

**EL SECTOR PÚBLICO
ECONÓMICO DE ÁMBITO ESTATAL:
SU RÉGIMEN JURÍDICO Y
REALIDAD ACTUAL**

**MARÍA BURZACO SAMPER
ÓSCAR SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO**
(Coordinadores)

Óscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso
Cristina Arenas Alegría
María Burzaco Samper
Antonio Jesús Alonso Timón
Pablo Poza Cisneros
Isabel Cadenas García
Enrique Sánchez Fernández
Ana Ullate Jiménez

**COLECCIÓN
DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Dykinson, S.L.

Coordinadores

María BURZACO SAMPER

*Profesora Propia Adjunta de Derecho Administrativo
Universidad Pontificia Comillas-ICADE*

Oscar SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO
Abogado del Estado



**EL SECTOR PÚBLICO
ECONÓMICO DE ÁMBITO ESTATAL:
SU RÉGIMEN JURÍDICO Y
REALIDAD ACTUAL**

Óscar SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO

Cristina ARENAS ALEGRÍA

María BURZACO SAMPER

Antonio Jesús ALONSO TIMÓN

Pablo POZA CISNEROS

Isabel CADENAS GARCÍA

Enrique SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Ana ULLATE JIMÉNEZ



Dykinson, S.L.

Índice

Presentación	19
Abreviaturas	21
Capítulo 1. Origen y evolución de la necesidad de crear entes del Sector Público bajo formas no integradas plenamente en la estructura de la Administración General del Estado	23
Óscar SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO	
I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA OBRA	23
II. BREVE APUNTE DOCTRINAL Y NORMATIVO.....	25
III. SOBRE LOS MOTIVOS DEL USO DEL DERECHO PRIVADO POR LA ADMINISTRACIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN ECONÓMICO-JURÍDICA ...	28
IV. EVOLUCIÓN DE LA PERSONIFICACIÓN PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.....	31
V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CREACIÓN Y USO DE ESTE TIPO DE ENTIDADES	42
1. Motivos a favor	43
2. Argumentos en contra	46
3. Conclusión	50
Capítulo 2. Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento actual	53
Cristina ARENAS ALEGRÍA	
I. SOCIEDADES PÚBLICAS; EMPRESAS PÚBLICAS BAJO FORMA MERCANTIL. CONCEPTO	53
II. EL PASADO DE LA EMPRESA PÚBLICA	55
III. ¿SE JUSTIFICA LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA?	59

Índice

1.	Las críticas a la Empresa Pública.....	60
	a) La falta de eficiencia de la empresa pública.....	60
	b) Una empresa sin empresario-propietario.....	62
	c) Las tentaciones de lo político.....	63
2.	En apoyo de la Empresa Pública.....	64
IV.	REGIMEN JURIDICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS BAJO FORMA DE SOCIEDAD MERCANTIL.....	66
1.	Régimen jurídico anterior a la Constitución de 1978.....	66
	1.1. Régimen presupuestario.....	68
	1.2. Régimen de contratación.....	69
2.	Régimen jurídico de la empresa pública en la Constitución de 1978.....	70
3.	Régimen jurídico de las empresas públicas tras la Constitución	72
	3.1. Régimen de contratación.....	73
	a) Contratos privados.....	80
	b) Contratos SARA	80
	3.2. Régimen presupuestario de las empresas públicas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.....	80
	3.3. La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas	82
	3.4. Algunos aspectos contables de las empresas públicas	83
V.	LA EMPRESA PÚBLICA Y LA COMPETENCIA.....	84
1.	Principio de paridad de trato de empresas pública y privada.....	86
2.	El control de concentración de empresas y monopolios co- merciales.....	90
3.	Limitación del objeto social de las empresas públicas.....	92
VI.	LA RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN LA ORDEN DE 20 DE MARZO DE 2012.....	100
Capítulo 3.	La regulación jurídica de las entidades públicas empre- sariales.....	105
	María BURZACO SAMPER	
I.	SOBRE EL CONCEPTO DE "ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL": SU CONDICIÓN DE ORGANISMO PÚBLICO Y CARÁCTERES DERIVADOS DE LA MISMA.....	106

1.	Carácter instrumental y Dependencia o vinculación a la Administración General del Estado.....	107
2.	Autonomía de gestión	109
II.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EPE.....	110
1.	Derecho Privado y Derecho Público: consideraciones generales	110
2.	El ejercicio de potestades administrativas por parte de las EPE.....	112
3.	Organización y formación de la voluntad de los órganos	115
4.	El régimen jurídico aplicable a ciertos aspectos de las EPE. Breve referencia a la contratación.....	116
III.	LAS FUNCIONES DE LAS EPE.....	118
1.	Requisitos generales, con especial mención a la relevancia de la determinación de la actividad y su relación con intereses públicos concretos.....	118
2.	Realización de actividades prestacionales	121
3.	Gestión de servicios	121
4.	Producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.....	122
5.	Dirección de otros entes por parte de las EPE y participación de éstas en sociedades mercantiles.....	123
IV.	CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS EPE	124
1.	Creación por Ley e instrumentos ligados a la conformación de la EPE.....	124
	1.1. <i>Estatutos</i>	125
	1.2. <i>Plan inicial de actuación</i>	129
2.	Modificación y refundición	130
3.	Extinción.....	131
V.	EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LAS EPE.....	132
1.	Jerarquía versus tutela.....	132
2.	Control genérico o de eficacia.....	133
3.	Controles específicos.....	133
VI.	ALGUNAS NOVEDADES INCORPORADAS POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE	133
VII.	RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DE LAS EPE	136
VIII.	COMENTARIO FINAL	138

Capítulo 4.	Las fundaciones públicas	141
	Antonio Jesús ALONSO TIMÓN	
I.	INTRODUCCIÓN	141
II.	CONCEPTO, CLASES Y RÉGIMEN VIGENTE	143
III.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.	146
1.	La Constitución española de 1978	146
2.	La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones	147
2.1.	<i>Fundaciones del Sector Público Estatal</i>	147
2.2.	<i>Forma de constitución</i>	149
2.3.	<i>Fines y beneficiarios</i>	150
2.4.	<i>Gobierno de la fundación</i>	151
A)	El Patronato	151
B)	El Protectorado	154
2.5.	<i>Patrimonio de la fundación</i>	156
2.6.	<i>Funcionamiento y actividad de la fundación</i>	157
2.7.	<i>Modificación, fusión y extinción de la fundación</i>	159
2.8.	<i>El Consejo Superior de Fundaciones</i>	161
3.	La proliferación del fenómeno fundacional en la actividad cotidiana de las Administraciones Públicas españolas y sus graves disfunciones	162
4.	El conveniente respeto al principio de transparencia en el ámbito de la gestión pública	166
IV.	CONCLUSIONES	172
Capítulo 5.	Aproximación a la actual Administración Institucional estatal	175
	Pablo POZA CISNEROS	
I.	INTRODUCCIÓN	175
II.	LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS	180
1.	Concepto y régimen jurídico	180
2.	Creación, modificación y extinción	183
3.	Los Organismos Autónomos del Sector Público Estatal	184
i)	<i>Adscritos al Ministerio de Justicia</i>	184

Índice

ii)	<i>Al Ministerio de Defensa.....</i>	184
iii)	<i>Dependientes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.....</i>	185
iv)	<i>Dependientes del Ministerio de Economía y Competitividad.....</i>	185
v)	<i>En el Ministerio del Interior.....</i>	185
vi)	<i>Al Ministerio de Fomento.....</i>	185
vii)	<i>En el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.....</i>	186
viii)	<i>Dependientes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.....</i>	186
ix)	<i>Al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.....</i>	186
x)	<i>Adscritos al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.....</i>	186
xi)	<i>Al Ministerio de la Presidencia.....</i>	187
xv)	<i>Del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.....</i>	187
III. ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.....		187
1.	Concepto y régimen jurídico.....	187
2.	Creación, modificación y extinción.....	189
3.	Las Entidades Públicas Empresariales del Sector Público Estatal.....	190
i)	<i>En el Ministerio de Economía y Competitividad.....</i>	190
ii)	<i>Adscritos al Ministerio de Fomento.....</i>	190
iii)	<i>Al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.....</i>	190
iv)	<i>Al Ministerio de Hacienda.....</i>	191
IV. LAS AGENCIAS ESTATALES.....		191
1.	Concepto y régimen jurídico.....	191
2.	Creación, modificación y extinción.....	192
3.	Las Agencias del Sector Público Estatal.....	193
V. LAS LLAMADAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES.....		194
1.	Distintas notas características de las Administraciones Independientes.....	194
2.	Las Administraciones Independientes Estatales.....	195
i)	<i>Disposición Adicional Decima de la ley 6/1997.....</i>	195
ii)	<i>Disposición Adicional Séptima y Octava.....</i>	197
iii)	<i>Disposición Adicional Novena.....</i>	197
iv)	<i>Otras Administraciones independientes.....</i>	197

VI. ENTIDADES GESTORAS Y SERVICIOS COMUNES DE LA SEGURIDAD SOCIAL	198
VII. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y PÚBLICAS	199
1. Fundaciones públicas	199
2. Fundaciones públicas sanitarias	199
3. Fundaciones del sector público estatal	201
a) <i>En el Ministerio de Fomento</i>	201
b) <i>Dentro del ámbito de la acción cultural</i>	201
c) <i>En el ámbito tecnológico</i>	201
d) <i>En el ámbito de la economía</i>	201
e) <i>Dependiendo del Ministerio de Trabajo</i>	202
f) <i>Y dependiente del Ministerio del Interior</i>	202
VIII. LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES	202
1. La sociedad mercantil estatal como integrante del sector público estatal; concepto y régimen jurídico	202
2. Creación, modificación y extinción	205
3. Las distintas sociedades mercantiles estatales	206
i) <i>Grupo Patrimonio</i>	206
a) Empresas de prestación de servicios	206
b) Empresas de inversión	206
c) Empresas de actividades culturales	206
d) Empresas instrumentales	207
e) Otras empresas	207
ii) <i>Adscritas a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)</i>	207
iii) <i>Adscritas a otros Ministerios</i>	207
a) En el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino:	207
b) Dependiente del Ministerio de Cultura:	207

Capítulo 6.	La contratación de estas entidades: coincidencias con el TRLCSF (Real Decreto Legislativo 3/2011) y con la le- gislación civil, mercantil y laboral	209
	Isabel CADENAS GARCÍA	
I.	LA CONTRATACIÓN DE ESTAS ENTIDADES: COINCIDENCIAS CON EL TRLCSF (REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011)	211
1.	Introducción	211
2.	Elementos que determinan el régimen jurídico aplicable	214
2.1.	Condición de poderes adjudicadores.....	214
A)	Entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores.....	214
B)	Entidades que no ostentan la condición de po- der adjudicador.....	217
C)	Condición o no de poderes adjudicadores de las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas em- presariales dependientes de la Administración General del Estado.....	219
C.1)	Sociedades mercantiles del Estado.....	219
C.2)	Fundaciones del sector público estatal.....	219
C.3)	Entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.....	220
2.2.	Contratos sujetos a regulación armonizada.....	221
3.	Régimen jurídico aplicable a estas entidades	222
3.1.	Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos.....	222
A)	Disposiciones generales sobre la contratación del sector público.....	222
A.1)	Necesidad e idoneidad del contrato.....	222
A.2)	Duración de los contratos.....	223
A.3)	Libertad de pactos.....	223
A.4)	Contenido del contrato.....	223
A.5)	Perfección.....	223
A.6)	Prohibición de contratación verbal.....	224
A.7)	Formalización.....	224

Índice

A.8)	Obligación de remitir información o datos de los contratos celebrados.....	224
B)	Partes en el contrato.....	224
B.1)	Órgano de contratación. Capacidad para contratar.....	224
B.2)	Condiciones de aptitud del contratista.....	225
C)	Objeto, precio y garantías.....	225
C.1)	Objeto de los contratos.....	225
C.2)	Precio.....	226
C.3)	Garantías.....	226
3.2.	<i>Preparación de los contratos</i>	226
A)	Las reglas aplicables a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 200.000 euros y a los contratos subvencionados a los que se refiere el artículo 17 del TRLCSP.....	226
B)	Las reglas aplicables a los contratos distintos de los mencionados anteriormente de cuantía superior a 50.000 euros.....	227
3.3.	<i>Adjudicación de los contratos</i>	228
A)	Las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada.....	228
B)	Las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas a la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada (artículo 191 del TRLCSP).....	229
C)	Las normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (artículo 192 del TRLCSP).....	230
3.4.	<i>Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. Modificación de los contratos</i>	231

3.5. Régimen de impugnación de actos.....	234
3.6. Arbitraje.....	236
X.IA CONTRATACIÓN DE ESTAS ENTIDADES: COINCIDENCIAS CON LA LEGISLACIÓN CIVIL.....	236
1. Efectos y cumplimiento de los contratos.....	236
1.1. Cumplimiento de los contratos.....	236
1.2. Penalties por ejecución defectuosa y por demora.....	238
1.3. Interpretación de los contratos.....	240
1.4. Cesión y subcontratación.....	241
2. Extinción.....	242
2.1. Resolución.....	242
X.IIA CONTRATACIÓN DE ESTAS ENTIDADES: COINCIDENCIAS CON LA LEGISLACIÓN MERCANTIL.....	244
1. Distinción entre los contratos civiles y los contratos mercantiles.....	244
2. Efectos, cumplimiento y extinción.....	245
2.1. Cumplimiento y efectos.....	245
XII. LA CONTRATACIÓN DE ESTAS ENTIDADES: COINCIDENCIAS CON LA LEGISLACIÓN LABORAL.....	248
1. Sociedades mercantiles estatales.....	248
1.1. Normativa aplicable.....	248
1.2. Aplicación de la legislación laboral.....	249
1.3. Aplicación de otras disposiciones.....	251
2. Fundaciones del sector público estatal.....	253
2.1. Normativa aplicable.....	253
2.2. Aplicación de la legislación laboral.....	254
2.3. Aplicación de otras disposiciones.....	254
3. Entidades públicas empresariales estatales.....	256
3.1. Normativa aplicable.....	256
3.2. Aplicación del EBEP y de la legislación laboral.....	258
3.3. Aplicación de otras disposiciones.....	259

Índice

Capítulo 7.	Actuación como parte en procesos judiciales y administrativos: asistencia jurídica y diferencias con sociedades no públicas.....	263
	Enrique SÁNCHEZ FERNÁNDEZ	
I.	JURISDICCIÓN COMPETENTE.....	263
1.	Sociedades Estatales.....	264
2.	Fundaciones estatales.....	264
3.	Entidades Públicas Empresariales.....	266
4.	Competencia del Orden Jurisdiccional Civil. Posibilidad del arbitraje.....	267
5.	Competencia de Orden Jurisdiccional Contencioso administrativo.....	269
6.	Jurisdicción competente en materia de contratación.....	273
7.	Arbitraje institucional.....	274
II.	LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.....	275
1.	Legitimación activa.....	275
2.	Legitimación pasiva.....	278
III.	POSTULACIÓN Y DEFENSA. ASISTENCIA JURÍDICA.....	281
1.	Representación y defensa por el Abogado del Estado.....	281
1.1.	<i>Representación y defensa de las Entidades Públicas Empresariales.....</i>	<i>281</i>
1.2.	<i>Representación y defensa de las sociedades estatales y fundaciones públicas.....</i>	<i>282</i>
1.3.	<i>Los convenios de asistencia jurídica.....</i>	<i>282</i>
2.	Representación y defensa en los demás casos. Remisión a las reglas generales sobre postulación y defensa.....	283
IV.	ESPECIALIDADES PROCESALES.....	283
Capítulo 8.	Régimen económico de estas entidades y su vinculación con el administrativo: presupuestos, intervención, control y vinculación del gasto.....	285
	Ana ULLATE JIMÉNEZ	
I.	PLANTEAMIENTO GENERAL.....	285
II.	RÉGIMEN ECONÓMICO DE ESTAS ENTIDADES Y SU VINCULACIÓN CON EL ADMINISTRATIVO.....	291

Índice

1.	Régimen patrimonial de las EPE y de las sociedades mercantiles estatales	295
1.1.	<i>Entidades Públicas Empresariales</i>	298
1.2.	<i>Sociedades Mercantiles Estatales</i>	299
2.	Régimen patrimonial de las fundaciones del sector público estatal	301
III.	PRESUPUESTOS, INTERVENCIÓN Y CONTROL DE ESTAS ENTIDADES. LEY 47/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, GENERAL PRESUPUESTARIA.....	304
1.	Introducción	304
2.	Régimen presupuestario	307
3.	Intervención, control y vinculación del gasto de estas entidades.....	312
3.1.	<i>Control interno ejercido por la IGAE</i>	313
A)	Función interventora: Artículos 148 a 156 LGP.....	314
B)	Control financiero permanente: artículos 157 a 161 LGP	314
C)	Auditoría Pública: artículos 162 a 175 LGP.....	315
3.2.	<i>Control externo ejercido por el Tribunal de Cuentas</i>	318
	Bibliografía	325