

El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: Octubre 2015
Aceptado: Noviembre 2015

Resumen:

Este trabajo se centra en la clarificación del campo de la empresa pública y los tipos de actividad que comprende y las formas de organización que adopta. Partiendo de una sucinta exposición de la evolución histórica en estos dos aspectos, analiza el Derecho de rango constitucional –interno y europeo– determinante en la materia y, tras identificar y excluir el patrimonio público empresarial en sentido estricto y establecer la relación entre servicio público y sector público empresarial, precisa las actividades y los tipos de actividad y organización actualmente comprendidos en dicho sector público.

Palabras clave: empresa, iniciativa pública en la economía, servicio público, patrimonio público empresarial, empresa pública, sector público empresarial.

Clasificación JEL: H82 y H83.

Abstract:

This contribution seeks to clarify the broad field of public corporations and companies in Spain, analysing the different types of activities that it encompasses and the several forms of organisation that it embodies. After presenting briefly the historical evolution of the public corporate sector in the country, we analyse the Constitutional Law framework governing this matter, both at European and domestic level. Then, we identify the field of governmental business assets and we distinguish it from the public corporate sector in a narrow sense. Further, we elaborate on the relationship between the public services at large and the public corporate sector. Finally, we specify the different types of activities and organisations that are currently present in the said public corporate sector.

Keywords: Company, public economic initiatives, public service, governmental business assets, public corporation, public utility, public corporate sector.

JEL Classification: H82 y H83.

1. Introducción

La empresa pública dista de haber sido descuidada por la doctrina¹, por lo que el interés que puede tener volver una vez más sobre ella reside no tanto en dar cuenta del estado de su

¹ La bibliografía referida a la empresa pública es muy extensa, por lo que no es posible aquí dar cuenta de toda ella. Cabe no obstante, citar los siguientes trabajos: E. Verdera y Tuells (Dir.), *La empresa pública*, Ed.

tratamiento doctrinal, cuanto en intentar clarificar el campo que cubre el concepto y los tipos de actividad y de organización que comprende. Éste es, pues y sin mayores pretensiones, el enfoque de las reflexiones que siguen.

La categoría alude en todo caso a una realidad desde siempre controversial² y proteica³ difícilmente reductible, jurídicamente, a sistema⁴ que, en España, se ha contemplado desde el principio con reticencia, determinando –como en su momento puso de relieve S. Martín Retortillo⁵– cierta obsesión por su configuración en función del fomento, desarrollo y protección de la iniciativa privada. La razón que puede tenerse por determinante (y que explica justamente el aludido carácter controversial) es la de que se trata de una fórmula organizativa de una acción imputable en último término al Estado, al poder público, de modo que su existencia, relevancia y alcance dependen de la evolución misma de aquél y, por tanto, de sus relaciones con la sociedad, cuyos hitos esenciales no son otros que el Estado liberal de Derecho, su transformación en social de Derecho y la modulación en curso de éste en términos de Estado de garantía de la dación de bienes y servicios por el mercado. Lo que está lejos de ser contradictorio con el juego indudable, en la creación y el empleo de este tipo de organización, de factores coyunturales y razones de diverso tipo y orden más prosaico (incluidas las del juego de poder en el seno de las estructuras públicas) y desde luego casuísticas. No puede olvidarse –como también ha destacado S. Martín Retortillo– que, por

Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970; *La empresa pública española: estudios*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1980; G. Ariño Ortiz, autor que ha prestado especial atención al fenómeno, siendo de destacar entre sus aportaciones a partir la década de los años noventa: *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 1993; *Principios constitucionales de la libertad de empresa. La Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, Madrid 1994; *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995; “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *RAP* núm. 138, septiembre/diciembre 1995; “El Estado empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en C. Molina Navarrete, J.L. Monereo Pérez y M.ª Nieves Moreno Vida (Coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Ed. Comares, Granada 2002; *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada 2004; M. Bassols Coma, “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, *RAP* núm. 84, septiembre/diciembre 1977; E. Linde Paniagua, “La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 7, 2.º semestre 2004; R. Martín Mateo, *Ordenación del sector público en España*, Ed. Civitas, Madrid, 1974; *Derecho administrativo económico* (con F. Sosa Wagner), Ed. Pirámide, Madrid, 1977; y *Derecho público de la economía*, Ed. CEURA, Madrid, 1983; S. Martín Retortillo, *Derecho administrativo económico*, Ed. La Ley, Vol. 1., Madrid 1988; E. Rivero Ysern, “Derecho público y Derecho privado en las empresas públicas”, *RAP* 86, mayo-agosto 1978; y F. Sosa Wagner, “Los servicios públicos en Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)* núm. 6, 1.º semestre 2004.

² Basta para fundamentar la afirmación con la referencia al debate persistente en la ciencia económica en punto a la justificación y el papel de la empresa pública, cuyo análisis no es de este lugar.

³ La regulación del mundo de la empresa pública, como –en general– de las organizaciones públicas instrumentales fruto de la descentralización funcional de tareas, se ha caracterizado por la heterogeneidad de las fórmulas y soluciones y su variabilidad a lo largo del tiempo.

⁴ Es ésta opinión doctrinal que puede considerarse general. Véase, en este sentido. M. Sánchez Morón, “Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España”, *RAP*, núm. 93 (1980), pp. 67-128 [y, más recientemente, “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, nueva época, núm. 2 (2015)], quien afirma que –a diferencia, quizás, de otros países, como Alemania, Francia o Italia– en España no cabe hablar de un modelo de empresa pública. Véase también, S. Martín Retortillo, *op. cit.* en nota siguiente.

⁵ S. Martín Retortillo, “La empresa pública como alternativa. Un análisis del sistema español”, en *La empresa pública en España*, Madrid 1972.

inscribirse en el más amplio fenómeno de la Administración indirecta de carácter institucional o instrumental, el tratamiento jurídico de las empresas públicas se ha producido en el contexto de los organismos públicos desgajados, a efectos de gestión, de la Administración departamental.

2. La evolución de la empresa pública y sus formas de organización

La evolución del fenómeno confirma desde luego lo dicho:

1. Los primeros antecedentes en España –ligados a razones de prestigio político, la gestión del patrimonio público y el fomento de la actividad económica y, en particular, la industrialización– se sitúan justamente en el absolutismo tardío de signo eudemonista (ejemplo: las Reales Fábricas).
2. El auge de las políticas liberales en el atormentado S. XIX, aunque no impidió ciertamente la persistencia de algunas empresas públicas y la creación de otras nuevas para la gestión de propiedades y monopolios estatales, implica en todo caso una clara reducción de la importancia del fenómeno (privatización de las manufacturas reales, los estancos, las minas estatales y los bienes nacionales).
3. El resurgimiento de la empresa pública se produce, primero limitada pero claramente en la Dictadura de Primo de Rivera y luego decididamente en la dilatada de Franco (a partir de las Leyes de industrialización de 1939). En esta última cabe diferenciar las siguientes fases: i) la autárquica de la posguerra (1940-1959), en la que el motor fundamental es la reconstrucción y reindustrialización (nacionalización de servicios públicos, especialmente RENFE en 1940; creación de empresas en sectores básicos mediante el INI, creado en 1941)⁶; ii) la de replanteamiento del papel de la empresa pública desde el principio de subsidiariedad (referencia a actividades abandonadas o descuidadas por la iniciativa privada; conversión del INI básicamente en “hospital de empresas”) en el contexto de los planes de desarrollo económico-social (1964-1970); y iii) la de transición a la democracia (1970-1980), caracterizada por el empleo del sector público como instrumento de la política industrial con fines de reindustrialización y anticíclicos (con otorgamiento ya de mayor protagonismo al INI e introducción de criterios empresariales).
4. La reorganización del sector público –bajo el signo ya de la influencia del marco jurídico de la entonces Comunidad Europea y su política de libre competencia⁷– en

⁶ Este resurgimiento de la empresa pública obedece a las exigencias prácticas reales de la posguerra y tiene lugar paradójicamente –como ha destacado M Sánchez Morón (*op. cit.*)– en el marco de la consagración por las Leyes Fundamentales de la época del principio de subsidiariedad.

⁷ La influencia directa comunitario-europea se manifiesta en este período tardíamente –en términos ya de racionalización del sector público empresarial– en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de la enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, que llegó a tener alguna aplicación, pero quedó frustrada definitivamente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2003 (determinante, primero, de su reforma por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de

el período de los primeros Gobiernos socialistas de la democracia (1983-1995), en que predomina el esfuerzo por la reconversión industrial y el saneamiento de la empresa pública (mantenimiento de ésta solo en los sectores pertinentes y privatización tanto para conseguir recursos como para desprender del sector público empresas no estratégicas carentes de viabilidad)⁸.

5. La doble política actual de signo liberalizador⁹—condicionada obviamente por la crisis económica desencadenada en 2008 y enmarcada, por ello, en las más amplias

orden social, y, luego, de su derogación por la Ley 13/2006, de 26 de mayo). Es significativo que la Ley, en su preámbulo, afirmara que:

“La racionalización del sector público, en el marco de la Constitución y del Derecho comunitario europeo, constituye un objetivo, que puede requerir de una política de enajenaciones de las participaciones estatales, directas o indirectas, en entidades mercantiles. Cuando, desde el punto de vista del interés público la presencia pública en dichas entidades se explica exclusivamente en la habilitación constitucional para la iniciativa económica, la ejecución de dicha política no presenta problemas jurídicos relevantes. No sucede lo mismo cuando se trata de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público. Porque, en este caso, se plantearía inmediatamente el problema de la garantía suficiente del interés público, hasta entonces no exigida por encontrarse cubierta por la propiedad pública, total o parcial, de la correspondiente empresa.”

Según expresa manifestación, la Ley perseguía resolver el apuntado problema mediante la facilitación de la máxima extensión potencial de la redefinición, en favor del sector y la actividad privados, de la dimensión del sector público y la presencia pública en empresas. La clave residía en la introducción, en los procesos de venta de participaciones públicas, de un mecanismo alternativo (a la propiedad) de protección del interés público: la sujeción a un régimen de autorización administrativa previa de determinados acuerdos y actos relacionados con las correspondientes entidades mercantiles, con la finalidad de garantizar la continuidad empresarial que demandara la prestación del servicio cumplido por la empresa.

⁸ La descentralización de la organización territorial del Estado que opera la Constitución de 1978 explica el comienzo en este período del proceso de desarrollo de la organización institucional o instrumental de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, de las entidades locales. El análisis de tal organización excede con mucho del marco de este trabajo, que, por tanto, no lo aborda sino incidentalmente. Baste con señalar, no obstante, que:

1.º La Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, aparte la previsión de los consorcios (art. 87), vinculó la organización instrumental (diferenciándola netamente de la de actividades derivadas de la iniciativa para el ejercicio de actividades económicas al amparo del art. 128.2 CE) a la imprecisa noción de servicio público y la clasifica, por ello, en formas de gestión directa (directa por la propia entidad, organismo autónomo y sociedad mercantil de capital íntegramente de la entidad local) e indirecta (concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad mercantil y cooperativa parcialmente propiedad de la entidad local) [arts. 85 y 86]. Este esquema, aún manteniéndose en lo esencial, ha sido modificado en sentido restrictivo y de encaje en el propio de la Administración General del Estado, por las importantes reformas operadas por la Leyes 57/2003, de modernización del gobierno local, y 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

2.º El lógico desarrollo por las Comunidades Autónomas de legislación propia en esta materia, que ha relegado a la legislación estatal en la mayoría de los casos a una función meramente supletoria, ha llevado al establecimiento de una amplia panoplia de entidades que, sin embargo, incluye con mínimas variantes—como señala L. Cosculluela Montaner (*Manual de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, 26.ª ed., Madrid 2015, pág. 295)— los tipos de organismos autónomos, entidades de Derecho público y sociedades mercantiles (así como, en algunos casos, las agencias). En este contexto es destacable la previsión en algunas Comunidades Autónomas tanto de sociedades civiles, como de la categoría “empresa pública” (comprensiva de las entidades públicas y las sociedades mercantiles).

⁹ En buena parte inducida, la liberalización, desde la instancia comunitario-europea.

de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera¹⁰ y de reforma de las Administraciones públicas¹¹— de reducción y saneamiento del sector público empresarial (mediante el Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado sobre las bases fijadas en el acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996¹²) y de racionalización de éste (pero, al mismo tiempo y por razón de las consecuencias de la crisis económica, también de ampliación del mismo¹³), articula-

¹⁰ Redefinida por la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, a partir de la reforma del artículo 135 de la Constitución. La primera reacción a la crisis económica en lo que respecta a la reducción del déficit y la contención del gasto públicos (en el marco de los requerimientos europeos) es la aprobación, por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010, del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013 (con fijación de una reducción del déficit público, para el conjunto de las Administraciones públicas, de hasta el 3% del PIB), con el complemento del Plan de Acción Inmediata 2010 y el Plan de Austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013 (planes éstos, que dieron lugar al acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010 para la racionalización del sector público empresarial del Estado, previsor de operaciones de fusión y extinción—extinción de 14 empresas y afectación de 24 empresas por fusiones—; reducción en al menos un 15% del número de consejeros en los consejos de administración de todas las empresas y entidades públicas empresariales y en al menos un 40% en los consejos de las Autoridades Portuarias; y reducción de los puestos directivos, en al menos un 10%, en 80 empresas y entes públicos empresariales). Véanse, a este respecto, E. Montoya Martín, “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, en J.R. Fuentes i Gasó, J. Gifreu i Font y L. Casado Casado (Coords.). *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*, VII Congreso AEPDA, Tarragona 10 y 11 de febrero de 2012, INAP, Madrid 2012, págs. 15 a 115.

¹¹ Constitución, por acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas para la propuesta de medidas de rediseño del tamaño, eficiencia y flexibilidad demandadas en la actualidad. El informe evacuado por la Comisión se emitió formalmente el 21 de junio de 2013, creándose por Real Decreto 479/2013, del mismo 21 de junio, la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración, encargada de la coordinación de la ejecución de las medidas propuestas, el impulso de la misma y su seguimiento.

¹² Es de destacar: i) la alusión, al fijar el objeto de las bases del programa, a “... el fortalecimiento de la economía de mercado, la reforma y modernización del sector público, así como la liberalización, el aumento de la eficiencia y competitividad global de la economía...”; ii) la asignación de funciones a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (con disolución de la sociedad mercantil Teneo, S.A.) y la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, S.A. (por cambio de la denominación social de la misma), atribuyéndoles—junto con la Agencia Industrial del Estado— el papel de agentes gestores del proceso de privatización; iii) la fijación de los principios de este proceso, la vocación de globalidad del mismo y, la procura—en las empresas sujetas a actuaciones de reestructuración o reconversión— de la disminución de su dependencia estructural de las ayudas públicas mediante planes de saneamiento dentro del marco de la normativa comunitaria. El proceso de privatización se concibe, pues, para el entero sector y con propósito de verdadera traslación de las actividades empresariales al sector privado y con el novedoso control ex ante (función de informe, en cada operación concreta, si el proceso a seguir en ella y la propuesta de venta se acomodan a los principios de publicidad, transparencia y concurrencia) del Consejo Consultivo de Privatizaciones (creado al tiempo de la aprobación del programa). El resultado—según señala L. Gámir Casares (...)— se cifra en “... una importante disminución de la importancia relativa del sector público empresarial del Estado en la economía. Mientras que en 1995 el Estado era propietario del 12,25 de la capitalización total de la bolsa española, en los últimos años—con alguna oscilación mínima— se mantenía en por debajo del 0,5 por 100”. Conforme a los datos del aludido Consejo, éste ha intervenido al día de hoy en 93 operaciones de privatización. A tenor de la información proporcionada por SEPI, los métodos utilizados han sido los de oferta pública de venta, ventas mixtas y subasta y entre las 50 empresas hasta ahora privatizadas se encuentran las principales compañías de sectores de gran importancia en la economía, tales como los de la electricidad, gas, petróleo, transporte aéreo, marítimo y por carretera, telecomunicaciones, aeronáutica y siderurgia.

¹³ En este período se crean, en efecto, el FROB como entidad de Derecho público, pero actuante en régimen de Derecho privado (salvo cuando ejerce potestades administrativas), encargada de gestionar los procesos de

da tanto mediante planes de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial (aprobados por acuerdos del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010, 3 de junio de 2011, 16 de marzo de 2012 y 20 de septiembre de 2013) y que han supuesto la supresión de diversas sociedades y fundaciones, como de medidas normativas (Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre¹⁴ y Ley 15/2014, de 16 de septiembre¹⁵).

La comprensión del alcance de esta última fase, en la que todavía nos encontramos, requiere tener en cuenta el considerable y desordenado desarrollo –junto al sector público instrumental estatal y en función de la organización territorialmente descentralizada del Estado– de los sectores públicos autonómicos y locales (municipales e insulares y provinciales)¹⁶, cuyas causas se han querido ver¹⁷ en i) la necesidad del recurso a la conocida “huida del Derecho administrativo” (sujeción de actividades al Derecho privado); ii) la capacidad de endeudamiento “fuera de balance”¹⁸; iii) la creación de sociedades instrumentales (creadas para un fin concreto y determinado); y iv) la creación de *holdings* autonómicos del tipo del desaparecido INI estatal.

reestructuración y resolución de entidades de crédito; y el SAREB, sociedad anónima encargada de la gestión de los activos problemáticos transferidos por las entidades de crédito.

¹⁴ Por el que se suprimieron dos organismos, un órgano y diversas unidades de apoyo y se disolvieron (con previsión de su liquidación) las entidades mancomunadas de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

¹⁵ En la que se adoptan medidas de reordenación de organismos públicos con la finalidad de mejorar su eficiencia y reducir el gasto público.

¹⁶ Conforme a los datos que proporciona, utilizando fuentes de la IGAE, M. Mur (“Una aproximación al sector público empresarial local”, *Revista Española de Control Externo*, Tribunal de Cuentas, Vol. XIII, núm. 38, mayo de 2011, págs. 135 y ss.), en el período 1999-2008 el número de empresas públicas decreció en el Estado (de 331 a 270), pero, sin embargo, creció en las Comunidades Autónomas (de 462 a 844; hasta representar un 36% del total del sector público empresarial) y en la Administración Local (de 467 a 1.233; hasta representar un 52% del total). Este crecimiento en las instancias territoriales se distribuyó, además, desigualmente: concentración en tres Comunidades Autónomas (Cataluña, País Vasco y Andalucía) del grueso del sector público empresarial correspondiente (casi el 35% del autonómico y el 63,5% del local) y del de la instancia supramunicipal local en una isla (Tenerife) y un Territorio Histórico (Vizcaya) [representando un 20% del total en este escalón]; y en las Comunidades Autónomas catalana y andaluza se situaron los municipios con más de 15 empresas públicas (Barcelona, con 28; Estepona, con 18; Marbella, con 19; y Reus, con 16). Datos éstos, a los que debe sumarse los de la evolución de los consorcios autonómicos y locales que, en el año 2008, eran ya –si bien entre los de naturaleza puramente administrativa y empresarial– 1.004, siendo apreciable una clara concentración asimismo en las Comunidades Autónomas de Cataluña y Andalucía.

¹⁷ Así por J. Cuadrado Roura y M. Carrillo, *Expansión del sector público empresarial en las autonomías y ayuntamientos. Evolución y análisis de las posibles causas*, Serie Documentos de Trabajo 03/2008, Instituto Universitario de Análisis Económico y Social (SERVBILAB), Universidad de Alcalá (accesible en http://www2.uah.es/iaes/publicaciones/DT_03_08.pdf).

¹⁸ Buscada en un contexto de restricciones presupuestarias al endeudamiento como consecuencia del pacto de estabilidad y crecimiento acordado en el Consejo Europeo de Ámsterdam de 1997 y las consecuentes medidas internas: establecimiento de los llamados Escenarios de Consolidación Presupuestaria para las Comunidades Autónomas y el control del endeudamiento de las Administraciones locales mediante límites al ahorro neto y al porcentaje de deuda viva sobre ingresos corrientes primero y las limitaciones fijadas con carácter general para todas las Administraciones públicas por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General Presupuestaria. Precisamente la normativa del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-99) se dirige a la limitación del recurso a esta fórmula.

En todo caso, las medidas adoptadas respecto del sector público empresarial autonómico y local discurren en paralelo a las referidas al estatal y se inscriben igualmente en la política de reducción del déficit y consolidación del gasto público¹⁹ y, con carácter más general, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera²⁰, culminando, por ahora y con el antecedente del acuerdo alcanzado en el seno de la Comisión Nacional de Administración Local en 25 de enero de 2012²¹, en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, entre cuyos objetivos figura –tal como se dice en su preámbulo– “... una revisión del conjunto de las entidades instrumentales que conforman el sector público local, una racionalización de sus órganos de gobierno y una ordenación responsable de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones locales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación con la Administración”.

El tratamiento de las formas de organización –lastrado por la dificultad de su desembarazado empleo con independencia del régimen de la actividad– responde a la trayectoria del fenómeno que acaba de sintetizarse.

El primer intento de clasificación, es decir, de fijación de criterios generales de organización del proteico mundo empresarial público (no, sin embargo y como bien ha apuntado

¹⁹ En la sesión del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 11 de marzo de 2010 se aprobó el acuerdo marco con las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el período 2010-2012, en el que, además de los compromisos referidos a la reducción del déficit y la contención del gasto público, se estableció el de aprobación por los Gobiernos autonómicos, en el plazo de tres meses, de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativo y empresarial. Y en la sesión de 7 de abril de 2010 de la Comisión Nacional de Administración Local se hizo lo propio con el acuerdo marco para la sostenibilidad de las finanzas públicas en el período 2010-2013 que incluyó también, además del compromiso de reducción del déficit agregado desde el 0,5% del PIB registrado en el ejercicio de 2009 hasta el 0,2% previsto para 2013 y de adopción de medidas de eficiencia, transparencia y austeridad en el gasto público, el de aprobación, en el plazo de tres meses, de un plan de racionalización del sector público orientado a la mejora de la eficiencia en el gasto público y en el funcionamiento de la administración.

²⁰ Los Reales Decretos-Leyes 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimiento necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago de proveedores de las entidades locales, y 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, aprovechan, en efecto, el mecanismo de financiación que introducen al servicio de la reestructuración para, además de potenciar el control económico-financiero central sobre las entidades locales-impulsar la reestructuración del sector público local. El artículo 6 del primero incluye en el contenido del plan de ajuste que necesariamente ha de presentar la entidad local interesada al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su valoración y, en su caso, autorización de la pertinente operación de endeudamiento el siguiente “... descripción y... calendario de aplicación de las reformas estructurales que se vayan a implementar”.

A este respecto afirma, en efecto, E. Montoya (*op. cit.*, pág. 16): “Puede observarse que la reorganización de la entidad local, así como de su sector público instrumental (Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles locales y funciones locales) constituye uno de los contenidos de los Planes de ajuste, por lo que la reordenación se impone de manera mediata a las entidades locales que hayan querido acogerse a este mecanismo de financiación para el pago de proveedores...”.

²¹ En este acuerdo se asumieron por las entidades locales (especialmente las incluidas en el modelo de cesión de impuestos estatales), entre otros, los compromisos de i) suministro de información al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para identificación de las entidades locales ejercientes del control efectivo sobre entidades participadas; ii) remisión a dicho Ministerio de un plan actualizado referido a las actuaciones ejecutadas y previstas para racionalizar y reordenar su sector público; y iii) ejecución completa de tal plan en el año 2012.

M. Sánchez Morón²², de establecimiento de un marco definitorio de un estatuto general), es la Ley de entidades estatales autónomas de 28 de diciembre de 1958. Esta Ley agrupó las entidades constitutivas de su objeto²³ en: i) organismos autónomos²⁴; ii) servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado (servicios públicos centralizados, dotados total o parcialmente con subvenciones; cajas; comités; juntas; comisiones; y, en general, organismos que tengan a su cargo exclusivamente la administración y distribución de fondos); y iii) empresas nacionales²⁵.

Este primer intento de ordenación general, aparte de quedar frustrado por su propia previsión de excepciones (art. 5) y la dinámica real del tipo de entidades de que aquí se trata (caracterizada por la búsqueda siempre del estatuto singular y generadora de los organismos llamados, por ello, atípicos²⁶), inaugura la perspectiva que va a acabar por ahora predominando: la del control económico-financiero, si bien debe destacarse el distinto tratamiento, a este respecto, de los organismos autónomos (sujeción a inspección y a controles atinentes al régimen presupuestario, de ingresos, gastos y pagos, contratación, ejecución directa de obras y servicios, contabilidad y fiscalización) y las empresas nacionales (entrega de su actuación en lo esencial al Derecho privado²⁷). En este contexto, la Ley 11/1977, de 4 de enero, general presupuestaria²⁸, profundizando la perspectiva parcial económico-financiera, estableció una nueva clasificación que:

- De un lado distingue ya –en la categoría de organismos autónomos del Estado– los de carácter administrativo y los de carácter comercial, industrial, financiero o análogo²⁹, si bien sujeta toda ella a la regulación legal y, por tanto, a los controles consiguientes³⁰ (permitiendo la aplicación de cualesquiera otras normas solo en las materias no abordadas en ella) [art. 4].

²² M. Sánchez Morón, *op. cit.*, pág. 67.

²³ Comprensivo de todo el elenco de organizaciones institucionales o instrumentales de la Administración entonces del Estado. Conforme al artículo 1.1 del texto legal, las “... entidades o administraciones que tienen a su cargo las prestaciones de determinados servicios públicos estatales o el ejercicio de actividades de cualquier clase que coadyuven a su realización, mediante el empleo en uno y otro caso de recursos de cualquier índole que no procedan del Presupuesto del Estado o que, procediendo de él, le sean entregados para el cumplimiento de los fines o funciones que les sean propios”.

²⁴ Categoría imprecisa por falta de clara distinción entre los de carácter administrativo y empresarial.

²⁵ Categoría integrada por las entidades de Derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas y constituidas precisamente en forma de sociedades anónimas en las que la participación del Estado o sus organismos autónomos sea, como mínimo, mayoritaria (salvo autorización por Ley de una menor).

²⁶ Como señala M. Sánchez Morón (*op. cit.*, pág. 79) “... el régimen de controles de la LEEA determinó una tendencia de los organismos autónomos de naturaleza industrial y comercial a escapar del régimen general de la Ley para regirse por una normativa propia más flexible...”, haciendo notar el dato revelador de que “... Entre las primeras fugas de la LEEA se encuentran las de algunos organismos directamente tutelados por el propio Ministerio de Hacienda, tales como las instituciones de crédito público”, reproduciéndose la dispersión normativa anterior a 1958.

²⁷ Con sujeción solo de aquéllas en que la participación pública excediera del 75% del capital al control del Tribunal de Cuentas.

²⁸ No innovada en este punto por el texto refundido luego aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

²⁹ La determinación de la especie de carácter comercial, industrial, financiero o análogo queda en manos de la decisión discrecional del Gobierno (art. 83.1).

³⁰ En el caso de los organismos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos: formulación de presupuesto de explotación y capital con la estructura determinada por el Ministerio de Hacienda, de memoria de la

- Y, de otro lado, establece la categoría de las sociedades estatales³¹, distinguiendo en ellas: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal o de sus organismos autónomos (las empresas nacionales de 1958); y b) las ahora denominadas entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, si bien sometiendo la entera categoría a la Ley “en las [materias] que [ésta] sea de aplicación”³² y obligando a la coordinación de su gestión con la Administración de la Hacienda pública en los términos del propio texto legal.

La Ley 7/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, supone el segundo intento de introducción de orden en la Administración institucional al margen de la línea de reducción a disciplina de aquélla desde la perspectiva económico-financiera inaugurada legalmente en 1977; intento realizado ya con el propósito de adecuación del sector público empresarial al Derecho comunitario europeo, pero también igualmente frustrado por idénticas razones al fracaso del de 1958³³, del que procede destacar:

- a) La diferenciación neta entre la organización instrumental (sobre la técnica de la descentralización funcional) de tareas de la responsabilidad de la Administración pública –para la que se reserva la categoría de “organismo público” objeto, por ello, de regulación en el propio cuerpo del texto legal³⁴– y la organización derivada del ejercicio de la iniciativa pública en la economía, es decir, de actividades propias del mercado en régimen de concurrencia– para la que se utiliza la categoría de “sociedad mercantil estatal”, quedando aludida solo (al estar referido el texto legal a la actividad administrativa en todas sus variedades) en la disposición adicional 12.^a bajo la perspectiva básicamente patrimonial (es decir, de su condición de organización en mano pública).

labor realizada y los objetivos a alcanzar en el ejercicio y de evaluación económica de los proyectos de inversiones a iniciar en éste; e inclusión en el presupuesto elaborado por el Ministerio de Hacienda de resumen de todos los organismos, aparte el control de la Intervención General del Estado.

³¹ Objeto de crítica, por los términos de su regulación, por la doctrina más autorizada. Véase, por todos, S. Martín Retortillo, *op. cit.* en nota 5.

³² Con la consecuencia de la imposición a las sociedades estatales de la elaboración anual de un programa de actuación, inversiones y financiación con la estructura y el contenido establecidos por el Ministerio de Hacienda, así como de presupuesto de explotación y capital, que deben ser aprobados por el Gobierno (arts. 87 y ss.), así como el sometimiento al control de la Intervención General del Estado.

³³ En sus disposiciones adicionales 5.^a, 9.^a, 10.^a 11.^a la Ley remitió ya primariamente a su legislación específica no solo los organismos dotados de especial autonomía (las emergentes Administraciones independientes, hoy organismos reguladores), sino determinados organismos autónomos y la ya denominada Agencia Estatal de Administración Tributaria. Casi diez años después, en efecto, la exposición de motivos de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, constató que “... de un total de 138 Organismos Públicos que existen en la actualidad, 47 presentan la peculiaridad de disponer cada uno de su propio régimen regulador, cifra considerable si se tiene en cuenta que, inicialmente, esta categoría nació como complementaria de las categorías generales –de Organismo Autónomo y de Entidad Pública Empresarial– para regular una serie limitada de entes que, por sus peculiaridades y el mayor grado de independencia que presentan respecto de la Administración General del Estado, no encajaban en las configuraciones generales”.

³⁴ De ahí la definición del artículo 1, párr. 2.º: “Los Organismos públicos son las Entidades de Derecho público que *desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta*”.

- b) La distinción en el seno de los organismos públicos de dos especies (art. 43; dotadas de ciertas notas comunes: la dependencia de y dirección por la Administración, en su caso, a través de otra entidad instrumental): caracterizadas, una –el “organismo autónomo”– por regirse por el Derecho administrativo y la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (no susceptibles de contraprestación) en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio (art 45); y la otra –la entidad pública empresarial– por la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (art. 53), es decir y en definitiva, actividades industriales o comerciales asumidas por la Administración pública. Con posterioridad y a fin de incrementar el grado de autonomía y flexibilizar la gestión, la Ley 28/2006, de 18 de julio, crea la figura de la “Agencia Estatal” como alternativa a la forma organizativa administrativa de organismo autónomo, autorizando la creación *ex novo* de dos y la transformación de organismos públicos en agencias estatales; y establece esta última como la forma de organización de los organismos públicos en lo sucesivo.

La incapacidad de la legislación general de carácter organizativo para imponer su filosofía se pone pronto de manifiesto con ocasión de la aprobación de:

- 1) La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que generaliza la aplicación a la gestión pública de la figura de las fundaciones en mano pública (rebautizadas luego como “del sector público estatal”) entendiéndose por tales las constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- 2) La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, que –desde la perspectiva patrimonial que le es propia– descansa en una clasificación propia de entidades, distinguiendo (bajo clara influencia de la legislación general presupuestaria): i) las entidades públicas empresariales; ii) las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración o alguno de sus organismos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado; iii) las sociedades mercantiles estatales (aquéllas en que la participación directa o indirecta en su capital de las entidades las integrantes del sector público empresarial estatal sea superior a un 50%); iv) las sociedades mercantiles distintas de las anteriores controladas por la Administración o alguno de sus organismos (art. 166).

El predominio final de la disciplina económico-financiera sobre la propiamente organizativa se consuma en la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, que:

- Consagra definitivamente la categoría “sector público estatal”, integrando en ella –en lo que aquí interesa– la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales (así como las entidades de Derecho público estatales distintas a unas y otras), las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones del sector público y los consorcios de carácter estatal (arts. 1 y 2.1),

para su sometimiento al régimen económico-presupuestario y de controles de tal condición en ella previstos.

- Divide el aludido sector público en tres subsectores (art. 3): administrativo, empresarial y fundacional. Y, lo más importante,
- Enriquece la tipología de organizaciones del sector público empresarial al añadir a las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales: i) las entidades estatales de Derecho público distintas de las públicas empresariales (no configuradas tampoco como organismos autónomos); y ii) los consorcios de carácter estatal que (unas y otros): tengan como actividad principal la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, no realicen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional sin ánimo de lucro o se financien mayoritariamente con ingresos comerciales (los de cualquier naturaleza obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o la prestación de servicios).
- Califica como sector distinto del anterior (fundacional) el integrado por las fundaciones del sector público estatal, sin despejar la cuestión de si sus actividades pueden y, en su caso, deben ser conceptuadas como económicas y, por tanto, empresariales³⁵.

El aludido predominio es tanto más claro cuanto que ha condicionado la decantación final (para su ajuste al Derecho comunitario) de la Ley de contratos justamente del sector público. El vigente texto refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, extiende, en efecto y al delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del texto legal (art. 3), la lógica de la legislación general presupuestaria a todo el sector público, es decir, el de todas y cada una de las instancias territoriales del Estado, incluyendo en él las siguientes organizaciones sin consideración de Administración pública: i) las entidades públicas empresariales; ii) las restantes entidades de Derecho público vinculadas a o dependientes de una o varias Administraciones cuya actividad principal consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o no efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional sin ánimo de lucro, o 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; iii) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de

³⁵ Debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 46 de la Ley de fundaciones de 2002, este tipo de fundaciones no pueden ejercer potestades públicas (por lo que no son adscribibles al sector público administrativo), pero –además de estar sujetas a reglas jurídico-públicas en punto a gestión económico-financiera, de personal y, en su caso, de contratación– tienen, cuando su actividad exclusiva o principal sea la disposición dineraria de fondos procedentes del sector público, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, una especial relación con dicho sector público determinante del ajuste de tal actividad a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. Ello no obstante, en todo cuanto no sea objeto de tales regulaciones especiales, estas fundaciones se rigen por las normas propias de las fundaciones ordinarias. Y éstas pueden desarrollar –conforme al artículo 23– actividades económicas relacionadas con los fines fundacionales o complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento –y esto es lo decisivo– a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. De lo que resulta que también en las fundaciones del sector público pueden darse, aparte de actividades de carácter social, actividades calificables funcionalmente de empresariales.

Administraciones o entidades públicas sea superior al 50 por 100; iv) los consorcios dotados de personalidad jurídica propia; y v) las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Además y en función de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶, introduce (vía excepción a su propia aplicación; art. 4), la figura de las entidades instrumentales (fundamentalmente sociedades mercantiles en mano pública) con la consideración de medio propio y servicio técnico de las correspondientes Administraciones³⁷.

La conversión de la perspectiva comentada en criterio organizativo general se acaba de producir en sede del régimen jurídico significativamente del sector público (antes: de las Administraciones públicas), es decir, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. El ámbito subjetivo de aplicación del régimen básico de todas las Administraciones públicas que el texto establece se acota, en efecto, por relación a la categoría de sector público (art. 2); sector, que –además de las Administraciones públicas territoriales– incluye (sector público dentro del sector público) el “sector público institucional”, integrado –a su vez y además de las Universidades públicas– por: i) organismos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas (únicos que, dentro de este sector, tienen la consideración de Administraciones públicas)³⁸; y ii) entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de éstas³⁹.

La Ley fía el cumplimiento de su ambición sistematizadora del sector público:

- a) En el esquema básico, a dos mecanismos: 1) el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local (art. 82), en el que deben inscribirse obligatoriamente la creación, modificación y extinción de cualquier entidad integrante del

³⁶ SsTJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto *Teckal*; 8 de mayo de 2003, asunto *España/Comisión*; y 19 de abril de 2007, asunto *Tragsa*.

³⁷ Entidades (entes, organismos y entidades del sector público) que el artículo 24.6 del mismo texto legal define como las “... que realicen la parte esencial de su actividad para poderes adjudicadores [que] ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios” y que, tratándose de sociedades, la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

³⁸ Según el artículo 84 del mismo texto, en la Administración General del Estado estos organismos y entidades se clasifican en: i) organismos autónomos y entidades públicas empresariales (las llamadas autoridades administrativas independientes integran una categoría propia). Los consorcios que también se incluyen en el sector público institucional y que tienen naturaleza pública quedan excluidos de tal categoría, formando una propia.

Los fondos sin personalidad jurídica deben encuadrarse entre los organismos públicos, pues la muy escasa regulación que les dedica la Ley precisa, sin embargo, que se rigen por lo dispuesto en ella, su norma de creación y el resto de las normas de Derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.

A este concreto respecto, interesa remarcar la importancia que, a los efectos de la contabilidad nacional, tiene la atribución de la consideración expresa de Administración pública por virtud del Reglamento (UE) n.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea; pues tal clasificación condiciona la creación de una nueva entidad a los efectos de cumplir con los criterios SEC-2010, como acreditada el reciente caso de ADIF-Alta Velocidad previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico.

³⁹ Según el artículo 84 del mismo texto, en la Administración General del Estado estas entidades son las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones del sector público y los fondos sin personalidad jurídica.

sector; inscripción que, significativamente, es requisito para la obtención del número de identificación fiscal definitivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; y 2) el establecimiento y funcionamiento preceptivos en cada Administración territorial de un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, que conlleve la formulación periódica de propuestas de transformación, mantenimiento o extinción (art. 81.2).

- b) Y, en la regulación de la Administración General del Estado, específicamente a: i) la supresión de especialidades propiciadoras de la excepción de la aplicación de los controles administrativos, es decir, la famosa huida del Derecho administrativo, y el establecimiento de dos tipos de control: la supervisión continua (a cargo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; art. 85.3); ii) la evaluación de la eficacia o cumplimiento de objetivos (a cargo del Departamento competente, que no enerva el de la gestión económico-financiera por la Intervención General del Estado; art. 85.2); y iii) la prohibición tanto a la Administración General del Estado, como a las entidades integrantes del sector público institucional estatal, del ejercicio de control efectivo, directo o indirecto, sobre ningún otro tipo de entidad distinta, cualquiera que sea su naturaleza (art. 84.2).

3. El orden de rango constitucional, interno y europeo, determinante

La Constitución descansa en la diferenciación neta, que no absoluta separación, de Estado y sociedad. Sin perjuicio, pues, de las interrelaciones que puedan darse entre ambos, cada uno responde a principios constructivos distintos, de suerte que la actividad propia del primero (el conjunto de los poderes públicos constituidos) se rige por el principio de legalidad y, por tanto, de habilitación mediante potestad (heteronomía), lo que quiere decir, en lo que ahora importa, que tiene una lógica ajena a la de la actividad de los sujetos ordinarios, la cual se articula, por su parte, sobre el principio de libertad (autonomía) y los derechos subjetivos y libertades en que la misma se concreta (derechos y libertades de que el poder público justamente carece).

La precisión del alcance de tal diferencia requiere un breve *excursus* sobre la relación jurídico-constitucional y el juego ambivalente, en ella, de la libertad sobre la base de que la Constitución funda no tanto un *status libertatis* (en el sentido de G. Jellinek) cuanto, justamente, una relación jurídico-constitucional (general) que, transformando la libertad existencial en jurídica y convirtiéndola en principio constitucional para su asignación o distribución en sede ya de la legislación ordinaria, la garantiza⁴⁰. Esta perspectiva permite la superación de la idea general de la superioridad del Estado con correlativa subordinación a él del individuo, pues compatibiliza la plena capacidad de los sujetos que son parte en la referida relación con la desigualdad de la distribución en ella de los derechos y las obligaciones integrantes de su contenido determinante justamente de la superioridad de unas partes sobre otras⁴¹.

⁴⁰ En este sentido R. Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in genwerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1992, págs. 86 y sgs.

⁴¹ Justamente la vinculación del legislador por los derechos fundamentales y las libertades públicas –inscrita necesariamente en la relación jurídico-constitucional–, impide, por la propia naturaleza de los referidos

En la relación jurídico-constitucional así constituida las potestades básicas estatales, si bien tienen un titular determinado, carecen aún de destinatario concreto por referidas al entero círculo de titulares de derechos fundamentales, de modo que solo ulteriormente experimentan determinación y encuentran límites. Así, en particular, la legislativa a propósito de un preciso proceso normativo y en caso de conflicto con, es decir, afectación de concretos derechos fundamentales). Esta diferenciación de dos momentos sucesivos en la potestad legislativa se corresponde justamente con la distinción entre la relación jurídica constitucional-general y las restantes ya especiales (concretamente las establecidas en el plano de la ejecución de la Ley). Pues solo en las últimas surge la reciprocidad de posiciones activas y pasivas concretas que son totalmente prescindibles en la general constitucional, dado que en ella solo se trata de establecer las posiciones (potestades) fundamentales o básicas de los poderes públicos constituidos como manifestación de la idea unitaria basal de un poder público regulador capaz de imponerse, es decir, del fenómeno de establecimiento y ejecución unilaterales del Derecho⁴², que se expresa en nuestro ordenamiento jurídico de manera fuerte en el artículo 9.2 CE.

El Estado está, pues, habilitado para establecer unilateralmente regulaciones jurídicas, es decir, dictar Leyes, producir actos y adoptar fallos y, con ello, generar la validez y la vigencia jurídicas (de una Ley o un Reglamento, de un acto o de una sentencia) solo pensables justamente en virtud de la autoridad estatal. En el seno de la relación jurídico-constitucional correspondiente (entre el poder público constituido regulador y la libertad ciudadana), esta última: i) no opera como “la” libertad (en el sentido de la libertad natural o existencial), sino como elenco de libertades jurídicas determinadas⁴³, por más que aquella ejerza indudable influencia justamente en el momento “frontera” entre lo político no constituido y lo jurídico constituido a través de la dignidad de la persona (y el libre desarrollo de la personalidad) consagrada en el artículo 10.1 CE⁴⁴; ii) es la causa y no el fin de la relación jurídico-constitucional, de modo que la constitucional solo puede ser una libertad que siempre concurre, en pie de igualdad, con otras libertades en el seno de aquella relación; y iii) junto

derechos-libertades, que la posición jurídico-material (contrapuesta) del Estado sea superior a la que ellos proporcionan. La posición del titular de un derecho fundamental frente al legislador no es, por ello, la de sujeción o subordinación en el sentido clásico, sino cabalmente la de una de principal igualdad. Para lo que es capital que las potestades estatales asimismo fundamentales o básicas se conciban como poderes o, si se quiere, facultades jurídicos equivalentes a los derechos fundamentales (sobre la base del principio constitucional de igualdad material).

⁴² Señala R. Gröschner (*op. cit.* en nota 38) que este fenómeno unitario de poner en vigor Derecho puede ciertamente calificarse como originario del poder estatal, pero se diferencia del carácter originario tradicionalmente atribuido a la soberanía en que la naturaleza formal de las potestades colocan su ejercicio bajo la reserva de la pertinente habilitación material. La vinculación del poder constituido por los derechos fundamentales significa que la potestad de regulación no es ya el poder soberano *legibus solutus*, sino el poder inserto en la relación jurídico-constitucional y, por ello, vinculado constitucionalmente.

⁴³ Es convincente el razonamiento que desarrolla el Tribunal Constitucional Federal alemán en BVerfGE 10, 59 (81): no es posible extraer consecuencia precisa alguna del hecho de que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos indisponibles e inviolables entendidos como pertenecientes a un orden de valores preestatal y suprapositivo (al que pertenece la libertad natural previa al orden constitucional) ya por el simple dato de la pluralidad de las doctrinas de Derecho natural, pues toda interpretación de los derechos fundamentales desde este último habría de descansar en la opción indebida por una determinada doctrina. La libertad constituida no puede ser en ningún caso, pues, la libertad natural.

⁴⁴ De acuerdo con este precepto constitucional y siguiendo siempre a R. Gröschner (*op. cit.* en nota 38), el Estado no se halla respecto de la libertad general del ciudadano en una relación de medios a fines, pues el orden constitucional que lo informa más que medio para la realización de dicha libertad es el marco jurídico de ésta.

a ella (mejor: los derechos de libertad) existe en el orden constitucional (por deducible del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad) también un principio de libertad⁴⁵; principio que, sin perjuicio de otras dimensiones, comporta la exigencia de optimización, vinculando al legislador de forma necesariamente doble: garantía (para los destinatarios directos de su acción) y protección (para los terceros afectados por su acción) de la libertad.

Aunque la Constitución no defina un preciso modelo económico, establece ciertamente un marco –el definido por el llamado Derecho constitucional económico– para las ulteriores decisiones de tal carácter en su desarrollo; marco del que ahora importa destacar:

- 1.º La contemplación de la economía nacional como riqueza o conjunto de todos los recursos o bienes y servicios o actividades (al ser indiferente la forma y titularidad, pública o privada, de unos y otros), y la subordinación de aquella (la riqueza) al interés general (art. 128.1 CE).
- 2.º La articulación del orden social constitutivo o generador de riqueza sobre el principio de libertad y, por tanto, autonomía (art. 10.1 CE), el derecho de propiedad privada de los bienes (art. 33 CE) y el libre ejercicio de actividades económicas en el mercado (art. 38 CE), en convivencia, sin embargo, con la acción pública a que inmediateamente se hará alusión (como es lo propio de una economía social de mercado, consagrada implícitamente en nuestro orden constitucional y explícitamente en el supranacional europeo).
- 3.º La configuración, por el contrario, del orden estatal como promotor (art. 9.2 CE) de las condiciones postuladas en el orden constitucional (en particular el capítulo III del título I) para la economía y, por tanto, la riqueza, sobre la heteronomía (no titularidad –sino deber de protección– de derechos fundamentales ligados al principio de libertad; vinculación al ordenamiento; actuación en virtud de potestades habilitantes) y, por tanto, las tareas o funciones y medios públicos (actividades –legislar, ejecutar y juzgar– y bienes –demaniales; art. 132.1 y 2 CE– de lógica propia ajena al mercado y al tráfico jurídico ordinario), sin perjuicio de la permisividad de la titularidad instrumental de propiedad privada (art. 132.3 CE) y la iniciativa pública económica (art. 128.2 CE).

El mercado es, así, la institución organizadora, en el campo social, de la actividad económica que, por ello, está inserta en el mundo de lo privado en cuanto ligada a la libertad de empresa, de la que constitucionalmente solo son titulares los sujetos ordinarios (la posición de supremacía propia del poder público como gestor del interés general –art. 128.1 CE– es,

⁴⁵ En la doctrina alemana ya K. Hesse (“Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes”, en *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen 1962, págs. 71 a 95) alude a un principio constitucional de libertad, que luego E. Grabitz ha teorizado como principio jurídico deducible del orden constitucional (en *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheit*, Mohr Siebeck 1976) y H. Hofmann (en *Recht und Rechtsbesinnung. Gedächtnisschrift für G. Küchenhoff*, Berlin 1987, págs. 231 y sgs.) ha complementado con la observación de que el orden constitucional alemán ha fusionado las dos grandes tradiciones constitucionales europeas: la inglesa liberal reconducible a Locke (lo que luce en el adjetivo “freiheitliche”) y la republicana francesa reconducible a Rousseau (lo que luce en el adjetivo “democrática”).

así, incompatible con el principio de igualdad en la concurrencia o competencia propia del mercado). Lo que no significa que no opere en el campo estatal, tanto para el desarrollo sin más de actividades económicas al servicio de fines de interés general, como también para la utilización instrumental de su lógica propia para la dación de bienes y la prestación de servicios sustantivamente públicos (cual sucede en las manifestaciones actuales del por la doctrina germana acuñado como Estado garante).

No es sorprendente, pues, que la norma fundamental no contenga alusión alguna a la empresa pública, deduciéndose de ella solo:

- El concepto de empresa, la cual incluye –según C. Paz-Ares Rodríguez y J. Alfaro Águila-Real⁴⁶, siguiendo el criterio de la doctrina condensada en el ATC 71/2008, de 26 de febrero⁴⁷– cualquier actividad organizada que –no estando prohibida con carácter general– tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado, sin que sea imprescindible ni que sea habitual, ni –sobre todo– que se desarrolle con ánimo de lucro⁴⁸.

⁴⁶ C. Paz-Ares Rodríguez y J. Alfaro Águila-Real, “El derecho a la libertad de empresa y sus límites”, en J.L. Monereo, C. Molina y M. N. Moreno, *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Ed. Comares, Granada 2002; también en “Ensayo sobre la libertad de empresa”, en A. Cabanillas Sánchez (Coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Ed. Civitas, Vol. 4, Madrid 2002, pág. 5977.

⁴⁷ El Auto señala en su FJ. 7:

“Conviene recordar que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 38 CE, directamente conectado con los arts. 128 y 131 CE [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10; 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b), y 96/2002, de 25 de abril, FJ 11], al garantizar la ‘libertad de empresa en el marco de la economía de mercado’, no reconoce ‘el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden’ [STC 83/1984, FJ 3; reiteran esta doctrina las SSTC 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2 b); 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b); 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8], lo que entraña ‘en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado’ [SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b), y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8]. Y aunque ‘no cuesta admitir que sería incompatible con tal garantía constitucional la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial –movida por la búsqueda del beneficio– en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 128.2 CE o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión’ (STC 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2), es evidente que la norma cuestionada no hace tal cosa, dado que en modo alguno viene a impedir que las personas físicas o las entidades mercantiles se dediquen a la explotación de máquinas recreativas tipo ‘B’ –como demuestra, debemos repetir otra vez, la existencia de numerosas empresas que, como la recurrente en el proceso *a quo*, en todas las Comunidades Autónomas, sin excepción, explotan dichas máquinas, que, según las cifras ofrecidas por el Ministerio del Interior, han pasado de ser 234.203 en 1999 a 248.796 en 2006–, sino que se limita a gravar tales actividades, no sólo con un objetivo puramente recaudatorio, sino también como medio para conseguir fines extrafiscales respetuosos con la Constitución”.

⁴⁸ En el mismo sentido, L. Arroyo Jiménez (*Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Ed. CEPC, Madrid 2004, pág. 139), quien considera irrelevante el ánimo de lucro, siendo lo importante que la actividad de que se trate sea objetivamente susceptible de explotación económica.

De alguna consideración de las SsTC 49/1988, de 22 de marzo, y 84/1993, de 8 de marzo, pudiera poder interpretarse la inclinación del Tribunal Constitucional por la existencia de ánimo de lucro (en contra, en todo caso, el voto particular del Magistrado Luis Díez-Picazo a la primera de ellas, en el que se afirma: “En mi opinión, el art. 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualquiera que sean las características de ésta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. En definitiva se trata de que existan agentes económicos de carácter privado. Por empresa,

- La libertad (frente al Estado y en calidad de derecho fundamental, art. 38 CE) para la organización y el desarrollo de una empresa⁴⁹, pero también la

en el sentido del art. 38 de la Constitución, hay que entender toda organización estable de capital y trabajo, que ejercita habitual y profesionalmente actividades de carácter económico, en una economía de mercado”).

⁴⁹ Se trata de un derecho cuyo contenido declarado constitucionalmente es, forzosamente y por su extenso y heterogéneo radio de acción, muy abstracto, adquiriendo solo verdadero sentido en el orden constitucional definitivo del marco jurídico de la estructura y el funcionamiento de la actividad económica.

En todo caso, la empresa, a la que está referida su construcción, es también de difícil determinación igualmente por la amplitud de su espectro propio (que hace que puedan manifestarse en cualquier ámbito o sector de la realidad social, siempre que en él se haga presente un interés o una utilidad económicos capaces de otorgarles aliciente y soporte). Pues no existen asuntos por naturaleza económicos, ya que la clave de éstos radica no tanto en la índole misma de la actividad, cuanto de la idoneidad de sus características para concernir la iniciativa basada cabalmente en la libertad de empresa. La evolución actual de la vida social está marcada por la progresiva mercantilización de ámbitos tradicionalmente ajenos a la lógica económica o del intercambio mercantil, conllevando así la extensión del campo del interés económico. Este fenómeno no hace sino agudizar la tradicional dificultad de la determinación del contenido de la libertad de empresa y, por ende, de una regulación general de ésta o, dicho de otro modo, de un desarrollo legislativo del reconocimiento constitucional de la misma.

Lo dicho permite afirmar, parafraseando al TC en su juicio sobre la propiedad, que no existe tanto la libertad de empresa como libertad para establecer y desarrollar empresas. Lo que consagra la CE no es, así, una libertad dotada de un contenido único, sino la libertad genérica para la iniciativa económica dentro de los límites generales del art. 38 CE; libertad que tiene que plasmarse en una actividad precisa de desarrollo a tenor de sus características propias y, por tanto, de la concreta regulación de que sea objeto en función de los bienes constitucionales que en ella se hacen presentes. En palabras del propio TC: el expresado precepto no reconoce un derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden (STC 112/2006, de 5 de abril, y las en ella citadas).

En el plano constitucional, pues, la libertad de empresa es accesible a la regulación pública, pero aquélla impone a ésta límites en términos, en primer lugar, de dos garantías: i) la reserva de Ley y ii) la indisponibilidad del contenido esencial; y, en segundo lugar, de observancia del principio de proporcionalidad (debiendo ser la regulación pública, así, adecuada al fin perseguido y constitucionalmente legítimo e indispensable, es decir, preferible a cualesquiera otras que impongan un sacrificio mayor) [STC 109/2003, de 5 de junio].

Dicho esto, ha de precisarse que la proclamación o el reconocimiento constitucionales de cualquier derecho de libertad presupone necesariamente la consagración igualmente constitucional de un bien, que aparece así como protegido por la norma fundamental. Por tanto, tal género de derechos puede definirse, en una primera aproximación, como el que apodera para emprender y realizar cualesquiera actividades a las que el correspondiente bien constitucional otorgue soporte o cobertura suficiente. Resulta una obviedad, no obstante, el carácter más reducido del contenido verdaderamente operativo de estos derechos de libertad. El problema reside en determinar ese contenido por relación a sus límites.

La resolución del problema planteado es difícilmente abordable desde los métodos desarrollados al efecto (sea el de sucesivos pasos empleado por la dogmática alemana, sea el de determinación en uno solo propugnado entre nosotros por I. De Otto). Las características de la libertad de empresa concitan no uno, sino una pluralidad de bienes constitucionalmente protegidos, haciendo sumamente compleja tanto la interpretación constitucional, como cualquier operación de ponderación a la luz del orden fundamental. Lo que impone la conclusión de que el contenido de la libertad de empresa no es sustantivo, sino formal, consistiendo justamente en su garantía en un plano objetivo-institucional desagregada en (SsTC 109/2003, de 5 de junio; 112/2006, de 5 de abril; 127/1994, de 5 de mayo; 225/1993, de 8 de julio; así como, antes, 37/1981 y 37/1987):

- La libertad de acceso a (creación de empresas), permanencia en (actuación definiendo objetivos y dirigiendo la actividad empresarial) y abandono del mercado.
- La libertad de concurrencia en igualdad de condiciones en el concreto mercado de que se trate y con sujeción a la normativa sobre ordenación de este último y de la actividad económica; la cual requiere una política pública que la asegure (la política de libre competencia).
- La libertad de contratación (sobre la base de la autonomía de la voluntad). Y

habilitación al poder público para el ejercicio de la iniciativa económica (art. 128.2 CE)⁵⁰.

Si bien la garantía del mercado en tanto que institución⁵¹ es solo cualitativa –en el sentido de que no comprende un definitivo y preciso elenco de actividades– comporta, sin embargo y por lo que hace a su lógica de funcionamiento, su carácter único, lo que quiere decir: el juego, en el marco que de él resulta y para cuantas actividades en cada momento comprenda, de todos los derechos relevantes para su funcionamiento y el ejercicio de éstos conforme al régimen propio de la libre concurrencia o competencia, con correlativa prohibición de la adopción por el poder público de cualesquiera medidas que, directa o indirectamente, obstaculicen tales derechos, así como imposición a dicho poder público de velar desde luego por la referida libre competencia (es decir: la igualdad de todos los agentes). Este es el sentido que debe darse al artículo 139 CE y, por tanto, al denominado principio de unidad del mercado. El papel del poder público respecto del mercado es, pues, de aseguramiento continuado de la lógica propia de éste para su funcionamiento efectivo conforme a la libre competencia mediante la intervención precisa para prevenir la actualización de riesgos de desvirtuación, corregir las consecuencias de dicha actualización y sancionar las infracciones.

La necesidad y unidad del mercado no son incompatibles, no obstante, con la variabilidad de su contenido (las actividades a las que sirve de marco institucional). Así resulta con naturalidad de la contingencia e historicidad de la decantación de los intereses generales o públicos y particulares o privados, razón justamente por la cual la CE no se pronuncia por ningún orden económico concreto, entregando su definición al continuado proceso de desarrollo constitucional en el seno de la estructura estatal; definición, de la que ha de derivar en cada momento –como consecuencia de la identificación de intereses generales demandantes de la restricción o incluso exclusión del juego del mercado– la delimitación negativa de las actividades incluidas en este último⁵². De la CE no es posible extraer directamente un preciso límite a esta operación de delimitación más allá del que comporta la combinación de: i) la opción básica de la organización de principio de las actividades de contenido económico con arreglo a la institución del mercado; y ii) el requerimiento de que toda restricción o incluso

– La libertad de consumo (ésta repercute, a su vez, en la libertad de actuación en el mercado, poniéndole límites actuables desde el poder público).

Por lo tanto, el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa se produce en términos no precisamente “naturales” (sin reglas), sino a los que es inherente la configuración del derecho y de su ejercicio por el Estado, lo que constituye manifestación de la no contradicción y si complementariedad, aún hoy, de aquél y del mercado.

⁵⁰ Para la doctrina mercantilista lo peculiar de esta libertad es, así, que –ejercitando la expresada iniciativa– el Estado se convierte en competidor de los particulares. Por todos, C. Paz-Ares Rodríguez y J. Álfaro Águila-Real, *op. cit.* en nota 35.

⁵¹ STC 225/1993, de 8 de julio, en relación con SSTC 176/1982, 83/1984, 96/1984 y 123/1991.

⁵² El Tribunal Constitucional tiene sentada la doctrina de que las decisiones del legislador en este ámbito i) están sujetas a evolución: los cambios en los condicionamientos técnicos y los costes de infraestructura, pero también en los valores sociales, pueden suponer la revisión de la justificación y de los límites que supone la *publicatio*, tanto respecto de la constitucionalidad del monopolio, como del alcance de la gestión privada (SSTC 88/1995, de 6 de junio, citando la 12/1982, de 31 de marzo; y 206/1990, de 17 de diciembre); y ii) precisan, en todo caso, estar justificadas y están sujetas al control del propio TC (STC 206/1990, de 17 de diciembre), debiendo la regulación resultante ser proporcionada (STC 127/1994, de 5 de mayo, que alude a las SSTC 206/1990, de 17 de diciembre; y 119/1991, de 3 de junio).

exclusión del mercado se refiera precisamente a actividades-servicios que presenten la nota de “esencialidad” (art. 128.2 CE; véase STC 193/2006, de 19 de junio, y las por ella citadas). Pero:

- a) Sí consagra –como ha determinado la doctrina constitucional (SsTC 83/1984, de 24 de julio; 93/1992, de 11 de junio; y 197/1992, de 19 de noviembre)– el principio general de libertad (arts. 1.1 y 10.1) que “... autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas.
- b) Y, por tanto, es deducible de ella –sobre la base de sus artículos 1.1 (que consagra la libertad como valor superior del entero ordenamiento) y 10.11 (que reconoce, como fundamento del orden constituido, el libre desarrollo de la personalidad en sociedad en el marco de la Ley) y del principio de interdicción de la arbitrariedad y, más concretamente, de proporcionalidad (art. 9.3 CE)–, el deber del ejercicio del poder público con incidencia en el mercado (y, por tanto, la libertad de empresa) en términos resultantes de la adecuada ponderación de los intereses en presencia, con consideración de los efectos sobre los derechos de los ciudadanos, tal como tiene dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso referido a la autorización de la explotación de una mina de oro con empleo de cianuro con efectos contaminantes (STEDH *Taşkin* y otros c. Turquía, n.º 46117/99, § 119, ECHR 2004-X). De modo que las restricciones en el mercado y las exclusiones de éste solo pueden derivar legítimamente de exigencias propias del interés general con rango constitucional (art. 128.1 CE).

Si bien nada de lo dicho excluye la actuación del poder público, además, en el mercado, si exige como condición para esta última que se despoje de su condición de tal, sometiéndose así a la lógica del mercado. Este es el sentido del reconocimiento (en realidad: habilitación) que de la iniciativa pública económica hace también el artículo 128.2 CE. Pues nótese que aquí la norma constitucional lo que permite es la “iniciativa”, de modo que –en este contexto– lo único de lógica pública es ella misma, siendo la actividad derivada de la iniciativa ya la de una empresa más en concurrencia con las demás en el mercado correspondiente (con independencia de la titularidad pública de todo o parte de su capital), sin perjuicio de las modulaciones que puedan resultar legítimamente de la regulación de que objetivamente sea objeto la referida actividad.

En consecuencia, el orden constitucional predetermina el sector público “empresarial” en relación con la institución del mercado (es decir: por relación a la naturaleza de la actividad organizada), siendo significativo que la reserva posible de recursos o servicios esenciales que se establece a renglón seguido tenga por destinatario justamente “el sector público” (concepto que solo es empleado en el título VII, “Economía y Hacienda”, de la norma fundamental). Y lo hace en los siguientes términos:

- a) La empresa pública en sentido estricto es cualquier organización que, con entera independencia de su forma jurídica (pública o privada), derive del ejercicio por el poder público de la iniciativa económica y realice actividad o actividades económicas que están en el mercado correspondiente en régimen de plena concurrencia o competencia.

- b) La categoría se extiende a las organizaciones creadas por el poder público (cualquiera que sea su forma jurídica, pública o privada) para el desarrollo de actividades de contenido económico reservadas legalmente al sector público bien solo en el sentido de la habilitación para su ejercicio (sin enervación del acceso de los sujetos ordinarios a ellas y concurriendo, por tanto, con ellos), bien incluso de la atribución de la titularidad de la o las actividades en exclusiva (es decir, en régimen de monopolio). Organizaciones que integran, así, el sector público propiamente dicho.

Confirma la corrección de esta interpretación del orden constitucional su plena congruencia con el originario de la Unión Europea, que prima sobre el ordenamiento interno en su totalidad. Se trata en todo caso de una interpretación obligada una vez que la incorporación a la actual Unión Europea ha determinado la integración: i) del mercado español en el mercado interior (espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada –art. 26.2 TFUE– y, por ello, basado en la libre competencia –arts. 101 a 109 TFUE–) objetivo básico de la Unión Europea desde sus orígenes fundamentalmente económicos; y, por tanto, ii) de la economía de mercado española en la economía social de mercado europea sobre la base del reconocimiento –conforme al Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales– del derecho de libre empresa (arts. 4.3 TUE y 16 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), sin perjuicio del deber de las instituciones europeas y los poderes públicos de los Estados miembros de velar –considerando el lugar que ocupan entre los valores comunes de la Unión y de su papel en la cohesión social y territorial– por que los servicios económicos de interés general actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido (art. 14 TFUE), es decir y en los términos del artículo 106.2, de su cometido específico (especificidad que trae causa obviamente del interés general).

Como ha señalado el Abogado General Y. Bot en sus conclusiones al Tribunal de Justicia en el asunto (cuestión prejudicial) C-59/12, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*,⁵³

- a) Jurisprudencialmente y en aplicación del Derecho de la Unión, la empresa se define funcionalmente y, por tanto, como «cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»⁵⁴, debiendo consistir su actividad económica en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado⁵⁵. La empresa, pues, no se define por su estatuto jurídico (su forma de organización) y ni siquiera por su modo de financiación, por

⁵³ El asunto dio lugar a la STJUE de 3 de octubre de 2013 con el siguiente fallo: “La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que un organismo de Derecho público que tiene encomendada una misión de interés general, como la gestión de un régimen legal de seguro de enfermedad, se encuentra comprendido dentro de su ámbito de aplicación personal”.

⁵⁴ Sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, asunto C-41/90, apdo. 21. Véanse también las SsTJUE de 17 de febrero de 1993, asuntos acumulados *Poucet y Pistre*; 12 de septiembre de 2000, asuntos acumulados *Pavlov* y otros; 2 de octubre de 2001, asunto *Ambulanz Glöckner*; y 19 de febrero de 2002, asunto *Wouters*.

⁵⁵ Sentencia de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, asunto C-205/03 P, apdo. 25.

serlo exclusivamente por el carácter de su actividad⁵⁶ a los efectos de la plena efectividad de los artículos 101 y 102 TFUE, ya que permite evitar que los operadores económicos eludan las normas sobre competencia adoptando un estatuto jurídico que les excluya de su ámbito de aplicación (es decir, de la lógica del mercado).

- b) Se explica, así, la calificación como empresa de organismos públicos (así, por ejemplo, la *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, dependiente del Ministerio de Hacienda italiano, por la STJUE de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, asunto C-118/85, al ejercer actividades de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado). Entiende el Abogado General citado que el Tribunal de Justicia se refiere con ello a *las empresas públicas, las empresas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos y las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general*.

Y se explica igualmente la exclusión de la categoría de empresa, por el contrario, de la organización de dos clases de actividades: i) las que suponen el ejercicio de prerrogativas del poder público⁵⁷; y ii) las que persiguen una finalidad exclusivamente social⁵⁸. Así pues, cuando la actividad desarrollada esté relacionada con el ejercicio del poder público o con el desarrollo de una función exclusivamente social carece de carácter económico (no está sujeta a la lógica del mercado) y su organización no merece la consideración de empresa.

La perspectiva funcional llega al extremo de la distinción, en las actividades de un determinado organismo, entre las de carácter administrativo o, en su caso, social (y, por tanto, no calificables de empresariales) y las de carácter estrictamente económico (y, por tanto, empresariales y, por ello, sujetas a la lógica del mercado)⁵⁹.

Se entiende perfectamente, pues, que el concepto de “empresa pública” esté hoy acuñado, en el Derecho originario de la Unión Europea, desde diversas perspectivas (condicionadas por la funcional):

- Por de pronto, las de: i) la libre competencia (política europea nuclear al servicio del mercado interior común) y para prohibir la adopción o el mantenimiento por los Estados miembros de medidas contrarias a las normas de los Tratados respecto de las empresas públicas y aquéllas a las que les concedan derechos especiales o exclusivos (art. 106.1 TFUE); y ii) la de la financiación de inversiones (con los objetivos enumerados en el art. 309 TFUE) por el Banco Europeo de Inversiones (art. 16 de los estatutos del banco, protocolo anexo al TFUE núm. 5).

⁵⁶ En particular, STJUE de 19 de enero de 1994, *SAT Fluggesellschaft*, asunto C-364/92.

⁵⁷ Así en la citada STJUE de 19 de enero de 1994, *SAT Fluggesellschaft*. Pero también la STJUE de 18 de marzo de 1997, asunto *Diego Cali & Figli Srl*, relativa a los servicios de vigilancia ecológica del puerto de Génova.

⁵⁸ Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, antes citada, y 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, asuntos C-159/91 y C-160/91. Así como la STG de 4 de marzo de 2003, asunto *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental [FENIN] c. Comisión*.

⁵⁹ En este sentido, Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris/Comisión* asunto T-128/98 (confirmada por la STJUE de 24 de octubre de 2002, asunto C-82/01 P) y STJUE de 16 de marzo de 2004, *AOK-Bundesverband* y otros, asuntos C-264/01, C-306/01, C354/01 y C-355/01.

- Pero también, la de la prohibición de relaciones financieras privilegiadas (descubiertos, préstamos, adquisición directa de instrumentos de deuda) con las instituciones, autoridades y organismos públicos europeos y nacionales (incluyendo en esta enumeración a las empresas públicas) [arts. 123, 124 y 125 TFUE y art. 21.1 del Protocolo núm. 4 relativo a los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo].

Estando referido el concepto de empresa en todo caso al desarrollo de actividades económicas en el mercado, la clave de la consideración europea como pública de una empresa (y su distinción, pues, de la privada), reside exclusivamente en la influencia dominante –directa o indirecta– que en ella pueda ejercer un poder público (conforme al Derecho del correspondiente Estado miembro) por razón de: i) la propiedad; ii) la participación financiera; o iii) las normas que rijan la empresa⁶⁰. Así lo ha venido precisando a partir de 1980 el Derecho derivado⁶¹ desde la perspectiva del principio de transparencia. Pero esta precisión del concepto de empresa pública se hace exclusivamente por el especial tratamiento de que tal tipo de empresa debe ser objeto dada la complejidad que, por razón de la expresada influencia, presentan sus relaciones financieras con los poderes públicos y la consiguiente específica dificultad del control de la observancia en su actuación de la lógica de mercado. De ahí que la regulación aludida pretenda –sobre la base del principio de no discriminación injustificada alguna entre empresas privadas y públicas en punto al régimen de libre competencia (mercado)– garantizar la no concesión a las empresas (privadas o públicas) de ayudas públicas incompatibles justamente con el mercado común. Su objetivo es, así, la no distorsión de las condiciones del correspondiente mercado por razón de los beneficios que puedan derivarse sea para las empresas públicas de su vinculación con la correspondiente Administración, sea para cualesquiera empresas (públicas o privadas) de la concesión por aquella Administración de derechos especiales o exclusivos.

Y esta es la concepción que obviamente ha acabado penetrando –como no podía ser de otra forma, por las razones expuestas– en el Derecho interno. La Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones entre Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, ejecutando el Derecho europeo, ha venido a:

- Establecer una definición general y básica (sobre la base del juego conjunto de los títulos competenciales “bases de la actividad económica” y “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y, aplicable, por tanto, a los sectores

⁶⁰ Presumiéndose legalmente la existencia de influencia dominante cuando, en relación con una empresa y directa o indirectamente, una Administración pública: i) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; ii) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o iii) pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de la empresa.

⁶¹ Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, modificada en varias ocasiones y sustituida, finalmente y con la misma denominación, por la Directiva, hoy vigente, 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006.

públicos de todas las instancias territoriales) de empresa pública⁶² y su concreción para la instancia territorial general (art. 2.1 y 3).

La general y básica es ciertamente amplia (empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, la participación financiera o las normas que la rigen), pero coincidente con la europea, debiendo entenderse, por tanto, que –como mínimo– comprende todas aquéllas en las que se cumplan los criterios del Derecho europeo para la comprobación de la existencia de una posición dominante.

Y la referida al sector público estatal es más precisa al identificar el ámbito de la empresa pública con las entidades enumeradas, desde la perspectiva patrimonial, en el artículo 166.1 de la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas.

- Determinar correctamente su objeto (art. 1) por relación a la transparencia: i) de las relaciones financieras de las Administraciones territoriales y las empresas públicas consistentes en la puesta a disposición de éstas por aquéllas (directa o indirectamente) de fondos; y ii) en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de concesión por las Administraciones públicas de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa (cuando ésta realice, además, otras actividades distintas, actúe en régimen de competencia y reciba cualquier tipo de compensación por el servicio público).

4. Los tipos de actividades con relevancia económica que resultan del orden constitucional

A la luz, pues, de lo hasta aquí razonado puede afirmarse la coexistencia en el orden constitucional (en congruencia con el Derecho originario de la Unión Europea) de los siguientes tres tipos diferenciados de actividades (enumeradas de menor a mayor proximidad al sector-poder público):

- Actividades económicas calificables de ordinarias: las empresariales, a las que son de aplicación plenamente las reglas propias del mercado (en particular la libre competencia en igualdad de condiciones) y que pueden ser desempeñadas también desde luego por el sector público en ejercicio de la iniciativa económica.

⁶² El que la definición se efectúe “a los efectos de esta Ley” –cláusula frecuente en determinaciones análogas; el mismo inciso se encuentra hasta en el art. 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, nada menos que para la acotación del ámbito del control judicial de la actuación de las Administraciones públicas–, no relativiza su importancia, pues “los efectos de la Ley” en este caso (la transparencia de las relaciones económico-financieras con el poder público) dependen de la determinación justamente de la noción de empresa pública, la cual no se inscribe así en la especialidad sectorial del texto legal.

- Actividades de interés general o de servicio público (que engloban las antes conceptuadas en el plano europeo bien como de interés económico general⁶³, bien como de interés no económico general), que presentan ya un régimen diferenciado de las anteriores. Y ello:
 - a) Sea por atribuírseles un “cometido específico”, es decir, por hacerse presentes en ellas un determinado interés general justificativo cabalmente de la modulación, en diverso grado, de su régimen, sin perjuicio de que la diferenciación de éste – respecto de la libre competencia– no pueda ir más allá de lo estrictamente exigido por el cumplimiento de tal cometido o misión. Como resulta de la Comunicación de la Comisión de 23 de marzo de 2011 [COM (2011) 146 final] la categoría europea “actividad de interés general” coincide con la noción interna de servicio público. Y ello: i) desde luego en sentido amplio, funcional u objetivo, toda vez que en ella el interés general autoriza para la imposición a los servicios prestados por la iniciativa privada de obligaciones denominadas justamente de servicio público (en el extremo: las llamadas obligaciones de servicio universal), que, en su caso y para su compensación, legitiman restricciones a la libre competencia en grado diverso (mediante la financiación pública o el otorgamiento de derechos especiales, significativamente), pero también ii) en sentido estricto o subjetivo, toda vez que el interés general llega a justificar, incluso, la exclusión completa de la competencia (otorgamiento de derechos exclusivos, supuesto que equivale al servicio público formal, orgánico, subjetivo o estricto interno prestado tanto de forma directa, como indirecta, básicamente concesional).
 - b) Sea porque se trata ya de tareas encomendadas al poder público por estar configuradas para realizar el propio interés general y quedar fuera del mercado dada su lógica ajena al mismo.

La clave del sector público empresarial reside, pues, en la vinculación de organizaciones dedicadas a actividades inscritas en el mercado en último término a un poder público (administrativo). Pues la posición de dominio y, por tanto, la influencia potencial de éste en aquéllas por razón de su estatuto, propiedad o financiación supone por sí misma un riesgo de distorsión del desarrollo de la actividad empresarial según la lógica del mercado. Remite así a la lógica diferente y propia del poder público, que es justamente la que –sea dicho de paso– explica las modulaciones del régimen de la empresa pública desde múltiples perspectivas (creación, organización, funcionamiento, personal, contratación y gestión económico-financiera, básicamente). Diferencia que trae causa, a su vez, de la información de la lógica del poder público por el interés general y los requerimientos propios de su gestión.

⁶³ Como acertadamente ha hecho notar M. Vaquer Caballería (“Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 8, 2005), el hecho de que el artículo 106 TFUE hable no de servicios económicos de interés general sino de servicios de interés económico general significa que el carácter económico se predica no de los servicios mismos, que no son tales por naturaleza, sino del interés. Lo determinante no es, pues, la índole de la actividad, sino la entidad y el alcance del interés general al que sirve la configuración jurídica de dicha actividad, su régimen.

5. El interés general o público como clave del sector público empresarial

El interés general o público es un concepto controversial que ha sido tachado, y en ocasiones sigue tachándose, no ya de indeterminado, impreciso o abierto, sino incluso de vacío, en blanco o inaprensible, cláusula puramente formal capaz de “vestir” jurídicamente las mas diversas decisiones (de sustancia más bien, por tanto, política). Como en su momento puso de relieve P. Häberle, ya en los años setenta del S. xx, en su extraordinario estudio del concepto⁶⁴, esas posiciones escépticas e, incluso, “agnósticas” responden en buena medida⁶⁵ a la pervivencia inercial –condicionando aún la legislación, la práctica administrativa y la jurisprudencia– de la versión monárquico-absolutista del bien común-interés general⁶⁶ y la ausencia de toda verdadera reconstrucción del mismo en el orden constitucional. Según creo que demuestra convincentemente dicho autor, el orden constitucional juridifica el concepto al insertarlo en el cuadro de valores y bienes jurídicos que consagra⁶⁷ (dejando de ser posible la determinación de un interés general fuera o al margen del orden constitucional y, por tanto, del Derecho que éste preside), sin perjuicio de la multiplicidad de significados concretos que pueda revestir según la materia y las circunstancias (pues el orden constitucional está basado, de un lado, en el pluralismo político y social y el ámbito público de debate cara al bien común que garantiza⁶⁸, y, de otro lado, en la organización descentralizada del poder público constituido⁶⁹). Además de que ello lo hace accesible –desde luego en su concreción sucesiva por los

⁶⁴ P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2.^a ed., BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín 2006 (la primera edición apareció en 1970).

⁶⁵ Juicio que parece posible desde luego trasladar, teniendo en cuenta nuestra historia, a nuestro ordenamiento. Tanto más cuanto que el actual orden constitucional es fruto de una ruptura política cumplida en términos de reforma con el régimen franquista, en el que, sin perjuicio de su evolución, el interés general se definía igualmente de forma voluntarista por el poder.

⁶⁶ Concebido, en efecto, como una entidad de carácter único, monolítico y extrajurídico posibilitador de su operación como vehículo para la formalización jurídica de cualesquiera decisiones manifestación de la voluntad del monarca capaz de “penetrar” en el ordenamiento para determinar la solución, en éste, según las circunstancias del caso.

⁶⁷ Esta vinculación se pone de relieve, por ejemplo, en la previsión del servicio civil para “el cumplimiento de fines de interés general” en el art. 30.3 CE, la operación de la función social –y, a su través, de la preservación del medio ambiente, el patrimonio histórico, cultural y artístico y la utilización racional– conforme al interés general del suelo (arts. 45, 46 y 47 CE) – en la delimitación del derecho de propiedad privada (art. 33.2 CE) y el reconocimiento finalista del derecho de fundación para “fines de interés general” (art. 34.1 CE).

No carece de toda significación que el preámbulo de la Constitución de abra con el deseo del constituyente de “promover el bien de cuantos la integran” (la nación), es decir, del bien común de tan vieja raigambre y, por tanto, del interés general.

⁶⁸ El artículo 76.1 CE hace referencia indirecta a ese ámbito público al prever el establecimiento por cualquiera de las Cámaras parlamentarias o por ambas conjuntamente de Comisiones de investigación sobre “cualquier asunto de interés público”.

⁶⁹ La diversificación territorial del interés público y su vinculación al espacio y la perspectiva competencial de la correspondiente instancia territorial luce en la determinación de la organización territorial del Estado y el reconocimiento a las instancias autonómica y local de autonomía para la gestión de “sus respectivos intereses” (art. 137 CE); la reserva de la competencia al poder central de las obras públicas, los puertos y aeropuertos precisamente de interés general (art. 149.1.20.^a y 24.^a CE); la habilitación para el dictado de Leyes de armonización de las disposiciones autonómicas “cuando así lo exija el interés general” (art. 150.3 CE); y el mecanismo de “coacción federal” establecido en el artículo 155 CE para el caso de actuación autonómica atentatoria gravemente al “interés general de España”.

poderes constituidos y con diferente alcance (pero no en forma menos intensa y efectiva que, por ejemplo y en el extremo, la discrecionalidad)— al control judicial efectivo, determina en lo que aquí importa la superación de toda contraposición de principio con el interés privado⁷⁰, la pluralidad de perspectivas (públicas y privadas) en su determinación y la trascendencia del procedimiento para la toma de la decisión sobre ésta.

Bastan estas consideraciones para justificar las siguientes afirmaciones:

- 1.º La libertad de empresa (en su dimensión objetiva) y el mercado (con el alcance que éste tenga en cada momento) constituyen —por referencia, además, al bien constitucional “economía de mercado” (parte de la economía social de mercado de la Unión Europea)— fines de interés general que: i) deben ser servidos por los poderes públicos en términos de garantía y protección; y ii) justifican nada menos que la intensa intervención pública en forma de defensa de la libre competencia. De ahí que —salvo prescripción específica constitucional obstativa— nada impide en principio no ya operaciones de privatización formal o material de concretas actividades ya organizadas por el poder público, sino la liberalización de enteros sectores de actividad susceptibles de explotación económica, como revela sin más el proceso en curso de modulación del Estado social prestacional en términos de Estado garante de las prestaciones. Pero en la medida en que conviven con otros intereses públicos es asimismo posible que, en función de otros bienes constitucionales igualmente relevantes, puedan y, en su caso, deban ceder, en diferente, grado, frente a operaciones de reserva (incluso en régimen de monopolio) a favor del poder público de actividades igualmente susceptibles de explotación económica.
- 2.º Con independencia, pues, del diferente papel que, respecto del mercado y la empresa, puede desempeñar y de hecho desempeña el poder público, la actuación de éste debe cumplirse siempre y en todo caso sobre la base y para el interés general, desde luego cuando se reserve actividades, pero incluso cuando simplemente ejercite la iniciativa económica.

6. La iniciativa pública económica y el interés general; empresas integrantes del patrimonio empresarial público y del sector público empresarial

Aunque la iniciativa económica sea ciertamente una facultad atribuida directamente en la Constitución al poder público, su ejercicio no puede encontrar cobertura, sin más, en la libertad de empresa. La razón es clara: el poder público fundador no puede ser y no es titular

⁷⁰ En nuestro orden constitucional, la constitución por la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (el principio de libertad) del fundamento del orden político y la paz social excluye ya de suyo la posibilidad de la aludida contraposición de principio. El supuesto de contradicción frontal legitimador del sacrificio de bienes y derechos y bienes privados, contemplado constitucionalmente desde el instituto de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE), descansa en la utilidad pública, pero también en el “interés social” reconducible justamente al mundo privado.

de este derecho fundamental⁷¹. No bastando para el ejercicio de la facultad de que se trata, pues, la mera voluntad del poder y siendo la decisión misma de proceder a tal ejercicio un acto de aquel poder en cuanto tal, es claro que la adopción de esa decisión está sujeta al régimen general de la actuación del poder público. La cual requiere para ser legal, en particular y por lo que se refiere al poder público administrativo, el servicio al interés público; servicio que por ello mismo es susceptible siempre de control judicial en términos de sometimiento de aquella actuación a los “fines que la justifican” (arts. 103.1 y 106.1 CE). El interés público aquí concurrente no puede ser sin más el de creación de un nuevo agente en el mercado (pues la del acceso a éste es cuestión inscrita ya en la lógica del mismo), sino la consecución de objetivos públicos de relevancia suficiente en relación con el concreto mercado (sector económico) de que se trate. La regulación que de la iniciativa económica de las entidades locales hace la versión actual del artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, así lo corrobora (no obstante su confusión de iniciativa económica y establecimiento de servicios públicos): exige expediente basado en un análisis de mercado y justificativo de la conveniencia y oportunidad, en especial de la no generación de riesgos para la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal. Y lo dejó establecido ya la controvertida Sentencia STS 1278/1989, de 10 de octubre (Sala 3.^a) a propósito de la constitución por el Ayuntamiento de Barcelona en 1985 de la sociedad “Iniciatives, S.A.” al señalar:

“... Por un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), *todas las actuaciones de los órganos de la Administración pública deben responder al interés público que en caso y necesariamente siempre ha de concurrir* (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación.”

Donde la Sentencia no acierta desde luego es en la derivación de la exigencia de la concurrencia de un interés público específico y concreto del principio de especialidad del objeto social de la empresa resultante de la iniciativa pública. Pues aquí parte el Alto Tribunal de un concepto erróneo, por restringido, de interés público, al excluir la calificación como tal del apoyo a la iniciativa privada empresarial (aunque sea en diversos campos o sectores) para la promoción de la vida económica (en el caso: en el ámbito municipal). Que tal apoyo integra un interés público resulta, sin más, de la habilitación constitucional al Estado (art. 131.1) para el estímulo del crecimiento de la riqueza.

En consecuencia, la concurrencia –a efectos de la iniciativa económica– del requisito de un interés general depende exclusivamente, pues, de los objetivos perseguidos en el caso concreto en función de las circunstancias económicas concurrentes y a la luz de los fines

⁷¹ Como tiene establecido el Tribunal Constitucional por lo menos desde su Sentencia 64/1988, de 12 de abril, el Estado, es decir, los poderes públicos constituidos no son tanto titulares como destinatarios de los derechos fundamentales (que se reconocen precisamente frente al ejercicio del poder), lo que vale decir sujetos pasivos de los mismos. Lo que no impide el reconocimiento a los poderes públicos de derechos fundamentales puramente instrumentales (al servicio de otros derechos subjetivos), como, por ejemplo y significativamente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

generales perseguibles en este terreno por el poder público conforme a los artículos 130 y 131 CE (en los términos en que se encuentren concretados, en su caso, por la normativa infraconstitucional de pertinente aplicación).

Una vez creadas (por concurrencia de un interés público suficiente), estas empresas –sin perjuicio de tener necesariamente forma jurídico-privada⁷² y quedar regidas enteramente por el Derecho privado en cuanto sujetas a la lógica del mercado– merecen la calificación de públicas mientras el poder público fundador conserve en ellas, directa o indirectamente (en su caso, a través de una organización descentralizada o instrumental), una posición dominante por razón del estatuto de la empresa, la propiedad –en todo o en parte– de su capital o la participación financiera en su actividad, siquiera sea a efectos del respeto de los requerimientos del principio de transparencia de las relaciones económico-financieras. E integran en todo caso el patrimonio de la correspondiente Administración, sujeto –en su administración– a la legislación correspondiente, encabezada por la Ley 30/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, y están sujetas en su caso –en la medida de la influencia que en ellas ejerza efectivamente y en los términos precisados por el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y la Ley 4/2007, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas– a las reglas de este último texto legal. Pero en principio son solo elementos del patrimonio empresarial de la correspondiente Administración (o de sus organismos vinculados o dependientes), en modo alguno del correspondiente sector público empresarial, pues de éste solo forman parte –así en el caso del Estado en sentido estricto– las llamadas sociedades mercantiles estatales, es decir, aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades componentes justamente del sector público estatal sea superior al 50%.

Cuestión importante que suscita el patrimonio público empresarial es la exigencia o no de la permanencia del interés público apreciado a efectos de la creación de la empresa o la participación en ella para la continuidad de una u otra. En la medida en que ni la permanencia en el mercado, ni la adquisición, conservación y, en su caso, ampliación del patrimonio puramente empresarial pueden constituir por sí mismos fines propios de la Administración pública (y su organización institucional), debe considerarse que la apreciación justificada de la desaparición sobrevenida del interés público determinante de la existencia del elemento en el patrimonio correspondiente constituye fundamento suficiente para el abandono del mercado (la venta o liquidación de la empresa) o la enajenación de la participación en el correspondiente capital social.

En todo caso:

- 1.º Es clara la necesaria diferenciación entre empresa en mano pública sin más y empresa inscrita en el sector público correspondiente. La primera queda fuera del campo del giro o tráfico de la Administración pública y la segunda se inscribe en éste. Así resulta ya, para el escalón estatal, de la LGP, en la medida en que su artículo 3

⁷² Pues, en su creación y configuración, el poder público ejercita su potestad organizatoria no en forma plena (lo que podría conducir a una forma tanto jurídico-pública, como, instrumentalmente, jurídico-privada), cuanto justamente al servicio de la iniciativa económica, lo que le obliga a servirse de las formas predeterminadas al respecto por el Derecho privado.

incluye en el sector público justamente empresarial, como ha quedado anticipado, a las sociedades mercantiles estatales, excluyendo así del mismo implícitamente a las empresas en mano pública que no reúnan tal condición. Y también de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, conforme a la cual:

- a) La única forma organizativa societaria mercantil que se incluye desde luego en el sector público estatal (art. 84) es la de sociedad mercantil estatal.
- b) Y el subsector público en que tal tipo de sociedad se enumera –junto con los organismos públicos, las autoridades administrativas independientes, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica y las Universidades públicas no transferidas– recibe la calificación de “institucional”; calificación que pone de relieve la vinculación o dependencia organizativo-funcional (no obstante su forma) de las sociedades de que se trata.

Se entiende así, pues, las modulaciones que experimenta el régimen jurídico de estas sociedades y su actividad expuestas al tratar de la evolución de la empresa pública.

- 2.º Dentro de esta categoría de las sociedades mercantiles estatales debe distinguirse entre las que pueden y no pueden tener la consideración de medio y servicio técnico propio de Administraciones públicas o entidades con la consideración de tales. Las primeras –caracterizadas por una más estrecha vinculación o dependencia organizativo-funcional⁷³– son aquellas cuyo capital social sea íntegramente de titularidad pública (nótese que no se exige que esa titularidad sea de una única Administración pública o de sus organismos o entidades vinculados o dependientes). En este último caso la creación de la sociedad es fruto, en realidad, del ejercicio de la potestad de organización de la correspondiente Administración u organismo o ente público.

7. Empresa pública y servicio público

7.1 Compatibilidad de servicio público y Derecho europeo

La vinculación de iniciativa económica y servicio público que luce, según ya se ha dejado señalado, en el artículo 86 LrBRL carece de rigor técnico⁷⁴ y se explica por la combinación de la amplitud adquirida entre nosotros por la noción de servicio público (con reflejo incluso constitucional⁷⁵) y el peso que en la instancia local de la organización territorial del

⁷³ El artículo 86.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, circunscribe significativamente a las que integran el sector público institucional las entidades que pueden ser consideradas medios propios y servicios técnicos de poderes adjudicadores.

⁷⁴ En el importante artículo 25 LrBRL queda clara, en efecto, la diferencia, al establecer el precepto que “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, *puede promover actividades y prestar los servicios públicos* que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”.

⁷⁵ En el inciso final del artículo 106.2 CE el servicio público equivale prácticamente a “giro o tráfico” propio de la Administración pública.

Estado tienen los servicios públicos⁷⁶. La doctrina del Tribunal Constitucional, tras destacar que la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica –con detractores y valedores–, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas (SsTC 206/1990, de 17 de diciembre; y 127/1994, de 5 de mayo), deja claro que:

- 1.º Aunque servicio y poder públicos no son categorías equivalentes, la calificación como servicio público de funciones coloca éstas, con independencia de cuál sea el título que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los poderes públicos tanto más intensa cuanto mayor sea la participación de éstos en la determinación de las condiciones de la prestación y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos correspondientes (STC 35/1983, de 11 de mayo).
- 2.º La CE define un marco en el que la calificación como servicio público es una más entre las opciones políticas legítimas que forma parte de las potestades propias del legislador ordinario (STC 127/1994, de 5 de mayo), por más que, de otro lado, no sea una alternativa obligada, como tampoco lo es la consistente en la simple entrega de una actividad a la libertad de empresa (STC 12/1982, de 31 de marzo).
- 3.º La decisión del legislador sobre la referida calificación tiene por objeto una cuestión de Derecho objetivo y no de derecho subjetivo (SsTC 119/1991, de 3 de junio; y 127/1994, de 5 de mayo), radicando su clave –cuando se refiera a servicios esenciales, en el interés:
 - Pues la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción se endereza la prestación, entendiéndose por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos; con la consecuencia de que *a priori* ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial, siéndolo únicamente en los casos en que la satisfacción de los intereses afectados exija el mantenimiento del servicio y en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija (STC 8/1992, de 16 de enero, que cita la STC 51/1986; en el mismo sentido, antes, la SsTC 74/1982, de 7 de diciembre; 79/1982, de 20 de diciembre; 206/1990, de 17 de diciembre).
 - Y la asunción por los poderes públicos de una actividad como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a particulares, no puede tener otra justificación –en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales– que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales (STC 127/1994, de 5 de mayo).
- 4.º La decisión del legislador tiene por objeto cualesquiera recursos y actividades esenciales, no sólo los de carácter económico. Pues el artículo 128.2 CE permite reservar al sector público cualesquiera recursos o servicios esenciales y una interpretación literal –aunada a otra sistemática– del uso de dos expresiones constitucionales (que no pueden querer decir lo mismo) obliga a entender que los servicios

⁷⁶ Como se desprende claramente del artículo 26 LrBRL.

esenciales de una comunidad no tienen por qué ser recursos naturales o económicos, pudiendo abarcar, con carácter general, las actividades industriales y mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida o el funcionamiento de una comunidad (STC 26/1981, de 17 de julio) y, en particular, incluso los servicios de radiodifusión (STC 127/1994, de 5 de mayo).

- 5.º La declaración como servicio público ni es una etiqueta que permita cualquier regulación (SsTC 119/1991, de 3 de junio; y 31/1994, de 31 de enero), ni supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para su gestión por los particulares. Y la decisión del legislador al respecto i) está sujeta a evolución: los cambios en los condicionamientos técnicos y los costes de infraestructura, pero también en los valores sociales, pueden suponer la revisión de la justificación y de los límites que supone la *publicatio*, tanto respecto de la constitucionalidad del monopolio, como del alcance de la gestión privada (SsTC 88/1995, de 6 de junio, citando la 12/1982, de 31 de marzo; y 206/1990, de 17 de diciembre); y ii) precisa, en todo caso, estar justificada y está sujeta al control del propio TC (STC 206/1990, de 17 de diciembre), debiendo la regulación resultante ser proporcionada (STC 127/1994, de 5 de mayo, que alude a las SsTC 206/1990, de 17 de diciembre; y 119/1991, de 3 de junio).

Este entendimiento del servicio público encaja perfectamente en la categoría europea de “servicios de interés (en su caso económico) general”, en cuanto en ella tienen cabida las dos variantes fundamentales de aquél, desde luego la funcional o amplia (que es la que responde a la perspectiva que es propia del Derecho europeo), pero dentro de ésta también la formal o estricta (por ser admisible la reserva en régimen de monopolio a favor del sector público). En la perspectiva del Derecho europeo es importante, sin embargo, el carácter del interés general que esté presente en el servicio.

Cuando el interés justificativo del servicio tenga carácter económico, la dificultad que puede plantear el Derecho europeo no es de principio y deriva solo de la interpretación y aplicación del artículo 106.2 TFUE en sede del llamado proceso de “integración negativa” regido por el método tópico. Pues éste impide una acotación cierta y definitiva del campo de la excepción al régimen de la libre competencia posible para actividades-cometidos de interés general (justificativos de derechos especiales o exclusivos). En todo caso, el criterio que puede tenerse hoy por sentado es el de que la creación, por una medida estatal, de una posición dominante no es de por sí incompatible con el mercado, dependiendo su legitimidad de su justificación (sometida a la comprobación del propio TJUE)⁷⁷. A la luz del Tratado de

⁷⁷ Aunque la aplicación del artículo 106 TFUE tardara en convertirse en cuestión central de la política de la libre competencia y al principio el TJUE no encontrara grandes dificultades para amparar en dicho artículo, por ejemplo, el régimen excepcional aplicado a los transportistas obligados a la explotación de líneas no rentables (STJUE de 11 de abril de 1989, cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* alemán, asunto 66/86), luego produjo una jurisprudencia no precisamente constante, pero que descansaba en la puesta en cuestión de toda decisión nacional de delimitación del espacio público sobre la base del interés general por entenderla creadora de suyo de una situación imposibilitadora de la satisfacción de las demandas reales por la iniciativa privada en el seno del mercado; posición desde la que acompañó la política liberalizadora desarrollada por la Comisión Europea a lo largo de la década de los años noventa del S. xx, especialmente de los servicios en red y los llamados sectores excluidos (STJUE de 23 de abril de 1991, cuestión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht München* de Alemania; asunto C-41/90).

Lisboa (especialmente, el Protocolo 26 TUE) a los servicios de interés económico general se reconoce el desempeño de un papel esencial en la realización de los valores comunes de la UE por fomentar la cohesión social y territorial, mejorar el bienestar de los ciudadanos y contribuir de forma significativa al desarrollo económico. Y esta categoría comprende desde servicios de carácter comercial de gran escala o en red (suministro eléctrico, comunicación electrónica, transporte, servicios postales) hasta una pluralidad heterogénea de servicios sociales y locales (básicamente los asistenciales). Teniendo en cuenta que el artículo 14 TFUE apodera a la UE y los Estados miembros para velar por su funcionamiento y prestación con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido, sus características, conforme al Protocolo 26 TUE, son: diversidad de contenido y disparidad tanto de necesidades como de preferencias de los usuarios en función de diferencias geográficas, sociales y culturales; amplia discrecionalidad de los Estados miembros para su organización, prestación o encomienda; alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica; e igualdad de trato y promoción de la accesibilidad universal y de los derechos de los usuarios. Régimen éste especial que no los exime de la aplicación (en todo lo que no lo perturbe) de las reglas sobre competencia.

A tenor del mismo Tratado (y Protocolo) los servicios de interés general sin más se diferencian de los anteriores justamente en que no les son de aplicación en absoluto las reglas de la competencia cabalmente por carecer (dicho interés) de carácter “económico”. En el núcleo de esta categoría se sitúan ciertamente las llamadas prerrogativas del poder público, pero su radio de acción se extiende a los servicios sociales de interés general de índole no económica (servicios relacionados con las anteriores prerrogativas o con la responsabilidad estatal para con la población). Y es plena la competencia de los Estados miembros para organizar, prestar o encomendar este tipo de servicios.

La realidad misma, sin embargo, ha acabado por forzar un giro en la jurisprudencia, que supone hasta cierto punto una vuelta al planteamiento inicial. Si en la STJUE de 18 de junio de 1998 (asunto C-35/96, Comisión c. Italia) se excluye ya la acción de compra en el mercado de la consideración sin más de actividad económica, en las anteriores de 19 de mayo de 1993 (asunto *Paul Corbeau*) y 27 de abril de 1994 (asunto *Almelo*) se sostiene, que la creación de una posición dominante por medida estatal adoptada al amparo del artículo 106.2 TFUE no es de por sí incompatible con el mercado y la legitimidad de dicha medida depende de su justificación (sometida a la comprobación del propio TJUE, p. ej. sobre la base de la necesidad de la generación de condiciones de equilibrio económico mediante la compensación entre dimensiones rentables y menos o no rentables del correspondiente servicio y, por tanto, su equilibrio económico teniendo en cuenta los costes y la normativa de obligado cumplimiento). Esta doctrina se ha perfeccionado y consolidado por ahora en las posteriores SsTJUE de 23 de octubre de 1997 (Comisión c. República Francesa), 2 de octubre de 2001 (asunto *Firma Ambulanz Glöckner*) y 24 de julio de 2003 (asunto *Altmark Trans GMBH, Regierungspräsidium Magdeburg*).

El Libro Verde sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003 señala que la existencia o no de mercado depende de la evolución tecnológica, económica y social y la distinción entre actividades económicas y no económicas es, por tanto, dinámica y en evolución permanente, por lo que no es posible ni deseable el establecimiento de una lista definitiva *a priori*.

La situación actual se describe en las Comunicaciones de la Comisión Europea: Aplicación del programa comunitario de Lisboa Servicios sociales de interés general en la Unión Europea de 26 de abril de 2006 [COM (2006) 177 final]; Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo [COM (2007)725 final]; Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general de 23 de marzo de 2011 [COM (2011) 146 final]; Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa [COM] (2001) 900 final]; y Guía relativa a la aplicación en los servicios de interés económico general, y en particular en los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de «contratación pública» y de «mercado interior» [SEC(2010) 1545 final].

El criterio jurídicamente decisivo es ajeno a estas clasificaciones y juega en el plano previo del orden jurídico (en último término el constitucional, interno y europeo), pues de éste depende la legitimidad de la concurrencia de los sujetos, privados y públicos, por determinados objetos (actividades, servicios). Siendo la ponderación de los valores y bienes en último término constitucionales lo propio de la tarea de desarrollo constitucional del legislador, el interés público o privado es el resultado de aquélla. Cuando tal resultado consiste en la determinación de un interés general exigente de la organización de un servicio en términos que impliquen –cuando el carácter del interés sea económico– la restricción o, incluso, la exclusión de la libre competencia en el mercado, es claro que comporta la eliminación de lo restringido o excluido como legítimo objeto de concurrencia, es decir, interés por los sujetos privados⁷⁸. Pues la libertad de empresa es un derecho que sólo puede ejercerse en el mercado, tal como éste esté delimitado (incluso negativamente) en cada momento por el ordenamiento jurídico.

7.2 Servicio público y Derecho interno

Tras la CE buena parte de la doctrina más autorizada ha pasado a colocar el servicio público en el contexto del “orden constitucional económico”, identificando, por ello, la reserva de servicios esenciales a la Administración en virtud del artículo 128.2 CE con el ámbito tradicional de aquél (en términos de reserva de la actividad –entendida como exclusión del acceso a ella de los particulares– y, por tanto, titularidad pública de la misma; lo que vale decir monopolio de *iure*, aunque no necesariamente de *facto*, por parte de la Administración). Sin embargo, del propio tenor literal del expresado precepto constitucional resulta que la reserva no se identifica con monopolio, pudiendo reducirse a la habilitación para el desarrollo de la correspondiente actividad y comprender, así, todas las variantes del género dogmático “servicio público”. Pues en la concepción más amplia de éste caben tanto la actuación desarrollada en cumplimiento de un deber normativamente impuesto a los poderes públicos (SsTS de 11 y 13 de mayo de 2005, rec. cas. 4835/200 y 3057/2002, respectivamente), como la de utilidad pública desplegada por particulares y, por ello, sometida a intervención administrativa, especialmente la que descansa en la utilización del dominio público (STS de 2 de marzo de 2004 –rec. cas. 9311/98–, que califica el supuesto como servicio público impropio)⁷⁹.

⁷⁸ Sin perjuicio de que las restricciones no eliminen per se la acción de las empresas privadas y de que la exclusión ni impida el acceso ulterior de éstas a la prestación del servicio cuando se decida la gestión indirecta de éste.

⁷⁹ La jurisprudencia contencioso-administrativa puede entenderse consistente con ella: la STS de 24 de enero de 2000 (rec. 114/1994) señala que mientras la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales constituye la esencia del servicio público, el interés general supone una subordinación al mismo que trae consigo limitaciones de carácter especial, permitiendo la prestación de un servicio en libre competencia pero condicionada a obligaciones concretas; y la STS de 20 de diciembre de 2011 indica, respecto del sector eléctrico, que el legislador ha considerado innecesaria la reserva para el Estado del suministro y abandonado la tradicional noción de servicio público. Por lo que hace al ámbito local, la jurisprudencia tiene establecido (desde la STS de 27 de octubre de 2005, que corrige la línea interpretativa anterior) que para la exclusión de una actividad local del juego de la libre competencia no basta una simple habilitación genérica, siendo precisa una que implique la exclusión de la actividad o el servicio correspondientes del referido juego.

La novedad del actual tratamiento doctrinal del servicio público consiste en la doble identificación de: i) su concepto formal, subjetivo, orgánico, técnico o estricto con las características no de la actividad, sino precisa y únicamente de las técnicas organizativas de la provisión o prestación de éste; y ii) su concepto amplio, objetivo o funcional con las características de la provisión o prestación de que se trate y no de su organización, es decir, con las notas de continuidad, regularidad, igualdad de acceso y trato, universalidad, adecuación al progreso técnico, control de precios, etc. Sin perjuicio de que estas últimas notas se den también –con mayor razón incluso– en las actividades de provisión o prestación organizadas como servicios públicos en sentido estricto, lo decisivo es su permanencia –exclusivamente sobre la base del interés general– a pesar de una distinta organización de las correspondientes actividades (despuplicación), incluso en la hipótesis de la entrega de éstas al mercado. La razón es obvia: la paralela subsistencia de la causa de tales notas, que no es otra que el interés general. Bajo la CE se da, pues, la continuidad de la tradicional noción de servicio público objetivo o, mejor, de servicio público funcional, en términos que lo hacen equivalente a la noción europea de servicio de interés general.

El cambio producido no afecta, pues, a las necesidades sociales y el requerimiento de su satisfacción adecuada. Afecta a esta última satisfacción, que, en el marco constitucional, admite una pluralidad de soluciones organizativas, que van desde el extremo representado por el mercado sin más, pasando por toda la gama de restricciones-correcciones a éste justificadas en y proporcionadas al interés general pertinente, hasta el otro extremo: la exclusión del mercado y la reserva en exclusiva a la AP. En palabras de la STC 127/1994, de 5 de mayo (referida a la televisión, pero perfectamente generalizable), la noción de servicio público es una técnica que –al igual que otras constitucionalmente posibles– puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las actividades públicas y privadas. Es una técnica de organización de la satisfacción de necesidades públicas⁸⁰. Una técnica, procede añadir, que presenta variedades, siendo la del servicio público formal, orgánico, subjetivo o estricto tan sólo una de ellas, precisamente la de intervención pública más enérgica.

Así pues, la noción de servicio público prestacional goza hoy de buena salud y experimenta –al compás de la transformación del Estado que es propia de nuestra época– una verdadera clarificación y, por tanto, una recobrada trascendencia para la efectividad del orden constitucional en punto al status del ciudadano. El contexto es, así, el de un Estado que, desde la responsabilidad universal por las condiciones de vida en sociedad, tiene a su disposición una pluralidad de opciones (tantas cuantas quepan en el marco constitucional-comunitario) para la organización de la satisfacción de las necesidades colectivas, entre las que la elección ha de guiarse por los intereses decantados desde el concreto orden constitucional europeo e interno específicamente relevante. En este contexto, en el que la clave es la definición del

⁸⁰ La jurisprudencia contencioso-administrativa responde ya al cambio experimentado por el servicio público, pues conforme a ella (por todas, SsTS de 19 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1989): i) la atención a intereses privados es extraña a la noción de servicio público, dándose en el sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos, privado y público, con idéntico rango constitucional; coexistencia que implica la libre competencia y su consecuencia: la aplicación de unas mismas reglas para ambos sectores, sin que la competencia pueda falsearse; y ii) mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos, todas las actuaciones de los órganos de la Administración deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir.

interés que debe predominar en cada caso, en cuanto determinante de la delimitación –necesariamente evolutiva– de los espacios de lo público y lo privado, la noción de servicio público opera simultáneamente (a partir de la solución del mercado, pertinente cuando éste sea suficiente para –funcionando con su propia lógica– cubrir las necesidades sociales a precio razonable; supuesto en que desde luego el sector público puede concurrir con la empresa privada gracias a su iniciativa económica):

- En el plano funcional: como equivalente a prestación de determinadas características (regularidad, calidad, solidaridad, acceso en igualdad, precio asequible, etc.) requerida por el interés general con independencia del sujeto que la desarrolle, es decir, sin exigir una organización público-administrativa de la provisión o suministro. En esta hipótesis la gama de las soluciones posibles es variada, pues el interés general demanda exclusivamente la “corrección” –conforme al principio de proporcionalidad– de las insuficiencias del mercado y, apelando a la responsabilidad última estatal, pone en manos del poder público potestades concretas y graduadas de intervención en el mercado, cuya manifestación más significativa es la imposición de obligaciones justamente de servicio público, hasta alcanzar la llamada obligación de servicio universal. La realización de este servicio público objetivo o funcional se produce a través de técnicas variadas: la regulación-reglamentación del sector; la declaración del interés público concreto con compensación de sus consecuencias económicas (subvención); o la restricción variable del mercado (derechos especiales).
- En el plano subjetivo-orgánico: como equivalente a prestación de características determinadas (las mismas que en la hipótesis anterior) respecto de la que el interés general que se hace presente exige ya que el Estado, en función de la responsabilidad que en las condiciones sociales le incumbe, articule una organización específica de la satisfacción de las correspondientes necesidades sociales, concretamente en términos tales que hagan de la actividad así organizada un sector “cercano” o “próximo” a la Administración en sentido estricto y que pueden, en concreto, tener una doble concreción: i) la habilitación de la acción pública (para la garantía de la prestación y sin exclusión de la iniciativa privada); y ii) la reserva a favor de la Administración con exclusión del acceso directo de la iniciativa privada (otorgamiento de derechos exclusivos), pero sin prejuzgar la forma de gestión (que es cuestión organizativa interna al sector público).

La clave del servicio público en cualquiera de sus variantes es, pues, la presencia siempre del pertinente interés general capaz de otorgar soporte a la opción concreta para la organización de la satisfacción de las necesidades sociales. El interés general es, así, el elemento explicativo y justificativo del entero servicio público, en tanto que legitima y determina la intervención, de diverso alcance y siempre conforme con el orden constitucional-comunitario europeo, del poder público y, por tanto, la organización de la referida satisfacción de la necesidad colectiva; la forma de provisión o prestación de los bienes o servicios; y, por tanto, el régimen jurídico exorbitante del común que sea preciso (en términos del principio de proporcionalidad) para asegurar la continuidad, regularidad, calidad y adecuación al progreso técnico de tales provisión o prestación, así como el acceso a ellas en igualdad de condiciones y a precio asequible de todos los ciudadanos.

8. Las actividades y los tipos de organización actuales del sector público empresarial

El régimen jurídico vigente del sector público empresarial estatal es plenamente consecuente con lo dicho. Conforme a la LOFAGE (así como a la Ley 40/2015, de 1 de octubre⁸¹) y la LGP en efecto:

- a) Este sector se inscribe en la organización pública instrumental (institucional en la terminología de la Ley 40/2015)⁸² de la Administración General del Estado⁸³ (como por demás de las restantes Administraciones públicas territoriales) y tiene por objeto justamente la realización de actividades “reservadas”⁸⁴ a dicha Administración pública, sean prestacionales (incluidas las de gestión de servicios públicos), sean de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación⁸⁵. De este objeto se excluyen, pues y radicalmente, cualesquiera actividades en el mercado fruto exclusivamente de la iniciativa pública económica. Y es él, y no ya solo la

⁸¹ Aunque publicada (y expresiva del nuevo régimen del sector público), esta Ley no está en vigor, pues su disposiciones final 18.^a prevé un largo período de *vacatio*: un año.

⁸² Para el caso de la Administración General del Estado: art. 44 LOFAGE. Para el de todas las Administraciones públicas en el nuevo y aún no vigente régimen jurídico del sector público: art. 2.

⁸³ Tienen la condición de organismos públicos según la LOFAGE (arts. 2.3 y 43) y –a tenor de la LGP (art. 3)-forman en el público un sector específico distinto del “administrativo” y del “fundacional”. Con carácter general, por básica, la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece los criterios para la adscripción a una Administración pública de los consorcios regulados en su art. 6.5, que no son otra cosa que organizaciones comunes a varias Administraciones (u organismos de éstas), establecidos mediante convenio de colaboración (es decir, el ejercicio en común de la potestad de organización) para actuaciones conjuntas (incluidas la gestión de servicios). En el mismo sentido el art. 87 LrBRL para los consorcios locales.

⁸⁴ En los términos, debe entenderse, del art. 128.2 CE.

⁸⁵ Artículos 2.3, 41 y 53.1 LOFAGE. Por su propia perspectiva la LGP (art. 3) no determina sustantivamente las actividades del sector público empresarial, aunque sí precisa –exclusivamente desde el deslinde respecto del sector público administrativo– que las de las entidades públicas distintas de las empresariales son la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo o la realización de operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en ambos casos sin ánimo de lucro, financiándose mayoritariamente con ingresos comerciales (los obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios).

Tampoco el nuevo (de 2015) régimen básico del sector público discrimina por razón del tipo de actividad e incluye en el sector público institucional (desde el punto de vista de la vinculación o dependencia de las Administraciones públicas) tanto los organismos públicos y entidades de Derecho público como las entidades de Derecho privado, pero luego precisa que solo los primeros tienen la consideración de Administraciones públicas (art. 2). El régimen de los organismos públicos estatales: i) realiza, a título definitorio, una enumeración de las actividades que pueden constituir su objeto, incluyendo entre ellas las de prestación o gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación y las de contenido económico “reservadas” a las Administraciones públicas (art. 88) y ii) diferencia luego las susceptibles de desarrollo por los organismos autónomos (actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) cualificándolas como “actividades propias de la Administración pública” (lo que alude implícitamente a la pertinente reserva en favor de ésta) y las que lo son por las entidades públicas empresariales (actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación), en las que falta tal cualificación (lo que se corresponde con el dato de que estas entidades se financian mayoritariamente con “ingresos de mercado”) [arts. 88 y 103].

Pero esa misma Ley 40/2015 da nueva redacción (se sobreentiende que para acomodarla a su texto) al art. 3 LGP y en ella se conserva la diferenciación entre sector público administrativo y sector público empresarial.

razón presupuestaria (necesidad de dotación con recursos económicos), el que explica la necesidad de Ley formal⁸⁶ para la creación de las entidades de este sector: el artículo 128.2 CE requiere, en efecto, la intervención del legislador para reservar, en cualquier forma, al sector público las actividades determinadas como propias de tales entidades⁸⁷.

- b) Comprende los siguientes tipos organizativos (para el desarrollo de las aludidas actividades): i) las entidades públicas: las empresariales y cualesquiera otras que, con independencia de su carácter y denominación, produzcan bienes o presten servicios destinados al consumo individual o colectivo o se financien mayoritariamente en el mercado⁸⁸; y ii) las sociedades mercantiles estatales. La Ley 40/2015 reduce las formas del grupo de entidades públicas distintas de las empresariales a las fundaciones y los fondos carentes de personalidad del sector público estatal (si bien en la nueva redacción que su disposición final octava da al artículo 3 LGP vuelve a aparecer la categoría residual de entidades públicas antes aludida).

El conjunto de entidades englobadas en el sector público empresarial es fruto, pues, del ejercicio por la Administración General del Estado (en general: por la correspondiente Administración pública) u organismo o entidad de ella dependiente de su potestad de organización (en su caso conjuntamente con otra u otras). Sin perjuicio de la opción posible por el empleo de una forma predeterminada ya por el Derecho privado (básicamente la sociedad de capital⁸⁹), el aludido ejercicio conduce de ordinario al diseño –en el marco de la Ley– de la concreta organización de que se trate mediante el establecimiento de su estatuto propio.

De la combinación del nuevo régimen del sector público estatal y la redacción que éste da al artículo 3 LGP resulta que las fundaciones del sector público pertenecen ya –desde luego en aquél– no tanto al sector público empresarial, cuanto al calificado justamente como “fundacional”. Tal clasificación parece responder ciertamente a una acotación de su actividad por relación al cumplimiento de fines de interés general y el ámbito de las competencias propias de las entidades fundadoras, con independencia de que el servicio correspondiente se preste gratuitamente o mediante contraprestación (pero, en todo caso, sin ánimo de lucro) [art. 128.2]. Aunque esta acotación pueda relacionarse con las actividades calificadas en el Derecho europeo como relacionadas con el poder público o presididas por la solidaridad (es significativa la precisión de ausencia de ánimo de lucro), debe entenderse precisamente por ello que entre esta categoría y la del sector público empresarial no hay tanto una cesura

⁸⁶ Art. 61 LOFAGE.

⁸⁷ Con la excepción relativa, por razones obvias, de las de carácter consorcial, pues la asignación a éstas de actividades presupone que las mismas están ya en la disposición legal de las Administraciones que se consorcian.

⁸⁸ Esta segunda categoría no figura en la LOFAGE y deriva exclusivamente de la LGP, explicándose solo por la indisciplina organizativa (huida del esquema general) que, según nos consta, reina tradicionalmente en la materia. En cualquier caso, la Ley 40/2015 –al otorgar nueva redacción al artículo 3 LGPO en su disposición final 8.ª– mantiene esta categoría, incluyendo en ella los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica.

En el nuevo régimen jurídico del sector público estatal que establece la última Ley citada tal categoría, sin embargo, no aparece (art. 84).

⁸⁹ El artículo 6.5 LRJPAC admite aún, en el caso de la creación mediante convenio de colaboración de una organización común y como alternativa al consorcio, la forma de sociedad mercantil. Esta alternativa debe entenderse que desaparece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre (son perjuicio de que los consorcios puedan crear o participar en sociedades mercantiles estatales).

radical, cuanto una diferenciación en el tipo de prestaciones y servicios desarrollados por las entidades de una y otra (téngase en cuenta la heterogeneidad propia del servicio público).

Por último, los fondos carentes de personalidad jurídica –figura poco estudiada entre nosotros– no son tanto centros de desarrollo de actividades encuadrables en el sector público empresarial, cuanto en todo caso de apoyo financiero a tales actividades y, por tanto, a dicho sector público (al tratarse de masas patrimoniales afectas a fines específicos en virtud de su Ley de creación).