la Ley citada establece el régimen que con algunas peculiaridades se corresponde al de la LOFAGE. Debe no obstante tenerse en cuenta que en materia de contratación se aplican las normas básicas contenidas en la Ley estatal de Contratos del Sector público.

De los órganos de gestión sin personalidad jurídica no diremos mucho pues en rigor no parecen ser Administración Institucional –por no tener personalidad jurídica–, aunque no puede perderse de vista que la Ley Autonómica sí los considera parte de tal Administración Institucional –y, por tanto, forman parte de la misma dada la voluntad legislativa de que así se consideren–¹⁹. En esa posición del legislador autonómico ha pesado, sin duda, la pretensión de que actúen con una cierta autonomía de gestión. Su falta de personalidad, sin embargo, hace que desde el punto de vista de la doctrina, se haya roto con los criterios generalmente aceptados para considerar qué es la Administración Institucional.

Finalmente en cuanto a las empresas públicas de la Comunidad de Madrid debe tenerse en cuenta que, a pesar de su denominación no todas son sociedades mercantiles de capital público²⁰, ya que, además de éstas, también se encuentran Entes con

1. “Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos, entidades de derecho público y demás entes públicos.

2. Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que por naturaleza de su actividad y en virtud de Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”.

Que se califique como empresa pública una Entidad de Derecho público no llama tanto la atención; lo que llama la atención es que se denomine Administración Institucional una sociedad mercantil.

¹⁸ Así los Organismos Autónomos de la Comunidad de Madrid son muy variados como el Instituto Madrileño del Deporte, Madrid 112, el Instituto de la Vivienda de Madrid.

¹⁹ Entre estos se encuentra el Centro de Asuntos Taurinos, el Centro de Medicina Deportiva o el Museo Arqueológico de la Comunidad de Madrid.

²⁰ Entre las Empresas Públicas constituidas como Sociedades Mercantiles se encuentra Metro de Madrid, S.A., Sociedad Turmadrid, S.A., Madrid, Espacio y Congreso, S.A., Tres Cantos, S.A.

personalidad pública pero que actúan en régimen de Derecho Privado²¹ (Capítulos II y III del Título III de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid).

Administración
instrumental local

§ 97. **En el ámbito local** también existen Administraciones instrumentales de acuerdo con las previsiones de la LBRL especialmente en su [artículo 85 a 85 ter](#) que establecen las normas básicas de su creación y régimen jurídico bajo la denominación de organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales²².

En ocasiones la forma elegida es la de sociedad anónima como sociedades mercantiles locales en cuyo caso no podemos hablar propiamente de Administraciones aunque pertenezcan al sector público local.

5.3. LOS DEMÁS SUJETOS DEL SECTOR PÚBLICO: SOCIEDADES Y FUNDACIONES

§ 98. La LOFAGE en la disposición adicional duodécima se refiere a las sociedades mercantiles en mano pública que se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de las normas sobre aspectos presupuestarios, contables, de control financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) en el artículo 166 define como Sociedades mercantiles «estatales» aquellas en las que la participación de las entidades que integran el sector público estatal sea superior al 50% del capital social. Si no se da esa circunstancia –si no supera el 50%– se trata de sociedades mercantiles que están sujetas a las previsiones de la (LPAP) en los casos previstos en esta pero no se denominan sociedades mercantiles estatales.

²¹ Estos serían similares a las Entidades Públicas Empresariales a nivel estatal. Entre las Entes con personalidad pública y régimen de actuación de Derecho privado, de la Comunidad de Madrid se encuentra el Canal de Isabel II, así como los nuevos hospitales “Empresa Pública Hospital del Tajo, de Vallecas, del Sureste, etc.”

²² La Ley 57/2003 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local con el pretexto de estabilidad y sostenibilidad aprovecho para limitar y regular más detalladamente la creación por los Entes locales de éstos organismos instrumentales.

§ 99. Las sociedades mercantiles estatales se rigen por el Derecho privado, pero de acuerdo con la Ley de Patrimonio del Estado (LPAP) se rigen por esta última Ley, en los supuestos que en ella se prevén, así como por la Ley General Presupuestaria, que establece diversas obligaciones como la elaboración de un presupuesto de explotación y de capital ([art. 64 LGP](#)) o en su caso el programa de actuación plurianual ([art. 64 LGP](#)), presentación de cuentas e informes ([art. 129.3 LGP](#)), etc.

En lo que hace a la contratación las sociedades mercantiles estatales están sujetas al Derecho privado, pero no obstante ello la [Ley de Contratos del Sector público](#) las considera formando parte del sector público estatal por lo que deberán observar las prescripciones de la LCSP.

§ 100. Por lo que hace a las Comunidades Autónomas ya se ha dicho que el régimen es muy semejante aunque presentan todas algunas particularidades. En la Comunidad de Madrid debe recordarse que el nombre de Empresas públicas no se reserva a las Sociedades Mercantiles, sino que puede haber empresas públicas que adoptan la forma de una Entidad mercantil (aún actuando sometidas al Derecho privado), creándose las mismas por acuerdo del Consejo de Gobierno –y su régimen se regula en los [artículos 64 a 67 de la Ley](#) citada–, pero también puede haber empresas públicas que tienen el carácter de Entidades Públicas que se crean por Ley de la Asamblea de Madrid de acuerdo con la Ley de 19 de enero de 1984 reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

§ 101. Un capítulo aparte merecerían las Fundaciones en mano pública. Las Fundaciones del sector público son en realidad entidades que tienen una forma privada de personificación, puesto que los particulares y empresas privadas pueden también constituir fundaciones, que es una forma de personificación abierta así a los particulares, de acuerdo con el [artículo 34.1 de la Constitución](#) que reconoce el Derecho de fundación para fines de interés general. Por tanto es una forma de personificación privada de la que han abusado las Administraciones públicas tratando de huir de las exigencias del Derecho administrativo en cuanto a personal, contratación, contabilidad, presupuesto, etc.

No obstante el abuso a que dio lugar el hecho de que la [Ley 30/1994, de 24 de noviembre](#) (de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General) abriera la forma fundacional a las Administraciones

públicas, tal abuso ha querido ser corregido con disposiciones posteriores que someten a las fundaciones, al menos las estatales, a una disciplina pública.

En efecto la actual Ley de Fundaciones ([Ley 50/2002, de 26 de diciembre](#)) ha tratado de poner coto a la huida del Derecho administrativo a que daba lugar el empleo de la figura fundacional. Los [artículos 44 a 46](#) de la misma establecen un régimen jurídico para lo que llaman “*fundaciones del sector público estatal*”²³ que, por de pronto, trata de evitar, prohibiéndolo, que una persona privada como es una fundación, pueda desarrollar funciones públicas²⁴. Ello aparte de someterlas a un control de carácter público. Su creación y extinción exige acuerdo del Consejo de Ministros.

No debe perderse de vista que este nuevo régimen de las fundaciones del sector público estatal sólo se refiere al Estado, por lo que **las CCAA** deberán establecer sus propias normas si quieren evitar la huida del Derecho Administrativo mediante la creación de fundaciones con capital público; pero ello no está sucediendo. Así la Comunidad de Madrid no somete a sus fundaciones a ningún régimen particular que tenga en cuenta su dimensión pública, sin perjuicio de las escasas previsiones de la Ley 1/1998 de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (arts. 9 y 10). No obstante, la LCSP somete las fundaciones de todas las Administraciones a la disciplina de la ley cuando la aportación pública directa o indirecta de una o varias entidades integradas en el sector público supere el 50% o cuando el patrimonio fundacional esté formado por bienes o derechos aportados por tales entidades del sector público ([artículo 3.1 f\) de la LCSP](#)).

5.4. LA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

§ 102. La Administración corporativa está regulada básicamente por la [Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales](#), que ha sufrido numerosas modificaciones, la más importante y reciente por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. También ha de tenerse en cuenta la Legislación

²³ Se califican así a aquellas en que se de cualquiera de las dos siguientes condiciones:

- a. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.
- b. Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

²⁴ Ello no obstante la disposición adicional tercera deja fuera de la Ley las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica.

sobre Cámaras de comercio, Industria y Navegación, o sobre Cofradías de Pescadores o las Comunidades de usuarios del Agua y otras Corporaciones públicas que agrupan determinadas personas.

§ 103. Los Colegios profesionales son Administraciones muy particulares o si se quiere lo son a determinados efectos pero no a otros. Los Colegios profesionales agrupan obligatoriamente las personas que ejercen determinadas profesiones –abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, veterinarios, auditores, etc.– de tal forma que para ejercer la profesión correspondiente hace falta estar colegiado. [El artículo 5](#) de la Ley les atribuye una serie de funciones que tienen que ver con evitar el intrusismo, velar por el correcto ejercicio de la profesión, la ética y la dignidad profesional, etc. Entre las funciones que se les asignan, unas son de interés público y otras son de interés de sus asociados (bibliotecas, conferencias, servicios médicos, etc.). En el ejercicio de las funciones de interés general, los Colegios actúan sujetos al Derecho administrativo y sus resoluciones son impugnables ante los Tribunales del Orden contencioso-administrativo. Sin embargo en las funciones que no son de interés general sino de interés de sus colegiados, actúan sujetas al Derecho privado. Son así Corporaciones de Derecho público porque su personalidad no responde a ninguna forma privada de personificación; y el carácter corporativo se relaciona con el hecho de que el sustrato básico del Colegio son las personas que lo integran. Eso no significa, sin embargo, que todos sus actos estén sujetos al Derecho Administrativo.

De acuerdo con lo que dispone el [artículo 4 de la Ley 2/1974](#) cada Colegio se crea mediante Ley a petición de los profesionales interesados. La incorporación al colegio es obligatoria para ejercer la profesión correspondiente.

Los Colegios son un ejemplo de lo que la doctrina ha llamado la autoadministración y que no consiste en otra cosa, sino en el hecho de que las funciones públicas que habitualmente ejercen las Administraciones que conocemos, se encomiendan a los propios interesados en la creencia de que pueden ser más eficaces en algunas de las funciones que de otra modo tendría que ejercer el Estado o los demás poderes públicos.

Ello es muy claro en la persecución del intrusismo, por ejemplo, en cuanto el interés público en que no ejerza la medicina quién no es médico, coincide con el interés de los médicos en que nadie les dispute un mercado sin tener los títulos para ello. Puede

ser más dudoso en otros casos, pero en todo caso ese el modelo español y el presente en muchos otros países del mundo.

El carácter público de los Colegios no impide que realicen actos que, sin embargo, no tienen que ver con la misión pública que les encomiendan los poderes públicos, razón por la cuál todo aquello que no tienen que ver con la funciones públicas encomendadas, no es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-Administrativa, sino antes los Tribunales ordinarios.

En la actualidad, las reformas introducidas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre , tratan de evitar que los fines lógicos y plausibles de los Colegios puedan llegar a erigirse en una barrera para la competencia o para el acceso a la profesión de nuevas personas ya sea ciudadanos de otros países de la UE o de nuestro país.

Otras
Administraciones
corporativas

§ 104. Los Colegios no son las únicas Corporaciones de Derecho Público. Junto a estos destacan las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación reguladas por la Ley 4/2014, de 1 de abril. Se trata de corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen.

Hay corporaciones que presentan una naturaleza singular como es el caso de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), en cuanto Corporación de Derecho Público, de carácter social y base asociativa privada, que tiene por objeto fines de interés general a favor de sus afiliados y que desarrolla su actividad bajo la tutela y control del Estado.²⁵.

Otras Corporaciones de Derecho Público como las Cámaras de Comercio, Comunidades de Usuarios del Agua, Cofradías de Pescadores, en las que lo característico, además del dato de su personalidad publica es el sustrato personal presente en cada una de ellas que explica el nombre de Corporaciones con que se las conoce.

²⁵ Para la consecución de estos fines, la ONCE, que se instituyó y se ha consolidado como una respuesta organizada y especializada en el ámbito social como entidad prestadora de servicios sociales para la protección de sus afiliados, se financia, principalmente, a través de los recursos obtenidos en la explotación de las modalidades de juego del ámbito de la reserva de loterías establecida a su favor por la disposición adicional primera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, autorizadas por el Estado al amparo de lo previsto en la disposición adicional segunda de la mencionada Ley de Regulación del Juego y de la disposición adicional vigésima de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, modificada por la disposición adicional cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyos términos son concretados en el Acuerdo General entre el Gobierno de la Nación y la ONCE vigente en cada momento.

5.5. EL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY 40/2014 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

§ 105. La división de la Ley 30/1992 en dos Leyes distintas (la 39/2015 de Procedimiento administrativo Común y la Ley 40/2015 de Régimen jurídico del Sector público) altera la lógica de la producción de normas al cambiar algo que no necesitaba ser cambiado de una forma tan radical en cuanto a su forma, cuando lo cierto es que en el fondo nada ha cambiado sustancialmente. En realidad no hay nada nuevo de fondo en las dos Leyes. Y desde luego el modelo al que responden sigue siendo el mismo.

Preguntarse por la razón de su derogación puede resultar interesante en esas circunstancias y a ello aludiremos al final.

Sin embargo debe aclararse que la Ley vigente hasta el 2 de octubre del año 2016 es la Ley 30/1992 así como otras varias como la Ley 6/1997 Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado; la Ley 50/1997 de Gobierno y finalmente la Ley 11/2007 de acceso electrónico a los servicios públicos que han sido objeto de exposición en la presente lección y en las anteriores.

Ese sólo dato explica el porqué de explicar el Derecho vigente (la LOFAGE y la Ley 30/1992) y no el Derecho que va a ser parcialmente a partir de octubre de 2016. A ello habría que añadir que en el caso de las Agencias Estatales la entrada en vigor de la Ley nueva en 2 de octubre de 2016 no significa que desaparezcan las mismas sino que a partir de ese momento se abre un periodo de adaptación que dura hasta el 2 de octubre de 2019. Lo mismo ocurre con otros aspectos de la Ley. Por tanto el derecho vigente podrá seguir siendo el actual hasta 2019.

Por otra parte queda la interrogante de si la nueva Ley va a llegar a entrar en vigor, en parte o incluso en todo. En el debate parlamentario algún diputado de la oposición manifestó que lo único que le gustaba de la Ley nueva era el plazo de *vacatio legis*, porque podía permitir su derogación antes de que hubiera entrado en vigor. En esas condiciones apresurarse a explicarlo no parece muy conveniente, especialmente cuando hay tantas incógnitas sobre quién o quiénes podrán formar el nuevo gobierno.

§ 106. En todo caso se trata aquí de explicar en qué consiste la nueva ley. Para empezar no hay nada nuevo en cuanto al modelo mismo de los contenidos que se tratan en

una y otra Ley. Una inmensa mayoría de sus preceptos son copia literal de los actuales, aunque haya algunas modificaciones, supresiones y añadidos.

La única novedad radica por tanto en el hecho mismo de dividir en dos leyes lo que antes estaba en una sola y en añadirle preceptos que provienen de otras ya existentes o de reglamentos de otras leyes. También radica en haber incrustado en la Ley 40/2015 el contenido de la LOFAGE que antes, con todo lógica, tenía su propio texto legal independiente, puesto que en la Ley 30/1992 se estaba ejerciendo una competencia básica para todas las Administraciones públicas o un procedimiento común que no pretende agotar la capacidad de las Comunidades Autónomas de tener su propio procedimiento por razón de sus peculiaridades organizativas o de las derivadas de su competencia exclusiva sectorial en determinadas materias (urbanismo, comercio interior, etc.) que aconsejan procedimientos propios que, en todo caso deberán respetar el procedimiento común y sus principios.

La única explicación para todo ello es de una futilidad asombrosa: una supuesta distinción entre lo que afecta a las Administraciones en sus relaciones con los ciudadanos y lo que afecta a la Administración en su dimensión interna o doméstica. Parecería estar resucitando un viejo debate en la Alemania del siglo XIX sobre la distinción entre los reglamentos jurídicos y los de organización. Unos serían Derecho propiamente dicho y necesitarían un procedimiento de elaboración y otros otro muy distinto por no tener el mismo contenido jurídico.

El Consejo de Estado en sus dictámenes sobre ambos anteproyectos de Ley descubre y denuncia esa absurda razón para derogar, dividir y refundir Leyes bien conocidas, asentadas y aplicadas por todos los operadores jurídicos para darse el gustazo de poner en práctica una ocurrencia perturbadora, aunque tenga un designio oculto; desvela también las perniciosas consecuencias de esa idea²⁶.

²⁶ Dice así: *“Frente a esta situación, los anteproyectos introducen un alto grado de confusión, pues se ha optado por distribuir entre ambos las normas básicas sobre organización administrativa aplicables a todas las Administraciones Públicas y por mezclar en uno de ellos -el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público- la mayor parte de tales disposiciones básicas con la no básicas referidas a la Administración del Estado. Ambas circunstancias perturban sensiblemente el buen orden que debería presidir la regulación de este ámbito:*

a) Por una parte, el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público no incorpora -pese a lo que dice su exposición de motivos- todas las normas básicas en materia de organización administrativa, que también existen -y en buen número- en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común, con el consiguiente perjuicio para el tratamiento conjunto de esta materia.

En efecto, el capítulo I del título I del anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común se dedica a los órganos administrativos, y en el mismo se regulan, con carácter básico, la competencia de tales órganos (sección 1ª, artículos 3 a 10), los requisitos de funcionamiento de los órganos colegiados (sección 2ª, artículos 11 a 15) y la abstención y recusación de sus titulares (sección 3ª, artículo 15 a 16).

Esa división de la LRJPAC añadida a la derogación de otras que se incrustan en una u otra de las nuevas, tiene el demérito de alterar la numeración de todo el articulado, sin cambiar el modelo de fondo, que sigue siendo sustancialmente el mismo. En esas condiciones las mínimas exigencias de buena legislación exigen no derogar las normas, sino hacer las correcciones que se vayan mostrando como necesarias o añadiendo, en su caso, los artículos que se precisen (con la técnica de los bis, ter, quator, etc.). En efecto, el Derecho debe proporcionar seguridad jurídica y cuando se está ante una Ley con más de veinte años de vigencia, que ha dado lugar a una jurisprudencia y una práctica importante, su derogación y la aprobación de unas Leyes nuevas desbarata con otra numeración y ubicación de los artículos, la certidumbre y la seguridad conseguida.

Ni hay cambio de modelo, ni hay explicación de porque derogar y refundir las dos nuevas con otras distintas. La razón esgrimida para esa división es de una futilidad vergonzante. Véanse si no las críticas doctrinales que ha suscitado y muy especialmente el durísimo dictamen del Consejo de Estado a la iniciativa en su conjunto y a la mayor parte de su articulado, hasta el punto de que propone la reconsideración total del anteproyecto

La dispersión de las normas básicas sobre organización administrativa entre ambos anteproyectos dificulta una comprensión unitaria de la materia regulada. Además, algunas de las cuestiones contempladas, con carácter básico, en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común se encuentran también previstas, con el mismo carácter, en el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, dando lugar a remisiones y duplicidades injustificadas”.

Y más adelante señala: “1.2. Consecuencias de la sistemática elegida en la regulación de instituciones clave en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Gobierno

La distinción entre "organización administrativa" y "procedimiento administrativo" que inspira a los anteproyectos ha llevado a que algunas instituciones fundamentales del derecho administrativo, al no encajar con exactitud en ninguno de los términos de dicha alternativa, reciban en los anteproyectos un tratamiento que no es acorde con su naturaleza jurídica: tal sucede, por una parte, con la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, y, por otra, con la disciplina general de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”.

En el plano de las competencias afirma: “3. Competencias de los artículos 149.1.6ª y 8ª de la Constitución. La disposición final cuarta del Anteproyecto menciona, en su apartado 2, los artículos 149.1.6ª y 149.8ª de la Constitución para justificar el carácter básico de determinadas partes de su título II, concretamente de sus capítulos I y V y de los artículos 104 y 109 del capítulo VI, así como de la disposición adicional undécima. La genérica mención de estos preceptos constitucionales no puede considerarse correcta por las siguientes razones:”

O por no cansar con las innumerables críticas: “1.3. Consecuencias de la sistemática elegida en el tratamiento otorgado a materias susceptibles de un planteamiento unitario de conjunto

Los anteproyectos de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común disgregan en ocasiones, de forma inconsecuente o injustificada, la disciplina de determinadas materias que estarían mejor y más claramente reguladas en un solo cuerpo legal, bien sea en uno de tales anteproyectos -como sucede con los "órganos colegiados"-, bien sea en un texto legal independiente de éstos -tal ocurre con el "uso de medios electrónicos" en las relaciones jurídico administrativas-. Ambas materias deben examinarse por separado:”

por la gravedad de las observaciones que formula llegando aplicar a algunas la formula de que deben ser “tenidas en cuenta” por el Gobierno:

“1º) Que procede llevar a cabo una reconsideración general de la iniciativa constituida por el anteproyecto objeto de consulta y por el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en línea con las consideraciones formuladas en este dictamen así como en el dictamen 274/2015 y , en particular, valorar la opción de abordar la reforma mediante la regulación separada del régimen común de las Administraciones Públicas y demás entidades integrantes de los diferentes sectores públicos, por una parte, y del correspondiente a la Administración del Estado y al sector público estatal, por otra.

*2º) De manera subsidiaria respecto de lo dicho en el apartado anterior y para el caso de que, no obstante, V. E., junto con la Ministra de la Presidencia, decidan elevar el anteproyecto al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de Ley, previamente corresponderá **tener en cuenta** las observaciones formuladas respecto del fundamento constitucional del título VI y de los artículos 20, 26 y 41.1 (apartados III.C.4 y III.C.5 del dictamen, respectivamente), así como las relativas a los artículos 38, 75, (apartados 3 y 4) 92, 94, 132, 159.2 y 161.4 (números 8, 15.a), 19, 27, 41 y 43 del apartado IV) y considerar las restantes que se contienen en el cuerpo del presente dictamen.”*

En la materia objeto de la presente lección son muchas las cuestiones que podrían citarse. Una de las más incomprensibles es la desaparición de las Agencias a las que sin embargo se les da un plazo de 3 años, hasta octubre de 2019, para adaptarse a la nueva Ley.

La derogación de la LOFAGE para incrustar sus previsiones en la nueva Ley 40/2015 parece una falta de respeto al proceso de descentralización que obligaba a regular los aspectos básicos del régimen de las Administraciones públicas en lugar de poner el régimen particular de la AGE, ocupando una buena parte de la Ley.

§ 107. A la vista de lo anterior no parece conveniente precipitarse en la explicación de una Ley que todavía no está en vigor y que pudiera no llegar a estarlo nunca, al menos en su totalidad.

§ 108. La única explicación a dicha propuesta pudiera no responder, desde luego a exigencias jurídicas ni sociales, sino a una voluntad de dar una imagen frente a Bruselas de reforma radical de las Administraciones públicas vendiendo la idea de que se han derogado todas las Leyes que regulan la materia para alumbrar unas Administraciones radicalmente nuevas. Pero tal afirmación no resiste el más mínimo análisis cuando la inmensa mayoría

del lo preceptos permanece idéntico y con la misma redacción en las nuevas Leyes²⁷. Las modificaciones que se contienen –y algunas hay–, en el caso de estar justificadas como ocurre con algunas, no legitiman el destrozo producido: hubiera bastado con añadir o modificar la redacción de los existentes, como se ha hecho habitualmente.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS:

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Derecho Administrativo*, 2ª ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 585-640.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 2015, (estudio introductorio a la LOFAGE).

NORMATIVA DE REFERENCIA:

- Constitución Española.
- Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
- Ley 30/1992, de 24 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.
- Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

²⁷ Parecería que en los últimos meses de legislatura los cambios legislativos se han empleado más como operaciones de marketing o electorales que por razón de su necesidad. Ni el adelantamiento de los presupuestos se explica si no es por dejar en el BOE cómo España ha salido de la crisis hasta el punto de que se pueden bajar impuestos o devolver pagas a los funcionarios (aunque sea forzando las previsiones macro-económicas hasta el punto de hacer inverosímiles los objetivo de déficit y deuda según ha denunciado Bruselas) ni muchas de las Leyes tramitadas en horas veinticuatro tienen explicación alguna como es el caso de las dos que nos afectan.



Esta obra se publica bajo una licencia de [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).