

EL DERECHO PÚBLICO ANTE LA PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: ¿REPLIEGUE O TRANSFORMACIÓN?

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE *

I

A estas alturas resulta tópico —pero inevitable— comenzar cualquier reflexión sobre el fenómeno de la *privatización* (ya sea aquélla política, sociológica o jurídica) con un diagnóstico de la realidad que no cabe desconocer como punto de partida inexorable: la totalidad de los países europeos se hallan inmersos en procesos privatizadores a gran escala que no sólo afectan al sector público empresarial, sino también, aunque ciertamente en distinta medida, a estratégicos servicios públicos —o, en terminología comunitaria, «de interés general»— de relevancia, en ocasiones, no sólo económica (generación, distribución y suministro energéticos, servicios postales y de telecomunicaciones, control de la navegación aérea, gestión de aeropuertos, gestión de la red y prestación de servicios de ferrocarriles, gestión de la sanidad, etc.). Es éste el contexto político y socioeconómico en cuyo marco las sociedades europeas asisten a una auténtica ofensiva indiscriminada que, con mayor o menor énfasis, tiende a cuestionar la misma bondad de *lo público*. Se vive en ellas, en efecto, lo que ya es común que se califique de *euforia privatista* o *ardor privatizador*, al que apenas consiguen oponer alguna resistencia —ya ni siquiera frontal sino matizada— los defensores de *lo público*, reducidos en buena medida, por lo demás, al ámbito de las organizaciones

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. UNED.

sindicales. Guste o no (y conste que no es ésta una postura cara a quien suscribe), *lo público* parece haber entrado en decadencia; *lo público* parece hoy por hoy un valor que se bate en retirada frente a *lo privado*, un valor en alza en todos los ámbitos de la vida política, económica y social. Es este último, además, un valor que, a su vez, se asocia a otros valores *positivos* de la sociedad tecnológica de comienzos de siglo (eficacia, eficiencia, austeridad, competencia, etc.), mientras que *lo público* ha devenido paulatinamente en un *dis*-valor, una rémora, asociados de modo creciente a la negación, precisamente, de dichos valores (ineficacia, ineficiencia, despilfarro, etc.). Por otro lado, el derrumbamiento sin paliativos de los sistemas comunistas del este de Europa, por un lado, y la liberalización y desregulación de los sectores intervenidos de actividad económica en el marco de la construcción de un mercado interior europeo y de una economía mundial fuertemente globalizada, por otro, han reforzado aún más este proceso. De ahí que la *privatización* aparezca cada vez más en el debate político y social como *la* solución (mágica, me atrevería a decir) a todos los (supuestos) *males* de *lo público*, a saber, entre otros: la ineficiencia y el carácter deficitario de las actividades prestacionales de naturaleza o titularidad públicas; el coste, en ocasiones excesivo, así como el estancamiento en calidad y avances tecnológicos de los servicios disponibles (consecuencia en amplia medida, se afirma, de su prestación en régimen de monopolio), el creciente endeudamiento del sector público, etc.

A esta tendencia de progresivo acoso y descrédito de *lo público* tampoco escapa, como resulta fácil de suponer, la rama *pública* del Derecho, esto es, el *Derecho público*; y, más concretamente, el *Derecho administrativo*. Hoy en día es un auténtico lugar común tachar al régimen jurídico-administrativo (sobre todo cuando éste es utilizado para regular o disciplinar la prestación de servicios de contenido económico, aunque sean de interés general) de rígido, reglamentista, encorsetador hasta la asfixia y, para mayor escarnio, de caro; en una palabra, de ineficiente. La verdad es que no es de extrañar que así sea. Los propios gestores públicos y el legislador se encargan a diario de avalar y respaldar este tipo de (¿pre-?)juicios. Aquéllos reconociendo, ya hace tiempo sin disimulo, su preferencia por las —aparentemente, más eficientes— formas de organización y gestión jurídico-privadas (por cierto, no ya sólo societarias o mercantiles, sino también, como veremos, otras más novedosas, como la consistente en gestionar servicios públicos —por ejemplo, el sanitario— a

través de Fundaciones); y éste —el legislador— creando las bases normativas que hagan posible la incorporación de tales formas jurídicas al ámbito de la gestión pública.

II

Los embates a los que ha de hacer frente el Derecho administrativo no son, sin embargo, nuevos ni sólo imputables al proceso privatizador de los tiempos más recientes. Por el contrario, vienen de lejos. Como se recordará, todo empezó hace ya bastantes décadas con una creciente *huida del Derecho administrativo general* operada a través de la llamada «descentralización funcional»; es decir, la creación de entidades públicas de carácter instrumental dotadas de personalidad jurídica propia y de autonomía funcional respecto de sus respectivas Administraciones territoriales matrices. Estas entidades públicas instrumentales, cuyo prototipo eran —y son— los Organismos Autónomos, se rigen, sí, por normas de Derecho administrativo, pero a menudo no por el Derecho administrativo general aplicable a la Administración ordinaria (las Administraciones territoriales), sino por uno particular, tendencialmente más flexible.

A los primeros tímidos pasos en que consistió la huida del Derecho administrativo general a través de la descentralización funcional siguió al poco tiempo —en expresión tomada de la doctrina alemana— la huida, pura y simple, al Derecho privado (*Flucht ins Privatrecht*); una huida que, en realidad, no es sino una huida de todo Derecho. En esta segunda etapa (que, si bien se halla en buena medida superada por el actual proceso privatizador *stricto sensu*, permanece plenamente vigente al día de hoy) se produce lo que —también en Alemania— se ha dado en llamar la privatización *formal* (*formelle Privatisierung*) de las actividades prestacionales de naturaleza pública; es decir, una privatización *impropia* que no afecta ni a la titularidad ni al carácter materialmente públicos de aquéllos, sino sólo a sus formas de organización y/o de gestión, que —con el objeto, precisamente, de eludir la aplicación de la *asfixiante* legislación administrativa en materia de procedimiento, contratación, selección y gestión de personal, régimen patrimonial, presupuestario y económico-financiero, etc.— son reemplazadas por formas de personificación —y, por ende, de actuación— jurídico-privadas. Nacieron así —y profusamente— no ya sólo Entidades de Derecho público

que someten su actividad externa bien al ordenamiento jurídico privado, bien a un estatuto específico fijado en su norma de creación (que supone normalmente también la remisión al Derecho privado), sino igualmente sociedades mercantiles de titularidad pública, que, como es obvio, se rigen íntegramente por el Derecho privado. Últimamente, a los servicios públicos o de interés general gestionados por entes con personificación privada que adoptan una forma societaria se suman aquellos que —al hilo del último de los descubrimientos en materia de formas privadas de personificación instrumental— pasan o pueden pasar a gestionarse por Fundaciones. La reciente legislación sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD abre esta posibilidad en el ámbito de la sanidad pública. Otros dos ejemplos significativos son los de la Universidad a distancia catalana (la *Universitat Oberta de Catalunya*, UOC) o el del antiguo Organismo Autónomo comercial *Escuela de Organización Industrial* (EOI), transformado por la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) en Fundación privada (art. 154).

Finalmente, la tercera (y más reciente) de las etapas en que se desarrolla este proceso de *despuplicación* es la de la llamada privatización *material*, esto es, aquella que —impulsada, en buena medida, por las políticas liberalizadoras de la Comunidad Europea (fundadas, a su vez, en la consideración del mercado como el más eficiente de los mecanismos asignadores de bienes y recursos), pero también (por qué no reconocerlo) por las necesidades de saneamiento de las finanzas públicas que impone el llamado *Pacto de Estabilidad*— sí supone un cambio de titularidad y de responsabilidad como consecuencia de la transferencia de una actividad o servicio al sector privado. Como ya se apuntó anteriormente, la privatización *material* no se extiende sólo al sector público empresarial, sino también a algunos —a veces emblemáticos— servicios públicos o de interés general (por ejemplo, la generación, distribución y suministro energéticos, la prestación de servicios postales y de telecomunicaciones, el control de la navegación aérea, la gestión de los aeropuertos, la gestión de la red y la prestación de servicios de ferrocarriles, la gestión de la sanidad, etc.).

Sin embargo, y aunque parezca paradójico, la privatización *material* y la, por lo general, simultánea o posterior liberalización del

régimen de prestación de estos servicios no está suponiendo tanto una vuelta de tuerca en el proceso de paulatino repliegue del Derecho público cuanto su transformación: de un Derecho público *de gestión y prestación de servicios* (en régimen de monopolio, la mayoría de las veces poco eficiente) en un Derecho público *regulador y supervisor* de actividades prestacionales privadas que se realizan en régimen de libre competencia (pero que, por tratarse de servicios de interés general, permanecen sujetas a *obligaciones de servicio público*, como, por ejemplo en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, la garantía del *servicio universal*, esto es, de la posibilidad de acceso de todos los ciudadanos a las prestaciones esenciales del servicio a precios asequibles). No es la desregulación, pues, ni una *conditio sine qua non* ni un efecto necesario de todo proceso privatizador o liberalizador de sectores intervenidos. Más bien ocurre todo lo contrario. Pero sí es cierto —y conviene reparar críticamente en ello— que la aludida transformación de las formas de intervención administrativa acostumbra a llevar aparejadas importantes innovaciones en el ámbito de la organización administrativa (por cierto, no exentas de reparos constitucionales desde el punto de vista del principio que postula la dirección de la Administración del Estado por el Gobierno de la Nación —art. 97 CE—, así como de los principios más generales de legitimación y control democráticos de dicha organización), pues es frecuente que la aplicación —y, en ocasiones, hasta la propia creación— de este nuevo Derecho público *regulador* de los servicios liberalizados se encomiende no a la Administración ordinaria, sino a Entes públicos *independientes* cuyos órganos de dirección carecen, en lo esencial, de dicha legitimación y posibilidad de control democrático (tales como la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

En efecto, el mercado —o, lo que es lo mismo, la competencia, pues es ésta un *præius* necesario de aquél— no es a menudo una realidad espontánea, sino una condición que los poderes públicos, a través de lo que se ha dado en llamar *regulación*, están llamados no ya sólo a garantizar (función *a posteriori* que cumple el *Derecho de la competencia*) sino incluso a propiciar, a veces *ex novo*. Es esta función *a priori* la que corresponde, en particular, a las nuevas regulaciones de los sectores de actividad económica de interés general que, precisamente por su contenido prestacional y tendencia estructural al monopolio natural, se hallaban antes monopolizados y que ahora son liberalizados (telecomunicaciones, energía,

ferrocarriles, transporte aéreo, etc.). Sin embargo, dicha *regulación* no emana frecuentemente, ni siquiera en sus aspectos esenciales o nucleares, del legislador (*democrático*, según se lo suele adjetivar de manera un tanto redundante), sino, a partir de habilitaciones abiertas (de contornos, pues, muy genéricos y, por ello, difusos), de los correspondientes organismos reguladores independientes, los cuales de este modo acaban operando, además de (o más que) como *Administraciones* independientes, como verdaderos *legisladores independientes* (agrupando en su seno, al modo de las Agencias norteamericanas, las funciones tanto ejecutiva como normativa —amén de la *cuasijurisdiccional*, dada la función arbitral que normalmente también se les atribuye—). La deslegalización de la *regulación* —en favor, por añadidura, de organismos cuya legitimación y posibilidades de control democráticos son, en todo caso, escasas— es, así pues, muchas veces manifiesta. ¿Se satisface de esta forma la reserva de ley que se deriva del artículo 53.1 en relación al artículo 38 de la Constitución? En mi opinión, no. Y es que no nos encontramos en estos casos ante una mera —y, por ello, lícita— *colaboración reglamentaria* en ámbitos cuya regulación se reserva a la ley (muy a menudo necesaria, dadas las limitaciones funcionales intrínsecas del Parlamento), sino ante la sustitución lisa y llana de un legislador que abdica incluso del contenido nuclear de su función reguladora.

III

Llegados a este punto, es hora ya de examinar las respuestas que se han dado desde el Derecho público al proceso de privatización (*formal*, principalmente) de buena parte de los servicios públicos.

En los últimos años el legislador español ha comenzado a poner algunos obstáculos —aunque, como veremos, insuficientes y, muchas veces, poco eficaces— a la huida indiscriminada e injustificada de los controles y garantías de Derecho público que ha supuesto (¡y continúa suponiendo!) el fenómeno de la privatización *formal* de las actividades prestacionales de carácter público. Un primer paso lo dio la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al disponer que los Entes públicos instrumentales tienen en todo caso la consideración de Administración Pública y que, con independencia de lo que establezcan sus normas de crea-

ción, han de sujetar su actividad a dicha Ley al menos cuando ejercen potestades administrativas (art. 2.2). El siguiente paso lo dio la nueva Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que —siguiendo en este punto las pautas marcadas por las directivas comunitarias en materia de contratación pública— incluyó con carácter general en su ámbito de aplicación subjetiva a los Entes públicos instrumentales (incluidos aquellos que, en principio, someten su actividad externa al Derecho privado) cuando hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, o se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras Entidades públicas, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos mayoritariamente por miembros nombrados por las Administraciones Públicas u otras Entidades públicas (art. 1.3).

Finalmente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) afronta en su Título III la tan ansiada reordenación de la Administración Institucional del Estado, llamada a poner orden en la desconcertante tipología y en el —casi siempre disperso y opaco— régimen jurídico de esa compleja maraña de entes instrumentales de diversa naturaleza (tanto pública como privada) previstos en los artículos 4 y 6 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988.

Recuérdese que los Organismos Autónomos se clasificaban en dos tipos: por un lado, los de carácter administrativo, y, por otro, los de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. Esta distinción no conllevaba, en lo esencial, diferencias sustantivas de régimen, sino únicamente en el orden presupuestario. Luego estaban los entes instrumentales previstos en el art. 6 del citado Texto Refundido: de una parte, las llamadas *Sociedades estatales* (art. 6.1), tipo de ente instrumental que no sólo incluía, como parecía sugerir la denominación (impropiamente) utilizada por el legislador, a las sociedades mercantiles estatales (esto es, a personificaciones instrumentales jurídico-privadas), sino también a determinados entes públicos, concretamente aquellos que por Ley han de ajustar su actividad al Derecho privado [art. 6.1.b)]; de otra parte, «el resto de los entes del Sector público estatal» (art. 6.5), una categoría residual de entes públicos instrumentales cuya única característica

(¡formal!) en común consiste en que se rigen «por su normativa específica». Normativa ésta que, como es sabido, recoge también, por lo general, formas de actuación jurídico-privada.

Pues bien, dejando de lado la inicial limitación del ámbito de aplicación del Título III de la LOFAGE, que no se extiende al —si cabe, aún más complejo— mundo de las personificaciones instrumentales de las que también se dotan —y profusamente— las demás Administraciones territoriales (¿no deberían poder reconducirse la tipología y los elementos esenciales del régimen jurídico de los entes instrumentales de *todas* las Administraciones Públicas a una regulación básica común, aprobada por el Estado en virtud del art. 149.1.18.0 CE?), es de notar que, no obstante la proximidad de su entrada en vigor, la LOFAGE ya ha sido desbordada por la reciente evolución de los mudables fenómenos a los que nos tiene acostumbrados el mundo de la Administración Instrumental. Apuntaré tan sólo dos casos particularmente polémicos: por un lado, la vigorosa irrupción de las fundaciones creadas por entes públicos, el —por ahora— último de los descubrimientos en materia de personificaciones instrumentales jurídico-privadas (y, según parece, también el más *atractivo*, sin duda por sus inmensas potencialidades evasivas del Derecho administrativo, superiores incluso a las de las sociedades mercantiles en mano pública); y, por otro lado, la insólita quiebra de la relación de instrumentalidad (entre la Administración matriz y el ente instrumental) que conlleva la atribución de la potestad de designar a los titulares de los órganos de dirección de este último a una Administración distinta de aquélla (como es sabido, es éste el caso de las Autoridades Portuarias tras la última reforma de la Ley de Puertos del Estado —Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre—). A partir de ahora, ¿quién responde políticamente por la gestión de estas Autoridades? ¿El Gobierno de la Nación, a quien compete la dirección de su Administración (formalmente) matriz? ¿O los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas en tanto que titulares de la potestad de designar a los titulares de sus órganos de dirección?

En fin, está visto que la inventiva del legislador y de la propia Administración en el terreno del Derecho de organización no tiene límites; y, como habrá ocasión de comprobar, no sólo cuando se la ejercita con la finalidad conocida —y quizás por ello cada vez menos disimulada— de diseñar nuevas fórmulas organizativas que permi-

tan ahondar en la huida del Derecho administrativo, sino también cuando, como en el caso —recién mencionado— de las Autoridades Portuarias, lo que se pretende es camuflar una delegación de competencias del artículo 150.2 CE, nada menos que mediante el audaz hallazgo de un nuevo *tertium genus* (intermedio entre la descentralización funcional y la descentralización territorial) que podríamos denominar «descentralización mixta funcional-territorial».

Pero vayamos por partes y recordemos brevemente, antes de señalar —para concluir— algunas de las insuficiencias *internas* de las que, a mi juicio, también adolece la reordenación de la Administración Institucional del Estado llevada a cabo por la LOFAGE, cuáles son las líneas maestras a las que responde la nueva regulación.

La reordenación de la Administración Institucional del Estado acometida en la LOFAGE parte de la derogación expresa de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y de los ya citados artículos 4 y 6, apartados 1.b) y 5, del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 [Disposición derogatoria única, apartados c) y f)]. Es decir, la LOFAGE deroga todos aquellos preceptos legales que con anterioridad a su entrada en vigor regulaban las personificaciones instrumentales *jurídico-públicas* del Estado (Organismos autónomos, Entidades de Derecho público que por Ley han de ajustar su actividad al Derecho privado y Entes del art. 6.5 LGP). Por el contrario, no ha sido derogado y continúa por ello en vigor —no obstante lo dispuesto con carácter complementario en la disposición adicional 12.^a de la LOFAGE (cuyo contenido comentaré más adelante)— el artículo 6, apartados 1.a), 2, 3 y 4, del Texto Refundido de la LGP, relativo, como es sabido, al tipo de personificación instrumental *jurídico-privada* por excelencia, a saber: las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público.

La reordenación afecta, pues, en lo esencial, a las personificaciones instrumentales *jurídico-públicas*, que la LOFAGE denomina genéricamente «Organismos públicos» (art. 41). En efecto, es éste el supraconcepto (*Oberbegriff*) que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, «agrupa todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado».

Si éste es el *género*, veamos ahora cuáles son sus *especies*. No olvidemos que es precisamente en este punto donde la LOFAGE

estaba llamada a simplificar drásticamente la confusa tipología de entes públicos instrumentales anteriormente vigente, que, según acabo de recordar, incluía nada menos que tres especies o tipos principales (Organismos autónomos, Entidades de Derecho público que por Ley han de ajustar su actividad al Derecho privado y entes del art. 6.5 LGP, este último de carácter meramente residual) y dos subespecies o subtipos (Organismos autónomos de carácter administrativo y Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo).

Pues bien, la LOFAGE reduce la tipología de Organismos públicos estatales a tan sólo dos especies básicas (art. 43.1): Organismos autónomos (arts. 45 y ss.) y Entidades públicas empresariales (arts. 53 y ss.). Los primeros se conciben tal como se los ha entendido tradicionalmente: entes públicos con régimen jurídico igualmente público (art. 45.1) a los que les es de aplicación la propia LOFAGE, la LRJ-PAC, la legislación patrimonial (art. 48), de contratos (art. 49) y de funcionarios (art. 47), así como, en sus aspectos financieros, la Ley General Presupuestaria (art. 50). Como señala la Exposición de Motivos de la LOFAGE, los Organismos Autónomos «realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público». En tanto que las Entidades públicas empresariales «realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidas en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento».

Ahora bien, no obstante la finalidad perseguida por la LOFAGE de proceder a una reordenación integral de *toda* la Administración Institucional del Estado, es de notar que, aún después de su entrada en vigor, continuará existiendo un número considerable de entes públicos estatales a los que no se aplicará —o bien sólo parcial y/o supletariamente— la LOFAGE. Pero no ya, como es obvio, porque la LOFAGE no pueda impedir que leyes posteriores creen en el futuro entes instrumentales distintos de los en ella previstos, sino porque ella misma excluye de antemano de su plena aplicación a determinados entes (Disposiciones adicionales 6.^a a 10.^a). Serían estos últimos los entes que, a diferencia de los primeros (que cabría calificar de entes «apátridas» *a posteriori*), podríamos denominar entes «apátridas» *a priori*.

Nadie duda de que en algunos casos esta previsión resulta obligada en atención a la acentuada singularidad institucional del ente en cuestión, sobre todo cuando ésta tiene su fundamento en la propia Constitución o en el Derecho comunitario. Éste es el caso del Consejo de Estado (no olvidemos que el art. 107 CE establece que será una ley orgánica específica la que regulará su composición y funcionamiento: Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril), así como del Banco de España (cuya independencia exige, como es sabido, el artículo 107 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea); ambos organismos se rigen, así pues, *sólo* por su legislación específica (Disposición adicional 7.^a y 8.^a, respectivamente). También es plausible y razonable la singularidad reconocida —atendiendo nuevamente, al parecer, a consideraciones de índole constitucional— al Consejo Económico y Social (art. 131.2 *in fine* CE), a las Universidades (art. 27.10 CE) y al Consorcio de la Zona Especial Canaria (Disposición adicional 3.^a CE). Estos entes se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE (Disposición adicional 9.^a y 10.^a, apartados 1.1 y 3.1).

Por el contrario, resultan menos claros otros supuestos en que se dispone la aplicación sólo parcial y/o supletoria de la LOFAGE al ente en cuestión. En este grupo de entes cabe incluir señaladamente, a mi juicio, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Disposición adicional 9.^a) y a los demás entes del antiguo artículo 6.5 LGP que expresamente mencionan las Disposiciones adicionales 9.^a y 10.^a de la LOFAGE (Instituto Cervantes, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo de Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de la Energía y Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones). Es verdad que algunos de estos entes tienen la consideración de Administraciones «independientes», es decir, en palabras de la propia Ley, de *Organismos públicos a los que se reconoce expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado* (Disposición adicional 10.^a, apartado 2.1). Ahora bien, me pregunto si para garantizar el estatuto de independencia funcional de dichos entes —y de los que en el futuro pudiera crear con este carácter el legislador— no hubiera bastado con excluirles *tan sólo* de la aplicación de aquellas prescripciones del Título III de la LOFAGE relativas al nombramiento y cese de los titulares de los órganos de dirección de los Organismos públicos [arts.

46 y 55.2.a)] y al control de eficacia ejercido sobre éstos por la Administración General del Estado (arts. 51 y 59).

Una última cuestión de la máxima relevancia es la relativa a cuáles sean las funciones legal y constitucionalmente atribuibles a las sociedades mercantiles en mano pública. Desde luego, no es éste el momento ni el lugar idóneo para terciar en la polémica acerca de si nuestra Constitución reserva o no el ejercicio de funciones públicas a formas de organización y gestión jurídico-públicas. Yo, por mi parte, comparto el punto de vista de quienes piensan que sí, pero, en todo caso, soy de la opinión de que si tal conclusión no fuera posible derivarla directamente de la Constitución, debiera postularse enérgicamente (aunque, eso sí, en el terreno ya de la *política legislativa*) que fuera el legislador quien se encargara de establecerla expresamente. Partiendo de esta premisa —que, insisto, prescindo aquí de justificar de modo pormenorizado, pues son sobradamente conocidos (y convincentes, a mi juicio) los argumentos esgrimidos en su defensa—, veamos ahora qué aporta a este respecto —si es que aporta algo— la LOFAGE.

La respuesta, como es sabido, hay que buscarla en su Disposición adicional 12.^a Según ella, las sociedades mercantiles estatales «en ningún caso podrán disponer de facultades *que impliquen el ejercicio de autoridad pública*». Esta aclaración ha sido, por lo general, muy celebrada por la doctrina. A mi modo de ver, sin embargo, tal acotación no aporta nada sustancial, dado que, en realidad, no hace sino recordarnos una obviedad, a saber: que, por regla general, no es posible atribuir a personificaciones instrumentales jurídico-privadas el ejercicio de verdaderas potestades públicas, en la medida en que éstas sólo se pueden ejercer, *por definición*, en régimen de Derecho público; esto es, con sujeción a un régimen jurídico que *no se halla al alcance* de una personificación instrumental jurídico-privada. En efecto, lo importante no es *recordarnos* que estas últimas no pueden ejercer potestades administrativas (esta afirmación es, vuelvo a decirlo, una obviedad), sino *determinar* si es posible elegir entre personificaciones instrumentales jurídico-públicas y jurídico-privadas cuando se trata del desempeño de funciones públicas —prestacionales o económicas, sí, pero *públicas* al fin y al cabo— cuya realización no requiere el ejercicio de autoridad, es decir, el ejercicio de genuinas potestades públicas. Pues bien, esta cuestión, que —insisto— es la (única) que se plantea verdaderamente, no la resuelve, como

acabo de apuntar, la Disposición adicional 12.^a de la LOFAGE. Por una sencilla razón. Porque la única forma —clara y nítida— de hacerlo pasa (no por recordarnos que las sociedades mercantiles estatales no podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sino) por que sea el legislador quien (ya que no lo ha hecho el constituyente) diga expresamente, de una vez por todas y con alcance normativo *básico* (art. 149.1.18.0 CE), que las Administraciones Públicas *sólo* podrán constituir sociedades mercantiles para ejercer la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), esto es, para competir en el mercado como un empresario más. Máxime teniendo en cuenta que la legislación ya ha puesto a su disposición (al menos, a disposición de la Administración General del Estado) un tipo de personificación instrumental *jurídico-pública* que permite ejercer determinadas funciones públicas (las de contenido económico) en régimen de Derecho privado: la Entidad pública empresarial.