

La Administración Instrumental. El Objeto Social en las Sociedades Mercantiles Públicas de la Junta de Andalucía

José Manuel Fernández Luque

Instituto Andaluz de Administración Pública | Premios Blas Infante 2009



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL.
EL OBJETO SOCIAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES
PÚBLICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Trabajo galardonado con una mención especial del Premio Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en su XIII Edición, en su modalidad C, sobre “El estudio de la práctica administrativa de la Administración Pública de Andalucía, de modo que pueda contribuir a mejorar la realización de las funciones y la prestación de los servicios públicos”

**LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL.
EL OBJETO SOCIAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES
PÚBLICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

José Manuel Fernández Luque

Instituto Andaluz de Administración Pública

Sevilla - 2010

Fernández Luque, José Manuel

La Administración instrumental. El objeto social en las sociedades mercantiles públicas de la Junta de Andalucía / José Manuel Fernández Luque
Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010
186 p. ; 24 cm .- (Estudios)

Trabajo galardonado con una mención especial del Premio Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en su XIII edición, en su modalidad C.

D.L.: SE-7360-2010

ISBN: 978-84-8333-476-8

1. Institución pública 2. Empresa pública 3. Administración autonómica 4. Andalucía
I. Instituto Andaluz de Administración Pública

35.07 (460.35)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL. EL OBJETO SOCIAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

AUTOR: José Manuel Fernández Luque

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.

Impresión: Servigraf Artes Gráficas

ISBN: 978-84-8333-476-8

Depósito Legal: SE-7360-2010

A mis padres

La base de esta publicación, aunque ahora corregida y aumentada, está constituida por el estudio realizado por el autor como trabajo final del I Máster en Administración Pública, organizado por la Universidad Internacional de Andalucía, el cual mereció la calificación de *Sobresaliente cum laude* por unanimidad.

El presente trabajo incluye las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, y el Plan de Reordenación del Sector de la Junta de Andalucía, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010.

Esta edición se ha cerrado a 31 de agosto de 2010.

| ÍNDICE

I. ESBOZO GENERAL DE LA CUESTIÓN. LA ADMINISTRACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL	13
II. TIPOLOGÍA LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL. LAS AGENCIAS	23
II.1. PLANTEAMIENTO	23
II.2. TIPOLOGÍA ESTATAL	24
II.3. TIPOLOGÍA AUTONÓMICA ANDALUZA	34
II.4. TIPOLOGÍA LOCAL	41
II.5. LAS AGENCIAS PÚBLICAS	47
II.5.1. Pequeña introducción histórico-doctrinal	47
II.5.2. La normativa estatal	48
II.5.3. La normativa andaluza	54
II.6. DELIMITACIÓN DE NUESTRO ESTUDIO POSTERIOR	69
III. LAS EMPRESAS PÚBLICAS BAJO LA FORMA DE SOCIEDADES MERCANTILES, PROPIEDAD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	71
III.1. LA SOCIEDAD MERCANTIL Y LA EMPRESA. DEFINICIONES, REGULACIÓN JURÍDICA Y OBJETO SOCIAL	71

III.2. LA EMPRESA PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	80
III.2.1. Regulación constitucional y estatutaria	80
III.2.2. La empresa pública de la Junta de Andalucía	83
III.2.3. La financiación de las empresas públicas de la Junta de Andalucía ...	87
III.2.4. Las encomiendas de gestión	89
III.2.5. El presupuesto de las empresas públicas de la Junta de Andalucía ...	97
III.2.6. El control financiero y la contabilidad de las empresas públicas de la Junta de Andalucía	98
IV. EL OBJETO SOCIAL DE LA EMPRESA PÚBLICA, CON REFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDALUZ	103
IV.1. LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DEL OBJETO DE LA EMPRESA PÚBLICA SOCIEDAD MERCANTIL	103
IV.2. EL OBJETO SOCIAL ESTÁ RECOGIDO EN NORMAS DE DERECHO PÚBLICO	104
IV.3. ESPECIALES CONNOTACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE CERTIDUMBRE Y LICITUD DEL OBJETO SOCIAL	105
IV.4. AMPLIACIÓN <i>DE IURE</i> Y <i>DE FACTO</i> DEL OBJETO SOCIAL	108
IV.5. EL EJERCICIO DEL OBJETO SOCIAL POR PARTE DE LA EMPRESA PÚBLICA COMO MEDIO PROPIO DE LA ADMINISTRACIÓN	112
IV.6. EL OBJETO SOCIAL DE LA EMPRESA PÚBLICA PUEDE CONFLUIR CON ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LOS PRIVADOS	116
IV.7. EL OBJETO SOCIAL NO PUEDE INCLUIR EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS	119
IV.8. LA PROBLEMÁTICA DEL ÁNIMO DE LUCRO EN EL ÁMBITO DE ESTAS SOCIEDADES. LA RENTABILIDAD SOCIAL DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA	122
V. LAS EMPRESAS PÚBLICAS ANDALUZAS QUE ADOPTAN LA FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y EN LAS QUE LA JUNTA DE ANDALUCÍA ES ÚNICA ACCIONISTA. ASPECTOS BÁSICOS ...	127
V.1. AGENCIA ANDALUZA DE PROMOCIÓN EXTERIOR, S.A. (EXTENDA)	128

V.2. EMPRESA ANDALUZA DE GESTIÓN DE INSTALACIONES Y TURISMO JUVENIL, S.A. (INTURJOVEN, S.A.)	129
V.3. EMPRESA PÚBLICA DE DEPORTE ANDALUZ, S.A. (EPDASA)	130
V.4. EMPRESA PÚBLICA PARA EL DESARROLLO AGRARIO Y PESQUERO DE ANDALUCÍA, S.A. (DAP O DAPSA)	131
V.5. ESCUELA ANDALUZA DE SALUD PÚBLICA, S.A. (EASP)	135
V.6. GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE ANDALUCÍA, S.A. (GIASA) ..	136
V.7. TURISMO ANDALUZ, S.A. (TURASA)	137
V.8. EMPRESA DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.A. (EGMASA)	138
VI. CONCLUSIONES	141
VII. BREVE ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ DE JULIO DE 2010	151
VIII. CUADRO COMPRENSIVO DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	165
VIII.1. CON ANTERIORIDAD AL DECRETO-LEY 5/2010, Y AL PLAN DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	166
VIII.2. CON POSTERIORIDAD AL DECRETO-LEY 5/2010, Y AL PLAN DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	171
IX. BIBLIOGRAFÍA	177
X. ANEXO: ACUERDO DE 27 DE JULIO DE 2010, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	181

I | ESBOZO GENERAL DE LA CUESTIÓN. LA ADMINISTRACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL

Todas las organizaciones de poder público que han existido a lo largo de la Historia han necesitado de una estructura más o menos institucional que lleve a cabo la labor de *administrar*. Durante siglos, prácticamente cualquier manifestación externa de las funciones del poder político se identificó con el concepto “administrar”. De esta manera, la defensa de la tribu, la impartición de justicia en el clan o la exigencia de tributos por parte del señor feudal son ejemplos de esa labor poliédrica que podría definirse como administrar.

Con el advenimiento del Estado moderno tal como hoy lo entendemos, la labor de administrar queda inserta dentro del poder ejecutivo, lo que llevará a buena parte de la doctrina a identificarla con éste definiéndola de manera negativa en relación con el resto de poderes del Estado, de forma que administrar pasa a ser toda actuación del Estado distinta de legislar y enjuiciar.

Aun así, estos conceptos habrían de aquilatarse con el tiempo. La labor de *gobernar* –parte esencial de las tareas propias del poder ejecutivo– queda asignada al Gobierno, mientras que la de administrar se asigna a una estructura pública encargada de esta función, denominada Administración. Gobierno y Administración no pueden, pues, ser identificados sin más, de forma que tradicionalmente se ha dicho que la actividad administrativa se ocupa de los asuntos corrientes de los ciudadanos, del servicio público diario, mientras que para el Gobierno se reservan las grandes decisiones nacionales, las cuestiones extraordinarias.

El Gobierno dirige la Administración, ejerciendo sobre ella las tareas de impulso y dirección política, pero no forma propiamente parte de ella. Eventualmente el Gobierno tomará decisiones administrativas¹, pero no es estrictamente Administración² o, al menos, puede establecerse una clara diferenciación entre el órgano colegiado denominado Gobierno (quizás podríamos hablar de Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno) y la estructura administrativa prestadora de servicios públicos a la colectividad. El nexo de unión de ambos es la figura mixta político-administrativa del Ministro –Consejero en el ámbito de las Comunidades Autónomas–, que al mismo tiempo forma parte del Gobierno y dirige un departamento administrativo (Ministerio o Consejería)³.

La Administración es única para cada entidad política de carácter territorial⁴, estando dotada con una personalidad jurídica única que le permite ser sujeto de derechos y obligaciones con el fin de llevar a cabo las diferentes actividades públicas que le son encomendadas. En consecuencia, la actividad de la Administración provoca un entramado de relaciones jurídico-públicas entre ésta y los ciudadanos u otras Administraciones. Puesto que el reclutamiento de las personas que forman parte de la organización administrativa está basado generalmente en principios de mérito, no interviniendo la elección de los ciudadanos⁵, la Administración

¹ Así, a modo de ejemplo, citaremos las autorizaciones del Consejo de Ministros recogidas en el artículo 292 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

² Como se desprende de la actual regulación normativa de la organización y el funcionamiento de la Administración Pública española. La distinción entre Gobierno y Administración se recoge expresamente en el artículo 2.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE): *La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la ley y al derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo.*

³ La misma LOFAGE señala a los Ministros como los órganos superiores de la organización central de la Administración General del Estado (artículo 6.2). En el ámbito del funcionamiento administrativo citaremos el artículo 109 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *Ponen fin a la vía administrativa:... c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico (lo que se predica del Ministro o Consejero), salvo que una Ley establezca lo contrario.*

⁴ Surge la discusión –que aquí pretendemos simplemente apuntar– sobre la naturaleza jurídica de las Corporaciones locales, esto es, si se configuran como auténticas entidades políticas o bien son únicamente organizaciones administrativas públicas muy cualificadas en tanto que su misión es gestionar (aunque con plena autonomía, como señala el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 en su artículo 91) los servicios más cercanos al ciudadano. Los actuales vientos políticos soplan en la dirección de aumentar su consideración como entidades políticas, dotadas de una autonomía propia revestida de un especial calado, a fin de dar al ciudadano las prestaciones inmediatas que éste requiere.

⁵ Para determinados autores, esta realidad lleva a concluir que la Administración carece en sí misma de una legitimidad democrática, extremo éste que no parece poder sostenerse ante el reconocimiento expreso que aquélla recibe en el artículo 103 CE. El carácter democrático de la elección de los altos cargos públicos se discute profusamente incluso en el seno de las Administraciones, ya que los Ministros o Consejeros son

justifica su razón de ser en dos puntales fundamentales que son, a su vez, sus principales obligaciones: por un lado, la intervención de la Administración debe tender siempre a la consecución del interés público mediante el servicio a los ciudadanos⁶ y, por otro, dicha actuación debe estar escrupulosamente sometida al más estricto principio de legalidad⁷.

En cuanto a la primera de ambas afirmaciones, bastará con citar a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ cuando señalan: *La Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad –que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad–, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio a la comunidad a la que está ordenada*⁸.

En relación con la sumisión de la Administración al Derecho y principalmente al Derecho Administrativo, diremos que ésta se encuentra necesariamente sujeta a la Constitución, a la ley y al derecho en una aplicación del principio de legalidad distinta a aquella a la que estamos sometidos el común de los ciudadanos⁹. De

elegidos por el Presidente (investido por el Parlamento, instancia elegida directamente por los ciudadanos) y el resto de órganos superiores y directivos son designados por el propio Gobierno, lo que les confiere una legitimidad indirecta más difusa. Se llega a afirmar incluso que los mandos administrativos intermedios (directores de centro, jefes de servicio, etc.) gozan de cierto grado de legitimidad, ya que son nombrados por los órganos superiores o directivos de la Administración. Del resto de empleados públicos, en cuanto seleccionados mediante procesos de selección y ascenso regidos por los principios de mérito y capacidad, no puede predicarse ninguna legitimidad democrática en su elección sino únicamente el carácter profesional del desempeño de sus funciones. Más cercana es esa legitimidad en el ámbito de los Ayuntamientos, en los que el Alcalde y los Concejales son órganos administrativos y están directamente elegidos por los ciudadanos. La Ciencia de la Administración, más liberada de las ataduras jurídicas por su carácter multidisciplinar, ha puesto de manifiesto la importancia para la organización pública de la existencia de *híbridos puros*, altos funcionarios nombrados para puestos políticos, en los que se conjugan el conocimiento de la legalidad administrativa con una legitimidad democrática más o menos directa.

⁶ Entendido el término “servicio” en el sentido más amplio del término, esto es, como cualquier actuación que genera un beneficio general a la colectividad, lo que incluiría no sólo la función pública tradicional de servicio, sino también las clásicas de policía y fomento.

⁷ Estos dos pilares que justifican la existencia de la Administración se constitucionalizan en el artículo 103.1 CE, junto con una serie de principios de organización y funcionamiento administrativos.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: “Curso de Derecho Administrativo, vol. 1”, 13ª edición, Cívitas, Madrid, 2004, p. 26.

⁹ Posiblemente en esta sumisión radical al principio de legalidad justifica su legitimación democrática la Administración Pública. En este sentido, hacemos nuestras las palabras del Profesor JAVIER PÉREZ ROYO en el artículo de opinión titulado *Poder sin responsabilidad*, que escribió en el Diario EL PAÍS el día 30 de

esta manera, mientras que el Derecho dibuja un contorno de deberes y obligaciones para los particulares, fuera del cual comienza el ámbito de libertad personal, la Administración tiene delimitado su perímetro de actuación por la legislación vigente, de forma que sólo podrá llevar a cabo aquello para lo que la norma le habilite. El Derecho, pues, se constituye no sólo en límite del poder público sino en presupuesto necesario para la actuación de la Administración. Este principio, propio de las democracias constitucionales de nuestro entorno, se ha denominado por la doctrina *vinculación positiva de la Administración* o *positive bindung* (en la terminología alemana). El corolario necesario de esta vinculación positiva es el control de los tribunales sobre la completa actividad administrativa, sin excepción¹⁰. No obstante, una importante parte de la doctrina (BELTRÁN DE FELIPE) ha desarrollado la denominada teoría del “hueco normativo”, según la cual la discrecionalidad de la Administración es un ámbito propio de ésta que la Constitución institucionaliza y en la que los tribunales no pueden entrar. Esta afirmación no implica que existan decisiones administrativas que escapen del control judicial sino que, a la hora de decidir sobre la legalidad de una resolución discrecional, el juez no puede ocupar *el hueco normativo*, o sea no puede sustituir la voluntad de la Administración, que ha de ser objetiva (*ex* artículo 9.3 CE) pero no deja de ser relativa, para considerar otra combinación de intereses que, según el juzgador, se ajustara mejor al interés general¹¹.

noviembre de 2007, en referencia al Poder Judicial pero que, salvando las distancias, puede entenderse igualmente aplicable a la Administración Pública: *El legislativo y el ejecutivo, están legitimados por la elección por parte de los ciudadanos, directamente el poder legislativo e indirectamente el poder ejecutivo, a través de la investidura del presidente del gobierno por el Congreso de los Diputados. En ambos casos se trata de una legitimación visible. La del poder judicial (de la Administración) es una legitimación invisible. Los ciudadanos no legitimamos con nuestro derecho de sufragio a los jueces (empleados públicos). De ahí que la Constitución exija que los jueces (empleados públicos) hagan visible su legitimidad en cada una de sus actuaciones en el ejercicio de la función jurisdiccional. Los jueces (empleados públicos) tienen que motivar siempre (art. 120 de la Constitución) sus decisiones, es decir, tienen que hacer visible qué interpretación de la ley es la que está detrás de cada uno de sus pasos. El juez (empleado público) tiene que acreditar en cada una de sus decisiones que lo que hay detrás de ella es la voluntad general y no su voluntad particular. Si no es capaz de justificar que hay una interpretación de la voluntad general, de la ley, detrás de sus decisiones, está cometiendo el delito de prevaricación, que no es nada más que una ruptura por parte del poder judicial (de la Administración) de la cadena de legitimación democrática del Estado.*

¹⁰ Ese control judicial omnicompreensivo de la actividad administrativa se recoge en el artículo 106.1 CE, en el que se habilita a los tribunales a juzgar tanto la legalidad de la actuación administrativa como el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican. Incluso de los actos tradicionalmente denominados “políticos” (entendidos por los dictados por las altas instancias gubernamentales en el ejercicio de las funciones ejecutivas) se predica, tras la Constitución de 1978, su carácter revisable y controlable, pues, por los Tribunales, siquiera sea en sus aspectos procedimentales y de ajuste a la legalidad constitucional.

¹¹ Ni que decir tiene que esta teoría ha sido desautorizada por GARCÍA DE ENTERRÍA, situado en posturas mucho más formalistas. Para un resumen de esta controversia, ver PORRAS NADALES, A. y ZAFRA VÍCTOR, M.: “El marco jurídico institucional de la acción pública”, pp. 44 a 46.

Fijadas, pues, las premisas básicas de la razón de ser y funcionar de la Administración territorial, habremos de dar un paso más y comenzar a reducir nuestro objeto de trabajo, para centrarnos en la Administración institucional o instrumental. Bajo este concepto se integran un amplio abanico de formas jurídicas diferenciadas, con personalidad jurídica propia, cuyas principales características son la dependencia con respecto a la Administración territorial a la que pertenecen y la instrumentalidad en relación con los fines y objetivos que tengan específicamente asignados. Así las cosas, los orígenes remotos de este tipo de figuras se encuentran para los autores en las antiguas explotaciones y manufacturas reales del siglo XVIII, para ampliar su establecimiento posteriormente al campo de las comunicaciones y correos. De un primer objetivo fiscal y económico, este tipo de establecimientos fueron siendo utilizados, durante el siglo XIX, para la prestación de servicios públicos¹². La intervención creciente del Estado, durante el siglo XX, tanto en el área económica como en la prestación de servicios supuso también la proliferación y desarrollo de estos entes diferenciados. Con ello el diseño de la labor de estos entes instrumentales fue haciéndose cada vez más complejo, por lo que puede decirse, siguiendo a GARRIDO FALLA¹³, que una descentralización por servicios fue abriendo paso, a partir de mediados del siglo XX, a la denominada descentralización funcional. Para GARRIDO FALLA, *la función pública, en efecto, representa fundamentalmente el ejercicio de potestades públicas, entendidas como esferas de la específica capacidad del Estado o de otras Administraciones Públicas; el servicio público, en cambio, representa actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para la satisfacción de específicas necesidades. En consecuencia, la función hace referencia a una actividad de tipo más abstracto que el servicio y, cabalmente por eso, la función descentralizada encarna a un tipo de entidad también de competencias más abstractas, vinculadas a la elaboración de una determinada política estatal (o Comunidad Autónoma). El servicio descentralizado, en cambio, se concreta en un establecimiento público que mantiene relaciones directas de prestación con los usuarios de ese servicio –es decir, con los particulares– sin estar necesariamente implicados en la elaboración de la política correspondiente a esa acción pública.*

¹² MONTOYA MARTÍN destaca la *Kommunalwirtschaft* o industria local, desarrollada en Alemania a partir de 1870, y que significó el comienzo de la implantación de una red de servicio público municipal en sectores como gas, electricidad, agua, basuras, hospitales, mataderos, tranvías o instituciones financieras. Este sector público municipal surge mediante la municipalización de empresas privadas y por el rescate de concesiones pre-existentes. En MONTOYA MARTÍN, E.: "Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado", Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 82.

¹³ En la Ponencia ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, dentro de la obra colectiva PÉREZ MORENO, A. (Coord.) y VV.AA.: "Administración instrumental-Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo", 2 volúmenes, Civitas, Madrid, 1994, pp. 27 a 45 (vol. 1).

La justificación de la personificación de la función o servicio viene dada, desde el punto de vista de las políticas públicas, en la necesidad de singularizar determinadas funciones públicas de especial importancia y/o dotar de ágiles mecanismos a la prestación de determinados servicios públicos, librándolos así de los alambicados procedimientos de la pesada maquinaria de la Administración tradicional¹⁴. Para hacer efectivo este nuevo estilo de administrar, buena parte de los entes diferenciados que se crean bajo el paraguas de la Administración institucional van a regir sus relaciones con terceros en todo o en parte por el Derecho privado (civil y mercantil) y a proveerse de personal obviando los requisitos propios del acceso a la función pública y estableciendo sus relaciones laborales con base en el Derecho del Trabajo, menos formalista y garantista.

Obviamente, la doctrina más administrativista –aunque también la mayoritaria– ha sido muy crítica con este proceso en tanto estos autores consideran que conlleva una significativa reducción de garantías para el ciudadano en su relación con el poder público. De hecho, a todo este fenómeno de corrimiento hacia lo privado se le ha venido a denominar por este sector como la “huida del derecho administrativo”, para expresar el abandono de los regímenes legales públicos para proceder a la aplicación de fórmulas semi-públicas o puramente privadas en amplios sectores de la Administración institucional. De hecho, el concepto acuñado implica,

¹⁴ En el discurso de la clase política se repite constantemente esta justificación para la creación de nuevos organismos públicos diferenciados de la Administración matriz. Recogemos aquí algunos de los pasajes de la intervención que el que ha sido Ministro para las Administraciones Públicas y Comisario Europeo de Asuntos Económicos y Monetarios, José Joaquín Almunia Amman, pronunció en la Universidad Autónoma de Barcelona el día 5 de noviembre de 1991 y que encontramos en su día (ya no existe) en www.blues.uab.es/mgp/papers/almunia.html: *El modelo de burocracia weberiana no es capaz de proporcionar los resultados apetecidos cuando, además de respetar y hacer respetar las leyes, reconocer derechos, poner multas y aprobar o denegar autorizaciones, hay que administrar colegios y hospitales, invertir cantidades ingentes de dinero en infraestructuras, fomentar la actividad productiva y la investigación, pagar prestaciones económicas a millones de ciudadanos todos los meses y confeccionar la nómina de uno de cada cinco asalariados. Las Administraciones Públicas de los Estados del Bienestar de finales del siglo XX no pueden seguir rigiéndose en su funcionamiento según el modelo creado para servir las necesidades de los Estados liberales de finales del XIX y principios del siglo actual. La Administración, sin embargo, a la hora de acometer la realización de las múltiples tareas que se le encomiendan no cuenta aún con una doctrina y un bagaje de ideas distintas a las de la cultura jurídica y procedimentalista propia de lo que el Profesor BARZELAY denomina el “paradigma burocrático”, siendo éste incapaz de satisfacer los requerimientos de eficacia y eficiencia que debe cubrir la Administración prestadora de servicios... Algunas áreas de actuación de la Administración española, y en esto no hacemos sino avanzar por el mismo sendero que las Administraciones de la mayoría de los países europeos vecinos, han tratado de suplir la inexistencia de una cultura de gestión, y de los instrumentos y demás condiciones que la hagan posible, con lo que se ha venido a denominar la “huida del derecho administrativo”. Utilizando las posibilidades que, en nuestro ordenamiento, abre el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria, a lo largo de los años ochenta toda una serie de actividades que venían siendo prestadas desde la estructura central de los Ministerios, o desde los Organismos Autónomos en régimen de derecho administrativo, u otras nuevas que se han emprendido por vez primera a lo largo de estos años por el sector público, han pasado a ser gestionadas en régimen de derecho privado, sea bajo la figura jurídica de Ente Público en sus diversas variedades, sea bajo la forma de Empresa Pública. Sin duda, estos comentarios no dejan de estar de rabiosa actualidad a pesar del paso del tiempo, ya que las razones dadas años después para la creación de las Agencias estatales parecen reproducir los mismos conceptos de colapso de la Administración y burocracia administrativa excesiva, contrapuestos con los de nuevas formas de gestión y eficiencia conseguida a través de la implantación de novedosas figuras de organización pública.*

sin duda, connotaciones peyorativas¹⁵ de escape intencionado de los controles publicados legalmente para utilizar fórmulas propias de las relaciones jurídico-privadas en los que prima la autonomía de la voluntad de las partes.

Sin embargo, los convencidos impulsores de estas entidades con personalidad jurídica propia consideran que los principios tradicionales del Derecho Administrativo se amoldan mal al tamaño y nivel de servicios de una Administración moderna, de forma que, incluso en el ámbito de la Administración General, la actividad no administrativa de los entes públicos ha sido puesta de manifiesto desde hace ya tiempo, al igual que el ejercicio de funciones administrativas mediante fórmulas de Derecho privado. La creación de entes instrumentales se basa, para estos autores, en la necesidad de prestar determinados servicios públicos con una estructura especializada en su personal, procedimientos y medios, con una mayor flexibilidad en el ámbito financiero y organizativo. Además, y principalmente, se argumenta que puede existir efectivamente una huida del Derecho Administrativo, pero en absoluto ello implica un abandono del Derecho. Se trata de un modelo de normativa diferente al clásico: así, frente al tradicional *autonomous law*, considerado como una creación positivista ajena a su entorno social, se acuña la idea de *responsive law*¹⁶. Este nuevo Derecho Público nace con la vocación de dar respuesta a las necesidades y demandas sociales sobre la base de una cercanía y un conocimiento de la realidad, creando en muchos casos un nuevo diseño institucional, con innovadores instrumentos públicos o semi-públicos¹⁷ relativamente autónomos, destinados a gestionar servicios o canalizar prestaciones.

Como reacción a la generalización y posiblemente excesivo alcance de esa huida del Derecho Administrativo, se han producido movimientos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales de lo que podríamos llamar la “persecución del Derecho Administrativo”, esto es, una serie de actuaciones que han pretendido ampliar el ámbito de acción de éste en busca de aquellas zonas de lo público que habían quedado fuera de su alcance. Posiblemente el sector de la actividad administrativa donde más ha incidido esta “persecución” es el de la contratación administrativa. Como ejemplo principal, puede citarse la evolución en los

¹⁵ GARRIDO FALLA llega a hablar de *apostasía del Derecho Administrativo*, al que los impulsores de las fórmulas privatistas han pretendido enfrentar a la idea de eficacia. De esta expresión puede inferirse que, posiblemente sin pretenderlo, el autor otorga al Derecho Administrativo la categoría de *religión* de la que se puede apostatar.

¹⁶ PORRAS NADALES, A. y ZAFRA VÍCTOR, M., *op. cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁷ Denominados genéricamente QUANGOS, *quasi non governmental organizations*.

últimos años de los conceptos de “poder adjudicador” y “organismo de Derecho Público”, modulados judicialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸ y actualmente definidos en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios¹⁹:

Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho Público.

Es considerado “organismo de Derecho Público” cualquier organismo:

- a) Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*
- b) Dotado de personalidad jurídica.*
- c) Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público.*

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho Público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

¹⁸ A partir de la Sentencia del TJCE (TJUE) de 20 de septiembre de 1988, en el caso *Gebrolders Beentjes, BV c. Países Bajos*, en interpretación de la Directiva 71/305 del Consejo. Con la interpretación derivada de esta jurisprudencia, el concepto Estado ha de entenderse de un modo funcional o material, de modo que un organismo de Derecho Público no es sino una manifestación del Estado en su actividad pública de servicio, más allá de la existencia de personalidad jurídica diferenciada del ente instrumental.

¹⁹ En el ámbito estatal, este precepto ha sido transpuesto mediante la actual redacción del artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En el terreno doctrinal, cabe señalar el esfuerzo de autores, como RAZQUÍN LIZARRAGA²⁰ u ORTIZ VAAMONDE²¹, para importar instituciones jurídicas del Derecho privado como el “levantamiento del velo de las personas jurídicas”. Es ésta una tesis surgida también para el ámbito de la contratación administrativa, partiendo de la base de la jurisprudencia comunitaria antes reseñada y que podemos resumir en palabras de ORTIZ –pocas pero certeras– diciendo que *los terceros que fundamentalmente pueden verse perjudicados por la actuación de la Administración a través de entidades instrumentales son, por un lado, los acreedores de la entidad instrumental; por otro los que, en sus relaciones con la Administración, ven mermados sus derechos y garantías como consecuencia de la inaplicación del Derecho Administrativo. El levantamiento del velo de la entidad instrumental a instancia del acreedor determina la responsabilidad subsidiaria de la Administración matriz por deudas de aquélla. Sin embargo, el levantamiento del velo no permite reconducir toda la actuación materialmente administrativa al Derecho Administrativo. Ya que es una técnica que sólo se concibe para la protección de terceros, no puede solventar los eventuales perjuicios que sufra el interés público de la Administración a raíz de la inaplicación del Derecho Administrativo (la Administración no es un tercero respecto de la unidad material que de hecho forma con su entidad instrumental).*

De todas maneras, este movimiento pendular de “huida” y “persecución” ha puesto de manifiesto la crisis del sistema y la necesidad de transformación del Derecho aplicable a la Administración instrumental, a fin de adaptarse a las nuevas circunstancias sin menoscabar los derechos de los ciudadanos a la hora de acceder a las funciones y servicios públicos. Buenos ejemplos de ello son la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, y la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía²², en las que se intentan importar a nuestro ordenamiento –tanto estatal como autonómico– las *agencias* británicas, entidades en las que prima el compromiso con los resultados mediante la búsqueda de la consecución de los objetivos fijados en los denominados contratos-programa.

²⁰ RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.: “Contratos públicos y Derecho comunitario”, Aranzadi, Pamplona, 1996.

²¹ ORTIZ VAAMONDE, S.: “El levantamiento del velo en el derecho administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros”, La Ley, Madrid, 2004.

²² Sin entrar en este momento a valorar la bondad o corrección jurídica de las reformas, sino únicamente como constatación de que –parafraseando la canción– “la batea se menea”.

Es en este marco de tensiones entre corrientes garantistas y practicistas, en el que se precipitan los cambios legales y las teorías doctrinales, donde se enmarca nuestro estudio, el cual pretende analizar especialmente el objeto social de una parte de la Administración instrumental andaluza (como son las *sociedades mercantiles*), teniendo en cuenta distintos aspectos de la cuestión, como pueden ser: las competencias de la Administración matriz; las circunstancias de creación y las motivaciones de una entidad instrumental; las relaciones entre ambas; la capacidad jurídica y real de actuación del ente instrumental; y los mecanismos de control existentes en el sistema.

II | TIPOLOGÍA LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL. LAS AGENCIAS

II.1. PLANTEAMIENTO

Para restringir el objeto de nuestro estudio, se hace necesario llevar a cabo un análisis de la regulación legal actual de la clasificación de los diferentes entes que conforman la Administración instrumental. Así las cosas, son varias las cuestiones a tener en cuenta y que van a condicionar el presente estudio:

- La divergente regulación de la cuestión en los ámbitos estatal, autonómico andaluz y local, habiéndose producido en los últimos años un importante desarrollo normativo por parte tanto del legislador estatal y como del autonómico, en el que, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha procedido a sustituir una clasificación heredera de la antigua Ley General Presupuestaria del Estado²³, por otra basada principalmente en el concepto de *Agencia*.
- La habitual remisión a la norma de creación de la entidad en cuestión, a los Estatutos de la Agencia o de la sociedad mercantil pública, despojando en consecuencia a la regulación general de la facultad de ejercer un mayor grado de uniformidad.

²³ Artículos 4 y 6 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. Esta regulación, tributaria a su vez de una anterior de 1977, fue derogada por la LOFAGE y la Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria.

- La introducción, tanto en el Estado como en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las denominadas Agencias públicas, cuya razón de ser habrá de justificarse en la consecución de los objetivos de carácter público que se le encomienden.

II.2. TIPOLOGÍA ESTATAL

La clasificación de la Administración institucional estatal se recoge en los artículos 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP). En estos preceptos se describe el denominado **sector público estatal**, cuyas manifestaciones se agrupan en el sector público administrativo, el empresarial y el fundacional. De esta forma encontramos que el legislador ha llevado a cabo la siguiente clasificación:

1. El sector público administrativo, integrado por:

- La Administración General del Estado²⁴.
- Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados.
- Los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado.
- Las entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, que cumplan alguna de las dos características siguientes:
 - a. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.
 - b. Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de la LGP, los ingresos, cualquiera que sea su natu-

²⁴ Que obviamente no forma parte de la Administración institucional o instrumental, aunque la relacionamos aquí para reproducir la integridad de los artículos 2 y 3 LGP.

raleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.

- Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC), y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), cuando uno o varios de los sujetos enumerados en el artículo 2 LGP hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado, siempre que cumplan además alguna de las dos características relacionadas en el punto anterior para las entidades de derecho público.

2. El sector público empresarial, formado por:

- Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas²⁵.
- Las entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, no incluidas en el sector público administrativo²⁶.
- Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en el artículo 2 LGP hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se

²⁵ El artículo 166.1.c) de la Ley 33/2003, de 23 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, define a las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. La definición debe considerarse vigente aunque haga referencia a una norma derogada, curiosamente, por otra Ley (Ley General Presupuestaria) que tiene fecha sólo tres días posterior a la aprobación de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

²⁶ O sea, las entidades de derecho público que no cumplen con ninguna de las características del artículo 3.1.b) LGP.

haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado, siempre que no estén incluidos en el sector público administrativo²⁷.

3. El sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.

Buena parte del sector público estatal se regula más exhaustivamente en el Título III (artículos 41 a 67) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). El artículo 2.3 de dicha Ley señala que *los Organismos públicos previstos en el Título III de esta Ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de ésta 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*. La LOFAGE califica como Organismos públicos a los Organismos autónomos, a las Entidades públicas empresariales y a las Agencias Estatales, estableciendo dicha clasificación en el apartado primero del artículo 43. Además la LOFAGE, la LGP y la LRJAPyPAC hacen referencia a la legislación aplicable a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, los órganos no integrados sin personalidad jurídica propia, las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones estatales.

Los organismos autónomos dependen de un Ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que esté adscrito el Organismo. Los organismos autónomos se atenderán a los criterios dispuestos para la Administración General del Estado en el Título I de la LOFAGE²⁸. Los organismos autónomos se rigen por el Derecho

²⁷ Los consorcios estatales en los que no se dan ninguna de las circunstancias del artículo 3.1.b) LGP.

²⁸ La LOFAGE establece, en sus Disposiciones Adicionales Séptima a Décima, las normas reguladoras –así como una relación no exhaustiva de los existentes a su entrada en vigor– de los denominados organismos públicos independientes, atípicos o apátridas. Así, los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la LOFAGE, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen del personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esa Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo. Estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación. El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía. La Agencia

administrativo y se les encomienda, 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 públicos. Para el desarrollo de sus funciones, los organismos autónomos dispondrán de los ingresos propios que estén autorizados a obtener, así como de las restantes dotaciones que puedan percibir a través de los Presupuestos Generales del Estado. El personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. El régimen patrimonial será el establecido en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y su contratación se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas. Los actos y resoluciones de los órganos de los organismos autónomos son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de la LOFAGE relativas a los Organismos autónomos, con las salvedades relativas al régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE.

Los órganos que carecen de personalidad jurídica que, con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado, no están integrados en la Administración General del Estado, forman parte del sector público estatal, regulándose su régimen económico-financiero por la LGP sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización y funcionamiento. No obstante, su régimen de contabilidad y de control quedará sometido en todo caso a lo establecido en dichas normas, sin que les sea aplicable en dichas materias lo establecido en la LGP.

Estatad de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes continuarán rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE. 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 Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE, estando sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación. El Consejo de Estado y el Banco de España se regirán únicamente por su legislación específica.

El artículo 6 de la LRJAPyPAC define la figura del **consorcio**. De esta manera, la Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. Se entenderá que el consorcio pertenece al sector público estatal cuando uno o varios de los sujetos que integran el sector público estatal hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado. Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero. Sus órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos. Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas.

Las **entidades públicas empresariales** son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Dependen de un Ministerio o bien de un Organismo autónomo, correspondiendo las funciones de dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad al órgano de adscripción del Ministerio u organismo. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza. Se regirán por los criterios establecidos en el Título I de la LOFAGE, sin perjuicio de las peculiaridades contempladas en el Capítulo III del Título III de dicha Ley, en consideración a la naturaleza de sus actividades. De este modo, las entidades públicas empresariales se rigen 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 la mencionada Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria²⁹. Las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. El personal de las entidades públicas empre-

²⁹ En la práctica pues están reguladas, en una gran parte de su morfología y actividad, por el Derecho Público.

sariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en el artículo 55 de la LOFAGE y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones Públicas, quienes se registrarán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación. El régimen patrimonial de las entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas³⁰ y la contratación se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Las entidades públicas empresariales elaborarán un presupuesto de explotación que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes. Asimismo, formarán un presupuesto de capital con el mismo detalle. Los presupuestos de explotación y de capital se integrarán en los Presupuestos Generales del Estado y habrán de estar constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del estado de flujos de efectivo del correspondiente ejercicio. Como anexo a dichos presupuestos se acompañará una previsión del balance de la entidad, así como la documentación complementaria que determine el Ministerio de Hacienda. Las entidades remitirán los estados financieros señalados referidos, además de al ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado, a la liquidación del último ejercicio cerrado y al avance de la liquidación del ejercicio corriente. Junto con los presupuestos de explotación y de capital, se remitirá por las entidades una memoria explicativa de su contenido, de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión de la ejecución del ejercicio corriente.

Se consideran **sociedades mercantiles estatales** aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en la LGP, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

³⁰ Les es de aplicación el contenido del Título VII (*Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado*) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPA).

La adquisición por la Administración General del Estado de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles, sea por suscripción o compra, así como de futuros u opciones, cuyo activo subyacente esté constituido por acciones, se acordará por el Ministro de Hacienda, previa autorización, en su caso, del Consejo de Ministros, en los supuestos que así lo establezca la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPA), u otras que resulten de aplicación, con informe previo de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Serán competentes para acordar la adquisición o suscripción de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles por organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella sus directores o presidentes, previa autorización del Consejo de Ministros, cuando resulte necesaria conforme a lo previsto en el artículo 169 de la LPA. Las normas anteriormente expuestas para la adquisición de títulos serán también de aplicación a la constitución o, en los supuestos previstos en los números 1º, 3º, 6º y 7º del apartado 1 del artículo 260 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), a la disolución de sociedades por la Administración General del Estado o sus organismos públicos³¹. Compete al Consejo de Ministros autorizar la creación, transformación, fusión, escisión y extinción de sociedades mercantiles estatales, así como los actos y negocios que impliquen la pérdida o adquisición de esta condición por sociedades existentes. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria relativa a los efectos económicos previstos. El órgano competente para acordar la constitución o disolución podrá autorizar la aportación de bienes o derechos patrimoniales o determinar el destino del haber social de la sociedad cuya disolución se acuerde.

Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se registrarán también por el Título VII (*Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado*) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas³², por el Título VII (*Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado*) del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, que aprueba el Reglamento de la Ley

³¹ El supuesto del artículo 260.1.6º de la LSA ha sido expresamente derogado por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, aunque entendemos que ello no afecta al régimen de competencia en los casos de extinción de la sociedad mercantil pública por fusión o escisión total.

³² El Capítulo II de dicho Título VII recoge una serie de disposiciones especiales para estas sociedades anónimas de entera titularidad estatal.

del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. Compete al Consejo de Ministros autorizar el objeto social de las sociedades previstas en el artículo 166.2 de la Ley 33/2005, y sus modificaciones; autorizar la creación, transformación, fusión, escisión y extinción de sociedades mercantiles estatales, así como los actos y negocios que impliquen la pérdida o adquisición de esta condición por sociedades existentes; y autorizar los actos de adquisición o enajenación de acciones que supongan la adquisición por una sociedad de las condiciones previstas en el artículo 166.2 de la LPA o la pérdida de las mismas. Al autorizar la constitución de una de estas sociedades, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma. En ausencia de esta atribución expresa corresponderá íntegramente al Ministerio de Hacienda el ejercicio de las facultades que la LPA otorga para la supervisión de la actividad de la sociedad. Sin perjuicio de las competencias de control que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado, el Ministerio de tutela ejercerá el control funcional y de eficacia de las sociedades previstas en el artículo 166.2 de la LPA y será el responsable de dar cuenta a las Cortes Generales de sus actuaciones, en el ámbito de su competencia.

Las sociedades mercantiles estatales elaborarán un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital, los cuales detallarán los recursos y dotaciones anuales correspondientes, en las mismas condiciones señaladas anteriormente para las entidades públicas empresariales.

Las **entidades de Derecho Público** vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por 100, de operaciones realizadas en el mercado, se regularán especialmente por las disposiciones del Título VII de la LPA. Ajustarán la gestión de su patrimonio a dicha Ley. En lo no previsto en ella, se ajustarán al Derecho privado, salvo en materia de bienes de dominio público en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes.

A los efectos de la Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones (LF), se consideran **fundaciones del sector público estatal** aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 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; o que su 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. La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Ministros. En la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente se asegurará, en todo caso, la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria, que habrá de ser informada por el Ministerio de Administraciones Públicas, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente. También deberá presentarse una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

Las fundaciones del sector público estatal no podrán ejercer potestades públicas. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables de la LGP. En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la LF³³, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado. La selección del personal deberá

³³ Existe obligación de someter a auditoría externa las cuentas anuales de todas las fundaciones en las que, a fecha de cierre del ejercicio, concurren al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas del activo supere 2.400.000 euros.
- b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos por la actividad propia más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil sea superior a 2.400.000 euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.

La auditoría se contratará y realizará de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, disponiendo los auditores de un plazo mínimo de un mes, a partir del momento en que les fueran entregadas las cuentas anuales formuladas, para realizar el informe de auditoría. El régimen de nombramiento y revocación de los auditores se establecerá reglamentariamente.

realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria. La contratación administrativa se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal. En los aspectos no regulados específicamente en el Capítulo XI (*Fundaciones del sector público estatal*) de la LF, las fundaciones del sector público estatal se registrarán, con carácter general, por lo dispuesto en la citada Ley de Fundaciones.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, establece que para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho y, entre ellas, las *fundaciones públicas sanitarias*, que se regulan por las disposiciones contenidas en dicho artículo 111, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales. Estas fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud. La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Al proyecto de acuerdo se acompañará un plan inicial de actuación que será aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, e incluirá los objetivos que la entidad deba alcanzar y los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

El personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias, con carácter general, se registrará por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Asimismo, podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionarial o laboral, al que le será de aplicación su propia normativa. El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación.

El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre competencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Las fundaciones públicas sanitarias dispondrán de su propio patrimonio y podrán tener bienes adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social. Por lo que respecta a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se les adscriban, serán objeto de administración ordinaria por las fundaciones públicas sanitarias, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades gestoras de la Seguridad Social. En lo que respecta a su propio patrimonio podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines. Las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones de bienes inmuebles propios, requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud.

Los recursos económicos de las fundaciones públicas sanitarias podrán provenir de cualquiera de las fuentes previstas en el artículo 65.1 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El régimen presupuestario económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero, será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales.

El desarrollo reglamentario de la Ley 15/1997, de 25 de abril, y del artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, se realizó a través del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero. Debe destacarse que el apartado 11 del citado artículo 111 señala que las fundaciones públicas sanitarias se regirán en lo no previsto en dicho precepto por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE.

II.3. TIPOLOGÍA AUTONÓMICA ANDALUZA

La aprobación por el Parlamento Andaluz de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía³⁴ (LAJA), supuso una “pequeña” revolución en la tipología de la Administración instrumental dentro de la organización

³⁴ Publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* núm. 215, de 31 de octubre.

de la Junta de Andalucía, introduciendo la idea de Agencia e intentando poner un cierto orden en la diversidad de instrumentos existentes. Posteriormente, la regulación de los entes instrumentales en la LAJA, y muy especialmente de sus agencias, ha sufrido una importante modificación a través del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público³⁵.

Con carácter general, se señala que tienen la consideración de *entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía*, a los efectos de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, las 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 tengan por objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a la ciudadanía, en los términos previstos en la Ley citada. Cuando se creen entidades instrumentales que supongan duplicación de la organización administrativa o de otras entidades ya existentes, habrán de suprimirse o reducirse debidamente las funciones o competencias de éstas.

Estas entidades tienen personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos de la LAJA, y se ajustarán al principio de instrumentalidad, con arreglo al cual los fines y objetivos que se les asignan específicamente son propios de la Administración de la que dependen.

Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán sistemas de gestión de calidad en el desarrollo de las actividades que tienen atribuidas. Asimismo, implantarán sistemas de gestión de calidad en la producción de bienes y prestación de servicios, incluidos los de naturaleza medioambiental.

La LAJA, tras el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, ha repartido las competencias relacionadas con las entidades instrumentales entre las Consejerías competentes en las materias de Administración Pública y de Hacienda³⁶, correspondiendo a

³⁵ Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* núm. 147, de 28 de julio. El Decreto-Ley 5/2010, fue convalidado por Acuerdo de 29 de julio de 2010, de la Diputación Permanente del Parlamento de Andalucía, publicado en el *BOJA* núm. 154, de 6 de agosto.

³⁶ Que, en el momento de concluir este trabajo, coinciden en la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

la primera las propuestas y emisión de informes en relación con la creación, alteración y supresión de las entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía. A la Consejería competente en materia de Hacienda, en el ámbito de sus competencias específicas, le corresponde el control económico-financiero del sector público andaluz, así como la emisión de informes, y en su caso las autorizaciones, en relación con la creación, alteración y supresión de las entidades instrumentales y de los consorcios del artículo 12 de la LAJA. En especial, corresponde a dicha Consejería el informe preceptivo para perfeccionar negocios de disposición o administración que impliquen la ubicación de sedes y subsedes de dichos consorcios y de las demás entidades instrumentales, así como para destinar inmuebles a los citados usos.

Los artículos 52 y 54 de la Ley andaluza referida clasifican las *entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía* en:

a) **Agencias**³⁷:

1. Agencias **administrativas**.
2. Agencias **públicas empresariales**.
3. Agencias **de régimen especial**.

b) **Entidades instrumentales privadas**:

1. **Sociedades mercantiles** del sector público andaluz³⁸.
2. **Fundaciones** del sector público andaluz³⁹.

Son *formas instrumentales* tenidas en cuenta por la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, aunque no estén expresamente incluidas en la clasificación del artículo 52 LAJA:

³⁷ Cuya explicación queda para el apartado dedicado en este estudio a las agencias públicas.

³⁸ Que ocupan el *grueso* de este trabajo.

³⁹ El artículo 78 de la LAJA señala únicamente, en relación con las fundaciones del sector público andaluz, que el concepto y régimen jurídico de éstas será el previsto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, dispone que el personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

- Los **consorcios**, como organizaciones personificadas de gestión (artículo 12 de la LAJA). La Administración de la Junta de Andalucía podrá constituir con otras Administraciones Públicas y otras entidades públicas o privadas organizaciones personificadas de gestión para la consecución de finalidades de interés común, que pueden adoptar la forma de consorcios⁴⁰. Corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación de dichos consorcios o la integración de la Administración de la Junta de Andalucía en los mismos. El acuerdo de autorización para su creación incluirá los estatutos del consorcio. En caso de integración, el acuerdo de autorización irá acompañado de la ratificación o adhesión a los estatutos preexistentes. Tras su aprobación, ratificación o adhesión, el correspondiente acuerdo se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Los estatutos han de determinar las finalidades del consorcio, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero. La autorización del Consejo de Gobierno para la creación o integración requerirá informe previo de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

Los consorcios en los que la Administración de la Junta de Andalucía o cualquiera de las entidades que integran el sector público andaluz hayan aportado mayoritariamente dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido en el momento de su constitución a financiar mayoritariamente dicho consorcio, han de someter su organización y actividad al ordenamiento autonómico y estarán sujetos al régimen económico-financiero, de control y contabilidad establecido en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. Dicho régimen se aplicará igualmente a los consorcios en los que la designación de más de la mitad de los miembros de sus órganos de dirección corresponda a la Administración de la Junta de Andalucía o a cualquiera de las entidades del sector público andaluz.

- Los **servicios administrativos con gestión diferenciada** (artículo 15 de la LAJA). Por decreto del Consejo de Gobierno podrán crearse servicios administrativos con gestión diferenciada por razones de especialización funcional, para la identificación singular del servicio público ante la ciudadanía u otros motivos justificados. Los servicios administrativos con gestión diferenciada podrán agrupar un conjunto de órganos o unidades de una misma Consejería. Carecerán de personalidad jurídica independiente y estarán, en todo caso, adscritos a una Consejería. Su denominación, estructura y competencias se definirán en el correspondiente decreto de creación de los mismos.

⁴⁰ O la forma de sociedades mercantiles –señala el precepto–, las cuales son tratadas en otra parte del trabajo.

Asimismo, la LAJA prevé, al menos de manera indirecta, la creación de otros entes instrumentales, o la participación en éstos⁴¹, mediante formas no incluidas en su letra o incluso no recogidas en la normativa administrativa especial, en tanto que el artículo 52.4 de la LAJA, incluido en el texto por el Decreto-Ley 5/2010, señala que *se requerirá autorización del Consejo de Gobierno para cualquier fórmula de participación no reglada en entidades por parte de las Consejerías o entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, distinta de las previstas en la legislación sectorial o en la presente Ley.*

Siguiendo el modelo establecido por la Ley de Administración de la Junta de Andalucía, los artículos 2 a 5 del **Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía**, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo (TRLGHPJA)⁴², han incluido una clasificación de la Administración instrumental andaluza, que a continuación resumimos⁴³:

⁴¹ El caso típico sería la creación o participación en asociaciones de carácter civil.

⁴² Publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 53, de 18 de marzo de 2010.

⁴³ Durante el periodo transcurrido entre la entrada en vigor de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía (31 de enero de 2008) y la del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (19 de marzo de 2010), se mantuvo en vigor la clasificación de la Administración instrumental recogida en los artículos 4, 5, 6 y 6 bis de la Ley 5/1983, de 19 de julio, adaptada a la terminología de la Ley de la Administración, según las reglas dadas en su Disposición Final Primera. Este precepto de la LAJA dispone que *se modifica la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los siguientes términos:*

- a) *Las referencias efectuadas en la considerada Ley a los “organismos” u “organismos autónomos” se entenderán hechas a las “agencias administrativas”.*
- b) *Las referencias efectuadas en la considerada Ley a las “empresas” se entenderán hechas a las “agencias públicas empresariales” y a las “sociedades mercantiles del sector público andaluz”, según corresponda.*

De esta forma, en el bienio mencionado (2008-2010), la *remendada* LGHPCA dejaba entrever la estructura y régimen jurídico de la Administración instrumental en el ámbito de la Junta de Andalucía, que resumimos a continuación por el interés que consideramos aún mantiene para desentrañar el tortuoso y coyuntural devenir normativo de este tipo de figuras:

1. Las **agencias administrativas**, las cuales se configuraban como entidades de derecho público, creados por la Ley del Parlamento de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independiente de la Junta de Andalucía. regidas por su legislación específica y por la LGHPCA, en lo que les fuera de aplicación. Parecía mantenerse la clasificación (aunque sin virtualidad), según la naturaleza de sus operaciones, entre agencias administrativas de carácter administrativo y agencias administrativas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.
2. Las **instituciones de la Junta**, que se regían por su legislación específica y por la LGHPCA en lo que les sea de aplicación. Sus bienes, derechos, acciones y recursos constituyen un patrimonio único afecto a sus fines.
3. Las antiguas **empresas de la Junta de Andalucía** que se regían por su legislación específica y por las normas de Derecho Mercantil, Civil o Laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la LGHPCA A los efectos de la Ley General de la Hacienda Pública, se clasificaban en:
 - a. Las **sociedades mercantiles del sector público andaluz**, en cuyo capital sea 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.
 - b. Las **agencias públicas empresariales**.

- **Agencias administrativas, públicas empresariales y de régimen especial.** Se someterán al Texto Refundido de la LGHPJA en los términos que la misma establezca. A las agencias de régimen especial les será de aplicación el régimen establecido en dicha norma para las agencias públicas empresariales, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 4.^a del Capítulo II del Título III de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y de lo establecido en la Disposición Adicional Única del TRLGHPJA para la Agencia Tributaria de Andalucía⁴⁴.
- **Instituciones de la Junta de Andalucía.** Se regirán por su legislación específica y por el TRLGHPJA en lo que les sea de aplicación. Sus bienes, derechos, acciones y recursos constituyen un patrimonio único afecto a sus fines. Según la Disposición Adicional Segunda de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, tienen la consideración de Administración institucional las entidades públicas vinculadas con personalidad jurídica propia a las que se les reconozca expresamente por ley independencia funcional o un especial régimen de autonomía respecto de la Administración de la Junta de Andalucía. Estas entidades se regularán por su normativa específica y supletoriamente por lo establecido con carácter general en la LAJA para los distintos tipos de agencias que resulte de aplicación en atención a las características de cada entidad. En lo que se refiere a su régimen económico-financiero, de control y de contabilidad se regulará por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.
- **Sociedades mercantiles del sector público andaluz.** Se entienden como tales aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de

c. Las **agencias de régimen especial.** Según la Disposición Final Tercera de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, el régimen establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía para las entidades contempladas en el artículo 6.1.b) de la misma (antiguas entidades de derecho público sometidas al Derecho privado) será de aplicación a las agencias de régimen especial, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 4.^a del Capítulo II del Título III de la Ley de la Administración.

4. Los **consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia** no incluidas en los apartados anteriores, en los que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía. Estas entidades fueron integradas en la clasificación en un momento muy posterior a la promulgación de la Ley General de Hacienda Pública en 1983, exactamente a través de la Ley 8/1997, de 23 diciembre, cuando se observó la necesidad de regular con carácter general estas realidades organizativas, quedando este apartado de la clasificación como una especie de *cajón de sastre* donde se incluían realidades heterogéneas como los *consorcios*, las *fundaciones* u otras formas de organización instrumental.

⁴⁴ De conformidad con el artículo 9 de la Ley 23/2007, de 18 de diciembre, por la que se crea la Agencia Tributaria de Andalucía y se aprueban medidas fiscales, la recaudación de los recursos de naturaleza tributaria y de los demás ingresos de derecho público que realice la Agencia Tributaria de Andalucía formará parte de la Hacienda de la Junta de Andalucía y de su Tesorería General.

la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás entidades de derecho público. Se regirán por el TRLGHPJA, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por las disposiciones de desarrollo de las mismas; así como por su normativa específica y por las normas de Derecho civil, mercantil y laboral que les resulten de aplicación.

- **Consortios, fundaciones y otras entidades con personalidad jurídica propia** no incluidas en los apartados anteriores, en las que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía. Les será de aplicación el régimen presupuestario económico-financiero de control y contabilidad que se establece en el TRLGHPJA. Se entenderá que existe representación mayoritaria en las citadas entidades cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus agencias y sociedades mercantiles del sector público andaluz. Para la creación y extinción de estas entidades así como para la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, se requerirá autorización del Consejo de Gobierno. Los consorcios, las fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia que, aunque no cumplan el requisito de representación anteriormente referido, tengan una financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía, podrán quedar sometidos al control financiero previsto en el TRLGHPJA cuando, mediando razones justificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.
- **Fondos carentes de personalidad jurídica** cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde el Presupuesto de la Junta de Andalucía. Sin perjuicio de la legislación específica que les sea de aplicación, se sujetarán a los efectos del TRLGHPJA al régimen establecido para las entidades del artículo 5.1 de dicha norma (Consortios, fundaciones y otras entidades).

Por último, es necesario recordar la enumeración de entidades que conforman el sector público andaluz a los efectos de los créditos de personal, que se incluye anualmente en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁴⁵.

⁴⁵ La Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010 señala que, a efectos de lo establecido en el Título II de la Ley 5/2009, constituyen el sector público andaluz:

a) La Administración de la Junta de Andalucía y sus instituciones, agencias administrativas u organismos autónomos (estos últimos llamados a desaparecer).

II.4. TIPOLOGÍA LOCAL

La actual redacción de los artículos 85.2 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, recoge las diferentes formas de gestión directa diferenciada de los servicios públicos en el ámbito de la Administración local⁴⁶, señalando las siguientes:

1. **Organismo autónomo local.**
2. **Entidad pública empresarial local.**
3. **Sociedad mercantil local**, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma. En ningún caso podrán prestarse mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.
4. **Consortio** con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas. Los consorcios podrán asimismo utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.

La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de **organismos autónomos locales** y de **entidades públicas empresariales locales** se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la

b) Las agencias de régimen especial.

c) Las agencias públicas empresariales, entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (categoría llamada a extinguirse), sociedades mercantiles del sector público andaluz, consorcios, fundaciones y demás entidades a que se refieren los artículos 6 y 6 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (actualmente esta referencia debe hacerse al artículo 5 del TRLGHPJA).

d) Las Universidades de titularidad pública competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía (las cuales, obviamente, quedan fuera del ámbito de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía).

⁴⁶ La actual clasificación de las entidades instrumentales para la gestión directa de los servicios municipales ha quedado fijada en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. La justificación de esta reforma en la Exposición de Motivos de esta Ley es la siguiente: *En materia de gestión de los servicios públicos locales, se establece una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, incorporando al ámbito local una figura que la experiencia ha demostrado eficaz en otras Administraciones Públicas, como son las entidades públicas empresariales. Por otra parte, se incorpora a la Ley la regulación sustancial necesaria de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias.*

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades:

- Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.
- El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones Públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios señalados en el Título X de la LBRL (municipios de gran población), tendrá la consideración de órgano directivo.
- En los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.
- En las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.
- La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.
- Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.
- Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local.

- Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquélla.
- Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos.
- Cualquier otra referencia a órganos estatales efectuada en la Ley 6/1997, de 14 de abril, y demás normativa estatal aplicable, se entenderá realizada a los órganos competentes de la entidad local. Las referencias efectuadas a la Junta de Gobierno, se entenderán efectuadas al Pleno en los municipios en que no exista aquélla.
- Los estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales, que deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente, comprenderán los siguientes extremos:
 - a) La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el apartado anterior, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.
 - b) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar.
 - c) En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.
 - d) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.
 - e) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
 - f) El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el Capítulo III del Título X de la LBRL.

Las **sociedades mercantiles locales** se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. Deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución

constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

En el ámbito de la organización instrumental de las entidades locales andaluzas, se hace necesario hacer referencia a la importante novedad que ha supuesto la aprobación y entrada en vigor de la **Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía**⁴⁷. El artículo 5 de este texto reconoce la potestad de autoorganización de las entidades locales andaluzas, las cuales definirán por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pueden dotarse, con objeto de poder adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz.

Siguiendo el criterio tradicional, el artículo 33 de la Ley señala que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa, por la propia entidad, o de forma indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración⁴⁸, teniendo la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes. La gestión propia o directa por la entidad local puede revestir las siguientes modalidades⁴⁹, cuyas características principales se encuentran reguladas en los artículos 34 a 44:

- a) Prestación por la propia entidad local.
- b) Agencia pública administrativa local.
- c) Agencia pública empresarial local.
- d) Agencia especial local.
- e) Sociedad mercantil local, de íntegra titularidad, directa o indirecta, de la entidad local.
- f) Sociedad interlocal.
- g) Fundación pública local.

⁴⁷ Publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* núm. 122, de 23 de junio.

⁴⁸ Son modalidades contractuales de colaboración las previstas con este carácter en la legislación básica sobre contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos.

⁴⁹ Sin que sea quizás el momento de profundizar, dejamos aquí señalada la necesidad de estudiar si la clasificación de entidades instrumentales incluida en la Ley de Autonomía Local de Andalucía es conciliable con las formas de gestión directa diferenciada recogidas en la Ley de Bases de Régimen Local, o bien se están importando al ámbito local andaluz determinados conceptos procedentes de la LAJA sin suficiente apoyatura en la legislación básica estatal de régimen local.

Asimismo, los entes locales andaluces podrán gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en **empresas mixtas de colaboración público-privada**, las cuales habrán de ser sociedades mercantiles con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente habrá de pertenecer, directa o indirectamente, a la entidad local.

Los servicios que impliquen ejercicio de autoridad en ningún caso podrán prestarse mediante modalidades contractuales de colaboración ni mediante sociedad mercantil local o interlocal, ni fundación pública local.

Por otro lado, para el ejercicio de actividades económicas, las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de **empresa pública local**, teniendo esta consideración cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Las empresas públicas locales 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, no pudiendo ejercer en ningún caso potestades públicas.

La Disposición Final Novena de la Ley de Autonomía Local de Andalucía fija un plazo de tres años desde su entrada en vigor para que las entidades instrumentales locales existentes se adapten necesariamente al régimen jurídico instituido en dicha Ley.

La Ley de Autonomía Local de Andalucía se ocupa asimismo de las **encomiendas de gestión** entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades locales andaluzas. Así, el artículo 23 de dicha Ley señala que la Administración de la Junta de Andalucía podrá acordar con las entidades locales y con sus entes dependientes o vinculados la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de su competencia, en el marco de la legislación autonómica, mediante encomienda de gestión. Esta encomienda se ha de formalizar mediante un convenio interadministrativo, que determinará, al menos, su alcance, la habilitación normativa y el plazo de vigencia. La efectividad de la encomienda requerirá que vaya acompañada de la dotación económica o incremento de financiación, a favor de las entidades locales receptoras, de los medios económicos para llevarla a cabo.

En este sentido, si bien, en una primera lectura, no parece quedar claro si la encomienda de gestión prevista en el artículo 23 es sólo unidireccional (la Junta de Andalucía puede encargar las actividades a las entidades locales) o si también

puede dirigirse en sentido contrario (la entidades locales encomiendan a la Junta), de la revisión detenida del precepto se colige que la encomienda prevista es únicamente aquella en que la Administración de la Junta de Andalucía encarga actuaciones de su competencia a las entidades locales o a sus entidades dependientes o vinculadas, las cuales llevarán a cabo las labores de carácter material, técnico o de servicios de competencia de la Administración andaluza⁵⁰. Todo ello nos lleva a plantear cuatro cuestiones legales, con importante repercusión material, que dejamos aquí señaladas:

1. Deberá entenderse que el artículo 23 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía habilita la celebración de encomiendas entre Administraciones u organismos de derecho público, las cuales habrán de regularse por el artículo 15 de la LRJAPyPAC y el artículo 105 de la LAJA⁵¹. Asimismo, al incluirse como encomendados a los entes dependientes o vinculados a las entidades locales, deberá entenderse que el artículo 23 contempla también las encomiendas de gestión de los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP.
2. A la vista de lo anterior, para la concertación de estas encomiendas reguladas por la legislación de contratos del sector público, los entes vinculados a las entidades locales habrán de cumplir los requisitos del artículo 24.6 de la LCSP, esto es, se les requiere ser medio propio y servicio técnico de la Administración Autonómica, realizar para ésta la parte esencial de su actividad y recibir un control análogo al que aquella puede ejercer sobre sus propios servicios⁵². Más allá de la dificultad para cualquier entidad instrumental local de cumplir con los dos últimos requisitos, echamos principalmente en falta en la Ley la consecuente declaración de dichas entidades como medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía, correspondiendo entonces a la normativa reguladora de cada entidad instrumental local el declararse como tal medio propio⁵³.

⁵⁰ Nos acerca a esta conclusión el contenido del párrafo tercero del artículo 23, al indicar que las entidades locales habrán de recibir la adecuada financiación para acometer las encomiendas que se convengan.

⁵¹ Esto no significa novedad legislativa alguna, puesto que estos preceptos eran soporte normativo suficiente para la realización de estas encomiendas administrativas.

⁵² Requisito este último que se compecece mal con el carácter conveniado –por tanto, entre iguales– de la encomienda.

⁵³ El artículo 24.6.3º de la LCSP no permite argumentar que la consideración de medio propio está implícitamente incluida en el meritado artículo 23.

3. El apartado cuarto del artículo 105 de la LAJA preceptúa que la encomienda de gestión a órganos o a entes públicos pertenecientes o dependientes de distinta Administración Pública (de la Junta de Andalucía) será autorizada por el Consejo de Gobierno. Por tanto, previamente a la firma del oportuno Convenio que instrumente la encomienda de gestión, ésta requerirá autorización del Gobierno andaluz.
4. El precepto no parece permitir, en cambio, la encomienda de gestión a favor de las entidades locales (o sus entidades dependientes) de actividades atribuidas a los entes instrumentales de la Junta de Andalucía, al restringir el apartado primero del artículo 23 el papel de encomendante únicamente a la Administración de la Junta de Andalucía. Sin embargo, en aparente contradicción, el artículo 105 de la LAJA sí permite la encomienda de gestión a otra Administración de actividades materiales competencia de las entidades de derecho público de la Junta de Andalucía⁵⁴.

II.5. LAS AGENCIAS PÚBLICAS

II.5.1. Pequeña introducción histórico-doctrinal

Con la revolución neo-conservadora de los años 80 del pasado siglo y especialmente en el Reino Unido gobernado por Margaret Thatcher, se pusieron en marcha una serie de políticas públicas que intentaban reducir en lo posible la presencia pública en la sociedad y su actuación en el ámbito del mercado⁵⁵. Estas técnicas privatizadoras de lo público se apoyaban sobre tres pilares básicos:

- Una agencia estatal vinculada al poder público, responsable de administrar e inspeccionar la prestación de la actividad o servicio.
- Un control de los precios de los servicios a prestar por los particulares habilitados.
- Una gestión privada del servicio sujeta a la obtención de una habilitación que permita y legitime la actividad prestacional, fijando los derechos y deberes de la

⁵⁴ A la vista de esta conclusión y de alguna de las anteriores, cabría preguntarse si era necesario incluir en la Ley este artículo 23.

⁵⁵ Con bastante éxito, todo sea dicho. Gran parte de los conceptos privatizadores de lo público y reductores del Estado del Bienestar a sectores realmente necesitados, han calado bien hondo tanto en el pensamiento de la clase política como en el de los ciudadanos del actual primer mundo.

empresa gestora y de los ciudadanos usuarios del servicio, convirtiéndose en un auténtico estatuto para cada servicio.

Estas agencias estatales se convierten en gestores o incluso simples inspectores del servicio, siguiendo para ello criterios de eficacia y eficiencia cuasi-empresarial, al menos, en el ámbito productivo: esto es, conseguir una mejor producción (unos servicios) en cantidad y calidad con unos mínimos costes. La agencia ha de tener señalados una serie de objetivos medibles, definidos, específicos y concretados en el tiempo, que, unidos a una serie de indicadores previamente fijados, servirán de base para la evaluación de las políticas públicas puestas en marcha a través de la agencia y en consecuencia para calibrar los resultados de la gestión de la agencia.

Las relaciones entre la agencia y el poder público (generalmente el reducto de la Administración Pública que no se ha transformado en agencias) se establecen a través del denominado contrato-programa, en el que la Administración fija la actividad, los objetivos, los indicadores, los mecanismos de control relativos a la agencia, comprometiéndose a generar los recursos (materiales, económicos, personales, normativos,...) que ésta requiera. No son obviamente auténticos contratos sino la formalización de una relación jurídico-pública entre entes con un nexo de subordinación entre ellos.

II.5.2. La normativa estatal

Sobre esta base teórico-práctica, se dicta recientemente en España la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Su Exposición de Motivos señala que se hace necesario *incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados. Dicha fórmula, la constituyen las Agencias Estatales y su regulación, objeto de esta Ley, permitirá implantar un modelo de gestión que equilibre adecuadamente los principios de autonomía, control y responsabilización por resultados, así como establecer un régimen general lo suficientemente operativo para dar cabida a aquellos Organismos para los que la categoría de Organismo Autónomo es insuficiente, sin tener que acudir, como sucede en la actualidad, a soluciones particulares para cada caso. En efecto, un aspecto capital que se incorpora a la gestión de servicios públicos a través de las Agencias Estatales es la profundización en una nueva cultura de gestión que ha de apoyarse en el cumplimiento de objetivos claros, medibles y orientados hacia la mejora en la prestación del servicio, con las consiguientes ventajas para los usua-*

rios y para los contribuyentes. Otro aspecto resaltable en la Ley es impulsar aquellos instrumentos que posibiliten conocer y evaluar el impacto que las políticas y servicios prestados por el Estado tienen sobre el ciudadano. A tal efecto, en la Disposición Adicional Primera se autoriza al Gobierno para que cree una Agencia destinada específicamente al cumplimiento de estos objetivos⁵⁶.

La Ley define a las Agencias Estatales como entidades de Derecho Público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Éstas se rigen por la Ley 28/2006 y, en su marco, por el Estatuto propio de cada una de ellas; supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que les correspondan en cada caso. Son entes incluidos mediante una modificación de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado operada por la Disposición Final Primera de la Ley 28/2006, en la clasificación de organismos públicos.

La creación de una Agencia Estatal requiere autorización por Ley –la cual establecerá el objeto de la Agencia Estatal y sus fines generales– y se produce con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda. Las Agencias Estatales se adscriben a los Ministerios que hayan ejercido la iniciativa de su creación, en los términos que se determinen en los Reales Decretos de creación.

Las Agencias Estatales se extinguen por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el Estatuto o el cumplimiento de sus fines o de los objetivos para los que fueron creadas, o que sus competencias sean asumidas por las Comunidades Autónomas. Las Agencias Estatales se suprimen mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda,

⁵⁶ Se refiere a la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, adscrita al Ministerio de Administraciones Públicas, cuyo objeto es la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios (Disposición Adicional Primera de la Ley 28/2006). Con posterioridad se ha dictado la Orden PRE/2650/2008, de 4 de septiembre, por la que se aprueba el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (BOE de 20 de septiembre).

que determinará el destino de los bienes, y las medidas aplicables al personal en el marco de la legislación reguladora de cada tipo de personal.

Las Agencias Estatales se estructuran en los órganos de gobierno (Presidente y Consejo Rector), ejecutivos (Director) y de control (Comisión de Control) previstos en la Ley y los órganos complementarios que se determinen en su respectivo Estatuto.

La actuación de las Agencias Estatales se produce, con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión que será aprobado por Orden conjunta de los Ministerios de adscripción, de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Este contrato de gestión se concreta anualmente en el plan de acción de año en curso.

El contrato de gestión ha de establecer, como mínimo y para el periodo de su vigencia, los siguientes extremos: los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar; los planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales correspondientes y de los proyectos asociados a cada una de las estrategias y sus plazos temporales, así como los indicadores para evaluar los resultados obtenidos; las previsiones máximas de plantilla de personal y el marco de actuación en materia de gestión de recursos humanos; los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos; los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos por lo que hace a exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y el personal directivo, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral; el procedimiento a seguir para la cobertura de los déficits anuales que, en su caso, se pudieran producir por insuficiencia de los ingresos reales respecto de los estimados y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que, en su caso, deban seguirse de tales déficit; y el procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan. En el contrato de gestión se determinarán los mecanismos que permitan la exigencia de responsabilidades por incumplimiento de objetivos.

La contratación de las Agencias Estatales se rige por la normativa aplicable al sector público. Las Sociedades mercantiles y Fundaciones creadas o participadas mayoritariamente por las Agencias Estatales, deberán ajustar su actividad contractual, en todo caso, a los principios de publicidad y concurrencia.

Las Agencias Estatales tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto del de la Administración General del Estado, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares, cuya gestión y administración, así como de aquellos del Patrimonio del Estado que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con lo señalado en sus estatutos, con sujeción, en todo caso, a lo establecido para los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El personal de las Agencias Estatales puede ser de cuatro tipos:

1. El personal que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia Estatal en el momento de su constitución. Este personal mantiene la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable, rigiéndose por la normativa reguladora de la función pública o la normativa laboral correspondiente, con las especialidades previstas en la Ley Estatal de Agencias y las que, conforme a ella, se establezcan en el Estatuto de cada Agencia.
2. El personal que se incorpore a la Agencia Estatal desde cualquier Administración Pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en la Ley. Este personal mantiene la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable.
3. El personal seleccionado por la Agencia Estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto en los términos establecidos en la Ley 28/2006. Esta selección se realiza a través de los propios órganos de selección de la Agencia mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Para ello, una vez aprobado el contrato de gestión, la previsión de necesidades de personal se incorpora a la oferta anual de empleo de la correspondiente Agencia Estatal, que se integra en la Oferta de empleo público estatal, de conformidad con lo que establezca la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado. Las Agencias Estatales seleccionan a su personal laboral de acuerdo con los requisitos y principios establecidos anteriormente, mientras que las convocatorias de selección de personal funcionario se efectuarán por el Ministerio al que se encuentren adscritos los Cuerpos o Escalas correspondientes, y excepcionalmente por la propia Agencia mediante Convenio suscrito al efecto.

4. El personal directivo. Es el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en el Estatuto de las mismas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas. Es nombrado y cesado por su Consejo Rector a propuesta de sus órganos ejecutivos, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores preferentemente funcionarios, y mediante procedimiento que garantice el mérito, la capacidad y la publicidad. El proceso de provisión podrá ser realizado por los órganos de selección especializados, que formularán propuesta motivada al Director de la Agencia Estatal, incluyendo tres candidatos para cada puesto a cubrir. El Estatuto de las Agencias Estatales puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección.

La financiación de las Agencias Estatales se puede llevar a cabo con los siguientes recursos: las transferencias consignadas en los Presupuestos Generales del Estado; los ingresos propios que la Agencia perciba como contraprestación por las actividades que pueda realizar, en virtud de contratos, convenios o disposición legal, para otras entidades públicas, privadas o personas físicas; la enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio; el rendimiento procedente de sus bienes y valores; las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias y legados y otras aportaciones a título gratuito de entidades privadas y de particulares; los ingresos recibidos de personas físicas o jurídicas como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones; los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir; y cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido. En aquellos supuestos expresamente previstos en los Estatutos, y sólo en la medida que tengan capacidad para generar recursos propios suficientes, las Agencias podrán financiarse con cargo a los créditos previstos en el Capítulo VIII de los Presupuestos Generales del Estado adjudicados de acuerdo con procedimientos de pública concurrencia y destinados a financiar proyectos de investigación y desarrollo. La Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio establecerá los límites de esta financiación.

El recurso al endeudamiento está prohibido a las Agencias Estatales, salvo que por Ley se disponga lo contrario. No obstante, y con objeto de atender desfases temporales de tesorería, las Agencias Estatales pueden recurrir a la contratación de pólizas de crédito o préstamo, siempre que el saldo vivo no supere el 5% de su presupuesto.

El Consejo Rector elaborará y aprobará el anteproyecto de presupuesto de la Agencia, conforme a lo dispuesto en el contrato de gestión y teniendo en cuenta

que el Ministerio de Economía y Hacienda establece la estructura del presupuesto de las Agencias Estatales, así como la documentación que se debe acompañar al mismo. El anteproyecto de presupuesto de la Agencia será remitido al Ministerio de adscripción para su examen, que dará posterior traslado del mismo al Ministerio de Economía y Hacienda. Una vez analizado por este último Departamento ministerial, el anteproyecto se incorpora al de Presupuestos Generales del Estado para su aprobación por el Consejo de Ministros y remisión a las Cortes Generales, consolidándose con el de las restantes entidades que integran el sector público estatal.

La ejecución del presupuesto de las Agencias Estatales corresponde a sus órganos ejecutivos, que elaboran y remiten a la Comisión de Control, mensualmente, un estado de ejecución presupuestaria.

En cuanto a los mecanismos de control, el control externo de la gestión económico-financiera de las Agencias Estatales corresponde al Tribunal de Cuentas de acuerdo con su normativa específica, mientras que el control interno de la gestión económico-financiera de las Agencias Estatales corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, y se realizará bajo las modalidades de control financiero permanente y de auditoría pública, en las condiciones y en los términos establecidos en la Ley General Presupuestaria. El control financiero permanente se realizará por las Intervenciones Delegadas en las Agencias Estatales, bajo la dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado. Además, las Agencias Estatales estarán sometidas a un control de eficacia que será ejercido, a través del seguimiento del contrato de gestión, por los Ministerios de adscripción. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

La Ley 28/2006, da autorización al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios; la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; el Consejo Superior de Investigaciones Científicas; la Agencia Estatal Antidopaje de España; la Agencia Estatal de Inmigración y Emigración; la Agencia Estatal de Seguridad Aérea; la Agencia Estatal de Seguridad del Transporte Terrestre; la Agencia Estatal de Artes Escénicas y Musicales; la Agencia Estatal de Meteorología; la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; la Agencia Estatal de Investigación en Biomedicina y Ciencias de la Salud Carlos III; y la Agencia Estatal de Evaluación, Financiación y Prospectiva de la Investigación Científica y Técnica. Asimismo, se autoriza al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, proceda a transformar los actuales organismos públicos cuyos objetivos y activi-

dades se ajusten a la naturaleza de las Agencias Estatales en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley 28/2006, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros a iniciativa del Ministro de adscripción del respectivo Organismo Público y a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas. Se exceptúan de lo anteriormente indicado a aquellos Organismos previstos en las Disposiciones Adicionales 9 y 10 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que por Ley dispongan de una especial autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado.

Los Organismos Públicos que no se transformen en Agencias Estatales mantendrán su actual regulación.

Con carácter general, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Agencias Estatales, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales, conforme al procedimiento del artículo 3 de la Ley 28/2006, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Final Primera.

II.5.3. La normativa andaluza

Reguladas en el Capítulo II del Título III (artículos 54 a 74)⁵⁷ de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, las agencias son entidades con personalidad jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional. Dentro de la esfera de sus competencias, corresponden a las agencias las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos en sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.

La creación de las agencias administrativas y públicas empresariales se efectuará por ley, que establecerá: el tipo de entidad que crea, con indicación de sus fines; las peculiaridades de sus recursos económicos, de su régimen personal y fiscal; y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley. La ad-

⁵⁷ Ampliamente reformado por el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio.

cripción de las agencias administrativas y públicas empresariales a una o varias Consejerías o a una agencia se efectuará por Decreto del Consejo de Gobierno⁵⁸.

El anteproyecto de ley de la agencia que se presente al Consejo de Gobierno deberá ser acompañado del proyecto de estatutos y del plan inicial de actuación de la entidad. Los estatutos de las agencias administrativas y públicas empresariales se aprobarán por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón de la materia y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

La creación de las agencias de régimen especial requerirá autorización previa por ley, que establecerá su objeto y fines generales, y se producirá con la aprobación de su estatuto por Decreto del Consejo de Gobierno a propuesta conjunta de las personas titulares de las Consejerías competentes en las materias de Administración Pública y de Hacienda.

Los estatutos serán aprobados y publicados en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía con carácter previo al inicio del funcionamiento efectivo de la entidad correspondiente. El contenido de los estatutos de cualquier tipo de agencia incluirá en todo caso los siguientes extremos: *a)* Determinación de los máximos órganos de dirección de la entidad, ya sean unipersonales o colegiados, sus competencias, así como su forma de designación, con indicación de aquellos cuyas resoluciones agoten la vía administrativa⁵⁹; *b)* Funciones y competencias, con indicación de las potestades administrativas que la entidad pública pueda ejercitar, y la distribución de competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de las agencias administrativas y, en el de las agencias públicas empresariales y agencias de régimen especial, la determinación de los órganos que excepcionalmente se asimilen a los de un determinado rango administrativo y los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas; *c)* El patrimonio que se le adscriba para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar la entidad; *d)* El régimen relativo a los recursos humanos, patrimonio y contratación; *e)* El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, de control financiero y de contabilidad;

⁵⁸ Con la reforma de julio de 2010 se deslegaliza la adscripción de una agencia administrativa o empresarial a una determinada Consejería o agencia, labor que queda con rango reglamentario (Decreto del Consejo de Gobierno) y que –se entiende– se realizará junto con la aprobación de los correspondientes Estatutos. Es por ello que ahora estos Estatutos se aprueban en sede ejecutiva a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón de la materia.

⁵⁹ Las personas titulares de estos máximos órganos directivos ejercerán las funciones que les atribuyan los Estatutos de la agencia, cualquiera que sea el régimen jurídico de vinculación de las referidas personas.

y f) La facultad de creación o participación de sociedades mercantiles cuando sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

El plan inicial de actuación de las agencias tendrá un ámbito temporal de cuatro años. Será aprobado por la persona titular de la Consejería de la que dependa la agencia, previo informe favorable de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública, y su contenido incluirá en todo caso los objetivos que la entidad deba alcanzar en el área de actividad atribuida, así como los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento de la entidad.

La modificación o refundición de las agencias deberá producirse por ley cuando suponga alteración de sus fines, del tipo de entidad o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos, al régimen del personal, patrimonial o fiscal y cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley. No obstante, la modificación o refundición de las agencias por razones de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aun cuando suponga alteración de sus fines o del tipo de entidad, se llevará a cabo por Decreto del Consejo de Gobierno, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública⁶⁰. El resto de las modificaciones o refundiciones se llevarán a cabo por Decreto del Consejo de Gobierno, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública.

La extinción de las agencias se producirá⁶¹:

- a) Por determinación de una ley.
- b) Mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería de adscripción y previo informe de las Consejerías compe-

⁶⁰ Lo que puede suponer en la práctica la deslegalización de las futuras modificaciones o refundiciones de agencias, ya que finalmente los criterios de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público, habrán de estar siempre presentes en una adecuada reorganización del sector público.

⁶¹ La norma que declare la extinción fijará las medidas referidas al personal afectado y determinará el destino, mediante la integración en el patrimonio de la Comunidad Autónoma, de los bienes y derechos que, en su caso, resulten sobrantes de la liquidación de la entidad. Dicho destino final habrá de ser su afectación a servicios de la Administración de la Junta de Andalucía o la adscripción a las entidades que procedan, con lo que la literalidad de la norma parece denegar la posibilidad de que los bienes sean desafectados y pasen a la situación de bienes patrimoniales. Sin embargo, consideramos que esta última interpretación del precepto no puede sostenerse en los casos en que los fines y objetivos de la agencia hayan sido totalmente cumplidos o bien la necesidad del servicio hubiera desaparecido completamente.

tentes en materia de Hacienda y de Administración Pública, en los siguientes casos:

- Por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la ley de creación.
- Por cumplimiento total de los fines de la entidad, de forma que no se justifique la pervivencia de la misma.
- Por la asunción de la totalidad de sus fines y objetivos por los servicios de la Administración de la Junta de Andalucía.

El régimen jurídico del patrimonio de las agencias será el previsto en la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Con carácter general, el régimen de contratación de las agencias será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación estatal de contratos del sector público. No obstante, el régimen de contratación de las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.a) de la LAJA, se regirá por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de los entidades que, siendo poderes adjudicadores, no tienen el carácter de Administraciones Públicas⁶². Los estatutos de la agencia determinarán su órgano de contratación, pudiendo fijar la persona titular de la Consejería a que se halle adscrita la cuantía a partir de la cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos, salvo que dicha autorización corresponda al Consejo de Gobierno.

Las agencias podrán acometer encomiendas de gestión en los términos del artículo 105 de la LAJA y la legislación administrativa general o de contratos del sector público, según sean de aplicación al caso concreto⁶³. Asimismo, podrán enco-

⁶² La Ley Estatal 34/2010, de 5 de agosto, ha determinado que los poderes adjudicadores (incluidas, obviamente las agencias andaluzas) habrán de someter determinados recursos y reclamaciones en materia de contratación (recurso especial en materia de contratación, cuestión de nulidad y reclamaciones de la Ley 31/2007, de 30 de octubre) a un órgano independiente y especializado. Para ello, la Ley crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, al que podrán acudir los poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma, previo Convenio de ésta con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos que se deriven de esta asunción de competencias. No obstante, la Ley da la opción a las Comunidades Autónomas de crear su propio órgano independiente para la resolución de estos procedimientos. Al cierre de esta edición, la Consejería de Hacienda y Administración Pública trabaja en un borrador de anteproyecto de Ley del Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía, órgano al que se le asignarían –de prosperar el texto en su redacción actual– estas competencias en materia de contratación.

⁶³ La Disposición Adicional Quinta del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, declara medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía a las agencias creadas o transformadas de acuerdo con dicho Decreto-Ley, sin perjuicio de que también puedan serlo de otras Administraciones Públicas cuando así se disponga en sus estatutos. De conformidad con el artículo 24.6.3º de la LCSP, las agencias tienen la consideración de medio propio instrumental y servicios técnicos de la Administración de la Junta de Andalucía y de los poderes adjudicadores dependientes de ella, estando obligadas a realizar los trabajos que éstos les

mendar la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de su competencia a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de las agencias será el establecido por el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de aplicación para cada tipo de agencia.

Las agencias están sometidas a un control de eficacia, que será ejercido por la Consejería o, en su caso, por la entidad a la que estén adscritas, al objeto de comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados, sin perjuicio de las competencias atribuidas por el TRLGHP-JA a la Consejería competente en materia de Hacienda.

Los actos dictados por los órganos de las agencias en el ejercicio de potestades administrativas son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la legislación básica estatal de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Los estatutos establecerán los órganos cuyos actos agoten la vía administrativa. Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales, serán resueltas por la agencia, salvo que estatutariamente se asigne la competencia al órgano superior de la Consejería a la que se adscriban. Los actos de gestión, inspección y recaudación de las tasas y demás ingresos de Derecho Público podrán recurrirse en vía económico-administrativa conforme a la normativa de aplicación.

Las agencias se clasifican en los siguientes tipos:

- a) *Agencias administrativas*. Son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo, a las que se atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas. Se rigen por el mismo régimen jurídico de personal, presupuestario,

encomienden en las materias propias de su objeto y fines, de acuerdo con el régimen legal de las encomiendas de gestión establecido por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dichos trabajos podrán realizarse mediante modelos de colaboración público-privada en la financiación. Las agencias no podrán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores dependientes de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

económico-financiero, de control y contabilidad que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía⁶⁴. Para el desarrollo de sus funciones dispondrán de las potestades públicas que tengan expresamente atribuidas por sus estatutos.

Las agencias administrativas se adscriben a una Consejería, a la que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad en los términos previstos en el artículo 63 de la LAJA. Excepcionalmente pueden adscribirse a otra agencia administrativa cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas.

Para la creación de una agencia administrativa deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos⁶⁵:

- La necesidad de dotar al servicio o actividad de que se trate de una especial autonomía de gestión respecto de los órganos de la Consejería a los que se encuentre adscrito.
- La existencia de un patrimonio que por su especial volumen o entidad requiera su gestión a través de una entidad con personalidad jurídica.
- La existencia de un servicio susceptible de financiarse en más de un cincuenta por ciento mediante los ingresos que genere su propia actividad.

La persona titular de la agencia administrativa tendrá atribuidas en materia de gestión de recursos humanos las facultades que le asigne la normativa específica. El personal al servicio de las agencias administrativas será funcionario, laboral o, en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos

⁶⁴ La Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010, señala –quizás innecesariamente o tal vez a mayor abundamiento– que las agencias administrativas tienen la consideración de Administración Pública a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público. La misma situación se predica de los organismos autónomos que subsistan con carácter transitorio al amparo de la Disposición Transitoria Única de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁶⁵ Ya hemos señalado en un trabajo anterior a éste que *la decisión de singularizar un determinado servicio administrativo hasta darle personalidad jurídica propia y distinta como ente instrumental no es más que una determinación de carácter estratégico-político que debe ser suficientemente motivada por el poder ejecutivo, pero que requerirá ineludiblemente el refrendo del Parlamento mediante ley. Con este recordatorio pretendemos insistir en el hecho de que, más allá de la justificación administrativa, finalmente es ese acto formal de la Asamblea legislativa el que santifica la creación de la nueva agencia, dando por buena la decisión auto-organizativa propuesta por el Gobierno en su proyecto de ley*, ya que, de otra forma, cabrían tesis infinitas a favor o en contra de la creación de una determinada agencia. En FERNÁNDEZ LUQUE, J. M.: “El Instituto Andaluz del Deporte, como entidad administrativa con gestión diferenciada sin personalidad jurídica propia, en el ámbito de la Administración Pública deportiva andaluza”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 9, Editorial Comares-Asociación Andaluza de Derecho Deportivo, Granada, 2010. En prensa.

para la Administración de la Junta de Andalucía. No obstante, la ley de creación podrá establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal de la agencia en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal. Las personas titulares de las presidencias, direcciones o asimilados de las agencias administrativas serán nombradas y separadas libremente por el Consejo de Gobierno y tienen la consideración de altos cargos a efectos de la normativa sobre incompatibilidades.

En las agencias administrativas existirá un registro general o un registro de carácter auxiliar, para la entrada y salida de documentos.

El Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a través de los Letrados o Letradas adscritos al mismo, es el órgano directivo encargado de la representación y defensa en juicio de las agencias administrativas de la Junta de Andalucía, así como el asesoramiento en derecho a éstas.

- b) Agencias públicas empresariales. Son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de éstas.

Las agencias públicas empresariales pueden ser, a su vez, de dos tipos⁶⁶:

1. Aquellas que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación (artículo 68.1.a de la LAJA). Se rigen por el 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en el TRLGHPJA y demás disposiciones de general aplicación.
2. Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías y en el marco de la pla-

⁶⁶ Clasificación introducida por el meritado Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio.

nificación y dirección de éstas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado (artículo 68.1.b de la LAJA). Se rigen por el Derecho Administrativo 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en el TRLGHPJA y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

Las agencias públicas empresariales se adscriben a una o varias Consejerías. Excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia cuyo objeto además consista en la coordinación de varias de ellas. Asimismo, se podrán aplicar técnicas de coordinación funcional entre varias agencias públicas empresariales que compartan la misma adscripción orgánica, a través de órganos o unidades horizontales.

Ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, a los efectos de la LAJA, los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral. Será seleccionado mediante convocatoria pública, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Es personal directivo de las agencias públicas empresariales el que ocupa puestos de trabajo determinados como tales en los estatutos, en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas asignadas. Su régimen jurídico será el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa de desarrollo dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía. La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal de las agencias públicas empresariales, requerirán el informe previo y favorable de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda. Estas Consejerías efectuarán, con la periodicidad adecuada, controles específi-

cos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de los recursos humanos, conforme a los criterios previamente establecidos por las mismas.

En el caso de que la agencia pública empresarial deba ejercer funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, estas funciones podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, podrán configurarse en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial. La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, especialmente en relación con el sistema de recursos administrativos, jornada y horario de trabajo, retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y ejercicio de la potestad disciplinaria.

Las agencias públicas empresariales podrán llevar a cabo a través de su personal, cualquiera que sea su forma de vinculación, de forma directa, funciones complementarias y de investigación y auxilio de las potestades públicas atribuidas, entre otras las de autotutela y recuperación del dominio público, sancionadora, expropiatoria, de fe pública y de todas aquellas reservadas a personal funcionario.

Las agencias públicas empresariales⁶⁷ habrán de aportar a la Administración de la Junta de Andalucía la información, manteniéndola constantemente actualizada, en materia de recursos humanos y en materia económico-financiera, que se determina en el Decreto 283/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la adaptación de la información de recursos humanos y económico-financiera de la entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía para su integración, consolidación o agregación con los datos de la Administración

⁶⁷ Así como el resto de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, a excepción de las agencias administrativas.

de la Junta de Andalucía⁶⁸. Estos datos deberán suministrarse a través del Sistema de información de recursos humanos de las entidades instrumentales, así como del Sistema de información económico-financiera de las citadas entidades instrumentales, los cuales se han de definir e implantar por la Consejería competente en materia de Hacienda y Administración Pública.

Como se puede entender de lo ya dicho anteriormente, el régimen de contratación para las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.b) será el establecido para las Administraciones Públicas en la Ley de Contratos del Sector Público. En cambio, el régimen contractual de las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.a) de la LAJA, se regirá por las previsiones contenidas en la LCSP respecto de las entidades que, siendo poderes adjudicadores, no tienen el carácter de Administraciones Públicas. En este sentido, debe recordarse que el Informe número 3/2008, de 21 de abril, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, ya señaló que, con carácter general, las entidades de derecho público que han de someterse al derecho privado (que, por tanto, han de transformarse en agencias públicas empresariales), eran Administración Pública a los efectos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, lo que debe implicar la aplicación completa y con todo su rigor a éstas de la normativa contractual pública⁶⁹. No obstante, la Comisión Consultiva añadía que, en la futura creación de agencias públicas empresariales o en la conversión en este tipo de agencias de las actuales entidades de derecho público del derogado artículo 6.1.b) de la LGHPCA, había de valorarse detenidamente la posible consideración de aquéllas como organismos asimilados a las entidades estatales empresariales y las consecuencias derivadas a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Teniendo a la vista sin duda este Informe, el legislador andaluz señaló en la Disposición Adicional Octava⁷⁰ de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autó-

⁶⁸ Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* núm. 99, de 24 de mayo.

⁶⁹ El citado Informe 3/2008 consideró expresamente Administración Pública a los efectos de la contratación pública a las siguientes entidades: Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir, Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol, Empresa Pública Hospital Poniente de Almería, Empresa Pública Hospital Bajo Guadalquivir, Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, Agencia Andaluza de la Energía, Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, Empresa Pública de Suelo de Andalucía, Ferrocarriles de la Junta de Andalucía, Agencia Pública de Puertos de Andalucía y Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales.

⁷⁰ Téngase en cuenta que intencionadamente la Disposición Final Undécima de la Ley 5/2009, otorga una vigencia temporal limitada al año 2010 a la Disposición Adicional Octava, no concediéndole la pervivencia indefinida que sí predica para sus disposiciones vecinas. Por ello, habremos de entender que las prescrip-

noma de Andalucía para el año 2010, que, a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), tienen la consideración de Administración Pública las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía que subsisten con carácter transitorio al amparo de la Disposición Transitoria Única de la LAJA, que cumplan alguna de las características siguientes⁷¹:

- 1ª. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza, en todo caso sin ánimo de lucro.
- 2ª. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Sin embargo, esta Disposición Adicional Octava guardó intencionado silencio sobre la condición de Administración Pública, a efectos de contratación administrativa, de las agencias públicas empresariales, abriendo pues la posibilidad (apuntada en la conclusión del meritado Informe de la Comisión Consultiva) de que éstas se configuraran como Administración Pública o como poderes adjudicadores del sector público sin consideración de Administración Pública, utilizándose, como vehículo para *aclarar el panorama*, la reforma de la LAJA producida en julio de 2010.

Las agencias públicas empresariales y el resto de entidades de Derecho Público que no tengan la consideración de agencia administrativa o de régimen especial dispondrán de oficinas de registro cuando, de acuerdo con su norma reguladora, tengan atribuido el ejercicio de potestades administrativas que requieran la existencia de dichos órganos. En este supuesto, la Consejería o la agencia a la que esté adscrita la agencia pública empresarial ubicará en sus dependencias los registros auxiliares que se estimen necesarios.

ciones de la adicional octava estarán sujetas a reconsideración anual, en tanto pervivan esas entidades de derecho público sin sufrir la obligatoria adaptación.

⁷¹ Estas características se plasman en la Ley andaluza de manera mimética –como no podía ser de otra forma– de las que definen a determinadas entidades de derecho público como Administración Pública, a efectos de contratación administrativa, en el artículo 3.2.e) de la LCSP.

Salvo que sus leyes específicas establezcan lo contrario, el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio de las agencias públicas empresariales (como ocurre igualmente con las agencias de régimen especial) podrán ser encomendados a los Letrados y Letradas adscritos al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, mediante convenio a suscribir con la Consejería competente en materia de Presidencia, en el que se establezcan las condiciones del ejercicio de dichas funciones.

- c) *Agencias de régimen especial*. Son entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en los artículos 65.1 de la LAJA⁷², siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico. Se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera. En todo caso se rigen por Derecho Administrativo 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en el TRLGHPJA y demás disposiciones de general aplicación.

Se adscriben a la Consejería competente por razón de la materia. Excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia administrativa o de régimen especial cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas.

La actuación de las agencias de régimen especial se producirá con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión (que habrá de aprobar el Consejo de Gobierno), que definirá los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar, así como los siguientes extremos: *a)* Los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos; *b)* Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos por lo que hace a exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y el personal directivo, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral; y *c)* Los demás extremos que se establezcan mediante orden conjunta de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, en la que se determinará, asimismo, el procedimiento de elaboración, contenido y efectos.

⁷² Las actividades predicadas de las agencias administrativas.

En el seno de las agencias de régimen especial se creará una comisión de control, cuya composición se determinará en los estatutos, a la que corresponderá informar sobre la ejecución del contrato de gestión y, en general, sobre todos aquellos aspectos relativos a la gestión económico-financiera que deban conocer los órganos de gobierno de la agencia y que se determinen en los estatutos.

El presupuesto de gastos de las agencias de régimen especial tiene carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas, con excepción de los correspondientes a gastos de personal que en todo caso tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total.

El personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario. Las agencias de régimen especial dispondrán de competencias en materia de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción, provisión de puestos y movilidad de su personal. La oferta de empleo de la agencia se integrará en la correspondiente oferta de empleo público de la Administración de la Junta de Andalucía, y la selección del personal se realizará mediante convocatoria pública, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, respetando la reserva en el acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Las agencias seleccionarán a su personal laboral a través de sus propios órganos de selección. Las convocatorias de selección de personal funcionario se efectuarán por la Consejería a la que se encuentre adscrita la agencia y, excepcionalmente, por la propia agencia, previa autorización, en todo caso, de la Consejería competente en materia de función pública.

Los conceptos retributivos del personal funcionario de las agencias de régimen especial serán los establecidos en la normativa de función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus cuantías se determinarán en el marco del correspondiente contrato de gestión, de conformidad con lo establecido en dicha normativa y en la correspondiente Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Las condiciones retributivas del personal laboral serán las determinadas en el convenio colectivo de aplicación y en el respectivo contrato de trabajo y sus cuantías se fijarán de acuerdo con lo indicado al inicio de este párrafo. La cuantía de la masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral estará en todo caso vinculada al grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de

gestión. Al personal directivo de las agencias de régimen especial y al personal no sujeto a la normativa aplicable en materia de función pública que corresponda les será de aplicación lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 70 de la LAJA (relativo al personal de las agencias públicas empresariales).

Ya hemos dicho que las agencias de régimen especial tienen la consideración de Administración a los efectos de contratación. Sin embargo, la Disposición Adicional Octava de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010, preceptúa que las agencias de régimen especial tienen la consideración de Administración Pública, a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando cumplan alguna de las características recogidas en dicha Disposición Adicional y en la LCSP, de las que hemos dado cumplida cuenta más arriba⁷³.

Las agencias de régimen especial habrán de aportar a la Administración de la Junta de Andalucía la información, en materia de recursos humanos y en materia económico-financiera, que se determina en el Decreto 283/2010, de 4 de mayo, debiendo mantenerla constantemente actualizada.

En las agencias de régimen especial existirá un registro general o un registro de carácter auxiliar, para la entrada y salida de documentos.

La Ley de la Administración de la Junta de Andalucía reconoce expresamente al Instituto Andaluz de Administración Pública como agencia administrativa adscrita a la Consejería competente en materia de Administración Pública de las del artículo 54.2.a) de esa Ley, con personalidad y capacidad jurídica pública y patrimonio propio, a la que corresponden la investigación, el estudio, la información y la difusión de las materias que afecten a la Administración Pública, con especial referencia a las Administraciones Públicas andaluzas, la formación del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y la gestión de las pruebas de selección y los cursos de selección que se le encomienden, así como aquellas otras funciones que reglamentariamente se determinen. El Consejo de Gobierno ha de aprobar los estatutos⁷⁴ que regulen la estructura y funciones del Instituto

⁷³ Lo que podría significar una contradicción entre ambas normas, que habremos de resolver a favor del artículo 62 de la LAJA, el cual señala que todas las agencias son Administración Pública a efectos de contratación del sector público, a excepción, en la redacción dada al precepto por el Decreto-Ley 5/2010, de las públicas empresariales del artículo 68.1.a). Esta preferencia por el precepto de la LAJA se produce tanto porque es una norma posterior en el tiempo como por el hecho de que la Disposición Adicional Octava de la Ley del Presupuesto para 2010 pierde su vigencia el 31 de diciembre de dicho año.

⁷⁴ Aprobados por Decreto 277/2009, de 16 de junio, publicado en el BOJA núm. 131, de 8 de julio.

Andaluz de Administración Pública, debiendo garantizarse la participación de las organizaciones sindicales en los órganos de la agencia competentes en materia de formación y perfeccionamiento del personal.

Asimismo, se autoriza la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley, que se ha de adscribir a la Consejería competente en materia de servicios sociales, para la gestión de los servicios de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia en Andalucía. No obstante, el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, ha definido finalmente esta agencia como pública empresarial del artículo 68.1.b) de la LAJA, dándole la denominación de Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y ampliando notablemente sus fines.

Para finalizar, a modo de **escueto análisis de la actual normativa** analizada, diremos que la clasificación LAJA de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía introduce el término “agencia” en el Derecho Administrativo andaluz, pero no parece que pretenda trasplantar a éste la teoría neo-conservadora de la *agency*, ya que no crea un tipo específico de organismo de derecho público con esa denominación que base su actuación en el control de la gestión pública y la planificación estratégica a medio y largo plazo, mediante objetivos fijados en contratos-programa. Más bien estimamos que el legislador andaluz ha introducido únicamente este término como vocablo unificador de todas las entidades de derecho público, buscando una simplificación organizativa y terminológica (por otro lado necesaria a todas luces) más que la creación de figuras innovadoras. En todo caso, las agencias de régimen especial parecen la mayor novedad en esta profunda reforma⁷⁵.

La normativa estatal, en cambio, sí parece haber entendido más correctamente el concepto de “agencia”, al definirla como una entidad de Derecho Público con una especificidad sobre otros tipos de organismos públicos, marcada por la existencia de un contrato-programa y unos objetivos evaluables. De todas formas, es posible que la Ley Estatal de Agencias también busque, a más largo plazo, la unificación de las entidades instrumentales en el concepto “agencia”, en tanto que su Disposición Adicional Sexta, señala que, con carácter general, a partir de la entrada en

⁷⁵ La reforma del sector público andaluz de julio de 2010 ha ahondado aún más en la idea unificadora bajo la forma jurídica de las “agencias”, al haber hecho desaparecer una serie de importantes entidades instrumentales de carácter privado (sociedades mercantiles y fundaciones) para convertirlas o integrarlas en agencias públicas empresariales o de régimen especial de nuevo o renovado cuño.

vigor de esta Ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales.

Si bien existen puntos de encuentro entre ambas políticas organizativas⁷⁶, queda por ver cuál de las dos tendrá un mayor éxito, lo que habrá de medirse en términos de celeridad y eficacia en la prestación de los servicios públicos, en la economía de recursos y, a ser posible, en la reducción de las estructuras públicas.

II.6. DELIMITACIÓN DE NUESTRO ESTUDIO POSTERIOR

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta lo cambiante del panorama jurídico regulador de las entidades instrumentales de derecho público, a partir de este momento del trabajo centraremos nuestro estudio en las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía que reciben, tradicionalmente y en general, la denominación de *empresas públicas*, si bien entendemos que la Disposición Final Primera de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía y los artículos 2 y 4 del TRLGHPJA, prescriben la desaparición legal del término *empresa* de la clasificación general de la Administración instrumental de la Junta de Andalucía.

Permanece, no obstante, el concepto de *empresa pública*, con un carácter más económico e incluso sociológico que normativo, en las sociedades mercantiles en la mano pública de la Junta de Andalucía creadas específicamente para satisfacer intereses públicos y financiadas por el Presupuesto General de la Junta de Andalucía, las cuales son en su totalidad Sociedades Anónimas, siendo en esta categoría en la que centraremos la continuación de nuestro estudio⁷⁷.

A partir de ahora, este trabajo tendrá por cuestión central el “objeto social” de estos entes, la actividad que genera dicho objeto social, su ineludible relación con el interés público y su eventual concurrencia en el mercado con empresas privadas.

También se incorpora al trabajo un somero estudio sobre la importante reforma del sector público andaluz, aprobada en el mes de julio de 2010.

⁷⁶ Por ejemplo, el intento de aunar diferentes categorías existentes bajo el paraguas del término (formal o material) “agencia”.

⁷⁷ Una vez puestas de manifiesto sobrada y repetidamente sus diferencias, a partir de ahora utilizaremos los términos “empresa pública” y “sociedad mercantil pública” como sinónimos, para una mayor fluidez en nuestra explicación.

III | LAS EMPRESAS PÚBLICAS BAJO LA FORMA DE SOCIEDADES MERCANTILES, PROPIEDAD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

III.1. LA SOCIEDAD MERCANTIL Y LA EMPRESA. DEFINICIONES, REGULACIÓN JURÍDICA Y OBJETO SOCIAL

No podríamos olvidar en ningún momento de nuestro estudio las importantes implicaciones del Derecho privado en esta materia. No en vano la sociedad es una institución civil y mercantil con siglos de historia no sólo doctrinal sino también normativa. Nuestro Código Civil, en su artículo 35, señala que son personas jurídicas⁷⁸ las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada una de sus asociados, rigiéndose por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste (artículo 36). La sociedad se define, en el artículo 1665 Cc, como el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias⁷⁹.

Mucha mayor importancia cuantitativa y cualitativa para el tráfico económico tiene la figura de la **sociedad mercantil**. Así, el Código de Comercio señala, en su artículo 116, que “el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se

⁷⁸ Eliminamos de nuestra atención la figura del empresario persona individual al no tener relevancia desde el punto de vista del objeto final de nuestro estudio: las empresas públicas de la Junta de Andalucía.

⁷⁹ El contrato civil de sociedad se regula en los artículos 1665 a 1708 del Código Civil.

obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”. De esta compañía mercantil se predica el carácter de comerciante en el artículo 1 del C. de C.

Este contrato por el que varias personas físicas (o jurídicas) crean una persona jurídica, con derechos y obligaciones propias distintas de las de sus socios, dirigida hacia el fin u objetivo preestablecido del ánimo de lucro, es una institución clave en el desarrollo económico dentro de la denominada economía de mercado.

La **Sociedad Anónima**⁸⁰ se encuentra regulada en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA). Dicha sociedad tiene siempre, cualquiera que sea su objeto, carácter mercantil, ex artículo 3 TRLSA. Su capital ha de estar dividido en acciones y se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. Las acciones son indivisibles y representan partes alícuotas del capital social. El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda⁸¹. No se autorizarán escrituras de constitución de sociedades anónimas que tengan una cifra de capital social inferior al legalmente establecido para esta forma social, ni escrituras de modificación del capital social que lo dejen reducido por debajo de dicha cifra.

La sociedad anónima se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, adquiriendo con la inscripción su personalidad jurídica. La inscripción de la sociedad se publicará en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. En la escritura de constitución de la sociedad se expresarán: a) Los nombres, apellidos y edad de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas y, en ambos casos, la

⁸⁰ No son, como se conoce, las Sociedades Anónimas las únicas sociedades mercantiles existentes. El artículo 122 del Código de Comercio dice que *por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes:*

1. La regular colectiva.
2. La comanditaria, simple o por acciones.
3. La anónima.
4. La de responsabilidad limitada.

Tratando nuestro trabajo de las sociedades mercantiles en la mano pública de la Junta de Andalucía creadas específicamente para satisfacer intereses públicos y financiadas por el Presupuesto General de la Junta de Andalucía, las cuales son en su totalidad (como hemos dicho) Sociedades Anónimas, tomaremos preferentemente las referencias legales necesarias del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁸¹ Se entiende que hoy día la cantidad límite actual es de 60.101,21 euros y que la expresión del capital social se hará obligatoriamente en esta moneda.

nacionalidad y el domicilio; b) La voluntad de aquéllos de fundar una sociedad anónima; c) El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título en que lo haga y el número de acciones atribuidas en pago; d) La cuantía total, al menos, aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida; e) Los *estatutos*⁸² que han de regir el funcionamiento de la sociedad; y f) Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio, así como las mismas circunstancias, en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad.

Los órganos de la sociedad anónima que fija la Ley son:

- La *Junta General*. Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general. Las juntas generales podrán ser ordinarias o extraordinarias y habrán de ser convocadas por los administradores de la sociedad.
- Los *administradores*, cuyo nombramiento y la determinación de su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general, la cual podrá, además, en defecto de disposición estatutaria, fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación. Para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista, a menos que los estatutos dispongan lo contrario. Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que deberá ser igual para todos ellos, no pudiendo exceder de seis años. El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior. Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.
- El *Consejo de Administración*. Cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración. La

⁸² El contenido mínimo de los Estatutos sociales se fija en el artículo 9 TRLSA.

elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. El Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, que deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento.

La sociedad anónima se disolverá: 1º. Por acuerdo de la junta general, adoptado con arreglo al artículo 103 TRLSA; 2º. Por cumplimiento del término fijado en los estatutos; 3º. Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto, por la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento; 4º. Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁸³; 5º. Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal; 6º. Por la fusión o escisión total de la sociedad⁸⁴; 7º. Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

La disolución de la sociedad abre el período de liquidación. Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones recogidas en el artículo 272 TRLSA.

Será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el Capítulo XI de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 marzo). Dicha Ley señala que se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (anónima) la constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica; o la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

⁸³ La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el Capítulo II del Título V de la Ley Concursal.

⁸⁴ El artículo 260.1.6º TRLSA ha quedado derogado. Véase la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 82, de 4 de abril.

La constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (anónima), la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único. En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.

En la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (anónima) el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos de los señalados anteriormente que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley. Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos arriba referidos, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos.

Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

Con las afirmaciones recogidas en este apartado, consideramos que hemos realizado un resumen suficiente de la información básica que nos proporciona la legislación mercantil sobre los conceptos de contrato de sociedad y sociedad anónima. Sin embargo, estos conceptos jurídicos –como otros más arcaicos como los

de *compañía* o *comerciante*— quedan superados por una acepción multidisciplinar, como es la idea de **empresa**. Según la concepción tradicional de GARRIGUES, “económicamente, la empresa es organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada” o, en el mismo sentido aunque de forma mucho más simple, el “conjunto de bienes (cosas, derechos, actividades) organizados por el comerciante con fines de lucro”. Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, la definición se hace más compleja por la enorme diversidad de elementos y actividades que inciden directa o indirectamente sobre la organización empresarial, lo que acaba retrotrayendo casi inevitablemente a la definición económica. Para GARRIGUES es un conjunto organizado de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho de valor económico, donde interactúan las actividades de la empresa, su patrimonio, la propiedad comercial, industrial, literaria, artística y otros derechos, cosas corporales, las mercaderías y el dinero. Y es la organización, basada en el esfuerzo de sus elementos humanos, la que convierte a la empresa en algo más que la simple agregación de estas cosas, produciendo una sinergia exponencial para constituir un ente poliédrico de radicales consecuencias en la economía.

De este modo, la empresa se constituye como un concepto eminentemente económico que, en un primer momento, fue trasladado al Derecho en el ámbito mercantil aunque la creciente complejidad de la regulación de las relaciones humanas haya obligado a la intervención de otros ámbitos del Derecho (laboral, fiscal, administrativo, etc.) para disciplinar aspectos diversos de su realidad⁸⁵.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ⁸⁶ incluso hace referencia a la persistente actitud pesimista ante el intento de construcción de un concepto jurídico unitario e integrador de la empresa y contrapone a la doctrina atomista, que considera que aquélla sólo puede considerarse descompuesta en la diversidad de grupos de sus elementos integrantes con regulaciones jurídicas sectoriales variadas, a quienes, al menos, consideran a la empresa como unidad funcional objeto y sujeto de tráfico jurídico. Recoge JIMÉNEZ SÁNCHEZ también el concepto económico de empresa, como “organización de factores productivos (capital y trabajo) para la produc-

⁸⁵ Lo que ha dado lugar al denominado *Derecho de la empresa*. Como ya decía GARRIGUES, *todavía no ha nacido el verdadero Derecho de la empresa y cuando nazca probablemente no será íntegramente Derecho mercantil porque abarcará parcelas de diversas disciplinas jurídicas* (el subrayado es mío). En GARRIGUES, J. y BERCOVITZ, A., “Curso de Derecho Mercantil”, 7ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982. FERRARA es mucho más audaz al señalar que *falta, pues, en nuestro Derecho una concepción legal unitaria de la empresa, quizá porque ésta es una organización y las organizaciones son refractarias al Derecho*.

⁸⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (Coord.): “Lecciones de Derecho Mercantil”, 7ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

ción e intermediación de bienes y servicios en el mercado”, al que considera estéril e irrelevante desde el punto de vista jurídico, para acabar exponiendo una noción amplia de empresa –heredera, en cierto modo, de la concepción de GARRIGUES⁸⁷– desde un punto de vista estrictamente jurídico patrimonial, la cual sería “una específica modalidad de *riqueza* productiva, constitutiva de un bien o *valor patrimonial de explotación*, resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, poderes y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil”. Obsérvese el dato –de capital importancia para nuestro estudio– de que el profesor JIMÉNEZ SÁNCHEZ ha evitado nombrar expresamente la nota característica del *fin o ánimo de lucro*⁸⁸, centrando ahora el concepto de *riqueza* en la propia empresa y no en sus frutos económicos.

En cuanto a la correcta identificación del concepto de **objeto social**, GARRIGUES distingue tres aspectos distintos de aquél:

1. El **objeto del contrato de sociedad**: entendido tal como el objeto de cualquier otro contrato, esto es, los derechos y obligaciones de los socios, en tanto que participantes en el acuerdo, que nacen del propio consentimiento expresado libremente por éstos. En el caso del contrato de sociedad, los derechos y obligaciones nacen frente al resto de los acordantes (socios) y frente a la nueva sociedad que se crea que, al poseer personalidad jurídica propia y generalmente plena, se convierte en sujeto de derechos y deberes *ex contractum*.

De esta manera, el Código Civil señala, al tratar de los requisitos de los contratos en el artículo 1261, que *no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes; 2º Objeto cierto que sea materia del contrato; y 3º Causa de la obligación que se establezca*. Se predica la nulidad radical de los contratos que no incluyan estos elementos esenciales, lo que debe entenderse aplicable al contrato de sociedad.

2. El **objeto de las obligaciones de los socios**, que son las aportaciones materiales y/o trabajo de los socios, traídos a la sociedad. No hay sociedad sin aportación de bienes, derechos, industria o trabajo, o al menos sin el compromiso

⁸⁷ A la que podríamos definir como la “teoría de la empresa como un *totum sed nec revolutum*”.

⁸⁸ Sin perjuicio de la referencia al *establecimiento mercantil*, que puede traernos las reminiscencias de la obtención de lucro incluidas en la definición de compañía mercantil del artículo 116 C. de C.

jurídicamente exigible al socio por parte de la sociedad de la efectividad de su aportación. Cualquier bien corporal o incorporal transmisible y que suponga un incremento de patrimonio para la sociedad es susceptible de ser una aportación. El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 26 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), señala (artículo 36. *Objeto y título de la aportación*) que, para estas sociedades, sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, pudiendo ser estas aportaciones dinerarias o no dinerarias. Toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo. En el caso de las sociedades anónimas, en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante, en los estatutos sociales podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, sin que puedan integrar el capital de la sociedad.

La contraprestación al cumplimiento de la aportación a la sociedad es la participación en la propiedad de ésta de la persona –física o jurídica– en cuestión, la cual tiene su manifestación física en las acciones o participaciones, auténticos títulos-valores generalmente enajenables que representan partes alícuotas del capital social (y correlativamente de la propiedad de la empresa) y que dan derecho al que los detenta a recibir la correspondiente participación en los beneficios sociales. Dentro del contenido mínimo de los Estatutos sociales el artículo 9 TRLSA obliga a hacer constar (letra g) *el número de acciones en que estuviera dividido el capital social; su valor nominal; su clase y serie, si existieren varias, con exacta expresión del valor nominal, número de acciones y derechos de cada una de las clases; el importe efectivamente desembolsado; y si están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.*

3. El **objeto de la sociedad misma** como persona jurídica: que ha de identificarse con la finalidad de la empresa societaria, con el ámbito de actividad económica, profesional, industrial y/o comercial en el que va a ejercer su actividad la empresa. Centrándonos en una consideración estricta del objeto de la sociedad mercantil, nos encontramos con la definición de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, para el que se trata de la “actividad que la sociedad va a desarrollar mediante la organización creada”. Dicho objeto ha de ser posible y lícito.

Éste último es el concepto de objeto social que realmente interesa a nuestro estudio.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 9) fija que en los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar obligatoriamente, entre otros aspectos, el objeto social, determinando las actividades que lo integran. No es necesario que el objeto social sea uno solo ni tiene por qué estar encuadrado en una única rama o materia de la actividad económica. La dedicación de la sociedad puede dirigirse a actividades diversas, siendo exigible, eso sí, que todas ellas estén reflejadas en los Estatutos de forma precisa y determinada.

A lo largo del texto del TRLSA, la cuestión del objeto social se alza de manera especialmente relevante para el devenir societario y para el mantenimiento del contrato de sociedad, con referencias como pueden ser las siguientes:

- Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse (artículo 34) por una serie de causas tasadas, entre las que se encuentra la relativa a que el objeto social resultare ilícito o contrario al orden público; o no expresarse en la escritura de constitución o en los Estatutos sociales determinadas cuestiones básicas como el objeto social.
- La representación de la sociedad –a través de representantes, como apoderados o administradores–, se extenderá (artículo 129) a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos.
- Cuando la modificación de los Estatutos sociales consista en la sustitución del objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán el derecho de separarse de la sociedad (artículo 147). Además, cualquier modificación del objeto social se anunciará en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas, sin cuya publicidad no podrá inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 150).
- La sociedad anónima se disolverá (artículo 260) por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

Puestos de manifiesto los aspectos generales aplicables a las sociedades mercantiles (y específicamente a las sociedades anónimas) y a su consideración como empresas, a partir de este momento nos centraremos en el ámbito de la empresa pública que revista forma societaria, perteneciente a la Junta de Andalucía, pasando posteriormente a exponer sus especialidades desde el punto de vista del objeto social.

III.2. LA EMPRESA PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

III.2.1. Regulación constitucional y estatutaria

Aunque la utilización de entes públicos nacidos a imagen y semejanza de las sociedades privadas es antigua en el tiempo y, en muchas ocasiones, anterior a la instauración de una verdadera organización administrativa territorial, consideramos que debemos comenzar por plantear la cuestión de la *empresa pública* a partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, en tanto que marcó un antes y un después en la consideración de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la Economía.

De esta manera, cuando la doctrina analiza los preceptos de la Norma Suprema sobre este tema, encontramos que la discusión político-doctrinal sobre la posibilidad de existencia de empresas públicas, su ámbito de actuación y su incidencia en el plano económico nacional no es más que un reflejo de otra pugna mayor sobre dos modelos antagónicos de entender la Economía –y, en gran medida, la sociedad– que chocaron en el momento de redactar la Constitución para acabar confluyendo en el denominado *consenso* constitucional. De un lado, la economía de mercado o capitalismo, que pone el énfasis en la necesidad de dejar que los agentes económicos privados se encuentren de manera libre (o lo más libre posible) en el mercado, cuya “mano invisible” regulará las relaciones entre éstos y provocará la creación y reparto de la riqueza. De otra parte, la economía planificada o socialismo, en contraposición y respuesta a la anterior, defendía el control de los recursos en su conjunto por los poderes públicos, mediante una planificación absoluta de la Economía de la nación. Ambas concepciones, tras décadas de confrontación teórica y material⁸⁹ en los que se demostró imposible llevar a la práctica cualquiera de los dos sistemas en su versión más íntegra, fueron aceptando y recibiendo figuras, mecanismos e instituciones de la antagónica, convirtiendo los sistemas económicos nacionales en híbridos en los que predominaba una de las dos ideologías, mediatizada por la influencia de la contraria.

En los países europeos occidentales la influencia de las posturas socialistas fue provocando, ya en la última parte del siglo XIX, la inclusión de medidas reguladoras de determinadas situaciones dañinas que provocaba la libertad absoluta de mercado, a través de las cuales el poder público fijaba unos mínimos legales inalienables. De especial incidencia fueron estas limitaciones normativas en el ám-

⁸⁹ Que conllevó no poco sufrimiento a los ciudadanos que, en determinados momentos históricos, hubieron de sufrir sus excesos.

bito de las relaciones laborales⁹⁰. En el periodo de entreguerras y especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, en Europa Occidental se abre camino –conceptual y constitucional– el denominado *Estado Social*⁹¹. Con esta denominación se define doctrinal y normativamente al Estado que, considerando como asumibles un buen número de avances sociales propugnados por la concepción socialista, se plantea decididamente una intervención en el mercado, en la economía, en la sociedad en su conjunto, mediante dos mecanismos conjugables:

- El más decimonónico de la regulación de determinados aspectos de la vida social y económica que, hasta ese momento, habían sido dejados a la libertad de actuación de los particulares. La nueva connotación de esta regulación normativa, a partir de este momento histórico, es su tremenda expansión en todas direcciones, provocando una legislación especial que, con el paso de los años, se ha vuelto prácticamente inabarcable por su tamaño y mutabilidad.
- Junto a esta regulación, aparece el mecanismo de la intervención directa en la Economía, conjugando la actuación pública con la privada e incluso reservando importantes sectores económicos a la iniciativa pública, excluyendo expresamente a los privados⁹².

Así el artículo 38 (*Libertad de empresa*) de la Constitución reconoce la libertad de empresa⁹³ en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos han de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Como puede verse, junto con la consagración de la libertad de empresa y de la economía de mercado como bases del sistema, en el precepto se introducen mecanismos de intervención pública como límites de ambas. Estos instrumentos socializantes se concretan y desarrollan en el Título VII (*Economía y Hacienda*) de la Constitución, incluyéndose aquí, en el artículo 128.2, la afirmación de que *se reconoce la iniciati-*

⁹⁰ Aunque también otros ámbitos económicos y sociales fueron *tocados* por estas normas. Recuérdese en España la Ley de Represión de la Usura, de 23 de junio de 1908.

⁹¹ Este importantísimo avance, tanto teórico como político, es atribuido por muchos autores a la sensación de amenaza (no sólo interna, sino externa) que representaba para los países democráticos occidentales la Unión Soviética y, tras la Segunda Guerra Mundial, el potente bloque soviético.

⁹² Son los denominados *monopolios públicos*, en franca retirada en sectores industriales o comerciales, en buena parte como exigencia del principio de libre competencia recogido y confirmado por los Tratados constitutivos y modificativos de la Unión Europea.

⁹³ Como derecho no fundamental y, por tanto, sin los mecanismos jurisdiccionales específicos de protección de los derechos fundamentales.

va pública en la actividad económica. Ésta parece ser la habilitación constitucional que permite desarrollar a los poderes públicos todo un entramado de sociedades mercantiles con objeto público, que, en la mayor parte de las ocasiones, prestan servicios o realizan actividades que bien podrían ser llevadas a cabo directamente por el sector privado⁹⁴. Además, lo cierto es que, obviando la trasnochada figura del monopolio, la existencia de estas empresas públicas puede provocar *de facto*, en determinadas ocasiones, la exclusión de la iniciativa privada del ámbito de la actividad económica cubierto por estas sociedades, al monopolizar éstas los contratos públicos que pudieran surgir en esa materia⁹⁵.

El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007⁹⁶ señala, en su artículo 158 (*Entes instrumentales*)⁹⁷, que *la Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia*, corroborando en el ámbito de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma la habilitación suprallegal necesaria para desarrollar toda una organización pseudo-empresarial prestadora de servicios públicos y en muchas ocasiones privados, que convive con la estructura de la Administración territorial tradicional. El artículo 106 del Estatuto incluye, entre las funciones del Parlamento de Andalucía, el control de las empresas públicas andaluzas, lo que obviamente se entiende como una facultad de supervisión e inspección de éstas al entenderlas como apéndice –más o menos extremo– del poder ejecutivo y de la Administración, pero en ningún caso como una facultad de dirección de dichas empresas públicas. Las facultades de dirección corresponden generalmente –como ahora veremos– a ese poder ejecutivo a través de la Consejería de la que depende la empresa pública en cuestión y, más lejanamente, al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

⁹⁴ Desde la promulgación de la Constitución, muchos autores han insistido en la necesidad de un Estatuto de la Empresa Pública, en el que se recoja legislativamente, entre otros temas, su compatibilidad con la iniciativa privada. Uno de los primeros, DE JUAN ASENJO llega incluso a dar el enunciado del precepto: *Se reconoce el principio de compatibilidad entre la iniciativa empresarial pública y privada en el ámbito económico no publicado*. DE JUAN ASENJO, O.: “Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la Constitución Española de 1978-Del principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad”, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1979.

⁹⁵ Lo que está provocando, en ocasiones, la reacción de las patronales privadas, como es el caso del procedimiento judicial iniciado por la *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* contra la empresa estatal *Transformación Agraria, S.A. (Tragsa)*, controversia sobre la que se han pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, y posteriormente el mismo Tribunal Supremo.

⁹⁶ Aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

⁹⁷ Incluido en el Título VI, denominado *Economía, Empleo y Hacienda*.

Al entramado normativo que regula las sociedades públicas andaluzas, dedicamos el siguiente punto de nuestro trabajo.

III.2.2. La empresa pública de la Junta de Andalucía

Las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía se regulan en la Sección 1ª del Capítulo III del Título III de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), y en el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (TRLGHPJA). Asimismo, la Ley anual de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía incluye, ejercicio tras ejercicio, distintas previsiones con respecto a las empresas públicas y específicamente a las sociedades mercantiles del sector público andaluz.

Dentro de la clasificación de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía encontramos a las sociedades mercantiles del sector público andaluz que, junto con las fundaciones, constituyen la categoría de las entidades instrumentales privadas. Tienen la consideración de sociedades mercantiles del sector público andaluz las previstas en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y en la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Según el citado Texto Refundido, tendrán la consideración de sociedades mercantiles del sector público andaluz aquéllas en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás entidades de derecho público. El artículo 4.2 del TRLGHPJA señala que las sociedades mercantiles del sector público andaluz se regirán por el Texto Refundido, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por las disposiciones de desarrollo de las mismas; así como por su normativa específica y por las normas de Derecho civil, mercantil y laboral que les resulten de aplicación.

La Administración de la Junta de Andalucía puede **constituir** sociedades mercantiles directamente o a través de sus Agencias⁹⁸, como única accionista o en

⁹⁸ Así el apartado primero del artículo 57 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía señala que el contenido de los estatutos de cualquier tipo de agencia incluirá en todo caso los siguientes extremos:... f) La facultad de creación o participación de sociedades mercantiles cuando sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

colaboración con otras Administraciones Públicas u otras entidades públicas o privadas⁹⁹.

Corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación de sociedades mercantiles del sector público andaluz, en los términos y condiciones previstos en la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁰⁰. El Acuerdo del Consejo de Gobierno de autorización para la creación de las sociedades mercantiles del sector público andaluz constituye un acto que deberá ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* y que habrá de especificar como contenido mínimo obligatorio:

- a) Denominación.
- b) Forma jurídica de la sociedad.
- c) Descripción de las actividades que integran el objeto social.
- d) Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.
- e) Participación de la Administración en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.
- f) Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.
- g) Consejería o agencia de adscripción.

El acuerdo de autorización debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias.

⁹⁹ La colaboración entre la Junta de Andalucía y otras entidades, que propicia la creación de organizaciones personificadas en interés general, aparece recogida en el artículo 12 (*Organizaciones personificadas de gestión*) de la LAJA. Su apartado primero señala: *La Administración de la Junta de Andalucía podrá constituir con otras Administraciones Públicas y otras entidades públicas o privadas organizaciones personificadas de gestión para la consecución de finalidades de interés común, que pueden adoptar la forma de consorcios o de sociedades mercantiles.*

¹⁰⁰ El artículo 82 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma, en su redacción dada por el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, señala:

1. *Se requerirá autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería competente por razón del objeto de la entidad y previo informe de las Consejerías con competencias en materia de Economía y de Hacienda, para la creación de entidades privadas, así como para la adquisición de acciones o participaciones en las mismas, cuando con ello la Comunidad Autónoma de Andalucía pase a constituirse en partícipe mayoritario directa o indirectamente.*
- Se requerirá autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía, con comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda, para la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado.*
2. *Cuando los mismos actos se lleven a cabo por entidades dependientes de la Comunidad Autónoma, será de aplicación lo establecido en el apartado anterior; si bien la competencia para autorizar gastos corresponderá al órgano que la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía establezca.*
3. *Las adquisiciones referidas en este precepto se harán en Bolsa siempre que fuera posible.*

Las sociedades mercantiles del sector público andaluz tienen **personalidad jurídica privada**, por lo que en ningún caso pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad ni ejercer potestades administrativas. Su objeto ha de consistir en la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia. Su actividad residirá en la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas, no pudiendo ejercer en ningún caso potestades administrativas.

Salvo que sus leyes específicas establezcan lo contrario, el **asesoramiento jurídico** y la representación y defensa en juicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz podrán ser encomendados a los Letrados y Letradas adscritos al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, mediante convenio a suscribir con la Consejería competente en materia de Presidencia, en el que se establezcan las condiciones del ejercicio de dichas funciones.

El **personal** al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Las retribuciones de este personal se fijan en Convenio Colectivo separado de otros acuerdos en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, como pueden ser el Acuerdo de condiciones de trabajo para personal funcionario o el Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía. No obstante, con carácter previo al comienzo de negociaciones relativas a retribuciones y demás mejoras de las condiciones de trabajo que impliquen modificaciones retributivas del personal, la sociedad pública deberá solicitar, a través del órgano competente en materia de personal, informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública sobre los componentes retributivos así como sobre los parámetros que permitan valorar la incidencia financiera de las actuaciones en las que debe enmarcarse la negociación. Este informe se emitirá en un plazo de quince días, a contar desde la recepción del proyecto con su valoración. Asimismo, con anterioridad a la formalización y firma de los acuerdos, se remitirá a la Consejería de Hacienda y Administración Pública el correspondiente proyecto, acompañado de la valoración de todos sus aspectos económicos y, en su caso, repercusión en ejercicios futuros, a fin de que por la misma se emita informe vinculante, que versará sobre todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, e, igualmente, sobre su adecuación al informe emitido con carácter previo a la negociación. Este segundo informe se emitirá también en

un plazo de quince días, a contar desde la recepción del proyecto con su valoración, y, en cualquier caso, con carácter previo a su consideración por el órgano decisorio de la entidad de que se trate. Serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión de los citados informes, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras Leyes del Presupuesto.

La determinación y modificación de las retribuciones del personal de alta dirección de las empresas de la Junta de Andalucía serán autorizadas por la persona titular de la Consejería a que se encuentren adscritas las mismas, y habrán de contar con un informe previo favorable de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. El personal que ejerce estas funciones de alta dirección no podrá percibir una retribución íntegra anual, por todos los conceptos dinerarios o en especie, incluida la productividad y cualquier otro incentivo o concepto, superior a la fijada para la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía en la Ley anual del Presupuesto¹⁰¹, sin perjuicio de la retribución por antigüedad que pudiera corresponderles de acuerdo con la normativa vigente.

Respecto a las indemnizaciones que pudiesen corresponderles por extinción del contrato, se estará a las cuantías que se establecen en defecto de pacto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En ningún caso, las cuantías de las indemnizaciones podrán ser pactadas libremente por las empresas y los órganos de dirección.

Según la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2010, las retribuciones de las personas titulares de la Presidencia, Vicepresidencia y, en su caso, de las Direcciones Generales o Direcciones Gerencia y asimilados cuando les corresponda el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel, de las sociedades mercantiles del sector público andaluz, seguirán siendo las autorizadas para 2009¹⁰².

¹⁰¹ Con las excepciones señaladas en el artículo 17.3 de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2010. La limitación de los emolumentos de los directivos de empresas públicas, ha venido impuesta por una situación de crisis económica generalizada y por un debate a menudo demagógico en ámbitos políticos y de los medios de comunicación. Dicha limitación ha supuesto en la práctica una reducción –en algunos casos, sustancial– de las retribuciones que percibía este personal de alta dirección. La disminución de ingresos ha sido aún mayor con la entrada en vigor del Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz.

¹⁰² Retribuciones que también estuvieron congeladas en 2009. En 2008 experimentaron un incremento global no superior al 2% respecto a las percibidas en el ejercicio 2007. El Decreto-Ley 2/2010, ha supuesto un importante recorte en sus retribuciones.

Los responsables de los órganos unipersonales de gobierno de las sociedades correspondientes al sector público andaluz ceñirán sus indemnizaciones por razón del servicio a las mismas normas que rigen para los altos cargos de la Administración andaluza. Las personas titulares de puestos que compongan equipo de dirección, según los organigramas de las respectivas sociedades, percibirán por los mismos conceptos las indemnizaciones fijadas en los convenios colectivos que resulten de aplicación y, en su defecto, las cantidades fijadas por la Junta de Andalucía para su personal de Administración General.

Quienes por razón del cargo o puesto formen parte de consejos de administración, ejecutivos, rectores o cualesquiera órganos colegiados de sociedades pertenecientes al sector público andaluz, no percibirán retribución alguna, salvo las que legalmente les correspondan por razón del servicio, por su asistencia a cualquiera de dichos órganos, en los términos del artículo 4.3 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos.

Las sociedades mercantiles públicas dependientes de la Junta de Andalucía habrán de aportar la información, en materia de recursos humanos, que se determina en el Decreto 283/2010, de 4 de mayo, debiendo mantenerla constantemente actualizada. Estos datos deberán suministrarse a través del Sistema de información de recursos humanos de las entidades instrumentales, que se ha de definir e implantar por la Consejería competente en materia de Hacienda y Administración Pública.

III.2.3. La financiación de las empresas públicas de la Junta de Andalucía

El artículo 28 de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010, señala que la financiación de la actividad de las sociedades mercantiles del sector público andaluz, con cargo a aportaciones del Presupuesto, podrá realizarse a través de los siguientes instrumentos¹⁰³:

- a) Transferencias de financiación, de explotación o de capital. Se identificarán a favor de la entidad de que se trate, de acuerdo con su naturaleza económico-presupuestaria, mediante una codificación específica en la clasificación econó-

¹⁰³ Consideramos –y no somos los únicos– que este elenco de fuentes de financiación de las sociedades mercantiles públicas y, en general, del sector público andaluz, debería estar recogido en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública, al tratarse de una norma con vocación de permanencia en el tiempo.

mica de los estados de gastos del Presupuesto, y se abonarán en función del calendario de pagos aprobado¹⁰⁴.

- b) Transferencias con asignación nominativa, financiadas con fondos europeos u otras transferencias finalistas. Deberán ir dirigidas a financiar actuaciones contempladas en los programas de actuación, inversión y financiación de las empresas, quedando fuera del ámbito de aplicación del Título VII del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y rigiéndose por la normativa específica que le sea de aplicación a la fuente de financiación de que se trate y por las condiciones fijadas en la resolución administrativa o convenio que las establezca. Supletoriamente, se regirán por las normas reguladoras de las transferencias de financiación, excepto en lo relativo a la modificación de las partidas de gasto en las que se incluyan estas transferencias.
- c) Subvenciones. La concesión de subvenciones a favor de estas entidades a las que se refiere este artículo se realizará de acuerdo con la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de subvenciones. Asimismo, las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía pueden ser consideradas entidades colaboradoras, a fin de que dichas empresas procedan a la entrega y distribución a los beneficiarios de los fondos correspondientes a subvenciones o ayudas del sector público.
- d) Encomiendas de gestión de actuaciones de competencia de las Consejerías, sus agencias administrativas u organismos autónomos, a las que nos referimos extensamente más adelante.
- e) Realización de obras o servicios por administración que les sean encomendados cuando actúen como medio propio de la Administración.
- f) Ejecución de contratos de los que puedan resultar adjudicatarias.
- g) Ingresos que puedan percibir por cualquier otro medio.

¹⁰⁴ Las partidas de gastos en las que se incluyan las transferencias de financiación podrán ser objeto de modificación, de acuerdo con las siguientes reglas: a) Cuando la modificación comporte una alteración que incremente o disminuya en más del 25% del presupuesto de explotación o de capital de la entidad, la modificación presupuestaria deberá acordarla el Consejo de Gobierno; b) En caso contrario, se aplicará el régimen ordinario de competencias en materia de modificaciones presupuestarias; c) El órgano que apruebe la modificación deberá pronunciarse sobre la alteración que la misma provoca en el correspondiente presupuesto de explotación o de capital y en el programa de actuación, inversión y financiación de la entidad.

La administración de los recursos de las empresas de la Comunidad Autónoma corresponde, con carácter general, a las personas titulares de su Presidencia o Dirección¹⁰⁵.

En cuanto al endeudamiento de estas entidades, el artículo 41.2 de la misma Ley 5/2009, dispone que, durante el año 2010, las sociedades mercantiles del sector público andaluz deberán solicitar de la Consejería de Hacienda y Administración Pública autorización previa para concertar operaciones de endeudamiento, cuando de conformidad con la normativa aplicable en materia de estabilidad presupuestaria se clasifiquen dentro del sector de las Administraciones Públicas, y su endeudamiento consolide con el de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El volumen máximo a autorizar para las operaciones de endeudamiento contempladas para las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, cuyo endeudamiento consolide con el de la Comunidad Autónoma, estará dentro de los límites del Programa Anual de Endeudamiento acordado entre la Junta de Andalucía y la Administración General del Estado. Excepcionalmente, cuando existan razones que así lo justifiquen, podrá autorizarse durante el ejercicio un volumen de endeudamiento superior al contemplado en el Programa, si bien al cierre del ejercicio, necesariamente, la deuda viva deberá situarse dentro de dichos límites.

Asimismo, las sociedades mercantiles del sector público deberán remitir a la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública, con carácter trimestral, información relativa a la situación de su endeudamiento.

III.2.4. Las encomiendas de gestión

Dentro del campo de la financiación de las empresas públicas sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía, destacamos, por su importancia cuantitativa (en número y volumen de facturación) y cualitativa (gran importancia y especialización del objeto de los encargos realizados), las encomiendas de gestión a las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía. Establecidas legalmente en

¹⁰⁵ Sobre la responsabilidad de estos gestores, el artículo 108.1 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública señala: *Las autoridades y el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus agencias, instituciones y sociedades mercantiles del sector público andaluz que por dolo, culpa o negligencia graves, ocasionen menoscabo en los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las disposiciones de esta Ley o de las leyes reguladoras del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control aplicables, estarán obligados a la indemnización de daños y perjuicios, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder. La responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria.*

la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, concretan anualmente su regulación en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma.

Como parte fundamental de la actividad de las sociedades mercantiles del sector público, las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a aquellas sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

El capital habrá de ser de titularidad únicamente pública, lo que excluye aquellas sociedades mercantiles del sector público en las que participa el sector privado, siquiera en una participación mínima o simbólica. Sin embargo, no es necesario que la Junta de Andalucía posea, directa o indirectamente (a través de sus agencias) el 100% del accionariado, ya que cabe encomendar la gestión de obras y servicios a empresas públicas en las que sean co-partícipes otras Administraciones.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo¹⁰⁶.

Las sociedades mercantiles del sector público andaluz tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.

Las condiciones anteriormente referidas, y que han sido incluidas en el artículo 106 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, para la celebración de encomiendas de gestión vienen ya impuestas por la normativa de la Unión Europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la legislación estatal. En este sentido, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, va a señalar en su artículo 24 (*Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares*), apartado 6, que a los efectos previstos en este artículo

¹⁰⁶ Dejamos aquí apuntado, por no desviarnos del objeto de nuestro estudio, el fenómeno que indirectamente causa la proliferación de encomiendas de gestión, al sustituir a menudo éstas a auténticos procedimientos administrativos, convirtiendo en relaciones jurídico-privadas lo que anteriormente eran relaciones de carácter público. En nuestra opinión, la principal incidencia negativa de este proceso es la conversión del administrado en cliente, en tanto que esta transformación pueda afectar a las garantías de éste ante el poder público, al pasar de estar protegido por un ordenamiento administrativo muy garantista a un régimen privado o de Derecho de los Consumidores, mucho más laxo y menos exigente para con el prestador de la actividad.

y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios¹⁰⁷, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

A pesar de que materialmente se trataría de un objeto propio de la regulación contractual del sector público, la actividad comercial, industrial, de asesoramiento o de servicios que mantengan las sociedades mercantiles de base pública con su Administración de origen e incluso con otras Administraciones, va a quedar excluida de la normativa de contratación administrativa, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 4 (*Negocios y contratos excluidos*) de la citada Ley de Contratos del Sector Público, que en la letra n) de su apartado primero, señala: *Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:... n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.*

En cambio, el mismo artículo 4.1.n) de la Ley 30/2007, puntualiza que los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio

¹⁰⁷ Precepto que viene a afirmar *a sensu contrario*, sin ningún género de dudas, que estas sociedades mercantiles de base pública pueden participar en régimen de igualdad y competencia con las empresas privadas en licitaciones públicas planteadas por las Administraciones de las que no sean consideradas medio propio. Con ello se suscita el problema de si existe una competencia desleal por parte de las empresas públicas en tanto que están financiadas con dinero público y respaldadas por las Administraciones Públicas de las que son medio propio, mientras que las empresas privadas se enfrentan a las anteriores únicamente con los recursos que hayan generado por sí mismas.

propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a dicha Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título Preliminar de la Ley (que son los contratos sometidos a una regulación armonizada¹⁰⁸), las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121¹⁰⁹, 174¹¹⁰ y 175¹¹¹.

¹⁰⁸ Esto es, los sometidos a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

¹⁰⁹ Artículo 121. Establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos.

1. En 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 211.000 euros, así como en los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104. Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos.

2. En los contratos no incluidos en el ámbito del 121.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.

¹¹⁰ Artículo 174. Adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada.

1. La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el capítulo anterior con las siguientes adaptaciones:

a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

2. Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos.

¹¹¹ Artículo 175. Adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Cabe destacar que el apartado siete del artículo 29 de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010, recalca que *los contratos que deban celebrarse por las entidades que reciban las encomiendas, para la ejecución de las mismas, quedarán sometidos a la legislación de contratos del sector público en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo o cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos por dicha legislación para su sometimiento a regulación armonizada, las entidades de Derecho Privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas que procedan.*

Todo ello es debido a que estas entidades son consideradas como *poderes adjudicadores* según la definición del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, al tratarse de un *organismo de Derecho Público*¹¹², tal como define en dicho precepto, esto es, cualquier organismo: a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) dotado de personalidad jurídica; y c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público¹¹³.

-
- b) *Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado.*
- c) *Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.*

¹¹² No confundir la acepción del término “organismo de derecho público” acuñada por el Derecho Comunitario y que hace referencia a su definición material, en cuanto escarba en la verdadera naturaleza del ente en función de la Administración de la que depende, y el significado de “organismo de derecho público” en Derecho Administrativo español (más formal y derivado del Derecho aplicable a estas entidades), en la que estarían encuadrados los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias públicas, pero nunca las sociedades mercantiles de base pública.

¹¹³ Sobre la relación de dependencia de la empresa pública y la Administración de la que es medio propio, véase el artículo de JOSÉ ORTIZ MALLOL, en ORTIZ MALLOL, J.: “La relación de dependencia de

El Anexo III de la Directiva incluye listas no exhaustivas, por países, de los organismos y de las categorías de organismos de derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) antes transcritos. Además, se fija la obligación de que los Estados miembros notifiquen periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

De la consideración de poder adjudicador de las sociedades mercantiles en mano pública de la Administración andaluza ha dejado constancia el Informe 12/2008, de 22 de julio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre la consideración de Canal Sur Radio, S.A. y Canal Sur Televisión, S.A. a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto a las características de las encomiendas de gestión recogidas en la **Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2010**¹¹⁴, dicha norma señala –ampliando el ámbito subjetivo de los encomendantes establecido por la LAJA– que las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector y que realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía, la realización, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyen su objeto social o fundacional, de los trabajos y actuaciones que precisen, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. Para ello, las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía que cumplan los requisitos anteriormente señalados, tienen la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquella.

En ningún caso podrá ser objeto de encomienda de gestión la contratación de suministros.

las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 163 (enero-abril 2004), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Más recientemente es de obligada consulta, como documento interpretativo de referencia, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007, dimanante de una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Supremo del Reino de España, en relación con el procedimiento que tramitó éste último siendo partes la *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* y *Transformación Agraria, S.A. (Tragsa)*.

¹¹⁴ Es nuestra idea que esta regulación de las encomiendas de gestión debería sacarse de la Ley anual del Presupuesto y trasladarse a una norma con vocación de permanencia en el tiempo, como podría ser el desarrollo legal o reglamentario en Andalucía de la LCSP.

En la encomienda, la entidad encomendada actúa por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o entidad encomendante. Aquella se formaliza mediante resolución¹¹⁵ dictada por la persona competente del organismo encomendante, que deberá incluir los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de su realización, plazo de ejecución, importe, aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto, anualidades e importes de cada una de ellas, persona designada para dirigir la actuación a realizar, y los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad encomendada. Debe justificarse en todo caso la necesidad o conveniencia de realizar los trabajos mediante esta figura.

La determinación del importe de la encomienda se efectuará según la valoración incorporada al correspondiente proyecto o presupuesto técnico en que se definen los trabajos o actuación objeto del encargo, debiendo representar su coste de realización material, pudiendo imputarse gastos generales y corporativos de las entidades encomendadas hasta un máximo de un 6% de dicho coste.

No obstante lo anterior, se aplicarán tarifas aprobadas por la Administración para la determinación del importe de encomienda o para presupuestar las actuaciones que la compongan, en el caso de entidades que, de acuerdo con su régimen jurídico, las tengan establecidas. Las tarifas y precios que las entidades apliquen en las encomiendas de gestión serán autorizados por la persona titular de la Consejería, agencia o entidad que realice la misma, salvo que estuvieran ya aprobados, con carácter general, por la persona titular de la Consejería a la que estén adscritas.

La resolución de encomienda se comunicará formalmente a la entidad que la reciba, a la que también le será facilitado el proyecto o presupuesto técnico correspondiente, así como, en su caso, el programa de los trabajos o actuaciones a realizar. La comunicación encargando una actuación supondrá la orden para iniciarla.

Las entidades que reciban las encomiendas realizarán sus actuaciones conforme al documento de definición que la entidad ordenante les facilite y siguiendo las indicaciones de la persona designada para dirigir cada actuación, la cual podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto de la encomienda y, especialmente, verificar la correcta ejecución de los contratos que para el cumplimiento de dicha finalidad se concierten.

¹¹⁵ La encomienda de gestión se registrará en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la apruebe y establezca.

El pago del importe de los trabajos realizados se efectuará con la periodicidad establecida en la resolución por la que se ordene la encomienda y conforme a la actuación efectivamente realizada, una vez expedida certificación de conformidad por la persona designada para dirigir la actuación y se apruebe la misma y/o el documento que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate. También se deberán acreditar los costes reales incurridos en la realización de la actuación, bien mediante la relación detallada y certificada de las facturas que deba abonar la entidad instrumental, bien mediante el análisis de costes imputados directamente a la misma, excepto cuando se aplique el régimen de tarifas antes referido, en cuyo caso bastará certificación en la que conste la aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados¹¹⁶. No obstante, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el órgano competente para efectuar la encomienda de gestión, éste podrá autorizar pagos en concepto de anticipo, cuya cuantía no deberá superar, con carácter general, el límite del 50% del importe total del encargo, debiendo quedar justificado el anticipo antes de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución de la encomienda y, en todo caso, con anterioridad al último pago que proceda. En las encomiendas de gestión que tengan por objeto la ejecución de contratos de obra, sólo podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad.

Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el encargo, deberá acordarse mediante resolución, sobre la base de la propuesta técnica de la persona designada para dirigir la actuación, integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren dicha modificación.

Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución de la encomienda sobre lo previsto al iniciarse el expediente, modificaciones en la misma o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en la resolución en que se formalizó la encomienda y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos y actuaciones exija, la persona titular de la Consejería o de la presidencia o dirección de la agencia o entidad ordenante que efectuó el encargo procederá a reajustar las anualidades, siempre que lo permitan los créditos presupuestarios. En las encomiendas de gestión que cuenten con programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión, para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado por el órgano ordenante el nuevo programa de trabajo resultante.

¹¹⁶ En el caso de actuaciones financiadas con fondos procedentes de la Unión Europea, deberá asegurarse la posibilidad de subvencionar estos gastos de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

Las actuaciones que se realicen en virtud de las encomiendas serán de la titularidad de la Junta de Andalucía, adscribiéndose, en aquellos casos en que sea necesario, a la Consejería, agencia o entidad ordenante de su realización.

III.2.5. El presupuesto de las empresas públicas de la Junta de Andalucía

Según lo dispuesto en el artículo 31 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, el Presupuesto de la Junta de Andalucía constituye la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la Junta de Andalucía, sus agencias administrativas y sus instituciones y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como de las estimaciones de gastos e ingresos a realizar por las agencias públicas empresariales y de régimen especial, por las sociedades mercantiles del sector público andaluz, por la dotación para operaciones financieras de los fondos regulados en el artículo 5.3 de dicho Texto Refundido; así como por los consorcios, fundaciones y otras entidades que perciban transferencias de financiación y expresamente se prevean en la Ley del Presupuesto. El Presupuesto será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos de la Junta de Andalucía y demás entidades referidas en el artículo 31.

El Presupuesto habrá de contener los Presupuestos de explotación y de capital de las sociedades mercantiles del sector público andaluz participadas directamente. En el caso de sociedades mercantiles del sector público andaluz participadas indirectamente, los Presupuestos de explotación y capital se presentarán de forma consolidada. Para ello, éstos se remitirán por las sociedades mercantiles del sector público andaluz a la Consejería competente en materia de Hacienda por conducto de la Consejería de que dependan, antes del día 1 de julio de cada año, acompañados de una memoria explicativa de su contenido y de la liquidación del Presupuesto del ejercicio inmediato anterior.

Las empresas públicas sociedades mercantiles del sector público andaluz han de elaborar asimismo, antes del 1 de julio de cada año, un programa anual de actuación, inversión y financiación (PAIF) correspondiente al ejercicio siguiente, complementado con una memoria explicativa del contenido del programa y de las principales modificaciones que presente en relación con el que se halle en vigor. Estos programas se someterán al Acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda, junto con el anteproyecto de Ley del Presupuesto de la Junta de Andalucía.

El programa de actuación, inversión y financiación (PAIF) habrá de responder a las previsiones plurianuales oportunamente elaboradas, y deberá tener el siguiente contenido:

- a) Un estado en el que se recogerán las inversiones reales y financieras a efectuar durante su ejercicio.
- b) Un estado en el que se especificarán las aportaciones de la Junta o de sus agencias administrativas partícipes en el capital de las mismas, así como las demás fuentes de financiación de sus inversiones.
- c) La expresión de los objetivos que se alcanzarán en el ejercicio, y, entre ellos, las rentas que se esperan generar.
- d) Una memoria de la evaluación económica de la inversión o inversiones que vayan a iniciarse en el ejercicio.

Según el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, la estructura básica del PAIF, del presupuesto de explotación y del presupuesto de capital, se establecerá por la Consejería competente en materia de Hacienda, y se desarrollarán por cada empresa de acuerdo con sus necesidades.

Una vez aprobado el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de cada ejercicio, durante el mes inmediato siguiente a dicha aprobación, las sociedades mercantiles públicas procederán, en su caso, a ajustar los Presupuestos de explotación y de capital así como los programas. Realizados los ajustes se remitirán a la Consejería competente en materia de Hacienda a efectos de su publicación mediante Orden de la persona titular de dicha Consejería, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sin perjuicio de otras competencias, el control de eficacia del correspondiente programa se efectuará por la Consejería de que dependa directamente la sociedad mercantil, conjuntamente con la Consejería competente en materia de Hacienda en la forma que reglamentariamente se establezca.

III.2.6. El control financiero y la contabilidad de las empresas públicas de la Junta de Andalucía

El control de carácter financiero de las empresas de la Junta de Andalucía tiene por objeto comprobar el funcionamiento económico-financiero de éstas. Este control habrá de efectuarse mediante procedimientos y técnicas de auditoría. Dicho control se referirá tanto a la total actuación del ente, como a aquellas opera-

ciones individualizadas y concretas que por sus características, importancia o repercusión puedan afectar al desenvolvimiento económico-financiero del mismo.

Asimismo, dicho control financiero se ejerce sobre las sociedades mercantiles y empresas de la Junta de Andalucía por razón de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas concedidas por la Junta o por sus agencias. En estos casos, el control tendrá por objeto determinar la situación económico-financiera de la entidad y la inspección de las inversiones realizadas con créditos avalados por la Tesorería de la Junta y/o de las ayudas concedidas por ésta.

Este control financiero podrá realizarse, siguiendo las directrices de la Intervención General¹¹⁷ de la Junta de Andalucía, en los plazos o períodos que la trascendencia de la operación u operaciones a controlar y del ente sujeto al mismo hagan aconsejable. Cuando la importancia de las operaciones individualizadas y concretas así lo aconseje, el control financiero podrá ejercerse, total o parcialmente, antes de que tales operaciones se formalicen o conciertan.

Las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía podrán ser sometidas a control financiero permanente, para lo cual es necesario Acuerdo del Consejo de Gobierno. En este caso, la Intervención General de la Junta de Andalucía establecerá las condiciones del ejercicio del control financiero permanente, una vez adoptado el mencionado Acuerdo. El Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía define el control financiero permanente como el control regular posterior sobre la totalidad de las operaciones de contenido económico del ente sujeto al mismo, con un triple objetivo:

- Comprobación del cumplimiento de la legalidad y de las normas y directrices de aplicación.
- En su caso, examen de las cuentas anuales, con objeto de emitir un dictamen sobre si las mismas se gestionan y presentan de acuerdo con los principios, criterios y normas contables aplicables al efecto.
- Examen y juicio crítico sobre la gestión de los programas asignados a la entidad sujeta a control, con objeto de verificar si su ejecución se ha desarrollado en forma económica, eficaz y eficiente.

Las empresas de la Junta de Andalucía que se encuentren sometidas a control financiero permanente deberán contar con unidades propias de control interno,

¹¹⁷ Dependiente actualmente de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

que colaborarán con la Intervención General de la Junta de Andalucía en el desarrollo de los trabajos de ejecución del plan anual de auditorías. Por otro lado, la Intervención General podrá determinar las entidades de la Junta de Andalucía no sometidas a control financiero permanente que deberán establecer dichas unidades de control interno, atendiendo al volumen de su actividad o a otras razones justificadas que así lo aconsejen. El personal que se integre en las citadas unidades estará adscrito al máximo órgano de dirección de la empresa y actuará bajo la dependencia funcional exclusiva de la Intervención General de la Junta de Andalucía en lo que se refiere a las labores de control interno y de auditoría que desempeñe. Su contratación y cese requerirá previa conformidad de la Intervención General de la Junta de Andalucía.

La Consejería competente en materia de Hacienda tiene atribuida la competencia exclusiva para contratar auditorías sobre cualquier órgano o entidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como para la contratación de la auditoría de las cuentas anuales sobre las empresas de la Junta de Andalucía sometidas a control financiero permanente. No obstante, dichas empresas deberán recabar de la Intervención General informe con carácter previo a la contratación de auditorías distintas a las de las cuentas anuales, siempre que se cumplan los requisitos de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. Por otro lado, las empresas de la Junta de Andalucía no sometidas a control financiero permanente deberán asimismo recabar de la Intervención General de la Junta de Andalucía informe con carácter previo a la contratación de las auditorías, incluidas aquellas que resulten obligatorias por la legislación mercantil.

Las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía habrán de suministrar la información, manteniéndola constantemente actualizada, en materia económico-financiera, que se determina en el Decreto 283/2010, de 4 de mayo. Dichos datos deberán facilitarse a través del Sistema de información económico-financiera que ha de definir e implantar la Consejería competente en materia de Hacienda y Administración Pública.

Las sociedades mercantiles del sector público andaluz quedan sometidas al régimen de **contabilidad pública**¹¹⁸ en los términos previstos en el Texto Refundido

¹¹⁸ La Consejería competente en materia de Hacienda lo es asimismo para la organización de la contabilidad pública en la Junta de Andalucía, realizando su labor en este ámbito al servicio de los siguientes fines: registrar la ejecución del Presupuesto de la Comunidad Autónoma; conocer el movimiento y la situación de su Tesorería General; registrar las variaciones, composición y situación del patrimonio de la Junta y sus entes instrumentales; proporcionar los datos necesarios para la formación y rendición de la Cuenta General, así como de las demás cuentas, estados y documentos que deban elaborarse o remitirse al Parlamento de Andalucía, al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas; facilitar los datos y demás antecedentes

de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. La sujeción al régimen de contabilidad pública comporta la obligación de rendir cuentas de las respectivas operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Parlamento de Andalucía, al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas de Andalucía, por conducto de la Intervención General de la Junta de Andalucía; incluido lo relativo al empleo de las subvenciones, cualquiera que sea la persona o entidad perceptora de las mismas.

La Intervención General de la Junta de Andalucía es el centro directivo de la contabilidad pública de la Comunidad Autónoma¹¹⁹. Además, como centro gestor de la contabilidad pública, tiene como misión formar la Cuenta General de la Junta de Andalucía y elaborar las cuentas económicas del sector público de Andalucía de acuerdo con el sistema español de cuentas nacionales, para lo cual, en relación con las empresas de la Junta de Andalucía, ha de centralizar la información deducida de la contabilidad de las sociedades mercantiles que forman parte del sector público de Andalucía.

La Cuenta General se formará por la Intervención General de la Junta de Andalucía con la cuenta de la Administración de la Junta de Andalucía y la de cada una de las agencias, instituciones, sociedades mercantiles del sector público andaluz y consorcios y fundaciones referidos en el artículo 5.1 del TRLGHPJA, así como los demás documentos que deban rendirse al Parlamento de Andalucía, Tribunal de Cuentas y Cámara de Cuentas de Andalucía; y comprenderá todas las operaciones presupuestarias, patrimoniales y de tesorería llevadas a cabo durante el ejercicio por la Administración de la Junta de Andalucía y por sus entes instrumentales.

La Cuenta General de cada año se formará antes del 31 de agosto del siguiente y se remitirá al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas de Andalucía, para su

necesarios para la confección de las cuentas económicas del sector público de Andalucía; rendir la información económica y financiera para la toma de decisiones a nivel de Gobierno o de Administración; así como cualquier otro fin que le fijen las disposiciones vigentes.

¹¹⁹ Como tal le corresponde: someter a la decisión de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda el Plan General de Contabilidad de la Junta y sus entes instrumentales, al objeto de su posible coordinación y articulación en el Plan General de Contabilidad del sector público estatal; promover el ejercicio de la potestad reglamentaria en orden a la determinación de la estructura, justificación, tramitación y rendición de las cuentas y demás documentos relativos a la contabilidad pública, pudiendo dictar las circulares e instrucciones que le permitan las leyes y los reglamentos; aprobar los planes parciales o especiales de contabilidad pública que se elaboran conforme al plan general; inspeccionar la contabilidad de los entes instrumentales y dirigir las auditorías de los mismos; aprobar las normas de contabilidad aplicables a los fondos regulados en el artículo 5.3 del TRLGHPJA; y determinar las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma que quedarán sujetas a la obligación de remisión de información relacionada con el cumplimiento de las leyes de estabilidad presupuestaria.

examen y comprobación antes del 30 de septiembre. Las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía deben presentar, a la Intervención General de la Junta de Andalucía, sus cuentas, debidamente aprobadas por el respectivo órgano competente, antes del 1 de agosto del año siguiente a aquél al que se refieran, en la forma que establezca el citado centro directivo.

Además, a la Intervención General corresponde vigilar e impulsar las oficinas de contabilidad de todos los órganos de la Junta, así como someter a la aprobación de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda la imposición de las sanciones que reglamentariamente se determinen por falta de rendición de cuentas, notable retraso en ellas o rendirlas con graves defectos.

IV | EL OBJETO SOCIAL DE LA EMPRESA PÚBLICA, CON REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDALUZ

IV.1. LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DEL OBJETO DE LA EMPRESA PÚBLICA SOCIEDAD MERCANTIL

La afirmación anteriormente mantenida, aunque matizada, de que las sociedades mercantiles empresas públicas poseen personalidad jurídico-privada, podría hacernos pensar, en un principio, que la cuestión de su objeto social no presenta diferencias en relación con el de las sociedades mercantiles cuyas acciones o participaciones están en poder de los particulares. Si partimos de que ambos tipos de sociedades (en mano pública o en mano privada) tienen igual naturaleza jurídica, podemos caer en la tentación de identificar las características jurídicas y económicas de su objeto sin más, dejando escapar una serie de importantes matices de capital importancia. Es más, consideramos que son precisamente esas especiales características del objeto social de la empresa pública sociedad mercantil las que enmarcan y definen la singularidad de ésta y la convierten en un *genus* aparte dentro de la familia de las entidades mercantiles privadas.

A lo largo de apartados anteriores del trabajo nos hemos referido a los aspectos comunes del objeto societario en las sociedades mercantiles, ya estén en empresas en manos privadas o de los poderes públicos. Es el momento ahora de reflejar esas importantes diferencias entre uno y otro tipo de sociedades mercantiles en función de su objeto, para lo cual, a lo largo de los siguientes apartados del presente punto, vamos a reflexionar sobre una serie de **características específicas del**

objeto social de este tipo de entidades, con la problemática definida que aquéllas acarrearán.

IV.2. EL OBJETO SOCIAL ESTÁ RECOGIDO EN NORMAS DE DERECHO PÚBLICO

Ya hemos señalado anteriormente que, en cualquier sociedad mercantil, la determinación del objeto social forma parte de los elementos esenciales que han de integrar los Estatutos societarios, tal como recoge el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que determinará las actividades industriales, financieras o comerciales que realizará la empresa.

Éste es un requisito *sine qua non* para todo tipo de sociedades mercantiles, por lo que también es predicable de las sociedades pertenecientes al sector público. Sin embargo, más allá del cumplimiento de la obligación jurídico-privada anteriormente expuesta, el necesario acto de voluntad del promotor de la sociedad va a quedar sometido a una serie de requerimientos procedimentales regulados en normas de Derecho Público, en razón de la especial configuración del socio público.

De esta manera, el artículo 76 (*Competencia y procedimiento de creación*) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, dispone que corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación de sociedades mercantiles del sector público andaluz, en los términos y condiciones previstos en la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹²⁰. Este Acuerdo del Consejo de Gobierno constituye un acto administrativo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y que habrá de especificar como contenido mínimo obligatorio:

- a) Denominación.
- b) Forma jurídica de la sociedad.
- c) Descripción de las actividades que integran el objeto social.
- d) Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.

¹²⁰ No se requiere una norma con rango de ley para su creación o para autorizar dicha creación, como ocurre con las agencias públicas.

- e) Participación de la Administración en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.
- f) Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.
- g) Consejería o agencia de adscripción.

El acuerdo de autorización de la creación de sociedades mercantiles del sector público andaluz, debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias.

De esta forma, la voluntad del socio promotor de la nueva sociedad se manifiesta previamente a la protocolización notarial y registral de la sociedad, mediante un acuerdo político-administrativo de auto-organización, plasmado en un acto administrativo¹²¹ que autoriza la creación de la sociedad mercantil pública y, entre otros extremos, define siquiera mínimamente su objeto.

IV.3. ESPECIALES CONNOTACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE CERTIDUMBRE Y LICITUD DEL OBJETO SOCIAL

El objeto de una sociedad mercantil ha de ser cierto, para lo cual ha de ser definido y cuidadosamente delineado en los Estatutos societarios. Esta obligación jurídico-privada se reafirma en el ámbito público, en el artículo 75.2 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía: *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.*

En consecuencia, el Decreto o Acuerdo de autorización para la creación de una sociedad mercantil en mano pública habrá de fijar las actividades que forman su objeto social, las cuales tendrán que reflejarse posteriormente, de manera forzosa, en los trámites legales de carácter privado y finalmente en los Estatutos sociales.

¹²¹ Del que, por su importante carácter regulatorio y su proyección en el tiempo, bien podría predicarse que se trata de una auténtica norma jurídica de rango reglamentario. Sigamos utilizando el término *acto administrativo*, en tanto que es el que utiliza la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía.

Si bien lo anteriormente dicho no presenta dificultad, más complicado se presenta delimitar cuáles son las actividades que lícitamente pueden formar parte del objeto social de una sociedad mercantil empresa pública. En principio, podríamos argumentar que no existe limitación. No obstante, la afirmación lisa y llana de que cualquier actividad dentro del tráfico jurídico público o privado puede formar parte del objeto social de una empresa pública, se antoja contraria al principio de libre competencia, puesto que la prestación de cualquier tipo de servicio en concurrencia por parte de una entidad instrumental del poder público conllevaría, en general, una situación de ventaja de ésta sobre sus competidores privados. Por otro lado, la limitación del objeto de la empresa pública únicamente a actividades y servicios publicados, sin relación ni contacto alguno con la iniciativa privada (por motivos legales o fácticos), tampoco parece ser una solución viable, por limitar excesivamente el ámbito de actuaciones de estas sociedades¹²².

Parece que la solución a esta cuestión sobre cuál sea el espectro lícito de actividades que puede ser incluido en el objeto social de las empresas públicas, se encuentra en la necesidad de que éste cumpla una doble condición:

- Por un lado, que se encuentre conectado de manera directa con el ámbito de competencias de la Administración o sector de la Administración de la que depende. De esta forma, la actividad de la empresa se configura como la realización de una serie de actuaciones de carácter material dentro del ámbito de las competencias públicas ejercidas por la entidad pública que auspicia la creación de la sociedad en mano pública. Incluso, el objeto social habrá de estar referido a la distribución de funciones del organismo o sector administrativo (una Consejería o Agencia, por ejemplo) que, dentro de la Administración correspondiente, propuso en su momento la creación de la empresa pública y posteriormente tiene la obligación de ejercer la suprema dirección y control de aquella¹²³.

¹²² Consideramos descartada –por la legislación cada vez más permisiva y por la misma fuerza de los hechos– la posición que mantenía que la empresa pública sólo podía incluir, entre sus actividades, servicios públicos, entendidos éstos como las prestaciones materiales que los poderes públicos han de hacer llegar ineludiblemente a los ciudadanos, por imperativo legal. Hoy día es más realista hacer referencia a que el objeto social de la empresa pública puede incluir cualquier actividad de interés general de carácter público e incluso privado, siempre que cumpla con la doble condición que explicitamos en el presente apartado de nuestro trabajo.

¹²³ En cuanto que la nueva sociedad pública va a ejercer sus funciones mediante una descentralización impropia o desconcentración funcional.

- Por otro, e íntimamente unido al anterior, dicho objeto debe estar entroncado con la consecución de unos objetivos de interés público general. Este interés público es el que habrá de determinar que, en determinados sectores o subsectores económicos, aparezcan entidades en mano pública llevando a cabo actividades comerciales o industriales en confluencia con privados, restringiendo en ocasiones la libre concurrencia e incluso la libre competencia y produciendo una distorsión en el mercado. De esta forma, deberá comprobarse que el interés público alegado sea de suficiente entidad como para *vencer*, en un conflicto de bienes jurídicos protegidos, a estos otros intereses también dignos de defensa, mediante la correspondiente valoración jurídico-económico-política¹²⁴. Se impone, en consecuencia, un estudio previo en el que se sopesen criterios objetivos y se eludan consideraciones arbitrarias o carentes de justificación técnica.

El elenco de actividades que ha de desarrollar una empresa pública, pues, deberá surgir de una decisión político-administrativo-jurídica de auto-organización de los servicios públicos, aunque respetando las dos condiciones anteriormente expuestas. El control del cumplimiento de las premisas referidas habrá de ser realizado caso a caso, pudiendo aquél ser llevado a cabo, dentro de las competencias de cada uno, por cualquiera de los tres vértices del triángulo configurador de la decisión de crear una empresa pública: ámbito político (a través del Parlamento), administrativo (mediante mecanismos de informe y control internos y externos) y jurídico (con la intervención de los órganos judiciales).

¹²⁴ Este interés público deberá interpretarse, en nuestra opinión, con suficiente amplitud, ya que en ocasiones dicho interés público general vendrá dado por el objeto en sí de las prestaciones que desarrolle la empresa, pero en otros casos podrá surgir por situaciones distintas, muy específicas o incluso coyunturales. Estamos pensando en los casos en que la creación de la empresa pública no tiene en sí como objetivo la prestación de servicios públicos, sino, por ejemplo, la prestación de otros servicios puramente privados en sectores en que la oferta no es suficiente para abastecer el mercado, en que las actuaciones han de ser urgentísimas o bien la prestación por particulares del servicio es sencillamente anti-económica o deficitaria. También estamos pensando en los casos en que la creación de empresas públicas –o la compra de empresas privadas que pasan a ser públicas– tiene como objetivo la promoción económica de determinados territorios, la salvación de empresas en crisis o simplemente el mantenimiento del empleo o de la actividad industrial o comercial en determinados sectores o zonas geográficas. Precisamente los votos particulares emitidos junto con la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-administrativo, de 30 de enero de 2008, en el recurso 548/2002, en relación con la empresa pública *Tragsa*, basan su discrepancia en aspectos relacionados con el poder discrecional de los órganos político-administrativos a la hora de configurar el ámbito de actuación (y, por tanto, el objeto social) de las empresas públicas que actúan como medio propio de la Administración. Entienden los magistrados discrepantes que la existencia de estas empresas públicas limita ciertamente el mercado en el que actúen, por lo que sus votos particulares coinciden –más allá del hecho de solicitar plantear nuevas cuestiones a las instancias judiciales europeas– en que la configuración del objeto social de una empresa pública deberá justificarse suficientemente aludiendo a significativas razones de interés público, asegurando de esta forma los principios comunitarios que regulan la libre competencia, no siendo ajustado a derecho un objeto social amplio en intersección con la actividad del sector privado sin más justificación que la capacidad auto-organizativa de los poderes públicos y el reconocimiento constitucional de la intervención pública en la actividad económica del país.

El control judicial correspondería, en principio, a los Tribunales contencioso-administrativos, que podrían controlar tanto la legalidad del acto de autorización de la creación de la sociedad en mano pública como de las concretas encomiendas de gestión que pudieran realizarse a lo largo de la vida de la empresa.

IV.4. AMPLIACIÓN *DE IURE* Y *DE FACTO* DEL OBJETO SOCIAL

Ya en el anterior punto hemos señalado como el objeto de una sociedad mercantil en mano pública –al igual que las puramente privadas– ha de ser cierto, para lo cual ha de ser definido y enmarcado a través de los actos-normas de creación y, consecuentemente, en los Estatutos de la entidad. Sin embargo, esta necesaria certidumbre choca con la reiterada tendencia a plasmar, en los mencionados instrumentos de creación de la empresa pública (o a través de sucesivas reformas estatutarias), amplísimos objetos sociales en los que se incluyen una acumulación de referencias genéricas a actividades de lo más variado, en muchas ocasiones incluso lejanas al ámbito de competencias de la entidad pública impulsora de su creación. Con esta práctica se pretende conseguir, en cierto modo, burlar la limitación que impone la Ley de Sociedades Anónimas, en tanto que la configuración excesivamente general del objeto social en vez de delimitar la actividad de la empresa en el tráfico jurídico –objetivo legal que pretende dotar de certidumbre su relación comercial con terceros–, consigue el efecto contrario¹²⁵.

Por otro lado, la ampliación *de iure* del objeto social de las empresas públicas conlleva la posibilidad de encomendar a éstas, en tanto medio técnico de la Administración, un mayor número de proyectos y actuaciones materiales, que de esta forma quedan excluidas de la licitación pública y, por ende, de la libre competencia¹²⁶.

¹²⁵ No creamos ingenuamente que esta tendencia a la vaguedad y a expresiones genéricas y lugares comunes es monopolio de las empresas públicas. Basta consultar los Estatutos de sociedades mercantiles privadas para comprobar también este fenómeno de expansión e inconcreción progresiva del objeto social de las empresas. Especialmente evidente es esta ampliación por vía de acumulación y generalización en los Estatutos sociales de las empresas privadas que concurren habitualmente a licitaciones públicas, a fin de, por esta vía, cubrir la obligación fijada en el artículo 46.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: *Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.*

¹²⁶ Lo que genera, por otro lado, una enorme simplificación de los procedimientos administrativos.

Aunque alejándonos del ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹²⁷, el paradigma de esta situación se da con la regulación que, del objeto social de la empresa pública estatal *Tragsa*, hace la Disposición Adicional Trigésima (*Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima y de sus filiales*) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Así, su objeto social incluye todo tipo de actividades –incluidas las obras civiles– y prestación de servicios en materia agrícola, ganadero, animal o forestal; acuicultura y pesca; desarrollo rural; promoción, investigación, desarrollo y tecnología en estos ámbitos; financiación de estas actividades; gestión de recursos naturales; conservación del Patrimonio Histórico en medio rural; seguridad y sanidad animal y alimentaria; fabricación y comercialización de determinados bienes muebles; conservación del medioambiente; residuos de origen animal, vegetal y mineral; o ámbitos conexos a los anteriores. Además, se añade una cláusula de cierre en el elenco de competencias (apartado cuarto, letra i) que incluye como funciones a desarrollar lícitamente para las Administraciones Públicas, por parte de *Tragsa*, *la realización de tareas o actividades complementarias y accesorias a las citadas anteriormente*.

No considerando la Ley suficientemente amplio el objeto social de la empresa, el penúltimo párrafo del apartado cuarto señala que *las sociedades del Grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicatarios de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa* (la negrita es mía). Como puede comprobarse, la aplicación de este último inciso significa, en la práctica, la extensión del objeto social de las sociedades del Grupo *Tragsa* a toda la actividad pública que pueda prestar o ser prestada por cualquiera de las Administraciones que consideren a la empresa pública como medio propio, sin limitación alguna. Se estará con nosotros que la experiencia de las empresas participadas por *Tragsa* puede ser aplicada a cualquier actuación administrativa en ámbitos tan dispares como la obra civil, la

¹²⁷ Debe resaltarse, no obstante, que dentro del ámbito de actuación de la empresa pública estatal *Tragsa* se encuentra el territorio andaluz, como medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía, bien directamente o en colaboración con empresas públicas andaluzas. También esta colaboración *Tragsa*-Junta de Andalucía se ha visto sacudida por las consecuencias de la Sentencia dictada en la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, iniciada por el Tribunal Supremo en relación con la controversia judicial ya citada entre la *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* contra la empresa estatal *Transformación Agraria, S.A. (Tragsa)*.

informática, la vigilancia, la sanidad, la seguridad pública, la financiación pública o el transporte. Se trata, por fin, de alcanzar el *objeto social infinito*, por el que la empresa pública puede entrar a llevar a cabo su actividad sobre cualquier ámbito público cuando así se lo requieran las Administraciones encomendantes¹²⁸.

Además, como competencia tradicional dentro de la configuración histórica del objeto social de Tragsa, el último párrafo del apartado cuarto incluye las tareas de emergencia y protección civil, en tareas de intervención, prevención, formación e información.

Sin embargo, no sólo se produce la ampliación del objeto social de las empresas públicas mediante mecanismos de creación del Derecho (leyes o reglamentos) o de aplicación de éste (actos administrativos y Estatutos sociales) sino que también *de facto*, mediante hechos consumados o documentos sin auténtico valor legal, también se produce este mismo fenómeno actual de expansión de las actividades de la empresa pública. Los medios utilizados para este fin son, sin ánimo de ser completamente taxativos¹²⁹, los siguientes:

1. Las Cartas de Servicios de las empresas públicas.

En la Administración andaluza, las Cartas de Servicios son documentos que tienen por objeto informar al ciudadano sobre los servicios públicos que gestiona la Comunidad Autónoma de Andalucía, las condiciones en que se prestan, los derechos de los ciudadanos en relación con estos servicios y los compromisos de calidad que se ofrecen en relación con su prestación. Se encuentran reguladas en el Decreto 317/2003, de 18 de noviembre, por el que se regulan las Cartas de Servicios, el sistema de evaluación de la calidad de los servicios y se establecen los Premios a la Calidad de los servicios públicos.

Una Carta de Servicios no es propiamente una norma jurídica, si bien su contenido se traduce, para la entidad a la que se refiere, en una serie de compromisos de gestión y prestación de servicios que habrá de ser evaluados periódicamente. El Decreto 317/2003, preceptúa que la Carta de Servicios ha de recoger los

¹²⁸ Tocará en un futuro próximo discernir si el objeto social de Tragsa, con sus filiales, respeta las limitaciones a las que hemos hecho referencia con anterioridad y muy especialmente los principios de la contratación pública europea y la libre competencia. Especialmente curioso se nos antoja –aunque sólo lo dejamos indicado– el problema de la eventual “ilegalidad de la ley”, al haberse elegido este privilegiado instrumento normativo para regular esta cuestión, lo que reducirá sobremanera los mecanismos jurisdiccionales de control de esta decisión organizativa.

¹²⁹ La realidad acaba superando cualquier estudio exhaustivo.

derechos para el ciudadano en que se traducen los compromisos de servicio incluidos en aquélla, aunque sin regular cuáles serán los mecanismos de reclamación individual y las consecuencias en caso de incumplimiento.

Aunque en principio el mecanismo de las Cartas de Servicios sólo es de aplicación a los órganos y unidades de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, lo cierto es que alguna empresa pública –paradigmático es el caso de la Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, S.A. (DAP), del que nos ocuparemos más adelante¹³⁰– ha confeccionado y aprobado, con base en el Decreto 317/2003, y con el visto bueno de la Dirección General de Administración Electrónica y Calidad de los Servicios de la Consejería de Justicia y Administración Pública, su Carta de Servicios. En este documento, DAP amplía, sin otro sustento legal, administrativo o mercantil, su objeto social, fijando extensos listados en relación con las actividades que conforman la *Misión de la empresa* y con los *Servicios* que presta.

La Carta de Servicios de DAP incluye un mecanismo de reclamación individual de los particulares insatisfechos con los servicios de la empresa pública, que se materializa en un formulario en papel y en formato electrónico, denominado “Apertura de no conformidad por el cliente”. De esta forma, el Servicio de Calidad de DAP ha de llevar el control de las no conformidades en relación con los servicios prestados por la empresa, dando traslado de las mismas a la Dirección de ésta para que adopte las medidas que correspondan, debiendo dicha Dirección notificar a quien formalizó la apertura de la no conformidad, en el plazo de quince días, las actuaciones realizadas y los resultados obtenidos. Como puede apreciarse, se establece un procedimiento de reclamación individual, aunque tampoco se fijan con claridad las consecuencias de esa eventual reclamación.

2. Las páginas web de las empresas públicas.

Éste es un dato que se aleja del ámbito jurídico, pero que por su importancia es necesario hacer resaltar. Baste comprobar las *páginas web* de alguna de las empresas públicas andaluzas para comprobar el fenómeno de ampliación de sus actividades más allá de lo acordado administrativa y mercantilmente.

¹³⁰ Apartado V.4 de este trabajo.

3. La propia realidad de los concretos actos administrativos relativos a encargos de ejecución o de los contratos firmados por las empresas públicas con otras empresas públicas o privadas.

Puede constatarse, mediante la consulta de la documentación administrativa correspondiente, que las empresas públicas “contratan” con las Administraciones Públicas de las que son medio propio o con otras Administraciones o empresas, más allá del ámbito estricto de su objeto social, siendo una práctica reiterada y constante¹³¹.

En definitiva, hemos comprobado que determinadas políticas de actuación de las empresas públicas (sujetas o no a instrumentos jurídicos) tienen como fin ampliar y generalizar su objeto social a fin de poder acudir a más amplios sectores de los servicios públicos ¡y privados!, rompiendo de esta forma su marco normativo primitivo de actividad y expandiéndolo exponencialmente, con perjuicio objetivo –justificado o no– para la libre competencia. Así, esta ventaja sobre los operadores privados se manifiesta de manera primaria en que estos mecanismos expansivos pueden permitir a las empresas públicas obtener encomiendas de gestión en relación con actividades excluidas de su objeto social propiamente dicho, mientras que las empresas privadas han de cumplir con la obligación legal, ya referida, del artículo 46.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

IV.5. EL EJERCICIO DEL OBJETO SOCIAL POR PARTE DE LA EMPRESA PÚBLICA COMO MEDIO PROPIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Como ya hemos visto, las sociedades mercantiles empresas públicas dependientes de una Administración pueden actuar como medio propio o servicio técnico del ente administrativo del que dependan y de otras entidades administrativas, en tanto que así se contemple en la regulación administrativa y mercantil aplicable a dicha empresa pública.

De esta manera, como hemos visto, el artículo 4 (*Negocios y contratos excluidos*) de la Ley de Contratos del Sector Público, señala que expresamente están excluidos del ámbito de dicha Ley (y, por tanto, de la regulación de los contratos administrativos) los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad

¹³¹ Véase por ejemplo el informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía a la Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (Inturjuven), correspondiente al año 2003.

que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. El citado 24.6 señala que los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En consecuencia, podemos comprobar que, aparte de que se incluya la oportuna referencia en las normas y actos creadoras de la entidad, la empresa pública habrá de cumplir unos determinados requisitos para poder actuar como medio propio de la Administración. Estas premisas fijadas en la legislación española de contratos administrativos, no hacen más que reflejar el estado de la jurisprudencia comunitaria sobre los denominados contratos domésticos, conocida como *doctrina Teckal*¹³², con las matizaciones incluidas en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007¹³³, que permite, en razón de las premisas que ahora desgranaremos, romper parcialmente los principios comunitarios de la contratación administrativa¹³⁴.

Para que las empresas públicas sociedades mercantiles puedan recibir encargos de ejecución, actuando como medio propio de la Administración Pública, será necesario un triple elemento recogido en el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público:

1. Las normas y actos administrativos y mercantiles constitutivos o modificativos de la sociedad mercantil pública han de recoger expresamente que la empresa

¹³² Denominación que recibe por el actor en el recurso C-107/1998, de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya Sentencia de 18 de noviembre de 1999 fijó la jurisprudencia en la materia.

¹³³ Doctrina recogida recientemente por la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de enero de 2008. Este Fallo se apoya en la citada Sentencia TJUE de 19 de abril de 2007, dictada como consecuencia de una cuestión prejudicial que, en la tramitación de este recurso de casación (con referencia 548/2002), el Tribunal Supremo planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹³⁴ Recogidos en el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004: *La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.*

pública es medio propio de una determinada Administración o de un sector de ésta, bien mediante referencias genéricas (como en el caso de Tragsa¹³⁵) o bien, preferiblemente, mediante su determinación precisa y exhaustiva. En principio, no es necesario que la empresa pública se encuentre encuadrada en la organización y ámbito de tutela de una determinada Administración para que pueda ser medio propio de ésta¹³⁶, aunque diferente será valorar la licitud de las encomiendas de gestión que pudieran realizarse en estas situaciones en función de los siguientes dos criterios.

2. La autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la empresa pública de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador¹³⁷ posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Se ha entendido tradicionalmente¹³⁸ que este control podía colegirse cuando la Administración poseía o manejaba libremente la mayor parte del capital social de la empresa pública, cuando ésta financiaba mayoritariamente al ente instrumental, cuando poseía mayoría de votos en los órganos de gobierno de la sociedad o bien cuando tenía la facultad de designar la mayoría de miembros de su órgano de administración. Sin embargo, la referida Sentencia TJUE de 19 de abril de 2007, parece flexibilizar este requisito, ya que considera que el control análogo existe o al menos se cumple este requisito suficientemente, cuando la Administración en cuestión tiene una parte –siquiera minoritaria e incluso ínfima– del capital social de la empresa pública¹³⁹.

¹³⁵ Apartado 2 de la Disposición Adicional Trigésima de la Ley de Contratos del Sector Público: *TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas.*

¹³⁶ Es el caso de Tragsa con respecto a las Comunidades Autónomas (especialmente a las que no poseen ninguna cuota de capital de ésta) o de Egmasa en relación con las Corporaciones Locales andaluzas.

¹³⁷ La Administración encomendante, sin perjuicio de que la propia empresa pública tenga también la consideración de poder adjudicador ante terceros.

¹³⁸ En aplicación de las Directivas comunitarias sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, y en las relativas a contratación pública armonizada.

¹³⁹ Punto 61 de la Sentencia TJUE de 19 de abril de 2007: *Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.*

Otros autores, quizás más utilitaristas o más cercanos a los postulados de la Administración, han considerado que el control análogo se ejerce por cualquier Administración en tanto la empresa pública sea –o pueda ser– medio propio de aquélla, sin necesidad de poseer capital, designar administradores o dirigir los órganos de administración. De esta manera, el control existe en tanto que la empresa pública está obligada a realizar los trabajos que le encomienden las Administraciones, careciendo de autonomía para aceptar o rechazar los trabajos encomendados, no pudiendo tampoco determinar con criterios de mercado los precios de las obras y servicios a realizar, que se fijan por un sistema de tarifas impuesto por una norma jurídica, por un acto administrativo externo a la empresa o por la propia Administración encomendante. Esta doctrina aunque puede colisionar con la jurisprudencia comunitaria, ha sido recogida por la actual regulación de la contratación administrativa estatal¹⁴⁰. Con ello se consigue *santificar* las encomiendas de gestión realizadas a las empresas públicas por parte de Administraciones distintas de aquélla que controla efectivamente la sociedad.

Otros autores, como ORTIZ MALLOL, han señalado acertadamente la existencia de otros indicios que pueden tenerse en cuenta para descubrir la relación de dependencia entre Administración encomendante y empresa pública medio propio (para proceder al “levantamiento del velo jurídico”), como pueden ser la conformación de un complejo organizativo unitario, la identificación de sus imágenes corporativas, las relaciones financieras o la comunicación entre patrimonios. Asimismo, el citado autor aboga por utilizar todos los criterios e indicadores que estén disponibles para poder concretar, caso a caso, la existencia de esa dependencia¹⁴¹.

3. La empresa pública debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. Este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de los entes territoriales que lo controlan, sino con dichos entes

¹⁴⁰ Artículo 24.6, segundo párrafo, de la LCSP: *En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

¹⁴¹ En ORTIZ MALLOL, J., *op. cit.*

territoriales considerados en conjunto (punto 62 de la Sentencia TJUE de 19 de abril de 2007).

IV.6. EL OBJETO SOCIAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS PUEDE CONFLUIR CON ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LOS PRIVADOS

Hemos visto en apartados anteriores que la existencia de una empresa pública va a crear, en la mayor parte de las ocasiones, una distorsión en el mercado en el que va a estar inmersa, mediante una reducción de éste¹⁴². Sin embargo, todos los operadores jurídicos (legislador, administración, doctrina, o la jurisprudencia española y la comunitaria) coinciden en que esta distorsión es aceptable en cuanto, con la creación de la empresa pública, se cubran otros intereses públicos más dignos de protección y siempre que esa intervención pública en el sector económico afectado encuentre suficiente justificación.

Las anteriores afirmaciones nos llevan, pues, a la conclusión –constatable empíricamente, por otro lado– de que las empresas pueden ejercer su actividad (la concreción de su objeto social) confluyendo en el mercado con otras empresas de capital privado. De esta forma, con carácter general, no habrá sectores reservados, limitados o prohibidos para la iniciativa pública o para la privada, sino que ambas podrán actuar y coincidir en el mismo ámbito de negocio.

En este sentido, se hará necesario valorar esa coincidencia en dos circunstancias distintas: cuando la empresa pública actúa como medio propio de la Administración sin estar sujeta a la libre competencia y cuando actúa en concurrencia competitiva con el resto de empresas.

En su actuación como medio propio o servicio técnico de la Administración fuera del ámbito de la libre competencia, la empresa pública actúa como parte de la organización pública a la que está vinculada, tal como si la Administración estuviera realizando la obra o servicio con sus propios medios, lo que por otro lado es cierto, puesto que la existencia de la empresa pública no es más que una decisión auto-organizativa por la que la Administración toma esa forma para prestar –se

¹⁴² Ésa es la principal causa de queja de la recurrente, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, en su cruzada judicial contra la empresa pública *Transformación Agraria, S.A. (Tragsa)*.

entiende que más eficientemente– el servicio público o realizar la intervención económica en que se concreten sus prestaciones.

En este caso, como ya hemos dicho, se produce una distorsión por restricción del mercado, de forma que la Administración hurta de la libre concurrencia, en pro de otros intereses públicos de mayor importancia, una serie de prestaciones que podría licitar en procedimientos de contratación abiertos. Una vez que se produce la encomienda de gestión a la empresa pública, ésta se ve obligada a realizar los trabajos que le encomienda la Administración de la que es medio propio, careciendo de autonomía para aceptar o rechazar los trabajos encomendados por dicha Administración. En consecuencia, la empresa pública no tiene capacidad para decidir los trabajos que acepta y los que rechaza, estando obligada a realizar los encargados por la Administración.

La empresa pública tampoco dispone de autonomía en la determinación de los precios de estas encomiendas de gestión, que se fijan por un sistema de tarifas que son, según el caso, impuestos por una norma jurídica o por un acto administrativo (incluso, en ocasiones, dictado unilateralmente por el órgano encomendante). Normalmente, estas tarifas se fijan sobre la base del coste de la actividad más un tanto por ciento para gastos generales y corporativos (del 6% en las empresas de la Junta de Andalucía).

En consecuencia, la empresa pública actuando como medio propio no es un operador económico que goce de independencia ni en la aceptación de las demandas de trabajo provenientes de las Administraciones Públicas ni en la formación de los precios.

Por tanto, al actuar mediante un medio propio, cierta parte de la actividad contractual de la Administración se aparta del principio de libre concurrencia y, en consecuencia, se desgaja del mercado convencional, quedando encomendada a una empresa pública que, como parte de la propia organización administrativa, carece de capacidad para rechazar los trabajos o para fijar libremente el precio de éstos¹⁴³.

¹⁴³ Esa falta de libertad de la empresa pública para aceptar el trabajo y para fijar precios, tan claramente fijada en la legislación, se relaja enormemente en la “vida real”. De hecho, es muy común asistir a negociaciones previas entre la empresa pública y la Administración para pactar los términos de una encomienda de gestión. Finalmente estos acuerdos se plasmarán en actos administrativos del encomendante, que darán una apariencia externa de imposición unilateral. Esta situación es especialmente común cuando la encomienda se va a realizar por parte de una Administración (o sector de ésta) a una empresa que es medio propio de aquélla pero no pertenece a su organización ni a su ámbito de tutela.

En los casos en que la empresa pública actúa como operador libre en el mercado con las mismas características y en las mismas condiciones que una empresa privada, rigen sin discusión los principios de libre competencia, igualdad de trato, no discriminación y el principio de transparencia. De esta manera, en principio, la empresa pública va a poder ofrecer sus servicios a particulares y Administraciones, en pie de igualdad con el resto de operadores privados. De hecho, el artículo 75.2 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía señala que 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.

La empresa pública podrá participar libremente en licitaciones abiertas por las Administraciones Públicas para la contratación pública de obras, bienes o servicios, con dos únicas limitaciones:

- Que la empresa tenga algún impedimento normativo, administrativo o estatutario en este sentido.
- Que la empresa sea medio propio de la Administración que licita¹⁴⁴.

No dándose alguno de estos supuestos la empresa pública es libre de acudir a licitaciones públicas y obtener la adjudicación de contrataciones públicas.

Resta aquí hacer referencia a que la empresa pública ha de acudir al mercado *libre* en una situación de igualdad con el resto de empresas, sin ninguna ventaja en la adjudicación de contratos administrativos o en su relación con los privados que requieran sus servicios. Sin embargo, la financiación pública privilegiada, las ayudas de carácter público y los réditos generados por las encomiendas¹⁴⁵, así como el entroncamiento de la sociedad pública en la estructura organizativa pública, pueden colocar *de facto* a la empresa pública en una situación de superioridad, preeminencia o incluso dominio en el mercado.

¹⁴⁴ Artículo 24.6 *in fine* de la LCSP: *La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

¹⁴⁵ Que pueden existir en la práctica a pesar del sistema de tarifas basado en el coste.

Es aquí posiblemente donde encontramos la principal quiebra del sistema, en tanto que se hace necesario que la actuación en el mercado abierto de las empresas públicas medio propio de la Administración, se ajuste a los principios de libre competencia, sin que la relación administrativo-financiera con la Administración pueda producir una situación de ventaja en relación con los operadores privados.

En cambio, la sociedad pública estará en situación de desventaja con respecto a sus competidores en los casos en que, por razones de interés general, aquélla preste servicios de carácter público a los particulares a cambio de una tarifa o precio político, aunque en régimen de competencia en el mercado¹⁴⁶. De esta manera, la empresa ofrece unos servicios de carácter público, aunque en régimen de derecho privado, que son similares a los que pueden ofrecer sus competidores privados, aunque razones de interés general habrán producido la actuación de los poderes públicos (mediante la vía instrumental) en confluencia con las empresas del sector. En estos casos, la sociedad pública ofrece precios que, por lo general, rondan el coste de actividad o incluso son directamente anti-económicos, pero que deben mantenerse para cubrir necesidades sociales, de forma que esta desventaja financiera para la empresa pública debe ser compensada en términos de rentabilidad social¹⁴⁷. Por otro lado, sí debe indicarse –aunque es de perogrullo– que la falta de rentabilidad económica para la sociedad pública no se traduce en un aumento de ingresos para los operadores privados, en tanto que el servicio ya ha sido prestado a los particulares y, por tanto, éstos ya no van a acudir a esas empresas privadas a solicitarle el mismo servicio.

IV.7. EL OBJETO SOCIAL NO PUEDE INCLUIR EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Las potestades administrativas se entienden como las facultades o poderes exorbitantes que la ley otorga a la Administración Pública, a fin de que ésta lleve a cabo los fines de interés público que tiene encomendados. Estos poderes exceden

¹⁴⁶ Es el caso, por ejemplo, de la gestión de los albergues juveniles, la cual se realiza en competencia con el sector turístico y cuyos servicios están sometidos a una tarifa que se fija con criterios políticos basados en objetivos de interés general, como puede ser asegurar el acceso al ocio de estratos de la población que requieren especial protección (juventud) o colaborar con programas sociales o educativos (estancias de grupos de escolares o de personas pertenecientes a la tercera edad).

¹⁴⁷ Verdadero sustitutivo del ánimo de lucro en las empresas públicas, como estudiamos en siguientes apartados.

obviamente con mucho los otorgados por la norma a los particulares, dando a la Administración una posición de prerrogativa sobre éstos y configurando una serie de relaciones jurídico-públicas entre la Administración y los ciudadanos o incluso de los administrados entre sí, imponiendo obligaciones y otorgando derechos, en muchas ocasiones de manera unilateral y contra la voluntad del administrado.

Estas potestades públicas nacen de la ley y están sujetas a un estricto principio de legalidad¹⁴⁸, siendo necesaria la habilitación normativa para que dichas potestades nazcan y puedan ser ejercidas por la Administración. Asimismo, debe decirse que dichas potestades son creadas y ejercidas en la persecución del interés público general, que es finalmente la razón de ser de estas prerrogativas públicas. La pérdida del objetivo del interés público¹⁴⁹ en el ejercicio de las potestades públicas constituye por sí misma una vulneración del ordenamiento jurídico, cuya consecuencia más benévola es la anulabilidad de los actos por desviación de poder.

Con carácter general, la enumeración de las potestades administrativas es la siguiente:

- Potestad reglamentaria.
- Potestad de planificación.
- Potestad organizatoria.
- Potestad tributaria.
- Potestad sancionadora.
- Potestad expropiatoria.
- Potestad de ejecución forzosa.
- Potestad de coacción.
- Potestad de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- Potestad de revisión de oficio de los actos administrativos.

En el ámbito local, la actual redacción del artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, dispone las potestades administrativas que corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas, en su calidad

¹⁴⁸ Aunque no de reserva de ley absoluta, ya que generalmente la normativa reglamentaria delimita de manera concienzuda la configuración de las potestades administrativas creadas o reconocidas por ley.

¹⁴⁹ Recogido en la Constitución en el artículo 103, donde el legislador constitucional prescribe la misión principal y finalidad de la Administración: *servir a los intereses públicos*.

de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias:

- a) Las potestades reglamentaria y de auto organización.
- b) Las potestades tributaria y financiera.
- c) La potestad de programación o planificación.
- d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.
- f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.
- g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.
- h) Las prelaciones y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las Comunidades Autónomas; así como la inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes.

Tradicionalmente se ha señalado que las sociedades mercantiles en mano pública, por tratarse precisamente de personas jurídicas de índole privada, no pueden ejercer potestades administrativas. De esta manera, el artículo 75.2 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía preceptúa que las sociedades mercantiles del sector público andaluz no podrán ejercer en ningún caso potestades administrativas.

En consecuencia, en la configuración administrativa y estatutaria del objeto social de las empresas públicas sociedades mercantiles no podrán aparecer competencias de carácter público que puedan entenderse como potestades administrativas o de ejercicio de autoridad, debiendo circunscribir dicho objeto social a actividades puramente materiales o de ejecución de decisiones tomadas por las instancias administrativas (como medio propio de las Administraciones) o al ejercicio libre de actividades estrictamente industriales, comerciales o mercantiles.

La actividad de la empresa pública, consecuente al contenido de su objeto social, deberá respetar los mismos límites, no siendo posible a la sociedad mercantil en mano pública ejercer *de facto* potestades administrativas o de ejercicio de autoridad mediante una relación de superioridad con terceros basada en la dependencia organizativa de la Administración Pública.

IV.8. LA PROBLEMÁTICA DEL ÁNIMO DE LUCRO EN EL ÁMBITO DE ESTAS SOCIEDADES. LA RENTABILIDAD SOCIAL DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA

Tradicionalmente se ha señalado unánimemente que la sociedad mercantil tiene por objetivo principal el ánimo de lucro. Al configurarse la sociedad como un contrato, se entiende que ese ánimo de lucro ha de predicarse de los contratantes, esto es, de los accionistas. Sin embargo, ya hemos señalado anteriormente que autorizada doctrina, como el profesor JIMÉNEZ SÁNCHEZ, evita nombrar expresamente, entre las características de la empresa, la nota característica del *fin o ánimo de lucro*, centrándose en un concepto de *riqueza* en la propia empresa y no en sus frutos económicos. No obstante, el ánimo de lucro en las empresas en mano privada es un elemento, si no ya unánime, sí capital en la generalidad de los casos.

Sin embargo, el objeto social de las sociedades mercantiles en mano pública no está dirigido al ánimo de lucro ni a la rentabilidad entendida como maximización de la ganancia económica. La empresa pública tiene un objetivo de rentabilidad social, cubriendo en todo caso unos fines de interés general, que en ocasiones tendrán que ver con la prestación de servicios públicos y en otras –como ya se ha visto– estarán conectados a necesidades organizativas, agilidad de las prestaciones, prestaciones anti-económicas o mantenimiento de empleos o de industrias en peligro de extinción. La empresa pública, pues, no busca –o no debe buscar– un ánimo de lucro de su socia propietaria, sino que dirige sus objetivos a obtener un beneficio general y a menudo poliédrico, que revierta en la sociedad. Este beneficio general, en cambio, sí puede tener un importante factor económico, en tanto las empresas públicas buscan obtener buenos resultados económicos que les permitan ser auto-suficientes o incluso generar excedentes financieros.

Estamos hablando de la denominada **rentabilidad social**, en la que podemos incluir ese mencionado beneficio económico reversible en la Administración a la que pertenece y, por ende, en la colectividad.

La rentabilidad social de una empresa pública ha de ser entendida en todos o algunos de los aspectos siguientes del interés general:

1. Preservación, mantenimiento y mejora de los servicios públicos, que generalmente ha de concretarse en una ágil y mejor prestación de éstos, así como una mejor y más adecuada realización de las actuaciones materiales que requiere la Administración para su funcionamiento, prestación de servicios y cumplimiento de objetivos. La empresa pública ha de hacer valer la inmediatez que se le su-

pone en la obtención de recursos materiales y humanos, debido a la relajación de las imposiciones legales en materia de contratación de personal¹⁵⁰ y de contratación pública¹⁵¹, lo que ha de permitirle establecer una organización y unos procedimientos de actuación adecuados para llevar a cabo las prestaciones que se les requiera frente a la Administración, a otras empresas o a los particulares.

2. Acceso de los ciudadanos o determinados grupos de éstos a servicios prestados por el poder público aunque en régimen de derecho privado y en competencia con los particulares. Es el caso ya tratado de servicios públicos, como la oferta de albergues juveniles, que se prestan en régimen de derecho privado a los particulares a cambio de un precio político o tarifa fijada con criterios no empresariales sino de interés general. Es una decisión política la que mueve a la Administración y, como medio propio de ésta, a la empresa pública a prestar estos servicios de forma que los ciudadanos (o sectores o grupos de éstos normalmente con una mayor necesidad de protección) pueden acudir al servicio público en unas condiciones más ventajosas o preferir acudir al sector privado a precios fijados por el mercado. En un buen número de casos, los usuarios que acuden a estos servicios públicos no podrían requerir los servicios de los operadores privados por problemas de capacidad económica.

3. Obtención de beneficios económicos, lo que ha de tener como consecuencia un aumento de recursos financieros. Estos resultados económicos han de provenir de una política de aumento de la cifra de negocio y de contención del gasto, basada en parámetros puramente empresariales. Ello ha producir una reducción del gasto público, ya que esa política de beneficio económico de la empresa ha de traducirse en una disminución progresiva de la financiación incondicionada de la empresa pública a través del Presupuesto de la Administración territorial de la que dependan, hasta alcanzar la auto-suficiencia económica. Incluso un eventual rendimiento positivo de una empresa pública podrá significar la constitución de reservas voluntarias o de libre disposición por parte de la empresa¹⁵² o bien la afluencia de ingresos a las arcas de la Administración Pública que detente las acciones en las que se divida el capital social.

¹⁵⁰ Mediante la utilización de búsqueda de formas de empleo público más flexibles que el funcionario tradicional, tanto en el acceso (contratos laborales, contratos temporales) como en las remuneraciones (fijadas en contrato laboral y principalmente en Convenio Colectivo).

¹⁵¹ Con las salvedades impuestas por las Directivas de la Unión Europea y su transposición a normas de derecho interno.

¹⁵² Lo que redundará en el fortalecimiento de la empresa pública y prevendrá o paliará futuros déficits, aunque la constitución de reservas voluntarias va a estar limitada por los respectivos Estatutos sociales o por

En este sentido, tanto si actúan como medio propio de una Administración Pública o como operador privado en el mercado, los trabajos realizados por las empresas públicas son obviamente susceptibles de contraprestación económica. Sin embargo, se entiende que existe una importante parte de la actividad de la empresa pública en la que no será posible obtener beneficio (ni pérdidas): nos referimos a la actividad de la sociedad que debe realizarse mediante encomiendas de gestión para la Administración o Administraciones para las que aquélla es medio propio instrumental, puesto que el precio de los trabajos se fija en función de un sistema de tarifas basado principalmente en el criterio del coste, al que habrá de sumarse en todo caso un pequeño porcentaje para gastos de gestión y corporativos¹⁵³. Esta situación ha de impedir, en teoría, producir beneficios económicos, aunque tampoco debe revertir en pérdidas al estar fijada la tarifa en función del coste real.

Las empresas públicas habrán, por tanto, de generar beneficios cuando actúan como operadores privados prestadores de obras, bienes o servicios, o sea actuando como particulares, siempre que les sea permitido trabajar utilizando precios de mercado. En los casos de que las prestaciones directas a los usuarios se retribuyan mediante unos precios que rondan el valor del coste o incluso se encuentran por debajo, impuestos políticamente mediante un cuadro de tarifas, la empresa pública difícilmente podrá generar beneficios económicos, por lo que tendrá que justificar su existencia y actividad en otros aspectos de la rentabilidad social (prestación de servicios, más fácil acceso de los ciudadanos a dichos servicios, mantenimiento de infraestructuras públicas o de empleos, (...)).

4. La actuación de la empresa pública en el mercado habrá de producir el menor impacto posible en el principio de libre competencia, tanto cuando actúa como medio propio como cuando lo hace como operador privado.

Ha quedado contrastado que la existencia de las sociedades públicas conviviendo en el mercado con empresas privadas, provoca una distorsión en el mercado, que se manifiesta principalmente en una reducción de éste, una restricción de

decisiones políticas coyunturales. Así, el apartado tercero del artículo 170 (*Competencias del Ministerio de Hacienda*) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas: *El Ministro de Hacienda podrá dar instrucciones a quienes ostenten en la Junta General de las sociedades mercantiles la representación de las acciones de titularidad de la Administración General del Estado y sus organismos públicos sobre la aplicación de las reservas disponibles o del resultado del ejercicio de las citadas sociedades cuando, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, sea posible dicha aplicación.*

¹⁵³ En la Junta de Andalucía, como ya hemos dicho, de un 6% del coste de la actuación encomendada.

la libre competencia y secundariamente una situación de preeminencia o ventaja del operador público sobre el privado. Esta situación es aceptable en tanto que se equilibra con la consecución de objetivos de interés general, esto es, se compensa con rentabilidad social.

Así las cosas, lo ideal es que esa distorsión tenga la menor repercusión posible en el mercado mediante la búsqueda de una ponderación ideal entre interés público y mantenimiento de las reglas del mercado. Una decidida política pública de apoyo a la pervivencia de los principios de publicidad y transparencia, libre competencia e igualdad de oportunidades, a pesar de la existencia y actividad de una empresa pública en un determinado sector de mercado, redundará finalmente en un beneficio para la colectividad y representará en sí un activo de rentabilidad social.

5. Otras razones de interés público: como pueden ser el aumento o mantenimiento del empleo o de la actividad en determinados sectores productivos o territorios geográficos; o la contención de la externalización total de servicios públicos mediante una desconcentración funcional de actividades a través de empresas controladas por la propia Administración.

Teniendo como base esta configuración poliédrica de la rentabilidad social de las empresas públicas, sus gestores habrán de plantear los objetivos de su organización siguiendo criterios de eficiencia¹⁵⁴ (mayor calidad y cantidad de servicio con el menor uso de recursos posibles) que habrán de ser evaluados mediante el diseño de objetivos a medio-largo plazo, la elección de indicadores medibles, la fijación de estándares cumplibles y la medición de los resultados obtenidos. La responsabilidad por el incumplimiento de objetivos corresponderá a los gestores de la empresa pública y, en consecuencia, a las autoridades de la Administración Pública que la tutela, sobre los que recaerá además la eventual responsabilidad política.

¹⁵⁴ Una entrevista con los gestores de una importante sociedad pública estatal nos ha mostrado que ésta utiliza dos criterios principales de medida de la eficiencia:

- Relación coste-eficacia: que pretende encontrar el dimensionamiento adecuado de la organización para un funcionamiento óptimo de los trabajos, maximizando la eficiencia (mayor calidad y cantidad de producto o servicio con el menor uso de recursos posible).
- Relación coste-beneficio social: que busca determinar el equilibrio ideal entre la utilización de los recursos de la organización y las consecuencias de la no-actuación. Se intentan desechar así soluciones anti-económicas que además no aporten valor añadido a los productos o servicios ofertados por la empresa.

V | LAS EMPRESAS PÚBLICAS ANDALUZAS QUE ADOPTAN LA FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y EN LAS QUE LA JUNTA DE ANDALUCÍA ES ÚNICA ACCIONISTA¹⁵⁵. ASPECTOS BÁSICOS

Este apartado está destinado a reflejar los aspectos esenciales en torno a la creación y características de las sociedades mercantiles empresas públicas de la Junta de Andalucía en cuyo capital no sólo es mayoritaria la participación de aquélla o de sus agencias administrativas sino que la Junta de Andalucía es directa o indirectamente el accionista único de estas entidades¹⁵⁶. Este conjunto de empresas se encuadran dentro del grupo de empresas públicas denominado *Grupo Patrimonio*, con excepción de TURASA, que se integra como cabecera del *Grupo de Empresas Turismo Andaluz*. Además, las sociedades que aquí incluimos reflejan sus presupuestos de explotación y capital en el cuerpo de las Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma¹⁵⁷.

La acción de la importante reforma del sector público andaluz, realizada a final de julio de 2010, ha tenido como resultado el inicio de las actividades de extinción

¹⁵⁵ Tomando como base los trabajos de VÁZQUEZ VALIENTE, P. y GÓMEZ SANCHO, H.: “Administración instrumental de la Junta de Andalucía”, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2005; y SALVAGO ENRÍQUEZ, M. D.; OSBORNE ESQUIVIAS, A. y RÓDRÍGUEZ LÓPEZ, J. M.: “Sector público empresarial de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2007”, Consejería de Economía y Hacienda, Sevilla, 2009.

¹⁵⁶ Con la excepción justificada de EXTENDA, como veremos.

¹⁵⁷ De la cuantía de estos presupuestos en el periodo 2007-2010 damos noticia en este apartado, a fin de dejar constancia de la importancia económica y el peso financiero de estas sociedades mercantiles públicas en la Junta de Andalucía.

de alguna de estas entidades, para habilitar su fusión o su absorción por parte de agencias públicas empresariales o de régimen especial, labores que habrán de estar finalizadas el 31 de diciembre de 2010. Precisamente por ello es especialmente importante dejar constancia, en este momento de cambio, del tamaño e importancia de estas empresas públicas, lo que muy posiblemente explica algunos de los propósitos que llevaron a dicha reforma.

V.1. AGENCIA ANDALUZA DE PROMOCIÓN EXTERIOR, S.A. (EXTENDA)

Adscrita actualmente a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia¹⁵⁸, se constituyó el 13 de febrero de 1985 mediante escritura pública bajo la denominación de Comercializadora de Productos Andaluces, S.A. El 14 de enero de 2003 se aprueban nuevos Estatutos y cambia su denominación por la actual. Su objeto social consiste en crear, sostener y gestionar mecanismos destinados a contribuir a la internacionalización del tejido empresarial andaluz, mediante el apoyo al desarrollo de sus estructuras comerciales para la exportación y el fomento de la inversión productiva en el exterior. Dicho objeto se realiza fundamentalmente a través del análisis de los mercados exteriores que permitan el mejor conocimiento de la realidad de aquellos, sus preferencias y hábitos, y por otra parte, de los mecanismos de comercialización, sus regulaciones, controles, canales y costes; de la realización de acciones de apoyo a la participación de la empresa andaluza en ferias, misiones comerciales, promociones en puntos de venta y otras de la misma índole y finalidad; de la prestación de servicios de apoyo individual a empresas mediante la información y el asesoramiento, la creación y/o participación en programas de formación sobre el comercio exterior en general y en particular sobre determinados mercados considerados como favorables o preferenciales, la creación y/o participación en programas de desarrollo de la cultura exportadora, y el fomento de la colaboración entre empresas para abordar proyectos conjuntos de presencia exterior; de la constitución de sociedades mercantiles o la participación en sociedades ya constituidas que se consideren de especial interés para Andalucía; y de la promoción y participación en actuaciones colectivas de empresas que permitan una mayor competitividad.

¹⁵⁸ Según señala el Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, publicado en el BOJA núm. 57, de 23 de marzo.

Constituye una excepción a nuestro estudio, puesto que la participación en el capital de la Comunidad Autónoma de Andalucía es de casi un 88%, estando el 12% restante en poder de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Granada, Jerez de la Frontera, Almería, Andújar, Cádiz, Córdoba, Huelva, Jaén, Linares, Málaga, Sevilla y del Campo de Gibraltar. Estas entidades mantienen un asiento en la Junta General para cada uno de los doce presidentes de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y dos representantes en el Consejo de Administración.

Su plantilla media real, durante el ejercicio 2007, fue de 62 personas.

Los datos presupuestarios de EXTENDA en el periodo 2007-2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	26.484.500	22.149.500	48.634.000
2008	30.025.498	410.000	30.435.498
2009	32.143.178	-	32.143.178
2010	27.146.851	-	27.146.851

V.2. EMPRESA ANDALUZA DE GESTIÓN DE INSTALACIONES Y TURISMO JUVENIL, S.A. (INTURJOVEN, S.A.)

Adscrita al Instituto Andaluz de la Juventud, dependiente a su vez de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Su constitución fue autorizada por Decreto 153/1990, de 22 de mayo, bajo la denominación *Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTURJOVEN, S.A.)*. La escritura pública de constitución fue otorgada el 17 de septiembre de 1990. La sociedad tiene por objeto las siguientes actividades:

- La gestión de instalaciones juveniles y cualesquiera otras de similares características que sean cedidas en uso a la misma por la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la de aquéllas de propiedad privada o de otros entes públicos, sobre las que se establezcan convenios o consorcios.

- La planificación y gestión de los servicios de turismo juvenil que se presten por la Comunidad Autónoma, así como aquellos que pudiera recibir la misma de la Administración Central.
- La elaboración de planes y ejecución de programas y trabajos necesarios para la mejor prestación de servicios a los jóvenes.
- La realización de obras de infraestructura, tanto de remodelación y acondicionamiento como de construcción, en instalaciones juveniles de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- La redacción de estudios e informes, la prestación de servicios en materia de juventud y, de forma general, cualquier otra actividad que sea presupuesto, complemento, consecuencia o desarrollo de las anteriores.

Su plantilla media real, durante 2007, fue de 406 personas.

Los datos presupuestarios de INTURJOVEN para el periodo que va de 2007 a 2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	32.945.217	15.116.326	48.061.543
2008	34.146.380	16.500.000	50.646.380
2009	32.211.342	6.500.000	38.711.342
2010	30.644.276	6.500.000	37.144.276

V.3. EMPRESA PÚBLICA DE DEPORTE ANDALUZ, S.A. (EPDASA)

Dependiente de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte. El Decreto 496/1996, de 26 de noviembre, por el que se modifica determinados aspectos del Reglamento General de la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales¹⁵⁹, aprobado por el Decreto 46/1993, de 20 abril, autoriza la constitución de la Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A. La escritura pública de constitución se otorgó el día 26 de febrero de 1997. Su objeto social está compuesto por:

¹⁵⁹ La cual gestionaba, en dependencia de la Consejería de Cultura, aquellas actividades públicas en materia deportiva que se llevaban a cabo a través del régimen de descentralización funcional.

- La potenciación y el fomento del deporte en todos sus aspectos y de las actividades tendentes a tal fin.
- La gestión de las instalaciones deportivas que se pongan a su disposición, para su uso y gestión, por la Administración de la Junta de Andalucía.
- La organización de actividades deportivas y la difusión del deporte en Andalucía.
- La ejecución de obras de instalaciones y equipamientos deportivos.
- Y, en general, cuantas actividades contribuyan al desarrollo del deporte en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Su plantilla media real, en 2007, fue de 125 personas.

Los datos presupuestarios de EPDASA entre 2007 y 2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	24.621.807	4.546.383	29.168.190
2008	27.573.250	2.542.936	30.116.186
2009	28.135.602	2.700.000	30.835.602
2010	28.881.635	2.217.780	31.099.415

El Plan de Reordenación del Sector de la Junta de Andalucía, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010, ordena la creación de la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A., por fusión de Turismo Andaluz, S.A., y Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A., lo que supone, desde un punto de vista jurídico-mercantil, la extinción de EPDASA.

V.4. EMPRESA PÚBLICA PARA EL DESARROLLO AGRARIO Y PESQUERO DE ANDALUCÍA, S.A. (DAPSA O DAP)

Sociedad mercantil adscrita a la Consejería de Agricultura y Pesca. El Decreto 165/1989, de 27 de junio, autoriza la creación de la Empresa Andaluza de Gestión de Tierras, S. A., siendo modificado posteriormente por el Decreto 180/1996, de 7 de mayo. Adoptó la denominación de Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, S.A. a través de la modificación de Estatutos que supuso el Acuerdo de la Junta General de 28 de mayo de 1996.

DAP está configurada como medio propio, instrumento y servicio técnico de la Junta de Andalucía. Además, el régimen jurídico de la Empresa Pública contempla ser medio propio de las Corporaciones Locales radicadas en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

La sociedad tiene como objeto:

- La realización de obras y actividades relacionadas con el desarrollo rural en Andalucía y con la ejecución y aplicación de la planificación general de la Junta de Andalucía en materia de desarrollo rural.
- La construcción, modernización y mejora de equipamientos, instalaciones para el uso racional del agua y la gestión de los recursos hídricos, instalaciones de depuración de aguas, estructuras para el abastecimiento de energía eléctrica y otras infraestructuras de carácter agrario y pesquero.
- La gestión material y explotación del patrimonio del IARA¹⁶⁰.
- La gestión de los medios e instalaciones de los centros periféricos, de servicios periféricos en el ámbito comarcal y local y de otros establecimientos de la Consejería de Agricultura y Pesca o del IARA, así como la gestión material y explotación de las fincas que tengan adscritas.
- La gestión y explotación de los bienes y el apoyo a los servicios de la Junta de Andalucía que le puedan ser atribuidos.
- La redacción de estudios e informes y la prestación de servicios agrarios y pesqueros.
- La generación y transferencia de tecnología en el ámbito de actuación de la empresa.
- La preparación y ejecución de programas de formación, investigación, información y divulgación en el ámbito agrario y pesquero.
- En general, cualquier otra actividad que sea presupuesto, complemento, consecuencia o desarrollo de las anteriores.

La Carta de Servicios de la empresa DAP (aprobada por Resolución de 4 de diciembre de 2006, de la Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, S.A.), amplía, por una vía indirecta, de manera exponencial el objeto social de la sociedad anónima pública, señalando que la Misión de la Empresa es prestar servicios especializados para el desarrollo y la modernización de Andalucía, en especial en los ámbitos rural y pesquero, como instrumento al servicio de las Ad-

¹⁶⁰ El Decreto-Ley 5/2010, de 27 de abril, y el Plan de Reordenación del Sector Público, preceptúan la desaparición del organismo autónomo Instituto Andaluz de Reforma Agraria.

ministraciones Públicas. Continúa la Resolución afirmando que la sociedad tiene por objeto, dentro del ámbito del desarrollo agrícola, ganadero y pesquero:

1. La realización de todo tipo de trabajos, obras, estudios, informes, proyectos, dirección de obras, consultorías, asistencias técnicas y servicios, así como la gestión de los servicios públicos que le puedan ser atribuidos por la Administración competente, integrando dicho objeto, con carácter enunciativo, las actividades de:
 - a) Movimientos de tierra y perforaciones, desmontes y vaciados; explanaciones, canteras, pozos, galerías y túneles.
 - b) Edificaciones, demoliciones, estructuras de fábrica u hormigón, estructuras metálicas; albañilería, revocos y revestidos, cantería y marmolería; pavimentos, solados y alicatados; aislamientos e impermeabilizaciones, carpintería de madera y metálica.
 - c) Obras y trabajos hidráulicos; abastecimientos y saneamientos; canales; acequias y desagües; obras y trabajos hidráulicos en general.
 - d) Viales, caminos y pistas con firmes de mezclas bituminosas y de hormigón hidráulico, señalizaciones y balizamientos viales.
 - e) Instalaciones eléctricas, alumbrados, iluminaciones y balizamientos luminosos, líneas eléctricas de transporte, distribución y centros de transformación.
 - f) Instalaciones mecánicas, elevadoras y transportadoras, de ventilación, calefacción, climatización, de fontanería y sanitarias.
 - g) Cimentaciones especiales, sondeos, inyecciones y pilotajes, tablestacados, ornamentos y decoraciones, viveros, jardinería y plantaciones, estaciones de tratamiento de aguas e instalaciones contra incendios.
 - h) La realización de proyectos y dirección de obras referentes a las siguientes materias: agrícola, ganadera, pesquera, cartografía, geotecnia, hidrología, industria, y depuración de aguas, instalaciones electrónicas, energía y minería, edificación, obras públicas, suelos y urbanismo.
 - i) La realización de planes, estudios, informes, consultoría, auditorías y asesorías sociales, laborales, comerciales, económicas, financieras y de prevención de riesgos laborales.
 - j) Realización de análisis, ensayos y controles técnicos.
 - k) El desarrollo socioeconómico integrado en el medio rural, incluyendo el fomento, la conservación, gestión y explotación de equipamientos educativos y turísticos, las actividades agrícolas y ganaderas asociadas a los mismos y la comercialización de sus productos.
 - l) La realización de planes, programas y proyectos de cooperación al desarrollo.

- m) La comunicación, información y publicidad, servicios editoriales y divulgación, mediante la distribución, importación, exportación, producción y venta de todo tipo de publicaciones, materiales y medios escritos, audiovisuales e informáticos, campañas de comunicación pública, congresos, exposiciones y ferias.
 - n) La formación y la educación en hábitos de vida saludable, tales como la alimentación, y empleo del tiempo libre.
 - o) El mantenimiento y conservación de equipos, instalaciones y bienes inmuebles.
2. La gestión material y la explotación del patrimonio del Instituto Andaluz de Reforma Agraria.
 3. La gestión de los medios e instalaciones de los centros periféricos, de los servicios periféricos de ámbito comarcal y local y de otros establecimientos de la Consejería de Agricultura y Pesca o del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, así como la gestión material y explotación de las fincas que tengan adscritas.
 4. La gestión y explotación de los bienes y el apoyo a los servicios de la Junta de Andalucía que le puedan ser atribuidos.
 5. La generación y transferencia de tecnología en el ámbito de actuación de la empresa.
 6. La preparación y ejecución de programas de formación, investigación, información y divulgación en general con especial incidencia en el ámbito agrario y pesquero.
 7. La prestación de Servicios de consultoría y desarrollo de sistemas de información, incluyendo en ellos la aplicación de tecnologías de teledetección y ortofotogrametría.
 8. La investigación, desarrollo, transferencia, adaptación y comercialización de nuevas técnicas, patentes, inventos, modelos industriales y equipos y sistemas de gestión.
 9. La promoción de la investigación y desarrollo del uso de la biomasa y otras energías.
 10. La prestación de servicios de consultoría relacionados con la Prevención de riesgos laborales.

11. En general, cualquier otra actividad que sea presupuesto, complemento, consecuencia o desarrollo de las anteriores¹⁶¹.

Su plantilla media, en 2007, fue de 1.947 personas.

Los datos presupuestarios de DAP para 2007, 2008, 2009 y 2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	93.819.334	8.648.753	102.468.087
2008	147.086.936	11.089.082	158.176.018
2009	115.128.863	7.796.998	122.925.861
2010	104.019.463	2.210.000	106.229.463

DAP se extingue con la reordenación del sector público andaluz de julio de 2010, para su transformación en la Agencia –de régimen de especial– de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.

V.5. ESCUELA ANDALUZA DE SALUD PÚBLICA, S.A. (EASP)

Dependiente de la Consejería de Salud. El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de mayo de 1985, autorizó su creación, otorgándose la escritura pública de constitución el 17 de julio de 1985. Sus Estatutos fueron modificados mediante Acuerdo de 17 de julio de 1992. El objeto de esta sociedad mercantil pública es la formación y especialización de profesionales en el campo de la salud pública y de la administración sanitaria, de forma que puedan responder a las necesidades de los servicios de salud en Andalucía y en toda España, incluyendo entre sus objetivos la enseñanza, el asesoramiento y la investigación dirigida tanto a profesionales como a entidades, así como la colaboración y el intercambio científico y técnico en los ámbitos nacional e internacional.

¹⁶¹ Aparte de la descripción del objeto, la relación de servicios que presta DAP se encuentra recogido en el apartado A.II.1) de la Resolución de 4 de diciembre de 2006. Merece la pena repararla porque es realmente prolija, minuciosa, diversificada y hasta abigarrada.

La plantilla media real de EASP en 2007 fue de 207 personas.

Los datos presupuestarios de EASP entre 2007 y 2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	19.794.679	712.017	20.506.696
2008	20.399.542	1.265.864	21.665.406
2009	21.868.244	1.018.349	22.886.593
2010	19.548.595	888.004	20.436.599

V.6. GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE ANDALUCÍA, S.A. (GIASA)

Es una sociedad dependiente de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda. Su creación tiene como raíz el Decreto 86/1992, de 19 de mayo, que autorizó la constitución de la Empresa Sociedad de Gestión y Financiación de Infraestructuras, Sierra Nevada 1995, S.A. (SOGEFINSA). Por Decreto 384/1996, de 2 de agosto, se autoriza la modificación de los Estatutos de esta Sociedad, sustituyendo la denominación anterior por la actual de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. La sociedad tiene como objeto:

- El proyecto y ejecución de obras de infraestructura y equipamientos, como su mantenimiento y explotación, y la prestación de servicios relacionados con los mismos, competencia de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ésta le atribuya.
- La obtención y gestión de la financiación precisa para la realización de las obras y servicios referidos en el apartado anterior.

La atribución de funciones a GIASA se realiza por la Consejería de adscripción mediante Resolución de su titular en la que se determinen las actuaciones a desarrollar y los compromisos para ambas partes. Las relaciones de la sociedad con otras Administraciones, Organismos, Entidades o Empresas Públicas en relación con las actuaciones atribuidas por la Consejería de adscripción, deberán formalizarse mediante contrato o convenio.

Su plantilla media real en 2007 fue de 105 personas.

Los datos presupuestarios de GIASA desde 2007 a 2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	32.461.016	389.606	32.850.622
2008	33.353.864	3.979.342	37.333.206
2009	33.821.247	335.560	34.156.807
2010	29.662.646	1.261.465	30.924.111

El Decreto-Ley 5/2010, y el Plan de Reordenación del Sector Público dictan la absorción de GIASA –lo que conlleva obviamente su extinción– por parte de la Agencia Pública de Obra Pública de la Junta de Andalucía, de carácter público empresarial, la cual nace como transformación del Ente Público de Gestión de Ferrocarriles de Andalucía.

V.7. TURISMO ANDALUZ, S.A. (TURASA)

Sociedad mercantil dependiente de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, constituida el 22 de diciembre de 1992, teniendo como único accionista la *Sociedad para la Promoción y Reconversión Económica de Andalucía, S.A. (SOPREA)*. A través del Decreto 243/1999, de 13 de diciembre, el Consejo de Gobierno autorizó la adquisición por la Comunidad Autónoma de Andalucía del 100% de las acciones de la entidad *Turismo Andaluz, S.A.* El objeto social está referido a las actividades relacionadas con la promoción y el desarrollo del sector turístico y se concretan en los siguientes fines:

- La potenciación del sector turístico en todos sus aspectos, y el desarrollo de cuantas actividades tienden a tal fin.
- La gestión de instalaciones turísticas que le sean asignadas por la Junta de Andalucía, así como la elaboración de planes, ejecución de obras y trabajos, que resulten necesarios para la mejor explotación de las mismas.
- La potenciación de la oferta turística en sentido estricto, así como la oferta complementaria y desarrollo de cuantas actividades se estimen convenientes para

dicho fin, efectuando campañas publicitarias en los medios de comunicación y bajo la forma adecuada en cada caso.

- La investigación y análisis de nuevos productos turísticos.
- La edición de todo tipo de material promocional, en cualquiera de los soportes que se estimen oportunos.
- Producción y distribución de la información que favorezca el desarrollo turístico andaluz.
- La coordinación de las acciones promocionales de otras entidades, públicas o privadas, que tengan igual fin, en el marco de la política turística general.
- Y, en general, cuantas actividades contribuyan al mejor desarrollo turístico de la Comunidad Autónoma Andaluza.

Es la única accionista de Infraestructuras Turísticas de Andalucía, S.A.

La plantilla media real de TURASA en 2007 fue de 212 personas.

Los datos presupuestarios de Turismo Andaluz, S.A., en el periodo 2007-2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	88.349.863	3.420.500	91.770.363
2008	104.885.447	6.620.009	111.505.456
2009	108.454.127	2.675.000	111.129.127
2010	98.273.483	2.692.500	100.965.983

Como ya se ha dicho, TURASA está llamada, por la reforma del sector público andaluz de julio de 2010, a fusionarse con EPDASA en la nueva Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A.

V.8. EMPRESA DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.A. (EGMASA)

Sociedad mercantil dependiente de la Consejería de Medio Ambiente. El Decreto 17/1989, de 7 de febrero, autorizó la constitución de la empresa y el 21 de septiembre de 1989 se constituyó mediante escritura pública. Posteriormente, el

Decreto 117/1998, de 9 de junio, modificó el Decreto 17/1989¹⁶². Su régimen jurídico se recogió en el artículo 67.2 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre. La sociedad tiene por objeto la realización de todo tipo de trabajos, obras, estudios, informes, proyectos, dirección de obras, consultorías, asistencias técnicas y servicios relacionados con la protección, conservación, regeneración o mejora del medio ambiente, así como la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente.

Está constituida como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, estando obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones emergencia que se declaren, le encomienden la Administración de la Comunidad Autónoma, organismos públicos dependientes de ella, así como las Corporaciones Locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía.

El número medio de empleados en 2007, incluyendo eventuales, es de 5.253,73 personas.

Los datos presupuestarios de EGMASA desde 2007 a 2010, tal y como están recogidos en las respectivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma son:

AÑO	PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (€)	PRESUPUESTO DE CAPITAL (€)	TOTAL (€)
2007	288.509.505	5.345.183	293.854.688
2008	313.183.748	1.451.146	314.634.894
2009	333.665.871	4.324.705	337.990.576
2010	285.976.128	1.637.959	287.614.087

Estos datos presupuestarios han convertido a EGMASA en el gran gigante dentro de las sociedades mercantiles de capital enteramente público de la Junta de

¹⁶² Dicha regulación jurídica ha sido afectada por la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2009, en el recurso de casación 4035/2005, ya que dicho Fallo declara nulo de pleno derecho el Decreto 117/1998, de 9 de junio, aunque no establece la misma consecuencia para todos los actos dictados en su desarrollo y aplicación.

Andalucía¹⁶³, configurándose a su vez como una de las mayores entidades de la Administración instrumental andaluza, sólo superada por los organismos *Servicio Andaluz de Empleo (SAE)*, *Servicio Andaluz de Salud (SAS)* ¹⁶⁴, *Agencia Andaluza del Agua*, *Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA)*, *Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA)*, y *Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos*.

El Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, y el Plan de Reordenación del Sector de la Junta de Andalucía, aprobado el mismo día, ordenan la extinción de EGMASA, de forma que ésta, junto con la Agencia Andaluza del Agua, queda absorbida por una nueva agencia pública empresarial denominada Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

¹⁶³ A pesar del importante recorte presupuestario que puede observarse en 2010, en consonancia con la política de austeridad pública propia de una situación de crisis económica. Aunque estos recortes, no obstante, afectan a casi todas las empresas y organismos públicos, la reducción para EGMASA es especialmente significativa, al superar los 50 millones de euros.

¹⁶⁴ El gran “coloso” de la Administración instrumental de la Junta de Andalucía, con un presupuesto previsto equilibrado de ingresos y gastos de 8.989.188.159 euros para 2010, siendo de los contados organismos públicos cuyas cuentas crecen en esta anualidad.

VI | CONCLUSIONES

1. La labor de *administrar* se identificó durante siglos prácticamente con cualquier manifestación externa de las funciones del poder político. Con el Estado moderno, la labor de administrar queda referida al poder ejecutivo, distinguiéndose con el tiempo la labor de *gobernar* (propia del Gobierno) de la de administrar, encargada a la Administración, cuya labor de servicio público es dirigida políticamente por el Gobierno y está sometida al imperio de la ley (*vinculación positiva de la Administración*), sin perjuicio del ámbito propio de discrecionalidad en la toma de decisiones.
2. La Administración institucional o instrumental engloba una variada gama de formas jurídicas diferenciadas, con personalidad jurídica propia, cuyas principales características son la dependencia con respecto a la Administración territorial a la que pertenecen y la instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados.
3. El fenómeno de abandono de los regímenes legales públicos para proceder a la aplicación de fórmulas semi-públicas o puramente privadas en amplios sectores de la Administración instrumental ha sido denominado como la “huida del derecho administrativo”. Como reacción a esta *huida*, se ha producido lo que hemos dado en llamar en este trabajo la “persecución del Derecho Administrativo”, de forma que éste ha ampliado su ámbito para desplegar su eficacia sobre esas zonas del sector público que habían quedado fuera de su alcance, especialmente en el campo de la contratación administrativa.

4. Las diferentes regulaciones legales de la Administración instrumental configuran distintas organizaciones y tipos de entidades en los ámbitos estatal, autonómico andaluz y local, siendo la actual una época de importantes cambios normativos en la materia.

5. El denominado sector público estatal se regula en la Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria (con una prolija clasificación); la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; la Ley 33/2003, de 23 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; y la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, diferenciándose entre el sector público administrativo, el empresarial y el fundacional.

La tipología de las entidades instrumentales andaluzas se recoge en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, distinguiendo las Agencias (en sus versiones de Agencia administrativa, Agencia pública empresarial y Agencia de régimen especial) de las Entidades instrumentales privadas (Sociedades mercantiles y Fundaciones del sector público andaluz). La Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incluía asimismo una clasificación de la Administración instrumental andaluza, que fue retocada –aunque consideramos que con ciertas inconcreciones– por la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía. Para evitar discrepancias, el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía ha procedido a uniformar la materia, haciendo coincidir las clasificaciones de la Administración instrumental recogidas en ambas normas.

La Administración instrumental local se regula en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, recogiendo las formas de Organismo autónomo local, Entidad pública empresarial local, Sociedad mercantil local y Consorcio. La Ley de Autonomía Local de Andalucía introduce importantes cambios en las formas de organización de las entidades instrumentales dependientes de las Corporaciones locales andaluzas, intentando trasladar de manera mimética, en la medida de lo posible, la estructura organizativa de la Administración de la Junta de Andalucía a los entes locales ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma.

6. En los últimos años se ha introducido en la legislación estatal y andaluza la figura de las Agencias públicas. Concebidas por el liberalismo thatcheriano de los años ochenta como un medio de reducir el sector público e intentar, a la vez, mejorar los servicios que éste debe ofrecer a los ciudadanos, las Agencias se configuraban como organismos semi-públicos, dependientes del control político, que

tenían como misión el control y vigilancia de la prestación, por los particulares, de servicios públicos privatizados. Parte importante del concepto de Agencia es la necesidad de que ésta cumpla una serie de objetivos prefijados, lo que obliga a una evaluación continua del rendimiento del organismo.

Las normativas estatal y andaluza de las Agencias se olvidan conscientemente del concepto *neo-con* de Agencia, para hacer hincapié principalmente, en el caso de la Ley del Estado, en la idea de contrato de gestión, evaluación continua y de cumplimiento de objetivos prefijados. La Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, en cambio, utiliza el término Agencia como denominación aglutinadora de todos los tipos de entidades instrumentales de carácter o personalidad públicos, aunque también incluye referencias a los contratos de gestión con indicadores evaluables en las agencias de régimen especial.

7. La empresa es un concepto poliédrico y multidisciplinar del que el aspecto jurídico es sólo uno de sus componentes. Los componentes económico y organizativo terminan de conformar una realidad compleja que el Derecho por sí solo no puede abarcar. El acercamiento jurídico a la empresa requiere del dominio de las más variadas ramas del Derecho (mercantil, laboral, fiscal, administrativo especial, etc.), aunque, desde el punto de vista mercantil y especialmente en el caso de la empresa en mano pública, esta aproximación debe realizarse a través de las instituciones concéntricas de comerciante, sociedad mercantil y sociedad anónima.

8. El objeto de la sociedad mercantil como persona jurídica se identifica con la finalidad de la empresa, con el ámbito de actividad económica, profesional, industrial y/o comercial en el que va a ejercer su actividad. En los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar obligatoriamente, entre otros aspectos, el objeto social, determinando de forma precisa y determinada las actividades que lo integran, que serán las que lícitamente podrá ejercer la sociedad.

9. El reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, contenido en el artículo 128.2 de la Constitución, ha sido destacado como la habilitación constitucional para el desarrollo por parte de los poderes públicos de un entramado de sociedades mercantiles con objeto público, que, en la mayor parte de las ocasiones, prestan servicios o realizan actividades que bien podrían ser llevadas a cabo directamente por el sector privado. El Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 señala, en su artículo 158, que *la Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia*, recogiendo legislativamente de

forma expresa la legitimación de los poderes públicos para la creación de estas entidades, siguiendo así las indicaciones de buena parte de la doctrina.

10. Las sociedades mercantiles de la Junta de Andalucía se regulan en la Sección 1ª del Capítulo III del Título III de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, la Ley anual del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía incluye, ejercicio tras ejercicio, distintas previsiones con respecto a las empresas públicas y específicamente a las sociedades mercantiles del sector público andaluz.

Dentro de la clasificación de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía encontramos a las sociedades mercantiles del sector público andaluz que, junto con las fundaciones, constituyen la categoría de las Entidades instrumentales privadas, las cuales tienen personalidad jurídica privada, por lo que en ningún caso pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad ni ejercer potestades administrativas.

11. La financiación de las sociedades mercantiles del sector público andaluz podrá realizarse a través de transferencias de financiación, de explotación o de capital; transferencias con asignación nominativa, financiadas con Fondos Europeos u otras transferencias finalistas; subvenciones; encomiendas de gestión de actuaciones de competencia de las Consejerías o agencias administrativas u organismos autónomos; realización de obras o servicios por administración que les sean encomendados cuando actúen como medio propio de la Administración; ejecución de contratos de los que puedan resultar adjudicatarias; e ingresos que puedan percibir por cualquier otro medio. Podrán acudir a operaciones de endeudamiento previa autorización de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y –salvo excepciones regularizables al cierre del ejercicio–, dentro de los límites del Programa Anual de Endeudamiento acordado entre la Junta de Andalucía y la Administración General del Estado.

12. Desde la perspectiva presupuestaria, las empresas públicas de la Junta de Andalucía han de elaborar, antes del 1 de julio de cada año, el programa de actuación, inversión y financiación (PAIF) de la anualidad siguiente, junto con un presupuesto de explotación y otro de capital. El PAIF ha de ser aprobado por el Consejo de Gobierno y la información relativa a los presupuestos de explotación y capital se reflejará en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma.

El control de carácter financiero de las empresas de la Junta de Andalucía habrá de efectuarse mediante procedimientos y técnicas de auditoría, debiendo realizarse siguiendo las directrices de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Las empresas de la Junta de Andalucía podrán ser sometidas a control financiero permanente, para lo cual es necesario Acuerdo del Consejo de Gobierno, estableciendo la Intervención General de la Junta de Andalucía las condiciones de su ejercicio.

Las empresas de la Junta de Andalucía quedan sometidas al régimen de contabilidad pública en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. Ello supone la necesidad de presentar, a la Intervención General de la Junta de Andalucía, sus cuentas, debidamente aprobadas por el respectivo órgano competente, antes del 1 de agosto del año siguiente a aquél al que se refieran, a fin de que sean incluidas en la Cuenta General de la Junta de Andalucía. La sujeción al régimen de contabilidad pública comporta la obligación de rendir cuentas de las operaciones de las empresas públicas, cualquiera que sea su naturaleza, al Parlamento de Andalucía, al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas de Andalucía, por conducto de la Intervención General de la Junta de Andalucía.

13. Consideramos que son las especiales características del objeto social de la empresa pública sociedad mercantil las que enmarcan y definen la singularidad de ésta y la convierten en un *genus* aparte dentro de la familia de las entidades mercantiles privadas. En nuestra opinión, esas especiales características, que enmarcan una específica problemática, son:

- El objeto social está recogido en normas de Derecho Público.
- Especiales connotaciones de los principios de certidumbre y licitud del objeto social.
- Ampliación *de iure* y *de facto* del objeto social.
- El ejercicio del objeto social por parte de la empresa pública como medio propio de la Administración.
- El objeto social de la empresa pública puede confluir con actividades desarrolladas por los privados.
- El objeto social no puede incluir ejercicio de potestades administrativas.
- La problemática del ánimo de lucro en el ámbito de estas sociedades. La rentabilidad social de la actividad de la empresa.

14. La voluntad del socio promotor de una sociedad en mano pública se manifiesta previamente a la protocolización notarial y registral de la sociedad, mediante

un acuerdo político-administrativo de auto-organización, plasmado en un acto administrativo que autoriza la creación de la sociedad mercantil pública y, entre otros extremos, define siquiera mínimamente su objeto.

Del acto administrativo de autorización cabe decir que, por su importante carácter regulatorio y su proyección en el tiempo, bien podría predicarse que más bien se trata de una auténtica norma jurídica de rango reglamentario.

El acuerdo político-organizativo que autoriza la creación de sociedades mercantiles del sector público andaluz, corresponde al Consejo de Gobierno. Este acuerdo constituye un acto que deberá ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, debiendo asimismo incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias.

15. El objeto de una sociedad mercantil ha de ser cierto, para lo cual ha de ser definido y cuidadosamente delineado en los Estatutos societarios, si bien es el Decreto o Acuerdo de autorización para la creación de una sociedad mercantil pública el que habrá de fijar las actividades que conforman su objeto social. Posteriormente, las indicaciones recogidas en la decisión política tendrán que reflejarse en los trámites legales de carácter privado y finalmente en los Estatutos sociales.

16. Aceptado generalmente que las sociedades públicas pueden actuar en el mercado en competencia con los particulares, es necesario fijar la lícita extensión del objeto social, para preservar, de un lado, la actuación de las empresas públicas en la economía y, por otro, el principio de libre competencia. En este sentido, nos parece que el espectro lícito de actividades que puede ser incluido en el objeto social de las empresas públicas, ha de cumplir una doble condición:

- Que el objeto social se encuentre conectado de manera directa con el ámbito de competencias de la Administración o sector de la Administración de la que depende.
- Que dicho objeto debe estar entroncado con la consecución de unos objetivos de interés público general de suficiente entidad como para *vencer*, en un conflicto de bienes jurídicos protegidos, a otros intereses también dignos de defensa (principio de libre concurrencia, sometimiento a licitación pública de la contratación administrativa, etc.), mediante la correspondiente valoración jurídico-económico-política. El interés público debe interpretarse con suficiente amplitud, ya que en ocasiones éste vendrá dado por el objeto en sí de las

prestaciones que desarrolle la empresa, pero en otros casos podrá surgir por situaciones distintas, muy específicas o incluso coyunturales.

17. La certidumbre del objeto social de las empresas públicas choca abiertamente con una labor de ampliación *de iure* y *de facto* de dicho objeto. Esta tendencia, impulsada a menudo desde el poder político y en otras ocasiones por la dirección de las empresas públicas, parece intentar alcanzar el *objeto social infinito*, por el que la empresa pública puede entrar a llevar a cabo su actividad sobre cualquier ámbito público cuando así se lo requieran las Administraciones encomendantes.

La ampliación *de iure* del objeto social se concreta en la reiterada tendencia a plasmar, en los instrumentos de creación de la empresa pública o a través de sucesivas reformas estatutarias, amplísimos objetos sociales en los que se incluyen una acumulación de referencias genéricas a actividades de lo más variado, en muchas ocasiones incluso lejanas al ámbito de competencias de la entidad pública impulsora de su creación. Destacamos, como ejemplo paradigmático de lo anterior, la regulación que, del objeto social de la empresa pública estatal *Tragsa*, hace la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La ampliación *de facto* se lleva a cabo mediante hechos consumados o documentos sin auténtico valor legal. Por ejemplo, a través de las Cartas de Servicios de estas empresas públicas, sus páginas web o por la propia realidad de los concretos actos administrativos relativos a encargos de ejecución o de los contratos firmados por las empresas públicas con otras empresas públicas o privadas.

18. Las sociedades mercantiles públicas pueden actuar como medio propio o servicio técnico del ente administrativo del que sean dependientes y de otras entidades administrativas, quedando excluida esta actividad del ámbito objetivo de la exigente legislación comunitaria y estatal en materia de contratación pública. Para ello, debe cumplirse un triple condicionante:

- Las normas y actos administrativos y mercantiles constitutivos o modificativos de la sociedad mercantil pública han de recoger expresamente que la empresa pública es medio propio de una determinada Administración o de un sector de ésta, bien mediante referencias genéricas o bien, preferiblemente, mediante su determinación precisa y exhaustiva.
- La autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la empresa pública de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

- La empresa pública debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan.

Para la determinación exacta de la forma en que debe exigirse el cumplimiento de estas tres condiciones, es necesario acudir al estudio de la normativa comunitaria y estatal en materia de contratación pública; a la *doctrina Teckal*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con las matizaciones incluidas en la Sentencia de la Sala Segunda de 19 de abril de 2007; y a la Sentencia de 30 de enero de 2008, de la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (dictada en consecuencia del citado Fallo del TJUE de 19 de abril de 2007). La doctrina es también una fuente complementaria de importancia.

Las encomiendas de gestión a las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía se regulan en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía y concretan anualmente su reglamentación en la Ley del Presupuesto de Comunidad Autónoma, siendo esta normativa tributaria –como no puede ser de otro modo– del esfuerzo normativo, jurisprudencial y doctrinal al que nos referimos en el párrafo anterior.

19. La actividad de la empresa pública puede confluir con actividades desarrolladas por los privados, no existiendo, con carácter general, sectores reservados, limitados o prohibidos para la iniciativa pública o para la privada, sino que ambas podrán actuar y coincidir en el mismo ámbito de negocio.

La actuación de la empresa pública como medio propio o servicio técnico de la Administración fuera del ámbito de la libre competencia, produce una distorsión por restricción del mercado, de forma que la Administración hurta de la libre competencia, en pro de otros intereses públicos de mayor importancia, una serie de prestaciones que bien podría licitar en procedimientos de contratación abiertos.

En los casos en que la empresa pública actúa como operador libre en el mercado en las mismas condiciones que una empresa privada, rigen sin discusión los principios de libre competencia, igualdad de trato, no discriminación y el principio de transparencia. La empresa pública podrá participar libremente en licitaciones abiertas por las Administraciones Públicas para la contratación pública de obras, bienes o servicios, con las únicas limitaciones de que la empresa tenga algún impedimento (normativo, administrativo o estatutario) en este sentido o de que la empresa sea medio propio de la Administración que licita.

Sin embargo, en este caso en que la empresa pública acude al mercado *libre* en una situación de igualdad con el resto de empresas, existen circunstancias (como

son la financiación pública privilegiada, las ayudas de carácter público, los réditos generados por las encomiendas, y el entroncamiento de la sociedad pública en la estructura organizativa pública) que pueden colocar *de facto* a la empresa pública en una situación de superioridad, preeminencia o incluso dominio en el mercado.

Es posible, no obstante, que la sociedad pública pueda encontrarse en desventaja con respecto a sus competidores privados en los casos en que, por razones de interés general, aquélla preste servicios a los particulares a cambio de una tarifa o precio político (con valor de coste o incluso anti-económico), aunque en régimen de competencia en el mercado. De todas formas, esta falta de rentabilidad económica para la sociedad pública no se traduce en un aumento de ingresos para los operadores privados, sino en una reducción del mercado, en tanto que el servicio ya ha sido prestado a los particulares y, por tanto, éstos ya no van a acudir a esas empresas privadas a solicitarle el mismo servicio.

20. En la configuración administrativa y estatutaria del objeto social de las empresas públicas sociedades mercantiles no podrán aparecer competencias de carácter público que puedan entenderse como potestades administrativas o de ejercicio de autoridad, debiendo circunscribir dicho objeto social a actividades puramente materiales o de ejecución de decisiones tomadas por las instancias administrativas (como medio propio de las Administraciones) o al ejercicio libre de actividades estrictamente industriales, comerciales o mercantiles.

La actividad de la empresa pública, consecuente al contenido de su objeto social, deberá respetar los mismos límites, no siendo posible a la sociedad mercantil en mano pública ejercer *de facto* potestades administrativas o de ejercicio de autoridad mediante una relación de superioridad con terceros basada en la dependencia organizativa de la Administración Pública.

21. El objeto social de las sociedades mercantiles en mano pública no está dirigido al ánimo de lucro ni a la rentabilidad entendida como maximización de la ganancia económica. La empresa pública tiene un objetivo de rentabilidad social, cubriendo en todo caso unos fines de interés general, que en ocasiones tendrán que ver con la prestación de servicios públicos y en otras estarán conectados a necesidades organizativas, agilidad de las prestaciones, prestaciones anti-económicas o mantenimiento de empleos o de industrias en peligro de extinción.

Este beneficio general o rentabilidad social sí puede tener un importante componente económico, en tanto las empresas públicas buscan obtener buenos resulta-

dos económicos que les permitan ser auto-suficientes o incluso generar excedentes financieros.

En nuestra opinión, la rentabilidad social de una empresa pública ha de ser entendida en todos o algunos de los aspectos siguientes del interés general:

1. Preservación, mantenimiento y mejora de los servicios públicos.
2. Acceso de los ciudadanos o determinados grupos de éstos a servicios prestados por el poder público aunque en régimen de derecho privado y en competencia con los particulares.
3. Obtención de beneficios económicos, lo que ha de tener como consecuencia un aumento de recursos financieros.
4. La actuación de la empresa pública en el mercado habrá de producir el menor impacto posible en el principio de libre competencia, tanto cuando ésta actúa como medio propio como cuando lo hace como operador privado.
5. Otras razones de interés público: como pueden ser el aumento o mantenimiento del empleo o de la actividad en determinados sectores productivos o territorios geográficos, o la contención de la externalización total de servicios públicos mediante una desconcentración funcional de actividades a través de empresas controladas por la propia Administración.

Los gestores de la sociedad pública habrán de plantear los objetivos de su organización siguiendo criterios de eficiencia (en una doble relación coste-eficacia y coste-beneficio social) que habrán de ser evaluados mediante el diseño de objetivos a medio-largo plazo, la elección de indicadores medibles, la fijación de estándares cumplibles y la medición de los resultados obtenidos.

VII | BREVE ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ DE JULIO DE 2010

El sector público andaluz ha crecido exponencialmente en los últimos años. Si bien, tras la constitución de la Comunidad Autónoma, el primer reto de los poderes públicos fue estructurar y poner en marcha una Administración moderna, que conjugara eficientemente aspectos tan diversos como el respeto a la legalidad, el servicio al ciudadano o la agilidad burocrática, no cabe duda que, alcanzadas importantes cotas en este objetivo¹⁶⁵, los esfuerzos se volcaron en crear un entramado de entidades instrumentales que resolviera aquellas situaciones para las que la Administración tradicional no daba pronta respuesta. Muchas han sido las razones dadas para constituir, poner en marcha y hacer crecer un importante número de entidades instrumentales con diferente naturaleza jurídica: la necesidad de una mayor agilidad y celeridad en la actuación pública; la conveniencia de eludir plazos y formalidades en la contratación administrativa y en el reclutamiento de los recursos humanos; la renuencia del funcionariado a llevar a cabo determinadas funciones públicas más o menos penosas; la utilidad que representa dotar de autonomía de gestión a un determinado servicio; la ventaja política de destacar una determinada función pública mediante su personificación; la mejor gerencia de grandes patrimonios o ingresos; o la simple teoría de que la Administración

¹⁶⁵ Aunque siempre queda mucho por hacer, no cabe duda.

General tiene como misión la de planificar y controlar la actividad pública, mientras que las entidades dependientes han de llevar a cabo la ejecución material¹⁶⁶.

Sin embargo, la puesta en práctica de estas razones –más o menos loables, aunque debe entenderse que *sinceras y bien intencionadas*– ha provocado un problema de *dimensionamiento* dentro de este entramado de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, tanto por la proliferación de su número como por el tamaño de algunos de estos entes. La necesidad de racionalización, puesta de manifiesto hace ya algún tiempo, dio lugar a la regulación contenida en el Título III de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía. Esta normativa, junto con la Ley General de Hacienda Pública (ahora Texto Refundido) y la Ley anual del Presupuesto, pretendía dar una base jurídica permanente, sobre conceptos novedosos, para la organización del sector público.

Esa estabilidad, no obstante, estaba llamada a durar poco tiempo, ya que desde diferentes ámbitos han ido surgiendo voces, declaraciones y actitudes que han puesto de manifiesto las debilidades del sistema. De esta manera, podemos destacar que la jurisprudencia ha llamado la atención sobre la incorrección jurídica que supone la asignación de potestades públicas y labores reservadas al funcionariado a entidades de índole privada que no las podían ejercer, con anulación de los instrumentos normativos o administrativos a través de los que dichas potestades y labores se confiaban¹⁶⁷; o podemos resaltar también que representantes sindicales y del funcionariado han aireado en ocasiones la existencia de duplicidad de estructuras entre la Administración sectorial y sus entidades dependientes, denunciando el vaciado de funciones en determinadas dependencias administrativas para su entrega a las entidades instrumentales.

Si a todo lo anterior se une el contexto de crisis económica, la única solución aceptable pasaba por acometer una reforma que, partiendo del *status quo* existente, permita reconducir la situación hacia un escenario en el que la Administración instrumental alcance su dimensión adecuada, a fin de que pueda llevar a cabo,

¹⁶⁶ Teoría que no podemos compartir, puesto que deja a la Administración huérfana de su principal razón de ser, como es la de constituir el instrumento de los poderes públicos para gestionar los servicios públicos y hacerlos llegar a la ciudadanía. Además, esa dualidad de Administración planificadora-controladora y ente dependiente ejecutor, parece recordar demasiado a la teoría clásica de las agencias, en la que la agencia pública planifica y controla, mientras el concesionario privado presta directamente los servicios públicos.

¹⁶⁷ Véase la Sentencia de 25 de mayo de 2009, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en relación con una encomienda del Servicio Andaluz de Empleo a la Fundación FAFPE.

con eficiencia y sin duplicidades, las funciones que le sean asignadas o encomendadas mediante los mecanismos normativos y administrativos correspondientes.

Es en este ambiente en el que se redactan y aprueban el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público¹⁶⁸, y el Plan de Reordenación del Sector de la Junta de Andalucía¹⁶⁹, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010, ambos publicados en el BOJA núm. 147, de 28 de julio. Aunque se trata de una norma de rango inferior y anterior en el tiempo, esta reforma se complementa con el Decreto 283/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la adaptación de la información de recursos humanos y económico-financiera de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía para su integración, consolidación o agregación con los datos de la Administración de la Junta de Andalucía.

Una vez revisados y estudiados estos instrumentos normativos y programáticos¹⁷⁰, es nuestra opinión que la reforma del sector público andaluz de julio de 2010 está basada en los siguientes **puntales**:

1. Si bien se fijan otros propósitos de importancia, el principal objetivo de la reforma es la reducción del número de entidades instrumentales existentes, así como la desaparición de otros entes de carácter sectorial. De esta forma, a raíz de esta iniciativa han de desaparecer un total de 110 entidades públicas¹⁷¹, así como las Cámaras Agrarias de Andalucía. El Plan de Reestructuración del Sector Público considera a este conjunto de movimientos únicamente como una primera fase, configurando al proceso de reducción como un *proceso dinámico que engloba actuaciones de integración, fusión, absorción y extinción de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía*, lo que augura una sucesión de nuevas decisiones orga-

¹⁶⁸ Más allá de si el mecanismo es o no ajustado a lo previsto en el Estatuto de Autonomía de 2007, el instrumento del Decreto-Ley no parece el más adecuado para la reforma de una Ley con vocación de permanencia, como es la LAJA, y especialmente en una cuestión de tanta enjundia como la regulación de los entes instrumentales. Sin duda, el debate en el Parlamento de Andalucía, con la participación de los agentes sociales implicados, hubiera enriquecido el texto, aunque muy posiblemente la necesidad inaplazable de poner en marcha las reformas haya hecho elegir al Ejecutivo andaluz la forma jurídica de Decreto-Ley.

¹⁶⁹ Un Plan extremadamente conciso en su redacción, aunque quizás por ello permite extraer más fácilmente sus objetivos.

¹⁷⁰ Aunque con la premura que significa el cierre de esta edición a 31 de agosto de 2010.

¹⁷¹ Aunque 95 de ellas corresponden a los denominados Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico.

nizativas tendentes a profundizar en el empeño de *aligerar y concentrar* el sector público andaluz¹⁷².

Con este fin, el Decreto-Ley 5/2010, facilita los trámites para la modificación o la refundición de las agencias, ya que, alegando razones de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aquéllas podrán llevarse a cabo mediante Decreto del Consejo de Gobierno, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública¹⁷³.

Asimismo, la nueva redacción de los apartados 2º y 4º de la Disposición Transitoria Única de la LAJA permite la refundición, por área de actividad, de los organismos y entidades de derecho público que aún no se hayan adaptado a la normativa recogida en la citada Ley de Administración, así como la supresión de estos entes¹⁷⁴ por razones de eficacia y eficiencia en la aplicación de los recursos del sector público andaluz.

No obstante todo lo anterior, no cabe duda de que, para asegurar el éxito en esta estrategia de reducción, será necesario también llevar a cabo una decidida apuesta político-administrativa tendente a restringir al máximo la creación de nuevos organismos y entidades instrumentales.

2. La nueva redacción del artículo 68.1 de la LAJA nos deja una novedosa clasificación, al distinguir entre dos tipos de agencias públicas empresariales: por un lado, las que realizan sus labores de producción de bienes y servicios mediante contraprestación, en régimen de libre mercado (artículo 68.1.a), y, por otro lado, las agencias empresariales dedicadas a la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado (artículo 68.1.b). La distinción material entre estas dos categorías habrá de concretarse en la práctica en un momento futuro, ya que el Decreto-Ley

¹⁷² Según el Plan de Reordenación del Sector Público Andaluz, esta reducción está dirigida a la consecución de los objetivos de obtener economías de escala en la contratación de bienes y servicios, y de conseguir un mejor aprovechamiento del personal de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales.

¹⁷³ Lo que puede significar en la práctica, como ya se ha apuntado, la inutilización y el desuso del apartado primero del artículo 59 de la LAJA, ya que bastará la necesaria justificación para deslegalizar la modificación o refundición de determinada agencia.

¹⁷⁴ Con integración o no en otra estructura administrativa o instrumental.

5/2010, sólo nos deja ejemplos de agencias del artículo 68.1.b), sin que se constituya ninguna agencia del apartado a).

3. Precisamente, el proceso de reforma del sector público andaluz convierte *de facto* a las agencias públicas empresariales que actúan fuera del régimen de mercado (artículo 68.1.b de la LAJA) y a las agencias de régimen especial (artículo 71) en los modelos-base del sistema, siendo las formas jurídicas elegidas para reconvertir o absorber a las principales entidades instrumentales que se extinguen a raíz del Decreto-Ley 5/2010, como ocurre con notables agencias administrativas (SAE o Agencia Andaluza del Agua), importantísimas sociedades mercantiles (como EGMASA, DAP o GIASA)¹⁷⁵ o fundaciones públicas de notable tamaño (FASS, FADAIS o FAFPE)¹⁷⁶.

4. Si durante nuestro trabajo hemos hablado de la *huida del Derecho Administrativo* y de la consecuente *persecución* por parte de éste, ahora habremos de hacer referencia a cómo las normas del Decreto-Ley 5/2010, suponen, en cierta medida, un alcance del Derecho Administrativo a las entidades de derecho público dependientes de la Administración Pública (o sea, las agencias). Así, mientras que los artículos 69.1 y 71.2 de la LAJA originales instituían, como regla general, que las agencias públicas empresariales y las de régimen especial, respectivamente, se regulaban principalmente por el Derecho Privado¹⁷⁷, la nueva redacción de estos preceptos configura hasta cuatro situaciones diferentes en relación con el derecho aplicable a las agencias públicas¹⁷⁸:

¹⁷⁵ Posiblemente será necesario estudiar en el futuro si esta conversión afecta a la actividad de algunas sociedades mercantiles públicas que podían actuar como tales en régimen de libre mercado, mientras que ahora su transformación en agencias públicas empresariales del 68.1.b) las excluye de este libre mercado.

¹⁷⁶ Por número y volumen de las entidades reconvertidas, quizás las agencias públicas empresariales del 68.1.b) adquieren un mayor peso que las de régimen especial, aunque ambas figuras, como hemos dicho, se convierten en las piezas clave del sistema.

¹⁷⁷ 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. Se entiende que, en estos supuestos, la agencia se regía por el Derecho Administrativo, aunque la norma no lo decía expresamente.

¹⁷⁸ Al hilo de la clasificación que se va a exponer, parece conveniente hacer notar que llama la atención que la regulación de las agencias dependientes de las entidades locales en la Ley de Autonomía Local de Andalucía (tan próxima en el tiempo a la reforma de la LAJA), esté más cercana a la normativa sobre agencias de la Administración de la Junta de Andalucía incluida en la versión derogada de la LAJA que a la nueva regulación tras el Decreto-Ley 5/2010.

- a) Las agencias administrativas continúan rigiéndose íntegramente por el Derecho Administrativo, teniendo el carácter de Administración Pública a los efectos de contratación.
- b) Las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.a) de la LAJA, esto es, las que realizan su labor de producción mediante contraprestación en libre mercado, se rigen por el Derecho Privado¹⁷⁹. Su régimen de contratación será el previsto en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que tienen la consideración de poderes adjudicadores, sin tener el carácter de Administraciones Públicas.
- c) Las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.b) de la LAJA, o sea, las que realizan su labor sin actuar en régimen de libre mercado, se rigen por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera¹⁸⁰. Se regulan asimismo por el Derecho Administrativo 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (Texto Refundido) y demás disposiciones de general aplicación¹⁸¹. Su régimen de contratación es el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público.
- d) Las agencias de régimen especial se rigen por el Derecho Administrativo, como ordenamiento principal de aplicación¹⁸², sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera. Se rigen por el Derecho Administrativo –como las agencias públicas empresariales– 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la

¹⁷⁹ Tal como se regulaba con anterioridad para todas las agencias públicas empresariales, se excepcionan 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 los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. Hemos de entender que, en estos supuestos, la agencia se regirá por el Derecho Administrativo, aunque la norma no lo señala.

¹⁸⁰ La redacción original de la LAJA fijaba que las agencias públicas empresariales se regirían, con carácter general, por el Derecho Privado.

¹⁸¹ A diferencia de lo referido para las agencias del artículo 68.1.a) y de lo previsto en la redacción original de la LAJA, ahora se dice expresamente que el Derecho Administrativo regula este tipo de cuestiones.

¹⁸² A diferencia de lo regulado en el artículo 71.2 de la LAJA en su versión anterior a la reforma.

Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

En consecuencia, puede comprobarse que la nueva normativa propicia una mayor incidencia del Derecho Administrativo en el tráfico jurídico de las agencias de régimen especial y en las agencias empresariales del artículo 68.1.b). Esta afirmación no significa que el Derecho Privado no pueda ser aplicable a estos dos tipos de agencia, ya que la Ley señala que éste será utilizable cuando la particular gestión del ente lo requiera, pero sí expresa un cambio de mentalidad que convierte al Derecho Administrativo en regla general, especialmente en las agencias de régimen especial. En las agencias del artículo 68.1.b) de la LAJA no parece tan clara la supremacía del Derecho Administrativo, pero al menos podrá utilizarse cuando la específica gestión empresarial así lo demande. Para estos casos, se echa en falta en la Ley una referencia a cómo debe discernirse en qué situaciones de su tráfico jurídico la agencia empresarial o de régimen especial se regirá por el Derecho Administrativo y en cuáles por el Derecho Privado, ya que es de entender que ésta no puede ser una decisión dejada al albedrío coyuntural y puntual de los gerentes del organismo¹⁸³.

5. Aunque ya se ha señalado indirectamente con anterioridad, es necesario destacar que las formas jurídicas más damnificadas por la reforma son las entidades instrumentales privadas—esto es, sociedades mercantiles y fundaciones públicas—, tanto por la cantidad de entes que desaparecen como por el peso específico de éstos dentro de la Administración instrumental de la Junta de Andalucía.

La reducción del número de entes de naturaleza privada, junto con su transformación principalmente en agencias empresariales del 68.1.b) y en agencias de régimen especial, refuerza la idea ya expuesta de *corrimiento* del sector público andaluz hacia la aplicación general del Derecho Administrativo y hacia su consideración de Administración Pública a los efectos de la LCSP¹⁸⁴.

¹⁸³ Si bien podríamos responder en principio que ello se habrá de concretar en las normas de creación o adaptación de cada ente instrumental —y muy especialmente en sus Estatutos—, no es menos cierto que la elección entre Derecho Administrativo y Derecho Privado se prevé por el artículo 69.1.2º de la LAJA sólo para situaciones no recogidas expresamente en las leyes generales y en los Estatutos de la agencia.

¹⁸⁴ La Exposición de Motivos del Decreto-Ley 5/2010, resalta que las nuevas agencias empresariales del artículo 68.1.b) podrán ejercer las prerrogativas en la ejecución y extinción de los contratos públicos, incluidas en la LCSP.

6. Desde el punto de vista de la contratación del sector público y de las encomiendas de gestión que puedan articularse en el futuro, revisten especial importancia las declaraciones genéricas incluidas en la Disposición Adicional Quinta del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, las cuales habrán de facilitar la celebración de encomiendas de gestión a favor de las agencias públicas andaluzas.

De esta manera, las agencias creadas o transformadas de acuerdo con el meritado Decreto-Ley son declaradas medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que también puedan serlo de otras Administraciones Públicas cuando así se disponga en sus Estatutos¹⁸⁵. Asimismo, se manifiesta, con carácter general y a los efectos del 24.6.3º de la LCSP, que las agencias tienen la consideración de medio propio instrumental y servicios técnicos de la Administración de la Junta de Andalucía y de los poderes adjudicadores dependientes de ella¹⁸⁶.

Por último, debe destacarse que se introduce la posibilidad de que los trabajos encomendados se financien mediante modelos de colaboración público-privada.

7. Si bien no se ha modificado el régimen de ejercicio de potestades administrativas por parte de las agencias, el Decreto-Ley sí ha definido la forma de participación del personal funcionario en las funciones que les estén reservadas según la legislación de función pública.

Así, en las agencias públicas empresariales, estas funciones se llevarán a cabo por personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que aquéllas estén adscritas, con integración funcional de estos funcionarios en la estructura de la agencia y estando sujetos a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma¹⁸⁷. Los empleados de las agencias

¹⁸⁵ Esta declaración, en una norma con rango de Ley, nos trae reminiscencias de la Disposición Adicional Trigésima de la LCSP, relativa a la empresa estatal *Tragsa*.

¹⁸⁶ Como consecuencia de ello, las agencias estarán obligadas a llevar a cabo los trabajos que les encarguen las entidades encomendantes, siempre que éstos correspondan con las materias propias del objeto y fines de la agencia, aplicándoseles en su tramitación, formalización y ejecución el régimen legal de las encomiendas de gestión establecido por la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la legislación estatal en la materia. Además, como resultado necesario de esta restricción de la libre competencia, las agencias no podrán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores dependientes de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas, cuando no concurra ningún licitador.

¹⁸⁷ La dependencia funcional de este personal funcionario se regulará en los Estatutos de la agencia.

públicas empresariales podrán llevar a cabo únicamente, aunque de forma directa, labores complementarias y de investigación y auxilio de las potestades públicas atribuidas.

En la agencias de régimen especial, las funciones que impliquen ejercicio de autoridad se siguen reservando a los funcionarios integrados, orgánica y funcionalmente, en ellas.

La necesidad de ejercer potestades públicas por parte de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, lo que lleva aparejada la obligatoriedad de que determinadas funciones sean desarrolladas por personal funcionario, es otra de las razones que explica la desaparición de un buen número de entes de naturaleza privada¹⁸⁸ y su transformación en agencias públicas empresariales del 68.1.b) y en agencias de régimen especial.

En relación a cuáles son las funciones que corresponden a los diferentes órganos directivos de la agencia y en consecuencia qué potestades pueden lícitamente ejercer, el artículo 57.2 del Decreto-Ley 5/2010, dispone que las personas titulares de los máximos órganos directivos recogidos en Estatutos de la agencia, ejercerán las funciones que éstos les atribuyan, cualquiera que sea su régimen jurídico de vinculación.

8. Otros objetivos de la reforma estudiada, que han de ser también tenidos en cuenta, son el aumento del control sobre las entidades instrumentales por parte de la Administración de la Junta de Andalucía; la reducción y simplificación de la estructura de los entes instrumentales, principalmente la de carácter periférico; y la mejora del conocimiento y de la gobernanza del sector público.

En el apartado del control sobre las entidades instrumentales, pueden destacarse nuevas iniciativas incluidas en el Decreto-Ley 5/2010, como el informe preceptivo sobre los negocios jurídicos que se traduzcan en ubicación de sedes o subsedes de los entes dependientes (artículo 50.3 de la LAJA); la necesaria autorización del Consejo de Gobierno para cualquier fórmula de participación no reglada en entidades no previstas en la LAJA o en la legislación sectorial (artículo 52.4); la excepcional existencia de agencias rectoras o coordinadoras, a las que se adscri-

¹⁸⁸ Que no pueden ejercer estas potestades administrativas.

ban otras agencias¹⁸⁹ (artículos 65.3, 68.2 y 71.3); o el régimen de autorizaciones y comunicaciones¹⁹⁰ para la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado (artículo 82 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma). Además, con carácter esencial, debe destacarse la creación –instrumentada a través del Decreto 283/2010, de 4 de mayo– de los sistemas de información de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía en las materias de recursos humanos y económico-financiera, que habrán de proveer a la Administración matriz de importante información en tiempo real.

Según el Plan de Reordenación del Sector Público, la reducción y simplificación de la estructura periférica de los entes instrumentales supone que en los municipios donde existan varias sedes y subsedes de diversas entidades instrumentales, se tenderá a la concentración de las mismas en un único edificio obteniendo como ventajas el facilitar la prestación de servicios para la ciudadanía y una mayor eficiencia en el gasto de alquileres, así como en el mantenimiento de los edificios administrativos. Según el Plan, *con ello se mantendrá la presencia institucional de la Junta de Andalucía en todos los municipios en los que actualmente se ubican tales centros descentralizados, pero su reubicación unificada permitirá la mejor prestación de los servicios a la ciudadanía, a la vez que se producirá un importante ahorro de costes.*

Los esfuerzos para conseguir la mejora del conocimiento y de la gobernanza del sector público, se centran, según el Plan de Reordenación, en la aprobación del Decreto 283/2010, de 4 de mayo, y del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio.

9. Los autores de la reforma iniciada, en tanto ésta pretende modificar la realidad existente, son no obstante conocedores y conscientes de la actual situación del sector público andaluz, por lo que el Decreto-Ley 5/2010, y el Plan de Reordenación intentan asegurar que los intensos cambios en el tejido instrumental de la Junta Andalucía se lleven a cabo con respeto a los derechos adquiridos del personal, procedente de entidades instrumentales, afectado por la reforma y mantenimiento del empleo público.

¹⁸⁹ Una agencia administrativa puede tener adscrita cualquier otro tipo de agencia, a una agencia de régimen especial puede adscribirse una agencia pública empresarial o de régimen especial, y a una agencia empresarial únicamente podrá adscribirse otra u otras de la misma naturaleza.

¹⁹⁰ Se requerirá autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía, con comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda.

En este sentido, la Disposición Adicional Cuarta del Decreto-Ley 5/2010, señala que en los casos en que esta reestructuración del sector público andaluz produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquéllas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública, y que en todo caso habrá de respetar las siguientes reglas¹⁹¹:

a) La integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en su Cuerpo de origen en la situación administrativa de servicios en entidades del sector público andaluz¹⁹², con los derechos que el Decreto-Ley 5/2010, le reconoce. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

b) Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo. Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

c) El personal laboral procedente de las entidades suprimidas se integrará en el nuevo ente resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, y en las condiciones que establezca el protocolo de integración. De igual forma se procederá en relación con el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía que ocupe puestos de trabajo en las Consejerías afectadas por la reestructuración, y que desempeñe funciones que sean asumidas por la entidad resultante.

d) El personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una nueva entidad por aplicación del Decreto-Ley 5/2010, podrá

¹⁹¹ El referido protocolo de integración se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda.

¹⁹² Esta nueva situación administrativa requerirá de su encuadramiento y desarrollo normativo en la legislación de función pública de la Comunidad Autónoma.

- participar en las convocatorias de concursos de traslados que se realicen para el personal laboral al que le sea de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía durante los cinco años siguientes a la fecha de integración en la nueva entidad¹⁹³.
- e) Los convenios colectivos aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo.
- f) La masa salarial del personal laboral al servicio de la nueva entidad no podrá superar, como consecuencia de la reordenación regulada por este Decreto-Ley, la del personal de las entidades que se extingan o se transformen.

10. Por último, hay que poner de manifiesto la voluntad del Ejecutivo andaluz de implantar la reforma y poner el nuevo sistema en marcha a la mayor brevedad. Para ello, ha instrumentado la modificación normativa y estructural a través de un Decreto-Ley, considerando que existían circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, tal como exige el artículo 110 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que habilitaban la utilización de este instrumento excepcional.

Podemos destacar además otras dos muestras legislativas de ese afán de *echar a andar* el nuevo modelo con prontitud:

- a) La necesidad de que todas las operaciones jurídicas relacionadas con los entes instrumentales que modifican su situación con la reforma de julio de 2010, incluidas la aprobación de nuevos Estatutos y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías afectadas, estén finalizadas a 31 de diciembre de 2010, como recoge la Disposición Adicional Tercera del Decreto-Ley 5/2010¹⁹⁴.

¹⁹³ Este precepto entra en clara contradicción con lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta del VI Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, que señala que *el personal laboral fijo sujeto a este Convenio Colectivo que pase obligatoriamente a desempeñar sus funciones en una Empresa pública de la Junta de Andalucía que se constituya para gestionar actividades o recursos que hasta ese momento se hayan llevado a cabo por dicho personal en forma de administración directa, quedará en situación de excedencia por incompatibilidad, no pudiendo solicitar el reingreso hasta transcurrido un plazo mínimo de dos años* .

¹⁹⁴ Aunque *la constitución efectiva de las agencias públicas empresariales creadas mediante el presente Decreto-Ley, así como de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, tendrá lugar en la fecha de entrada en vigor de sus respectivos Estatutos (apartado segundo de la Disposición Adicional Tercera del Decreto-Ley 5/2010)* .

- b) El mantenimiento, sin modificación en el Decreto-Ley 5/2010, de la redacción original del apartado primero de la Disposición Transitoria Única de la LAJA¹⁹⁵, con lo que se ratifica el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigor de dicha Ley¹⁹⁶ para concluir el proceso de necesaria adecuación de las entidades instrumentales pre-existentes a las formas organizativas recogidas en esta Ley.

¹⁹⁵ Los apartados 2º, 3º y 4º de esta Disposición Transitoria Única sí han sido modificados por el Decreto-Ley 5/2010.

¹⁹⁶ Cuyo vencimiento se produce el 31 de enero de 2011.

VIII | CUADRO COMPRENSIVO DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sobre la base de las normas que se han desglosado a lo largo de este trabajo o quizás sería más preciso decir sobre aquéllas que las precedieron en el tiempo, la Junta de Andalucía ha ido creando un importante entramado de entes instrumentales de distinto tipo, encaminado a la prestación de determinados servicios públicos de importancia, así como, en un sentido más amplio, a la cobertura de una serie de necesidades de carácter público.

Hemos considerado que este estudio no estaría completo si no incluyéramos siquiera un cuadro enunciativo de las entidades instrumentales existentes en el ámbito de la Junta de Andalucía –al menos de aquéllas que tienen naturaleza pública o de las que, teniendo naturaleza privada, la Junta de Andalucía detenta directamente la exclusiva propiedad¹⁹⁷, con la especialidad de Consorcios y Fundaciones–, en la seguridad de que puede ser un documento de trabajo interesante, que dé una visión comprensiva y de conjunto de la magnitud e importancia de la red instrumental de la Administración andaluza.

Una vez llevada a cabo la labor de rastreo de estas entidades, simplemente para constatar la existencia de todas ellas y poder apuntar su naturaleza jurídica, el

¹⁹⁷ Quedando excluidas, con carácter general, de la relación las entidades privadas participadas indirectamente por la Junta de Andalucía a través de sus propios entes instrumentales, aunque se incluyen referencias a algunas de éstas.

Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía procedió, a finales de julio de 2010, a la aprobación de la reforma de la Administración instrumental, de la que ya hemos dado noticia a lo largo del texto. Con ella determinadas entidades desaparecerían, otras quedaban en trámite de extinción y algunas modificaban su naturaleza jurídica. Entendiendo que esta publicación había de dejar constancia de la magnitud de este *terremoto* organizativo, a continuación mostramos una relación de las entidades instrumentales existentes tanto con el panorama anterior como con el posterior a dicha reforma¹⁹⁸, a fin de que la persona lectora pueda comparar la situación en los dos momentos históricos y sacar sus propias conclusiones, sin perjuicio de que la transformación del sector público andaluz siga su curso, introduciendo nuevas modificaciones en el cuadro de entidades.

En tanto que la reforma de julio de 2010 sólo ha afectado a agencias (como tales o en sus formas preexistentes), sociedades mercantiles y fundaciones públicas, únicamente incluiremos estas categorías en el apartado VIII.2, relativo a la situación de las entidades públicas tras la meritada transformación del sector público, debiendo considerarse que la situación del resto de categorías (Consortios, fondos carentes de personalidad jurídica y entidades administrativas sin personalidad jurídica propia) permanece inalterada y puede consultarse en el apartado VIII.1.

El trabajo está cerrado a 31 de agosto de 2010, extremo éste que deseamos reseñar expresamente, por lo voluble del panorama de las entidades instrumentales en general en las Administraciones españolas, pero muy especialmente en Andalucía.

VIII.1. CON ANTERIORIDAD AL DECRETO-LEY 5/2010, Y AL PLAN DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Agencias Administrativas (a.p.a.) u Organismos Autónomos:

Agencia Andaluza del Agua (AAA).

¹⁹⁸ En este sentido, a fin de que la clasificación que proponemos de las entidades instrumentales tras la reforma de 2010 pueda gozar de alguna estabilidad en el tiempo, hemos tomado como criterio dar por modificadas o desaparecidas a las entidades llamadas a modificarse o extinguirse por el Decreto-Ley 5/2010, y por el Plan de Reordenación.

Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria (AAEECAU)¹⁹⁹.

Agencia Andaluza de Evaluación Educativa (AAEE) (a.p.a.)²⁰⁰.

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) (a.p.a).

Centro Andaluz de Arte Contemporáneo (CAAC).

Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP) (a.p.a.).

Instituto Andaluz de Enseñanzas Artísticas Superiores (IAEAS) (a.p.a.)²⁰¹.

Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica (IFAPA).

Instituto Andaluz de la Juventud (IAJ).

Instituto Andaluz de la Mujer (IAM).

Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL) (a.p.a.).

Instituto Andaluz de Reforma Agraria (IARA).

Instituto de Estadística de Andalucía (IEA).

Patronato de la Alhambra y del Generalife (PAG).

Servicio Andaluz de Empleo (SAE).

Servicio Andaluz de Salud (SAS).

Agencias públicas empresariales (a.p.e.) u entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la extinta LGHPCA:

Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo (a.p.e.).

Agencia Andaluza de la Energía.

Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA)²⁰².

Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) (a.p.e.).

Agencia Pública de Puertos de Andalucía.

Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES).

¹⁹⁹ La Ley 16/2007, de 3 de diciembre, de la Ciencia y el Conocimiento, preveía que la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria había de ser sustituida por la Agencia Andaluza del Conocimiento, lo que se ha realizado a través del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio.

²⁰⁰ Prevista por la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, y cuyos Estatutos han sido aprobados por Decreto 435/2008, de 2 de septiembre.

²⁰¹ Previsto por la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía.

²⁰² Entre las principales sociedades mercantiles públicas participadas por IDEA, podemos citar Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones (SANDETEL), Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A. (VEIASA), o Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, S.A. (INVERCARIA).

Instituto Andaluz de las Artes y las Letras (antigua Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales)²⁰³.

Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir.

Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol.

Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería.

Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir.

Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA).

Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos.

Ferrocarriles de Andalucía.

Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico (a.p.e.).

Instituto Andaluz de Finanzas²⁰⁴.

Agencias de régimen especial:

Agencia para la Atención de la Dependencia en Andalucía²⁰⁵.

Agencia Tributaria de Andalucía²⁰⁶.

Sociedades mercantiles públicas de participación mayoritaria directa, recogidas en Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010:

Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. (EXTENDA).

Cartuja 93, S.A.

Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. (EASP).

Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A. (EPDASA).

Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, S.A. (DAP o DAPSA).

Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTUR-JOVEN).

²⁰³ La modificación de su denominación se produjo por Decreto 138/2010, de 13 de abril.

²⁰⁴ El artículo 35 de la Ley andaluza 17/1999, de 28 de diciembre, por la que se aprobaban Medidas Fiscales y Administrativas, creaba el Instituto Andaluz de Finanzas, como entidad de derecho público del artículo 6.1.b) de la LGHPCA, sin que a esta fecha tengamos conocimiento de que dicho Instituto haya iniciado sus actividades.

²⁰⁵ Prevista en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

²⁰⁶ Inició sus actividades por Orden de 18 de diciembre de 2009.

Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA).
Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA).
Turismo Andaluz, S.A. (TURASA).
Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. (SOGEFINPA)²⁰⁷.

Consortios recogidos en Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010²⁰⁸:

Consortio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz.
Consortio de Transportes del Área de Granada.
Consortio de Transportes del Área de Málaga.
Consortio de Transportes del Área de Sevilla.
Consortio de Transporte Metropolitano de Almería.
Consortio de Transporte Metropolitano del Campo de Gibraltar.
Consortio de Transporte Metropolitano de Córdoba.
Consortio de Transporte Metropolitano de Jaén.
Consortio Sanitario Público del Aljarafe.

Fundaciones del sector público andaluz:

Fundación Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía.
Fundación Andalucía Olímpica.
Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE).
Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM).
Fundación Andaluza de Servicios Sociales (FASS).
Fundación para la Atención e Incorporación Social (FADAIS).
Fundación Audiovisual de Andalucía (AVA).
Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional (IAVANTE).

²⁰⁷ El Acuerdo de 10 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, autoriza la constitución de esta sociedad mercantil. La Disposición Adicional Décima de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010 señala que *los presupuestos de explotación y capital y el programa de actuación, inversión y financiación de la sociedad mercantil del sector público andaluz "Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A." para el ejercicio 2010, una vez aprobados por sus órganos de gobierno, se enviarán a la Consejería de Economía y Hacienda para que esta compruebe su adecuación a las previsiones presupuestarias y, sin más trámite, los remita a la Comisión de Economía y Hacienda del Parlamento de Andalucía para su conocimiento.*

²⁰⁸ Ejemplos de Consortios participados por la Junta de Andalucía no recogidos en Ley de Presupuestos, podemos citar el Consortio Palacio de Exposiciones y Congresos de Granada o el Consortio para la Conmemoración del Primer Milenio del Fundación del Reino de Granada.

Fundación Barenboim-Said.
Fundación Centro de Estudios Andaluces.
Fundación Centro de las Nuevas Tecnologías del Agua (CENTA).
Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusi.
Fundación Doñana 21-Fundación para el Desarrollo Sostenible de Doñana y su Entorno.
Fundación Gastronomía Andaluza.
Fundación Instituto de Estudios sobre la Hacienda Pública de Andalucía.
Fundación Museo Picasso de Málaga.
Fundación Pública Andaluza Andalucía Emprende.
Fundación Pública Andaluza Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía.
Fundación Real Escuela Andaluza de Arte Ecuestre.
Fundación de las Tres Culturas del Mediterráneo.
Fundación Progreso y Salud.
Fundación Andaluza Beturia para la Investigación en Salud de Huelva (FABIS).
Fundación para la Gestión de la Investigación Biomédica de Cádiz (FCÁDIZ).
Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba (FIBICO).
Fundación Instituto Mediterráneo para el Avance de la Biotecnología y la Investigación Sanitaria de Málaga (IMABIS).
Fundación Pública Andaluza para la Gestión de la Investigación en Salud de Sevilla (FISEVI).
Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental “Alejandro Otero” (Almería, Granada, Jaén) (FIBAO).

Fondos carentes de personalidad jurídica, incluidos en Ley anual del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

Fondo de apoyo a las pymes turísticas y comerciales.
Fondo de contingencia para las garantías a conceder por la Comunidad Autónoma a fondos de titulización de activos.
Fondo de apoyo al desarrollo empresarial.
Fondo para el impulso de las energías renovables y la eficiencia energética.
Fondo para el apoyo de actuaciones en materia de vivienda.
Fondo de economía sostenible para Andalucía.
Fondo para la internacionalización de la economía andaluza.
Fondo de apoyo a las pymes agroalimentarias.
Fondo de apoyo a las pymes turísticas y comerciales.
Fondo de apoyo a las pymes de industrias culturales.

Algunas entidades administrativas con gestión diferenciada sin personalidad jurídica propia:

Agencia del Alquiler en Andalucía.
 Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía.
 Archivo General de Andalucía.
 Biblioteca de Andalucía.
 Centro Andaluz de la Imagen.
 Centro Andaluz de Medicina del Deporte²⁰⁹.
 Conjunto Arqueológico de los Dólmenes de Antequera.
 Centro de Documentación Musical de Andalucía.
 Comisariado para la Recuperación de la Memoria Histórica.
 Conjunto Arqueológico de Madinat Al-Zahra.
 Escuela Pública de Tiempo Libre y Animación Sociocultural de Andalucía.
 Escuela de Seguridad Pública de Andalucía.
 Fondo Andaluz de Garantía Agraria.
 Instituto Andaluz de Caza y Pesca Continental.
 Instituto Andaluz de Cualificaciones Profesionales.
 Instituto Andaluz del Deporte²¹⁰.

VIII.2. CON POSTERIORIDAD AL DECRETO-LEY 5/2010, Y AL PLAN DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Como ya hemos señalado, las categorías correspondientes a consorcios, fondos carentes de personalidad jurídica y entidades administrativas sin personalidad

²⁰⁹ Existe un borrador de anteproyecto de nueva Ley del Deporte de Andalucía, fechado en febrero de 2010, que pretende transformar al Centro Andaluz de Medicina Deportiva en agencia pública de las previstas en el artículo 54.2.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, aunque, como hemos tenido ocasión de señalar, *no son éstos los mejores tiempos para proponer la creación de nuevas agencias en el seno de la Administración andaluza* cuando, añadimos a continuación, *el propio Plan de Reordenación del Sector Público se inicia con la afirmación de que éste se articulará en torno a tres líneas de actuación, de las que la primera es justamente la reducción del número de entidades instrumentales*. En FERNÁNDEZ LUQUE, J. M.: “El Instituto Andaluz del Deporte, como entidad administrativa...”.

²¹⁰ El mismo borrador define al IAD como agencia administrativa de las previstas en el artículo 54.2.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, siendo de aplicación las consideraciones hechas en la nota anterior.

jurídica propia, no han sufrido modificación²¹¹ en su número y estructura, por lo que pueden consultarse en el apartado VIII.1.

En cuanto al resto de formas instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía²¹², tenemos:

Agencias Administrativas (a.p.a.) u Organismos Autónomos²¹³:

Agencia Andaluza de Evaluación Educativa (AAEE) (a.p.a.).

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) (a.p.a)

Centro Andaluz de Arte Contemporáneo (CAAC).

Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP) (a.p.a.).

Instituto Andaluz de Enseñanzas Artísticas Superiores (IAEAS) (a.p.a.).

Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica (IFAPA).

Instituto Andaluz de la Juventud (IAJ).

Instituto Andaluz de la Mujer (IAM).

Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL) (a.p.a.).

Instituto de Estadística de Andalucía (IEA).

Patronato de la Alhambra y del Generalife (PAG).

Servicio Andaluz de Salud (SAS).

²¹¹ Al menos, en lo relativo a Consorcios y Fondos, mientras esté en vigor lo recogido en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2010.

²¹² Téngase en cuenta que la Disposición Adicional Tercera (*Aprobación de estatutos y conclusión de operaciones jurídicas*) del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, señala que *los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afecta este Decreto-Ley deberán aprobarse y publicarse antes del 31 de diciembre de 2010. Antes de la misma fecha habrán de concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas del mismo. Asimismo, la constitución efectiva de las agencias públicas empresariales creadas mediante el presente Decreto-Ley, así como de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, tendrá lugar en la fecha de entrada en vigor de sus respectivos Estatutos.*

²¹³ Deberán convertirse en agencias administrativas o, excepcionalmente, en agencias de régimen especial, según señala la Disposición Transitoria Única de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en la redacción dada por el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, siendo posible la refundición de varios organismos autónomos en una única agencia, o incluso que se decrete su supresión o su integración en un servicio administrativo con gestión diferenciada, en una agencia administrativa o en una Consejería. El plazo para la adecuación continúa siendo de tres años desde la entrada en vigor de la LAJA (vence pues, como ya hemos dicho, el 31 de enero de 2011).

En este sentido, podría ser posible, para cumplir con los plazos fijados por la LAJA, que la adaptación se hiciera de forma genérica, mediante una norma de carácter general y de rango reglamentario que decretara dicha adaptación de manera conjunta para los organismos autónomos que no la hubieran cumplimentado a la finalización del plazo establecido.

Agencias públicas empresariales (a.p.e.) u entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la extinta LGHPCA²¹⁴:

Agencia Andaluza de la Energía.

Agencia Andaluza del Conocimiento (a.p.e.)²¹⁵.

Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo (a.p.e.).

Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA).

Agencia Andaluza de Instituciones Culturales (a.p.e.)²¹⁶.

Agencia Andaluza de Medio Ambiente y Agua (a.p.e.)²¹⁷.

Agencia de Obra Pública de Andalucía (a.p.e.)²¹⁸.

Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) (a.p.e.).

Agencia Pública de Puertos de Andalucía.

Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (a.p.e.)²¹⁹.

Agencia Pública Empresarial Sanitaria de Andalucía (a.p.e.)²²⁰.

Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir (a.p.e.).

Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería (a.p.e.).

Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir (a.p.e.).

²¹⁴ En igual plazo de tres años, deberán convertirse en agencias públicas empresariales (no ya en una agencia de régimen especial), según señala la Disposición Transitoria Única de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en la redacción dada por el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio. Será posible asimismo la refundición de varias de estas entidades de derecho público en una única agencia, o incluso que se decrete su supresión o su integración en una agencia pública empresarial.

También en estos casos consideramos de utilidad la norma *escoba* que adaptara conjuntamente a la LAJA a todas las entidades de derecho público que no hayan realizado este trámite en plazo.

²¹⁵ Con su creación desaparecen la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, la Sociedad para el Impulso del Talento, TALENTIA, S.L.U., y el Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U.

²¹⁶ Como agencia que sustituye al Instituto Andaluz de las Artes y las Letras.

²¹⁷ Cuya creación acarrea la desaparición de la Agencia Andaluza del Agua y de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA).

²¹⁸ Que surge como nueva denominación de Ferrocarriles de Andalucía y que además asume los derechos y obligaciones de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA), que se extingue. La nueva agencia surge con vocación totalizadora en relación con la obra pública proyectada por la Junta de Andalucía, pudiendo acometer actividades e infraestructuras dependientes de cualquier Consejería.

²¹⁹ Con su creación, se procede a la extinción de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales (FASS) y de la Fundación para la Atención e Incorporación Social (FADAIS).

²²⁰ Como nueva configuración de la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol, que, entre sus competencias, pasa a coordinar la gestión de los servicios sanitarios de las agencias públicas empresariales que se le adscriban, y específicamente la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir.

Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES).
Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA).
Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos.
Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico (a.p.e.).
Instituto Andaluz de Finanzas²²¹.

Agencias de régimen especial:

Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía²²².
Agencia Tributaria de Andalucía.
Servicio Andaluz de Empleo (SAE)²²³.

Sociedades mercantiles públicas de participación mayoritaria directa, recogidas en Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2010:

Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. (EXTENDA).
Cartuja 93, S.A.
Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTUR-JOVEN).
Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.²²⁴
Empresa Pública de Gestión del Turismo y del Deporte en Andalucía, S.A.²²⁵
Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. (EASP).

²²¹ Los primeros borradores del Decreto-Ley 5/2010, ponen de manifiesto la voluntad de la Administración andaluza de poner en marcha este organismo, bien con esta denominación o con otra distinta, si bien los proyectos existentes no han llegado a concretarse en la *oleada* de reformas de julio de 2010.

²²² La creación de esta agencia supone la extinción de la Empresa Pública Desarrollo Agrario Pesquero de Andalucía, S.A. (DAP). Asimismo, el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, acuerda la desaparición del Instituto Andaluz de Reforma Agraria (IARA) y de las Cámaras Agrarias existentes en Andalucía.

²²³ La conversión del Servicio Andaluz de Empleo en agencia de régimen especial ha venido unida a la extinción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE) y del desmantelamiento de la red que aunaba cerca de un centenar de Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT).

²²⁴ Surge por modificación de la denominación de *la Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S.A. (AGESA)*, que pasa a titularidad de la Junta de Andalucía, mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de 29 de junio de 2010 (BOJA núm. 129, de 2 de julio). El nombre correcto de la nueva sociedad aparece en una Corrección de Errores publicada en el BOJA núm. 141, de 20 de julio.

²²⁵ Cuya creación supone la extinción de las sociedades mercantiles públicas Turismo Andaluz, S.A. (TURASA), y Empresa Pública Deporte Andaluz, S.A. (EPDASA).

Red Logística de Andalucía, S.A.²²⁶

Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. (SOGEFINPA)²²⁷.

Fundaciones del sector público andaluz:

Fundación Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía.

Fundación Andalucía Olímpica.

Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM).

Fundación Audiovisual de Andalucía (AVA).

Fundación Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional (IAVANTE).

Fundación Barenboim-Said.

Fundación Centro de Estudios Andaluces.

Fundación Centro de las Nuevas Tecnologías del Agua (CENTA).

Fundación para el Desarrollo del Legado Andaluzí.

Fundación Doñana 21-Fundación para el Desarrollo Sostenible de Doñana y su Entorno.

Fundación Gastronomía Andaluza.

Fundación Instituto de Estudios sobre la Hacienda Pública de Andalucía.

Fundación Museo Picasso de Málaga.

Fundación Pública Andaluza Andalucía Emprende.

Fundación Pública Andaluza Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía.

Fundación Real Escuela Andaluza de Arte Ecuestre.

Fundación de las Tres Culturas del Mediterráneo.

Fundación Progreso y Salud.

Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba (FIBICO).

Fundación para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental “Alejandro Otero” (FIBAO).

Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud de Sevilla (FISEVI).

Fundación Andaluza Beturia para la Investigación en Salud de Huelva (FABIS).

Fundación para la Gestión de la Investigación Biomédica de Cádiz (FCÁDIZ).

Fundación Instituto Mediterráneo para el Avance de la Biotecnología y la Investigación Sanitaria de Málaga (IMABIS).

²²⁶ Sociedad mercantil que se crea por la fusión de Centro de Transportes de Mercancías de Sevilla, S.A., Zona de Actividades Logísticas de Algeciras, S.A., Centro de Transportes de Málaga y Parque Logístico de Córdoba, S.A.

²²⁷ Esta sociedad mercantil pública, junto con la Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A., ha sido habilitada para llevar a cabo operaciones de compra de activos inmobiliarios a la Junta de Andalucía para su posterior arrendamiento a la propia Administración andaluza, tal como se deduce de la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio.

IX | BIBLIOGRAFÍA

BAENA DEL ALCÁZAR, M.: “La Ciencia de la Administración”, IAAP, Sevilla, 2001.

CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C. (*Coord.*) y VV.AA.: “Comentarios a la legislación de contratos del sector público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DE JUAN ASENJO, O.: “Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la Constitución Española de 1978-Del principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad”, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1979.

FERNÁNDEZ LUQUE, J. M.: “El Instituto Andaluz del Deporte, como entidad administrativa con gestión diferenciada sin personalidad jurídica propia, en el ámbito de la Administración Pública deportiva andaluza”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 9, Editorial Comares-Asociación Andaluza de Derecho Deportivo, Granada, 2010, en prensa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: “Curso de Derecho Administrativo”, 13ª edición, Cívitas, Madrid, 2004.

GARRIGUES, J. y BERCOVITZ, A.: “Curso de Derecho Mercantil”, 7ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “El Derecho Administrativo Europeo”, 3ª edición, IAAP, Sevilla, 2005.

HUERGO LORA, A.: “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154 (enero-abril 2001), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (*Dir.*): “Legislación mercantil”, 1ª edición, Ed. Ariel, Madrid, 2000.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (*Coord.*): “Lecciones de Derecho Mercantil”, 7ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: “Derechos Fundamentales de los Funcionarios en la Administración: Nuevos Retos en las Organizaciones Burocráticas”, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

MARTÍN REBOLLO, L.: “Leyes Administrativas”, 9ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

MESA VILA, M.: “Manual de gestión de fundaciones del sector público andaluz”, Centro de Estudios andaluces, Sevilla, 2005.

MONTOYA MARTÍN, E.: “Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado”, Marcial Pons, Madrid, 1996.

ORTIZ MALLOL, J.: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163 (enero-abril 2004), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

ORTIZ VAAMONDE, S.: “El levantamiento del velo en el derecho administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros”, La Ley, Madrid, 2004.

PÉREZ MORENO, A. (*Coord.*) y VV.AA.: “Administración instrumental-Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo”, 2 volúmenes, Cívitas, Madrid, 1994.

PORRAS NADALES, A. y ZAFRA VÍCTOR, M.: “El marco jurídico institucional de la acción pública”, IAAP, Sevilla, 2001.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.: “Contratos públicos y Derecho comunitario”, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.; PÉREZ BORREGO, G. (*Coord.*) y VV.AA.: “Materiales para el estudio de la Administración Pública”, UNIA, Sevilla, 2004.

SALVAGO ENRÍQUEZ, M. D.; OSBORNE ESQUIVIAS, A. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. M.: “Sector público empresarial de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2007”, Consejería de Economía y Hacienda, Sevilla, 2009.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Derecho Administrativo-Parte General”, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

VÁZQUEZ VALIENTE, P. y GÓMEZ SANCHO, H.: “Administración instrumental de la Junta de Andalucía”, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2005.

X | ANEXO: ACUERDO DE 27 DE JULIO DE 2010, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 147, de 28 de julio.

La crisis económica ha obligado a las Administraciones Públicas de los países más desarrollados a realizar un considerable esfuerzo de consolidación fiscal que está comenzando a dar sus frutos.

La Junta de Andalucía, en coordinación con el Gobierno de España, apoyó la aprobación, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera el pasado 15 de junio, del Acuerdo Marco sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas 2010-2013, por el que se fija una rebaja del déficit de las Comunidades Autónomas desde el 2% del PIB en 2009 al 1,1% en 2013.

La reordenación del sector público tiene un objetivo claro: convertirlo en un agente más eficaz y eficiente, más innovador, ágil y cercano a la ciudadanía y al tejido productivo.

Todo ello, con el fin de obtener una mejor prestación de los servicios públicos para la ciudadanía andaluza, desde el convencimiento de que ello sólo es posible desde el valor añadido que aporta lo público y el empleo público.

En efecto, Andalucía cuenta, como uno de los motores de su progreso, con el alto nivel de formación, compromiso y aplicación de sus empleados públicos para la consecución de los objetivos que marcan los intereses generales de la ciudadanía

andaluza. El cotidiano desempeño por cada uno de los trabajadores y trabajadoras del sector público andaluz de las funciones encomendadas, ha sido razón esencial para alcanzar las cotas de prestación de servicios públicos que actualmente disfrutaban los andaluces y andaluzas. Por ello, el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía incide en la estricta reordenación de las estructuras, optimizando las nuevas formas organizativas, pero asentando, a la vez, el empleo público. En suma, se opta por un modelo público de prestación de servicios, rechazando otros modelos liberalizadores que inciden esencialmente en la privatización de la prestación de tales servicios.

En su virtud, a propuesta de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 27.13 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 27 de julio de 2010,

ACUERDA

Primero. Aprobación.

Se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía, que se acompaña como Anexo a este Acuerdo.

Segundo. Coordinación.

La Consejería de Hacienda y Administración Pública será la responsable de coordinar las actuaciones de las distintas Consejerías para la consecución de los objetivos del Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía.

Tercero. Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la Consejera de Hacienda y Administración Pública para el desarrollo y la ejecución del presente Acuerdo.

Cuarto. Eficacia.

El presente Acuerdo surtirá efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, a 27 de julio de 2010.

José Antonio Griñán Martínez

PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Carmen Martínez Aguayo

CONSEJERA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ANEXO

Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía

El Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía se articulará en torno a tres líneas de actuación:

1. La reducción del número de entidades instrumentales.
2. La simplificación de la estructura periférica.
3. La mejora del conocimiento y la gobernanza.

Primero. La reducción del número de entidades instrumentales persigue la creación de estructuras homogéneas que permitan cumplir mejor los objetivos del Gobierno. La premisa fundamental de esta actuación radica en que dicha reducción no perjudique el nivel de prestación de los servicios públicos de la Junta de Andalucía. Para ello, es indispensable en este proceso de reordenación, la defensa del empleo público que hace posible el nivel de prestación de los servicios públicos por las citadas entidades instrumentales.

Esta reducción está dirigida a la consecución de los siguientes objetivos:

- a) Obtener economías de escala en la contratación de bienes y servicios.
- b) Desde la defensa del empleo público, la reforma de las estructuras organizativas hará posible un mejor aprovechamiento del personal de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales.

El proceso de reducción del número de entes instrumentales se configura como un proceso dinámico y engloba actuaciones de integración, fusión, absorción y extinción de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía. En una primera fase, el proceso afectará a las siguientes entidades:

- Absorción por la Agencia Andaluza del Conocimiento de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, Talentia y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, Citaandalucía.
- Absorción por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía de FAGIA, Fomento, Asistencia y Gestión Integral de Andalucía, S.A.
- Extinción por liquidación de Linares Fibras Industriales, SAU, Incubadora de Emprendedores de Andalucía, SLU y Fomento Empresarial, SA.

liquidadora y con carácter preferente al Servicio Andaluz de Empleo, para su aplicación a fines y servicios de las políticas activas de empleo, y con carácter secundario, a las administraciones locales de ámbito territorial para su aplicación a fines y servicios de desarrollo local.

Asimismo, se adaptará la naturaleza y personalidad jurídica de las agencias públicas, organismos autónomos y las entidades de derecho público a que hace referencia el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía a las categorías que establece la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía con la modificación introducida en el Decreto-Ley a que hace referencia el punto tercero del presente Plan de Reordenación del Sector Público.

Segundo. El proceso de reordenación que se acomete permitirá la simplificación de la estructura periférica de la Administración instrumental.

Ello supone que en los municipios donde existan varias sedes y subsedes de diversas entidades instrumentales, se tenderá a la concentración de las mismas en un único edificio obteniendo como ventajas:

- a) Facilitar la prestación de servicios para la ciudadanía.
- b) Una mayor eficiencia en el gasto de alquileres, así como en el mantenimiento de los edificios administrativos.

Con ello, se mantendrá la presencia institucional de la Junta de Andalucía en todos los municipios en los que actualmente se ubican tales centros descentralizados, pero su reubicación unificada permitirá la mejor prestación de los servicios a la ciudadanía, a la vez que se producirá un importante ahorro de costes.

Tercero. El Plan de Reordenación del Sector Público atiende a la mejora del conocimiento y de la gobernanza del sector público.

Con este objetivo, el Consejo de Gobierno ya ha aprobado el Decreto 283/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la adaptación de la información de recursos humanos y económico-financiera de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía para su integración, consolidación o agregación con los datos de la Administración de la Junta de Andalucía.

- Transformación de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía en la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, con absorción de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.
- Creación de Red Logística de Andalucía, S.A. por fusión del Centro de Transportes de Mercancías de Sevilla, S.A., Zona de Actividades Logísticas de Algeciras, S.A., Centro de Transportes de Málaga y Parque Logístico de Córdoba, S.A.
- Transformación del Servicio Andaluz de Empleo con absorción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo.
- Transformación de la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol en la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, quedando adscritas a la misma la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir.
- Extinción de la Fundación Hospital Reina Sofía-Cajasur, por absorción en la Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba (FIBICO).
- Extinción de la Fundación Hospital Clínico, por absorción en la Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental “Alejandro Otero” (FIBAO).
- Transformación de la Fundación Reina Mercedes, por absorción en la Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (FISEVI).
- Extinción de la Fundación Valme, por absorción en la Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (FISEVI).
- Transformación de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A., en la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.
- Extinción del Instituto Andaluz de Reforma Agraria.
- Extinción de las Cámaras Agrarias de Andalucía.
- Creación de la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A. por fusión de Turismo Andaluz, S.A. y Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A.
- Absorción por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social.
- Transformación del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.
- Creación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía por absorción de la Agencia Andaluza del Agua y de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A.
- Extinción por una comisión liquidadora de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico. El resultante de tal liquidación será objeto de traspaso, en los términos que se fijan por la citada comisión

A ello se suma la tramitación y aprobación del Decreto-Ley por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, que establecerá los instrumentos normativos necesarios para el proceso de reordenación del mismo, que permitirán realizar dicho proceso desde la mayor seguridad jurídica en la prestación de los servicios públicos y en sus relaciones con los terceros y con el personal del sector público.

ISBN: 9788483334768



9 788483 33476 8