TÍTULO

EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

AUTOR

Benjamín Moreno Montes de Oca

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2025

Tutora	Dra. Elsa Marina Álvarez González
Institución	Universidad Internacional de Andalucía
Curso	*Diploma de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública (2023-24)*
©	Benjamín Moreno Montes de Oca
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2024

Para más información:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en

EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

BENJAMÍN MORENO MONTES DE OCA

RESUMEN: En este trabajo abordamos el concepto de potestades administrativas dándole un enfoque actualizado conforme a los principios generales del Derechos y su ejercicio por parte del sector público empresarial. En este sentido, la primera cuestión que tratamos son las razones jurídicas que fundamentan la atribución de potestades administrativas a la Administración públicas y los requisitos para su ejercicio. Particular atención prestamos al interés general como fundamento legitimador del ejercicio de las potestades y a la objetividad e imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones como requisito para su atribución.

La segunda cuestión que abordamos es el ejercicio de potestades administrativas por el sector público empresarial como excepción a la regla general que determina la obligatoriedad de que sean ejercidas por administraciones públicas. En esta línea, el ordenamiento jurídico permite con mayor o menor intensidad la posibilidad de ejercer potestades administrativas en función de que la naturaleza jurídica del ente sea pública o privada. Para el sector público empresarial se prevén como límite absoluto las potestades que sean expresión de autoridad pública. Es más, las recientes innovaciones jurídicas han impuesto un mayor sometimiento de estas entidades al Derecho administrativo tras las críticas que habían recibido por la llamada huida del «Derecho administrativo».

La tercera y última cuestión que trataremos es el supuesto de ejercicio de potestades administrativas por parte de entidades del sector público empresarial que reciben la consideración de medios propios y que por consiguientes actúan bajo la dependencia jerárquica de la Administración que asume su tutela. Tendremos ocasión de verificar como en estos supuestos el vínculo entre la administración y la empresa es tan estrecho que bien podría exigirse que se le aplique a la totalidad de sus potestades el Derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE: sector público empresarial, potestades administrativas, encargo a medio propio, interés general, principios generales del Derecho.

Declaración firmada por el estudiante exponiendo que se trata de un trabajo original y que se han citado debidamente las fuentes utilizadas

Benjamín Moreno Montes de Oca, estudiante del Diploma de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública y autor del presente TFE,

DECLARA:

- Que este trabajo ha sido realizado por mí en su totalidad, no habiendo incurrido en ningún tipo de irregularidad académica en su realización, tales como plagio o fraude académico.

- Que he citado toda la bibliografía, jurisprudencia y legislación en la que me he inspirado para su redacción y para extraer las conclusiones que en el apartado final figuran.

Fdo.

En San José del Valle, a 30 de marzo de 2024

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

ÍNDICE

Pág.

I. INTRODUCCIÓN……..5
II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA……7
III. EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ……...8
1. El fundamento constitucional de las potestades públicas y su juridificación…….8
2. La atribución de la titularidad de la potestad por ley como regla general y el interés general como fundamento legitimador……11
3. La Administración pública como titular de las potestades administrativas…….14
IV. LA ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE POTESTADES AL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL…….17
1. El retorno al Derecho administrativo: la aplicación de la LPACAP……20
2. Las cuestiones de autoridad pública…….22
V. EL CASO DE LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS: LA «DOCTRINA IN HOUSE PROVIDING»……...29
VI. CONCLUSIONES…….33
ANEXO BIBLIOGRÁFICO……35
ANEXO JURISPRUDENCIAL……..37

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE	Constitución española de 1978.
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJAPyPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de fin de especialidad es la asignatura final de los estudios Diploma de Especialización en Derecho administrativo y Administración pública impartido por la Universidad Internacional de Andalucía que cuenta con una caga académica de 3 ECTS. El tema elegido es El ejercicio de potestades administrativas por entidades públicas empresariales y su elección obedece simplemente a interés personal e intelectual por analizar el fundamento democrático y constitucional de atribución de potestades al poder ejecutivo y los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico para su ejercicio. Dado que es un tema clásico que ha sido tratado ampliamente por la doctrina al final es un trabajo eminentemente descriptivo, lo que no obsta para realizar algunas aportaciones novedosas a las ciencias jurídicas. Así, las principales novedades que a nuestro juicio aportamos son las innovaciones legislativas que han supuesto la LRJSP y la LCSP que han venido a poner coto a la libertad con que gozaban las entidades del sector público empresarial para operar completamente sujetas al Derecho privado. Quedando sujetas de manera expresa al Derecho administrativo al menos en lo tocante al ejercicio de potestades administrativas. Además, se deslinda de la encomienda de gestión la atribución de potestades administrativas a entidades del sector público empresarial que tengan la condición de medio propio de la Administración lo que supone un refuerzo del sometimiento jerárquico de aquéllos a ésta.

Para abordar el objeto de nuestro estudio, hemos divido el trabajo en tres aparatados principales, a saber: el apartado III sobre el ejercicio de potestades administrativas por las administraciones públicas, el apartado II sobre la atribución de potestades al sector público empresarial y el apartado IV en torno al caso de los medios propios personificados: las doctrina «in house providing».

En el apartado III tratamos el fundamento constitucional de las potestades administrativas como han venido siendo tradicionalmente entendidas por la doctrina científica a lo largo del siglo XX, es decir, como un poder que se atribuye al Gobierno y la Administración para que satisfagan el interés general. En esta línea, el concepto de potestad administrativa nace y crece íntimamente vinculado a la satisfacción de interés general de la sociedad y aunque en determinados supuestos deban ejercerse en detrimento de los bienes y derechos de algunas personas o colectivos siempre deben redundar en beneficio de todos.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

Como analizamos, para alcanzar este objetivo, se exigen dos requisitos fundamentales, que las potestades se creen y atribuyan por ley y que su ejercicio corresponda a la Administración, esto es, a funcionarios. Sólo el legislador, en su calidad de representante de los ciudadanos, está en condiciones de terminar que concretas potestades redundan en beneficio de la sociedad y sólo los funcionarios, de conformidad con lo previsto en la CE y en el EBEP, pueden asegurar que las decisiones se toman conforme a los principios de imparcialidad y neutralidad.

En el apartado IV tratamos la polémica que existe en torno a la posibilidad de atribuir el ejercicio de potestades administrativas al sector público empresarial, las razones que existen para que esto ocurra y los remedios jurídicos que prevé el ordenamiento para evitar que esas potestades sean ejercidas al margen de su fundamento: el interés general. La principal novedad que incorporan la LCSP y la LRJSP es una mención expresa a este tipo de empresas que quedan sujetas al Derecho administrativo cuando las administraciones públicas les atribuyan el ejercicio de potestades. Así, la doctrina observa con satisfacción que las mejoras introducidas por estas leyes comportan una mayor garantía para la satisfacción del interés general porque se evita la llamada huida del Derecho administrativa. De hecho, se destaca que con estas reformas lo que se consigue en devolver el ejercicio de potestades administrativas al redil del Derecho administrativo *ex lege*, esto es, se elimina ese margen de incertidumbre que permitía a estas entidades aprovechar las debilidades del ordenamiento jurídico para operar conforme al Derecho privado, mucho más laxo en lo relativo a las garantías de los derechos de los ciudadanos.

En este apartado debemos puntualizar que nos hubiese gustado profundizar aún más en la diferenciación que realiza la LRJSP entre entidad pública empresarial y sociedad mercantil, pero por motivos de tiempo no ha sido posible. Aunque en su momento habrá ocasión de retomar esa diferenciación, todo parece apuntar que las entidades públicas empresariales operan con un régimen de vinculación y dependencia respecto a la administración superior al de las sociedades mercantiles. A los efectos de nuestro estudio hemos optado por referimos a ellas de manera prácticamente indiferenciada aún cuando somos conscientes de que ello no es así para el ordenamiento jurídico. Así, en línea de garantía para los derechos y bienes jurídicos de los ciudadanos la LRJSP prohíbe a las sociedades mercantiles de titularidad pública ejercer potestades que sean expresión de autoridad pública. Lo que a nuestro juicio puede considerarse aplicable a todo el sector público empresarial.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

En el apartado V analizaremos el particular régimen que prevé el ordenamiento jurídico para aquellas entidades del sector público empresarial a las que confiera la naturaleza de medio propio de las administraciones públicas porque con éstas las leyes son más flexible en lo relativo a asignarle el ejercicio de potestades administrativas ya que operan con un régimen total de dependencia a la administración, llegando a considerarse a efectos de ejercicio de potestades que éstas son ejercidas por la propia administración.

II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Como objetivo principal perseguimos estudiar los requisitos que debe reunir el ejercicio del poder por parte de la Administración pública para que resulte legítimo para sus titulares. Así, aspiramos a comprobar cómo se distribuyen las potestades dentro del poder ejecutivo, es decir, entre en Gobierno y la Administración. Cuál es el fundamento democrático que habilita su creación y atribución y qué requisitos deben reunir los empleados públicos que las lleven a la práctica.

Como objetivos secundarios, aspiramos a analizar qué régimen prevé el ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades administrativas por el sector público empresarial y a analizar las singularidades que a ese respecto comporta la consideración de algunas de estas entidades como medio propio instrumental de las administraciones.

La metodología a seguir es la propia de las ciencias jurídicas, es decir, el estudio y análisis de la abundante doctrina académica que hemos encontrado, de la jurisprudencia y de los textos legales de relevancia. Principalmente nos apoyamos en el libro las *Potestades Administrativas* del profesor CUÉTARA MARTÍN que a nuestro juicio es una obra clásica del Derecho español respecto a la teoría general de las potestades públicas y en la obra colectiva *Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* dirigido por el profesor GAMERO CASADO y que data de 2021. Este último nos aporta una visión actual del ejercicio del poder por parte de la Administración.

Con respecto a la doctrina jurisprudencial hemos acudido a la del Tribunal Supremo español. Por motivos de tiempo no hemos podido acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que respecto a la utilización de medios propios por las administraciones ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente. En cuanto a la legislación estudiada, principalmente han sido la CE, la LRJSP, LPACAP y la LCSP.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

III. EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. El fundamento constitucional de las potestades públicas y su juridificación

Si se nos permite ser redundantes, comenzaremos apuntando que todos los poderes públicos ejercen potestades públicas. Esto es así porque las potestades son la concreción jurídica o juridificación del ejercicio del poder político en las democracias constitucionales. En este sentido, el primer paso que se dio fue la división de poderes entendida como la forma de desconcentrar el poder regio y garantizar un sistema de equilibrios donde el ejercicio del poder encontrara ciertos límites en favor de la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que les afectaban.

No obstante, en este primer estadio podemos hablar de potestades públicas embrionarias en la medida en que lo único que preveía el ordenamiento jurídico eran disposiciones de carácter orgánico tendentes a ordenar la distribución de competencias entre los poderes del Estado y como debían desempeñarse éstas[1]. Dicho lo cual, cada uno de los poderes del Estado gozaba de un amplio margen de actuación para desempeñar las competencias atribuidas, en la medida en que no se encontraban ampliamente normadas y, por consiguiente, limitadas por el Derecho[2].

En mayor o menor media esta fue la tendencia en Europa durante las democracias liberales y los inicios del siglo XX[3]. Sin embargo, el panorama cambió radicalmente tras la Segunda Guerra Mundial por dos motivos. En primer lugar, se comprendió lo frágil que puede llegar a ser la división de poderes cuando uno de los poderes estatales logra imponerse a los demás y, en segundo lugar, se entendió que el ejercicio del poder político debe estar limitado por los derechos más básico de los ciudadanos y orientado a la

[1] En concreto nos referimos al Estado liberal, en el que no existía una declaración de derechos vinculante y la igualdad era meramente formal, lo cual daba a los poderes públicos un poder de actuación muy superior del que gozan en la actualidad. Debemos recordar que los derechos fundamentales constitucionalizados suponen un límite al poder del Estado y a ello hay que sumar las implicaciones del Estado social que los fuerza a adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias -y sean posibles- para facilitar a las personas una forma de vida digna.

[2] Al menos en España, el poder regio gozaba en cierta medida de algunas potestades que se superponían a las del resto de los poderes públicos. En cierta medida, en la democracia constitucional el planteamiento no ha cambiado mucho pues el sistema de partidos y las facultades de que goza el Gobierno hace posible que en cierta medida condicione toda la política nacional.

[3] El Estado liberal o liberalismo puso fin a las monarquías absolutas y por consiguiente a la concentración de poderes en una única persona, el monarca. En España la Constitución de 1812 supuso un cambio radical, aunque los avatares de la política nacional comportaron retrocesos y al igual que en gran parte de los países europeos hubo momentos de totalitarismos y fascismos.

satisfacción del interés general[4]. Además, hay que tener en cuenta que se produjo un cambio importante en el modelo de organización territorial de algunos de los países que se vieron implicados en el conflicto, lo que comportó, si cabe, una necesidad aún mayor de adoptar normas jurídicas que garantizasen una distribución y ejercicio de competencias equilibrada entre los diferentes niveles de descentralización político-administrativa. Todo esto llevó la necesidad de innovar el ordenamiento jurídico para adecuarlo a las circunstancias políticas del momento.

En este nuevo escenario, la democracia constitucional -como sistema político- caracterizada por disponer de un texto constitucional que es expresión de la soberanía popular y que recoge una declaración de derechos fundamentales para todas las personas -o ciudadanos, según el derecho concreto- se convierte en el texto normativo que fundamenta todo el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, también la división de poderes y el ejercicio de las potestades que viene atribuida a cada uno de ellos. En esta línea, CUÉTARA MARTÍNEZ identifica tres potestades públicas que se corresponden con cada uno de los tres poderes del Estado, a saber: el titular de la potestad legislativa es el parlamento; él de la potestad jurisdiccional es el poder judicial y; él de la potestad ejecutiva y administrativa el poder ejecutivo[5].

Así, para el caso del ordenamiento jurídico español, el precitado autor destaca que el artículo 53 CE al vincular a todos los poderes públicos a los derechos recogidos en el título I de la CE en realidad lo que está haciendo es juridificar dichos derechos como parte inmanente de las potestades públicas[6]. Así, a efectos pedagógicos, la CE la podemos dividir en parte orgánica y parte dogmática, aquélla se encarga de identificar cuáles son las instituciones que encarnan los poderes del Estado y sus competencias y ésta recoge los derechos y libertades de los ciudadanos. Así, los derechos, además de operar como límite al ejercicio de las potestades pública, se convierten en fundamento de legitimación para su atribución y en canon de control de su ejercicio[7].

[4] De hecho, con la llegada del Estados social, gran parte de las potestades públicas han quedado supeditadas a facilitar a las personas un mínimo existencial que les permita llevar una vida digna. Es el caso de determinadas prestaciones sociales o de las subvenciones que persiguen aumentar el nivel de vida de las personas que reúnen los requisitos para recibir la ayuda que brinda el Estado social.
[5] CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1986): *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, p. 21.
[6] *Ibidem*, pp. 26-28.
[7] Lo derechos fundamentales operaran como un doble vector para la creación de las potestades públicas. Por un lado, suponen un límite al ejercicio del poder en la medida en que ninguna potestad podrá configurar o ejercerse de una manera que resulte atentatoria de los derechos fundamentales. Por otro lado, las propias

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

En este sentido, todas las potestades públicas deben fundamentarse y reconducirse al texto constitucional so pena de devenir en inconstitucionales si esto no es así. De hecho, es la propia CE la que sienta las bases para el ejercicio de cada uno de estos poderes, dedicando los títulos tercero, cuarto y sexto a regular la Cortes Generales, el Gobierno y la Administración y el Poder Judicial respectivamente. Las potestades administrativas que aquí estudiamos vienen atribuidas por la CE al Gobierno y a la Administración en términos excesivamente genéricos. El artículo 97 CE asigna al Gobierno la función de dirigir la Administración civil -lo que entendemos por Administración pública en la actualidad- y le atribuye la potestad reglamentaria que constituye una de las facultades administrativas más importante de las que goza. Por su parte, el artículo 103 CE atribuye a la Administración Pública la función de servir con «objetividad los intereses generales», regida por los «principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación». Quedando esta escueta atribución de potestades condicionada y limitada al posterior desarrollo legislativo que realicen las Cortes Generales.

Este es el eje de coordenadas de toda potestad pública: la juridificación del poder y la satisfacción del interés general. Las bases de dicha juridificación nos vienen dadas por la propia CE -en el caso de España- y deberán buscar la satisfacción del interés general. Las cuales, serán administrativas en la medida en que vengan desempeñadas por el Gobierno, siempre que sean al margen de las funciones parlamentarias que la CE le atribuye, y a la Administración pública que es el titular natural en la medida en que se le encomienda por la propia CE la labor de servir a la sociedad regida por la búsqueda de la satisfacción del interés general.

GAMERO CASADO las define como «[…] un poder abstracto y unilateral susceptible de provocar efectos jurídicos, que se reconoce expresamente por el Ordenamiento jurídico para el cumplimiento de un fin que trasciende del propio de su titular, y cuyo ejercicio es obligado para quien lo ostenta»[8]. Como observamos, el concepto de potestad pública es sinónimo de poder, pero es un poder reconvertido en algo más, es algo jurídico, es Derecho. Además, es Derecho administrativo porque es la disciplina jurídica propia de las Administraciones públicas y de sus relaciones con los ciudadanos.

potestades se convierten en un instrumento en manos de los poderes públicos para promocionar y garantizar el respeto de los derechos de las personas.

[8] GAMERO CASADO, E. (2021): «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 64-65.

2. La atribución de la titularidad de la potestad por ley como regla general y el interés general como fundamento legitimador

Sentada a nivel constitucional la necesidad atribuir la titularidad y ejercicio de potestades, nos planteamos hacer una pequeña reflexión sobre las características de las potestades administrativas que a nuestro juicio se corresponden sustancialmente, como no puede ser de otra manera, con las de la ley. Como venimos apuntando, la propia constitución establece una reserva de ley para la creación y atribución de las potestades, pero dadas las limitaciones establecidas en el Estado de Derecho al ejercicio del poder las propias características de la ley son compartidas por las potestades administrativas.

En primer lugar, dentro del ordenamiento jurídico la ley es la expresión más pura del principio democrático en la medida en que ha sido elaborada y aprobada directamente por los representantes de los ciudadanos[9]. Ello dota a la potestad de la legitimidad democrática suficiente para ser ejercida por el poder ejecutivo pues debemos entender que se aprobó en favor del interés general. Además, este principio debe conectarse con el de legalidad recogido en el artículo 9.3 CE que determina el sometimiento de todos los poderes públicos -incluida la Administración- al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, las leyes son disposiciones normativas de alcance general, es decir, se aplica a todos aquellos sujetos que entren dentro del supuesto de hecho previsto por la ley. En esta línea, Cuétara Martínez recoge como una de las características de las potestades que proyecten sus efectos sobre sujetos terceros con independencia de la voluntad de éstos de quedar sujetos a la misma[10]. Así, una vez que concurre el supuesto de hecho habilitante esta deberá ejercerse por su titular con independencia de que al tercero le resulte ventajosa, desventajoso o indiferente.

En tercer lugar, como determina el artículo 9.1 CE todos los ciudadanos y poderes públicos «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», ello nos lleva al obligado cumplimiento de la ley por todos ellos. De hecho, las potestades son indisponibles por su titular en la medida en que son inalienables, imprescriptible e irrenunciable[11]. Estas características nos llevan al obligado ejercicio de la potestad por su titular siempre que concurra el supuesto de hecho previsto en la ley. Por lo tanto, la

[9] DIEZ PICAZO, L.M. (2013): *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor, pp. 77 y ss.
[10] CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1986): *Las potestades…*, pp. 39 y ss.
[11] *Ibidem*, p. 46.

potestad es irrenunciable para su titular y sólo podrá ceder su ejercicio cuando concurran las circunstancias para la delegación de competencia, la sustitución o la avocación y, además, la potestad deberá extinguirse por ley[12]. Esto nos lleva a que la potestad se aplicará de manera indefinida mientras exista la ley que le dé cobertura.

En cuarto lugar, de conformidad con el artículo 9.3 CE las disposiciones «restrictivas de derechos individuales» serán irretroactivas, con lo cual aquellas potestades que afecten al patrimonio jurídico de las personas no se podrán proyectar hacia el pasado. *Sensu contrario*, a nuestro juicio siempre que la potestad sea favorable para los terceros deberá ser retroactiva ya que justamente ese es su fundamento, la satisfacción del interés general.

En quinto lugar, el principio de igualdad ante la ley -igualdad formal- recogido en el artículo 14 CE y la igualdad material prevista en el artículo 9.2 CE, nos lleva a que la formulación de las potestad debe llevarse a cabo de manera neutral, es decir, de manera abstracta y no para amejorar a sujetos concretos y, en el merco del Estado social, además se permitirá en determinados casos que las potestades públicas se atribuyan para beneficiar a terceros que ese encuentren en una situación de desigualdad respecto a la sociedad en general -discriminación positiva-.

Y como última característica común a la ley, encontramos el control de constitucionalidad de la ley que en definitiva supone un control sobre la propia potestad, sobre todo en lo relativo a la existencia del interés general como fundamento y la atribución de su titularidad. Asimismo, los actos de aplicación práctica de las potestades por los poderes púbicos serán susceptibles de control ante la jurisdicción ordinaria -jurisdicción de lo contencioso-administrativo-. En término interpretativos, la aplicación práctica de los potestades deberá llevarse a cabo respetando el principio *favor libertatis*, es decir, que comporta la obligación de interpretar las normas del ordenamiento jurídico en la forma más favorable para el ejercicio de los derechos de las personas.

Dicho todo esto, debemos ser consciente que la realidad de nuestro Estado social junto con las dinámicas globales ha superado en la actualidad sobradamente las expectativas. Por ello nos encontramos en un contexto en el que es imposible que todas las potestades públicas emanen directamente de la ley y hay supuestos en los que son aprobadas y reguladas directamente por un reglamento, es el supuesto de la llamada «autoatribución

[12] *Ibidem*, pp. 46-47.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

de potestades»[13]. En estos casos, el autor destaca que la legitimidad de regular una potestad por reglamento dependerá de la propia naturaleza de la misma pues mientras mayor incidencia tenga en la esfera personal de los ciudadanos, mayor será la exigencia respecto a la aplicación del principio de legalidad[14].

Toda esta reflexión sobre las características de las potestades nos lleva al elemento fundamentador de la atribución de potestades: el interés general. El interés general en realidad es un concepto jurídico indeterminado porque deberá concretarse en la ley que atribuya la titularidad de la potestad a modo de justificación. Ahora bien, el canon básico para determinar que una potestad tiende a la satisfacción del interés general en el «constitucionalismo moderno del Estado social y democrático» es el perfeccionamiento del individuo dentro de la propia sociedad, es decir, aunque las potestades se atribuyan para satisfacer el interés de individuos concretos el fin último de las mismas será el beneficio de toda la sociedad[15].

Dicho lo cual, a la vez que fundamento se convierte en un límite pues no podrán atribuirse potestades públicas que no vayan en beneficio de la sociedad so pena de devenir en ilegítimas[16]. En esta línea, podemos entender que la vinculación positiva a la ley en el ejercicio de las potestades es una garantía adicional para evitar que por parte de la Administración se lleven a cabo actuaciones que atenten contra la búsqueda de la satisfacción del interés general. Así, supone la vinculación positiva de la Administración a la ley un límite a la libertad de ésta para llevar a cabo actuaciones que no vayan enderezadas a la satisfacción del interés general juridificado por las Cortes Generales[17].

---

[13] *Ibidem*, pp. 73-82.
[14] *Idem.*
[15] GONZÁLEZ GIL, D. (2021): «El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad», en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Las potestades administrativas…*, *op. cit.*, pp. 174-175. Cabe destacar que CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1986): *Las potestades…*, pp. 125-132, critica vehementemente el concepto de interés general porque a su juicio el interés general como «título único equivaldría a la ausencia de título: cuando se puede justificar todo, se acaba sin justificar nada». En este sentido, para el autor lo que ocurre es que unos concretos hechos resultan de interés para el ordenamiento jurídico y sobre ellos se realiza abstracción para atribuir las potestades públicas que resulten relevantes. Con base en este razonamiento, considera que la atribución de potestades debe estar orientada hacia la colectividad; los hechos tipificados en abstracto para concretarse caso por caso; y las cuestiones de mayor relevancia pueden incluso fundamentar la atribución de varias potestades.
[16] GONZÁLEZ GIL, D. (2021): «El interés general…, *op. cit.*, p. 178.
[17] GAMERO CASADO, E.: «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, pp. 98-99, aunque como destaca el propio autor se aprecia cierta relajación en la aplicación del principio de vinculación positiva en la medida en que se acepta «la autoatribución de potestades, las potestades inherentes o implícitas y las cláusulas generales de apoderamiento» o incluso la posibilidad de ejercer las potestades más allá de lo recogido en la ley siempre que sean «actuaciones favorables o ampliatorias de derechos».

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

Éste es el fundamento para la atribución de poderes exorbitantes a la Administración por parte del ordenamiento jurídico, pues de no ser así difícilmente podría llevar a cabo la labor de servicio necesaria para alcanzar tal fin[18]. El interés general concretado en la ley se convierte así en medidor de la legitimidad democrática en la atribución de potestades y en fundamento del ejercicio de un poder que podríamos llamar irresistible en la medida en que la Administración dispone de todos los medios jurídicos y físicos para ejercer sus potestades y hacer cumplir sus resoluciones.

En el caso de que la Administración no respete los principios que deben regir la atribución y ejercicio de potestades estas devendrán en ilegales y, en función del tipo de ilegalidad, se podrán derivar responsabilidad de muy diversa índole e incluso consecuencias para los empleados públicos que incurrieron en ellas. Lo más frecuente es la deviación de poderes que implica «[…] el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» -artículo 70.2 LJCA-, que en vía administrativa implica la anulabilidad del acto -artículo 48.1 LPACAP-.

3. La Administración pública como titular de las potestades administrativas

Como apuntamos más arriba, a diferencia de los órganos constitucionales la Administración pública no recibe un particular tratamiento en el texto de la CE. De hecho, con respecto a la Administración y la función pública la única referencia explícita la encontramos en el artículo 103 CE. De este precepto cabe extraer dos principios capitales para la atribución de la titularidad y ejercicio de las potestades pública: la objetividad de la Administración y la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, pues sólo con su vigencia será posible la satisfacción del interés general.

Para GARCÍA COSTA, entrambos principios constituyen expresión y concreción del principio democrático consagrado en al artículo 1.1 CE, en la medida en que es al Parlamento le corresponder concretar el interés general por medio de ley y al Gobierno dirigirla para alcanzar dicha finalidad[19]. Así, la Administración se sitúa en un plano intermedio entre el interés general concretado por el Parlamento y las personas a las que debe orientar su actuación, a lo que además hay que sumar que opera bajo las directrices

[18] GONZÁLEZ GIL, D. (2021): «El interés general…, *op. cit.*, pp. 176-177.
[19] GARCÍA COSTA, F.M. (2011): «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad, en *Revista Documentación Administrativa*, n.º 289_enero-abril.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

del Gobierno. Como observamos, es una posición difícil en la que pueden converger intereses de muy distinto signo y ahí es donde se hace especialmente importante la vigencia de los precitados principios.

En esta línea, GARCÍA COSTA razona que el principio de objetividad está íntimamente ligado al principio de legalidad en la medida en que impone al funcionario la obligación de interpretar y aplicar la ley es sus justos términos, evitando la tentación de hacer un uso subjetivo o en favor de su propio interés, de la potestad[20]. La objetividad se convierte así en una garantía interna de la propia democracia constitucional entre el Parlamento y la Administración en la medida en que garantiza el respeto a la ley y la satisfacción del interés general en ella consagrado[21].

Por su parte, la imparcialidad del funcionario la identifica como una garantía de la aplicación de la ley al ciudadano desprovista de intereses particulares o de posicionamiento subjetivos, lo que garantiza una aplicación de la ley al ciudadano el favor de la satisfacción del interés general[22]. En esta línea, observamos que ambos principios constitucionales persiguen una misma finalidad, la satisfacción del interés general recogido en la ley. La única diferencia radica en que el principio de objetividad obliga a la Administración con respecto al Parlamento en la aplicación de la ley y el de imparcialidad garantiza la aplicación de la ley en favor del interés general en supuestos de hecho concretos que afectan a los ciudadanos.

Íntimamente vinculado a estos dos principios identifica GARCÍA COSTA el de la neutralidad de la Administración que, aunque no se encuentra recogido expresamente en la CE sí que podríamos considerarlo implícito en el artículo 97 CE que somete a la Administración a las facultades de dirección del Gobierno. Así, la neutralidad implica que la Administración queda sometida a las directrices políticas del Gobierno y a su vez no puede expresar unas ideas políticas concretas respecto a las decisiones de éste[23].

Para garantizar el respeto de ambos principios el ordenamiento prevé una serie de garantías como pueden ser: el acceso a la función pública por medio de oposiciones; el procedimiento administrativo; las incompatibilidades de los funcionarios; su abstención y recusación; y su responsabilidad disciplinaria. Abordar y desarrollar adecuadamente

[20] *Ibidem*, pp. 34-35.
[21] *Ibidem*, p. 35.
[22] *Ibidem*, p. 37.
[23] *Ibidem*, pp. 32-34.

todas estas cuestiones excedería con creces las aspiraciones que hemos puesto en este opúsculo, por lo que nos limitaremos a hacer una somera referencia a la función pública y el procedimiento administrativo por la importancia que -como más abajo tendremos ocasión de comprobar- tienen para la atribución de la titularidad y ejercicio de las potestades administrativas.

En esta línea, el estatuto del funcionario caracterizado por un sistema de acceso a la función pública basado en los principios de mérito y capacidad, junto con la estabilidad en el cargo es la mejor garantía para el ejercicio de las potestades públicas conforme a los principios de imparcialidad y objetividad enderezado a la satisfacción del interés general[24]. Estas características no cabe predicarlas del resto de los empleados públicos pues, aunque comparten algunos de los rasgos del estatuto propio de los funcionarios o bien no han accedido por el riguroso sistema de oposiciones previstos para éstos o no gozan de su misma estabilidad. Este posicionamiento jurídico-doctrinal ha sido plasmado con mucho acierto en el artículo 9 EBEP al recoger de manera expresa que

> «en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

En cuanto al procedimiento administrativo, podemos apuntar que es el cauca por el que se deben materializar las potestades administrativas y ello es así en la medida en que garantiza la toma en consideración de todos los intereses en juego a la hora de dictar un acto administrativo[25] -lo que constituye concreción del principio de objetividad- y a la vez garantiza que los ciudadanos puedan controlar que la decisión finalmente tomada es la que en mayor medida beneficia al interés general -lo cual es expresión del principio de imparcialidad-. Por ello, no es de extrañar que en sus orígenes el procedimiento administrativo se inspirase en los procedimientos judiciales para permitir a los ciudadanos una mayor participación en la toma de decisiones que la afectan, hasta el extremo de ser visto por algunos autores como la fase previa al procedimiento contencioso

[24] BERNING PRIETO, A.D.: «Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Las potestades administrativas…*, *op. cit.*, pp. 284-289.
[25] MÍGUEZ MACHO, L. (2011): «El principio de objetividad en el procedimiento administrativo», en *Revista Documentación Administrativa*, n.º 289_enero-abril, pp. 101-104.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

administrativo en el que un juez será el competente para determinar si la actuación administrativa se adecuó al ordenamiento jurídico[26].

De hecho, a ambas cuestiones brinda el constituyente un tratamiento particular en el artículo 149.1.18ª CE al establecer que -en otras cuestiones- las bases del régimen estatuario de los funcionarios y del procedimiento administrativo común corresponde desarrollarlas al Estado. En línea con lo que venimos diciendo, esta precisión equivale a considerar que existe una reserva competencias en favor del Estado para regular las cuestiones básica del ejercicio de las potestades administrativas, al menos, aquéllas que permiten garantizar el respeto de los principios de objetividad e imparcialidad.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE POTESTADES AL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

Hasta aquí hemos abordado la teoría general de las potestades administrativas, es decir, su fundamento, principales rasgos y a quién corresponde su ejercicio. Sin embargo, la complejidad de la realidad ha forzado y fuerza a flexibilizar las limitaciones derivadas de la naturaleza de las potestades a la par que busca compatibilizarlas con el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad. El principal objeto de debate a este respecto es la posibilidad de que el ejercicio de determinadas potestades administrativas pueda ser ejercidas por entidades diferentes a las administraciones públicas.

Para salvar este sinsentido el ordenamiento jurídico prevé algunos remedios. El primero de ellos es la distinción entre titularidad y ejercicio de potestades públicas. Así, la titularidad queda atribuida en todo caso a la Administración de adscripción de la entidad pública empresarial a la cual corresponden funciones de supervisión y tutela sobre el ejercicio de las potestades por parte de la entidad[27]. Con ello se consigue que finalmente deba imperar la aplicación del Derecho administrativo en la medida en que todo acto que constituya expresión de una potestad administrativa quedará sujeto a revisión y control por parte de la Administración correspondiente. O sea, si los interesados consideran que

[26] PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (2018): «Contribuciones del Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo», en PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Dirs.): *Contribuciones del Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo. Estudios sobre el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9-10.
[27] GAMERO CASADO, E.: «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, 104-104.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

las decisiones adoptadas por este tipo de entidades perjudican sus intereses podrán recurrir en vía administrativa ante la Administración de adscripción y, en su caso, interponer recurso contencioso administrativa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como segundo remedio, para reducir los riesgos de permitir el ejercicio de potestades por estas entidades, cabría apreciar diferentes niveles de vinculación de las entidades al Derecho administrativo. El artículo 2 LRJSP recoge como sujeto obligado de la ley al sector público[28], diferenciando entre administraciones públicas y sector público institucional del que forman parte las entidades públicas empresariales, entre otras. Como estudiaremos más abajo, es el propio artículo 2.2.b) LRJSP el que sujeta las entidades empresariales, en todo caso, al Derecho administrativo cuando ejerzan potestades administrativas. Además, dicho precepto determina «[…] que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas» y concretamente a los principios generales del Derecho administrativo.

Esta idea se confirma si acudimos a los artículos 84 a 86 LRJSP pues se evidencian dos niveles diferentes de vinculación a la ley. Así, los artículos 84 y 85 LRJSP catalogan como vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado a las entidades públicas empresariales y las sujetan a control de eficacia y supervisión continua y el artículo 86 LRJSP establece que algunas de estas entidades que reúnan los requisitos previstos en la ley podrán ser consideradas medio propio de la Administración[29]. Aunque sobre esto volveremos más abajo, cabe dejar apuntado que la consideración de medio propio supone una mayor vinculación y dependencia a la Administración o

[28] BOTO ÁLVAREZ, A. (2016): «Organización y funcionamiento del sector público institucional», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 198-199, destaca que el concepto de sector público es fruto de la realidad actual donde hay un sinfín de personificaciones jurídico-privadas dependientes de las Administraciones públicas que vienen funcionando con sujeción al Derecho público. Para la autora, la inclusión de este concepto como aglutinador de diferentes entidades que tienen base tanto jurídico-pública como privada ha supuesto un acierto de la LRJSP porque ha permitido delimitar precisamente el nivel de vinculación de cada una de ellas al Derecho administrativo a la par que se consigue aplicar este área del Derecho a entidades que tradicionalmente se creaban para escapar al control público.

[29] BOTO ÁLVAREZ, A. (2016): «Organización y funcionamiento…, *op. cit.*, pp. 200-201 y 207, pone de relieve dos principios que a nuestro juicio son clave para entender la forma de relacionarse que caracteriza a las entidades del sector público institucional con la Administración que asume su control: principio de descentralización funcional y principio de subsidiariedad. Así, el primer principio comporta un vínculo más tenue que la jerarquía entre ambas instituciones lo que permite que la entidad goce de cierta autonomía para cumplir con las funciones que le vienen atribuidas, pero a la vez, el segundo fuerza a la Administración a supervisar continuamente que la entidad cumple su cometido y, en caso contrario, debe asumir las funciones.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

administraciones a la que preste servicio y por ello la tutela que éstas ejercen en términos generales debe ser más intensa y más continua.

Como tercer y último remedio apuntamos la prohibición de ejercer potestades que impliquen autoridad y que es ampliamente aceptada a nivel jurisprudencial y doctrinal, encontrando su reflejo legal en el artículo 113 LRJSP que prohíbe expresamente atribuir a las sociedades mercantiles estatales facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Lo cual, *mutatis mutandis*, a nuestro juicio debería hacerse extensivo a las entidades públicas empresariales.

A este complejo constructo legal hemos de sumar la dificulta para diferenciar entre entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles estatales. Por motivos de espacio no nos extenderemos en abordar esta cuestión, basta dejar apuntado que ambos tipos de entidades operan sujetas al Derecho privado, pero en el caso de las entidades públicas empresariales su nivel de vinculación a la Administración que la tutela es muy superior y ello es así por las competencias que la atribuye el artículo 103.1 LRJSP, las cuales, «[…] junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación». Asimismo, los artículos 104 y 105 LRJSP también hacen hincapié en la idea del ejercicio de potestades administrativas por estas entidades, determinando que los órganos que ostenten competencia para tomar decisiones al respecto deberán formar su voluntad conforme a los cauces previstos por el Derecho administrativo. Empero, para las sociedades mercantiles la posibilidad de ejercer potestades administrativas es una excepcionalidad conforme al artículo 113 LRJSP, es decir, es algo incidental y no querido por el Derecho y, además, les queda prohibido aquellas que impliquen ejercicio de autoridad pública[30].

[30] GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2016): «Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)», en GÓSALBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *El nuevo régimen…*, *op. cit.*, pp. 292-295, critica la tibieza del legislador al abordar el ejercicio de potestades públicas por sociedades mercantiles estatales. A su juicio, supone un sinsentido diferencias entre potestades que conllevan autoridad pública y aquéllas que no porque no es posible deslindarlas. Apunta que con esta posibilidad lo que ha conseguido el legislador es dar pie a que persista esa «huida del Derecho administrativo» cuando justo lo que perseguían estas disposiciones era poner coto a estas prácticas.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

1. El retorno al Derecho administrativo: la aplicación de la LPACAP

La «huida del Derecho administrativo» es un fenómeno bastante estudiado por la dogmática administrativista y que se ha caracterizado por crear entidades instrumentales que sujetan su funcionamiento al Derecho privado pero que son controladas por el sector público. Con ello se consigue gestionar con una mayor libertad y autonomía estas entidades en la medida en que su funcionamiento no queda sujeto a los estrictos controles que se prevén por el Derecho administrativo. Es por ello que la doctrina critica férreamente la «externalización de funciones públicas» en este tipo de entidades en la medida en que supone una burla al Estado de Derecho que se les pueda permitir ejercer potestades administrativas simplemente con recogerlo en su acto de creación[31].

El artículo 2.2.b) LRJAPyPAC ya extendía la aplicación del Derecho administrativo a las entidades que no siendo Administración pública tuviesen naturaleza jurídico pública al disponer que «las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

Sin embargo, la propia LRJSP en su exposición de motivos recoge como una mejora en la regulación del sector público institucional la supresión de «[…] las especialidades que, sin mucha justificación, propiciaban la excepción de la aplicación de controles administrativos que deben existir en toda actuación pública, en lo que ha venido en denominarse la «huida del derecho administrativo». La flexibilidad en la gestión ha de ser compatible con los mecanismos de control de la gestión de fondos públicos». Ello recibe concreción en el artículo 2.2.b) de la LRJSP y la LPACAP que sujeta a las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas a ambas leyes siempre que ejerzan potestades administrativas.

El legislador opta por un cambio del centro de gravedad pues para sujetar estas entidades al Derecho administrativo prioriza la naturaleza de las competencias que le venga atribuidas en sus normas de creación frente a su naturaleza jurídica. Se prioriza lo sustantivo, es decir, las potestades administrativas que atribuya el ordenamiento jurídico

[31] GAMERO CASADO, E. (2021): «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, pp. 126-133. En el mismo sentido se pronuncia, BERNING PRIETO, A. D. (2021): «Delimitación entre potestades…, *op. cit.*, p. 282.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

a la entidad pública empresarial que deberán desempeñarse con sometimiento pleno al Derecho administrativo con el objetivo de garantizar en la medida de lo posible la objetividad e imparcialidad y, en su caso, poder aplicar los correctivos previstos por el ordenamiento jurídico. En este sentido se pronuncia la doctrina, al destacar que estos preceptos normativos que pueden parecer descabellados en la medida en que vienen a consagrar jurídicamente la posibilidad de atribuir el ejercicio de potestades a entidades sujetas al Derecho privado en realidad lo que hacen es limitar la práctica desviada que durante años ha venido permitiendo que escapen al Derecho administrativo[32].

Esta misma idea de sumisión de las entidades públicas empresariales al Derecho administrativo aparece reflejada en el artículo 3.1.g) LCSP al sujetarlas a la normativa sobre contratación pública. Así, el propio artículo 3.d) LCSP las considera como poder adjudicador del sector público siempre que tengan

> «[…] personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia».

Como observamos, se atribuye la potestad de celebrar contratos públicos a entidades que sujetan su funcionamiento al Derecho privado pero que, sin embargo, al estar orientada dicha actuación a la satisfacción del interés general debe aplicárseles la normativa sectorial sobre contratos públicos por resultar más garantista. Nos recuerda la doctrina que de conformidad con el Derecho comunitario las características que debe reunir un poder adjudicador para quedar sujeto a la LCSP es que su creación esté orientada a la satisfacción de necesidad de interés general, que tenga personalidad jurídica, y que sobre él se dé influencia dominante del poder público[33]. Así, es constante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la prohibición de recurrir a las personificaciones jurídico privadas del sector público para excluir de la aplicación de las

[32] GAMERO CASADO, E. (2021): «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, pp. 126-133, para el autor es claro que hay un cambio de paradigma que podemos llamar «retorno al Derecho administrativo» puesto que prácticamente todas las reformas del ordenamiento jurídico-público van orientadas a consolidar la aplicación del Derecho administrativo

[33] GONZÉLEZ ESCUDERO, M.T. (2008): «La actividad contractual del sector público. Una teoría general ampliada de la actividad contractual de la administración pública», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 18, pp. 104-110.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

normas sobre contratación pública a aquéllos entidades que son públicas, aunque sea de manera indirecta[34].

De hecho, conforme a la teoría de los actos separables una de las mayores garantías que prevé el artículo 27.1.b) LCSP es que todas aquellas cuestiones que «se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas» quedarán sujetas al Derecho administrativas y, en su caso, se reconducirán a la jurisdicción contencioso-administrativa[35]. En línea con las dos normas que citamos a modo de paradigma cabe precisar que el sector público empresarial se regirá por el Derecho administrativo sólo cuando ejerzan potestades administrativas, debiendo aplicar el Derecho privado cuando se relaciones con otros sujetos del sector privado fuera del marco previsto para dichas potestades[36].

Con lo cual, apreciamos que con las reformas operadas en el sector público por la LRJSP y LPACAP en 2015 se inició una senda de retorno de las potestades administrativas al Derecho administrativo que se consolida en gran medida con la LCSP de 2017. Como hemos señalado, es el propio legislador el que fuerza ese «retorno al Derecho administrativo» del ejercicio de potestades por las entidades públicas empresariales, a nuestro juicio motivado por el apabullante uso de este tipo entidades que venían haciendo las diferentes administraciones públicas españolas para sustraerse a los controles previstos por el ordenamiento jurídico[37].

2. Las cuestiones de autoridad pública

En términos generales, el ejercicio potestades que impliquen desempeño de autoridad pública por parte de sujetos de Derecho privado, se prohíbe o, al menos se limita, en la mayor medida de lo posible. Estas cuestiones se corresponden con las funciones en las que la Administración goza de las llamadas potestades exorbitantes que les permiten

[34] *Idem.*
[35] Es el caso de los contratos realizado por entidades mercantiles estatales que tengan carácter industrial o mercantil, es decir, aquéllas que operen sujetas al libre mercado, asumen el riesgo económico derivado de su actividad y tienen beneficios y pérdidas.
[36] NAVARRO GONZÁLEZ, R.: «La atribución de las potestades administrativas», en GAMERO CASADO E. (Dir.): *Las potestades administrativas…*, *op. cit.*, pp. 258-259.
[37] GAMERO CASADO, E. (2021): «Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado», en GAMERO CASADO E. (Dir.): *Las potestades administrativas…*, *op. cit.*, p. 450.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

ejecutar sus propios actos e imponer sanciones que en su caso también podrá ejecutar[38]. En realidad, no es una cuestión simple deslindar qué potestades deben entenderse que constituyen expresión de autoridad pública, de ahí que la doctrina no sea pacífica al respecto, más allá de coincidir en la exorbitancia en el ejercicio del poder que debe corresponde a la Administración[39].

De manera expresa queda plasmado en el artículo 113 LRJSP que prohíbe a las sociedades mercantiles estatales «disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública» o los artículos 17 y 284.1 LCSP que prohíben a las Administraciones públicas celebrar contratos de servicio y de concesión de servicios «[…] que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos». En esa misma línea se pronuncia el artículo 9 EBEP, al establecer que «en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

Así, para delimitar las potestades se distingue entre aquéllas que se consideran auxiliares o técnicas y las que implican un ejercicio de autoridad, resultando permitido a las entidades públicas empresariales el ejercicio de potestades auxiliares o instrumentales[40]. Dos son las razones que doctrinalmente justifican esta delimitación, la primera gira en torno al tipo de personal que presta servicio en este tipo de entidades y la segunda versa sobre la externalización de las funciones de las Administraciones públicas.

---

[38] GAMERO CASADO, E.: «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, pp. 118-119.

[39] GAMERO CASADO, E.: «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, pp. 119-123, reproduce el debate doctrinal respecto a qué debemos entender por autoridad pública. A juicio del autor «[…] las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas se deben identificar con la actividad que se exterioriza mediante actos administrativos (no las meras labores auxiliares o preparatorias de los mismos), ya sean de trámite o definitivos, y que implica, además, el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes, que obligan a los ciudadanos a su cumplimiento, y que, en caso de rechazo, pueden ser impuestos coercitivamente […]». Aunque, como bien identifica, hay otras posiciones doctrinales que exclusivamente consideran funciones propias del ejercicio de autoridad aquéllas que son expresión de la soberanía estatal y que implicarían potestades normativas, el uso de la fuerza o de policía.

[40] BERNING PRIETO, A. D.: «Delimitación entre potestades…, *op. cit.*, pp. 278 y ss. Sobre los motivos por los que deben quedar reservadas a funcionarios públicos el ejercicio de las potestades públicas y, concretamente las que impliquen ejercicio de autoridad, nos remitimos a lo expuesto más arriba al respecto. Debemos tener en cuenta que el ejercicio de las funciones de autoridad pública exigen un mayor rigor en la aplicación de los principios que rigen las potestades públicas.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

La plantilla de las entidades públicas empresariales está integrada por empleados sujetos al Derecho laboral que para acceder al puesto no pasan por los estrictos procesos previstos para la función pública, a ello hay que sumar que en términos generales no gozan de la estabilidad propia del funcionario pues se les realizan contratos temporales vinculados a proyectos concretos. De hecho, el rigor en los procesos de selección de estas entidades es inexistente pues si se comprueba su oferta de empleo se evidencia que sólo se perfilan a grandes rasgos los requisitos mínimos que deben reunir los candidatos, sin aportar un baremo orientativo de méritos y, normalmente, sobre todo en las sociedades mercantiles estatales, sin ningún tipo de prueba de conocimientos al respecto. A todo ello hay que sumar que tanto sus presidentes como puestos directivos y gerencias normalmente son renovados cuando hay un cambio de Gobierno.

Según parece, esta tendencia se inició en los años ochenta y supuso abaratar los costes de la prestación de los servicios que corresponde a la Administración pública a costa de la «temporalización y precarización del empleo público», «se proporciona así un escenario donde se diluye el valor de la imparcialidad propia de las administraciones públicas, garantizada por los principios de objetividad en la gestión y de mérito y capacidad en la selección del personal, y se abren múltiples posibilidades al tan denostado como presente sistema de *spoil system* o sistema de patrimonialización de los puestos de trabajo del sector público por el partido en el poder»[41].

A nuestro juicio, otro factor determinante de la externalización de funciones auxiliares o de apoyo es el abaratamiento de costes en el empleo público, cuestión que viene forzada en la actualidad por la hiperinflación que ha supuesto la consolidación del Estado social. No podemos obviar que para satisfacer el sinfín de prestaciones que reciben en la actualidad las personas se hace necesario intentar reducir los costes que implicaría una plantilla de funcionarios que lo hiciese posible.

El artículo 15.1.c) LRFP determina que funciones pueden ser asumidas por personal laboral de las administraciones lo que interpretativamente podemos entender como una

[41] AMOEDO SOUTO, C. (2004): *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, p. 127-130. En este mismo sentido se pronuncia, BERNING PRIETO, A. D.: «Delimitación entre potestades…, *op. cit.*, pp. 285-287, y apunta la posibilidad de crear puestos específicos para funcionarios en este tipo de entidades, para garantizar que el ejercicio de las potestades administrativas es tutelado por éstos.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

habilitación legal para permitir el ejercicio de funciones por los empleados del sector público empresarial más allá de la competencia reservadas a funcionarios. A saber:

> – «Los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;
>
> – los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;
>
> – los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;
>
> – los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y
>
> – los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.
>
> – Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo».

Con respecto al sector público empresarial, las dos cuestiones más polémicas son el ejercicio de funciones que tengan carácter auxiliar o de apoyo y las que requieran conocimientos técnicos especializados. En cuanto a las funciones auxiliares o de apoyo el Tribunal Supremo hace hincapié en la importancia de deslindar adecuadamente qué debemos entender por auxiliares o de apoyo pues bajo ningún concepto pueden solaparse con las que ya vienen atribuidas a los funcionarios porque «el auxilio instrumental y el apoyo administrativo se sitúan fuera de los cometidos de aquéllos, de ahí la calificación que les da la Ley que contempla factores externos a los propiamente administrativos, es decir, hace hincapié en lo que no son actividades de naturaleza administrativa para aceptar que puedan ser encomendadas a personal laboral»[42]. En cualquier caso, la tramitación de procedimientos administrativos queda completamente vedada al sector público empresarial por tratarse de una potestad administrativa que supone expresión de autoridad pública. GAMERO CASADO ha destacado en relación con TRGSA que no existe

[42] STS 5418/2012, de 9 de julio de 2012, (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª – recurso de casación n.º 216/2011, FJ 4º. En este caso, el Tribunal Supremo aborda un contencioso sobre la creación de una plaza de personal laboral en un consistorio con competencias parcialmente coincidentes con las propias de los funcionarios municipales y anula el acuerdo porque dichas funciones deben quedar completamente reservadas a funcionarios.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

inconveniente en que los trabajadores realicen funciones técnicas o auxiliares que sirvan como preparación o acompañamiento para la tramitación del procedimiento administrativo pero que sea la propia Administración competente la que lo inicie y despache todos los trámites hasta su conclusión[43].

Paradigmática ha sido la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 en la que ha tenido que abordar una impugnación derivada de la atribución de potestades administrativas sancionadoras a TRAGSATEC -filial de TRAGSA- a la que se le hizo una encomienda de gestión para atender un incremento exponencial del número de expedientes a tramitar y la carencia de recursos humanos suficientes para atenderlos, en lo que la doctrina ha denominado «[…] un problema estructural y recurrente de la gestión administrativa: la utilización de encargos obligatorios a medios propios personificados como "*cuidado paliativo*" de gestión de expedientes administrativos ante la insuficiencia estructural de personal funcionario»[44].

Para el Tribunal Supremo

> «[…] la actividad administrativa ha de realizarse mediante el procedimiento establecido y este ha de tramitarse por las unidades administrativas del órgano que tenga asignada la competencia, pero como quiera que, por su propia naturaleza, requieren la integración de personas físicas que desarrollen esa actividad, esa exigencia personal se vincula a los funcionarios públicos que, como se declara en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de enero (también el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007), son " quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales." Y de manera específica dispone el artículo 9 en su párrafo segundo, que preceptivamente " el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca".

[43] GAMERO CASADO, E. (2021): «Ejercicio de potestades…, *op. cit.*, pp. 419-421. El autor destaca que la situación actual con respecto a hace unos años es infinitamente mejor porque se está realizando el esfuerzo por deslindar las potestades administrativas que puede ejercer el sector público empresarial y el que no. Asimismo, apunta que la mejora más significativa se ha producido en materia de contratación pública porque estas entidades han tenido que asumir la aplicación de la LCSP en su actividad, consolidándose con ello el llamado «retorno al Derecho administrativo».

[44] AMOEDO SOUTO, C.A. (2020): *Con los expedientes al cuello: El impacto de la STS de 14 de septiembre de 2020 en la derivación de expedientes administrativos a medios propios personificados*, visto en: https://www.obcp.es/opiniones/con-los-expedientes-al-cuello-el-impacto-de-la-sts-de-14-de-septiembre-de-2020-en-la (última visita el 27/03/2024).

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

> […]
>
> Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional».
>
> […]
>
> En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes, lo cuales, conforme a la planificación de los recursos humanos que se dispone en el artículo 69 del Estatuto Básico, han de tomar en consideración las necesidades que esa actividad ordinaria comporta […]»[45].

Asimismo, destaca el Tribunal Supremo que el procedimiento administrativo es el instrumento que garantiza a los ciudadanos la tutela de sus derechos e intereses y constituye concreción del artículo 24 CE, por lo que la tramitación por parte de personal laboral comportaría la nulidad del procedimiento en la medida en que vulneraría un derecho fundamental. En esta línea, «[…] mayor rigor ha de exigirse con ocasión de la tramitación de los procedimientos sancionadores en los que, por no reiterarnos en esos razonamientos, se ejercita la potestad de mayor incidencia sobre los ciudadanos, y de manera perjudicial, por cuanto constituye una manifestación del ius puniendi del Estado que, atípica pero necesariamente, se confiere a la Administración, porque debiera ser monopolio del Poder Judicial»[46].

También ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de precisar que las funciones de verificación y control en materia industrial pueden ser atribuidas a una sociedad mercantil

[45] STS 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 (Sala de lo contencioso administrativo, sección 5ª – recurso de casación n.º 5442/2019), FJ 2º. En relación con esta sentencia, AMOEDO SOUTO, C.A. (2020): *Con los expedientes…*, *op. cit.*, critica que ha sido una oportunidad perdida para que la doctrina de casación deslindara definitivamente el ejercicio de qué potestades administrativas deben quedar vedadas al sector público empresarial. El autor destaca que siguen haciéndose encomiendas a entidades públicas empresariales con contenido propio de procedimientos administrativos que podrían dar lugar a nuevas nulidades en la tramitación de los expedientes.
[46] STS 1160/2020, FJ 2º.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

que cuente con la consideración medio instrumental propio de la Administración al igual que ocurre con los organismos de control, «[…] en cuanto la ejecución de esta funciones no priva al órgano competente de la Administración, en materia de industria, de las competencias de comprobación ni comporta, en este supuesto, que la sociedad mercantil VEIASA ejerza potestades administrativas»[47]. Quedando prohibido al personal laboral de estas entidades ejercer funciones propiamente administrativas, como son «actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución etc»[48]. En relación con esta cuestión, el propio Tribunal Supremo recoge la posibilidad de incluir personal funcionario que sí reúnen los requisitos exigidos para asumir el ejercicio potestades públicas en la plantilla de las empresas pública[49]. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo al reconocer que inevitablemente en el caso de atribuir a una empresa pública el ejercicio de competencias para compensar carencias técnicas de la Administración competente y reconocer que en estos supuestos es inevitable que la atribución de potestades administrativas «impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades administrativas»[50].

En esta línea, GAMERO CASADO ha creado un catálogo de potestades de gravamen o desorbitantes que a su juicio sólo pueden ser desempeñadas por funcionario públicos:

> «1. Expropiación forzosa y requisa o incautación de bienes. 2. Ejecución de oficio. 3. Deslinde y recuperación de bienes públicos. 4. Órdenes de policía administrativa (mantenimiento o restitución del orden jurídico). 5. Intervención de empresas. 6. Potestad tributaria. 7. En materia de subvenciones, los procedimientos de inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el procedimiento de reintegro de las mismas. 8. Los procedimientos de revisión de oficio de actos y acuerdos, inclusive la revocación. 9. La (dación de) fe pública y la certificación de actos y acuerdos con presunción de certeza y veracidad. Cuando estas funciones sean desempeñadas por

[47] STS 75/2019, 29 de enero de 2019, (Sala de lo contencioso administrativo, sección 3ª – recurso de casación n.º 994/2016), FJ 2º, en esta sentencia el Tribunal Supremo abordó la atribución de potestades administrativas de verificación e inspección industriales a VEIASA que es una empresa pública andaluza dedicada principalmente a realizar la inspección técnica de vehículos.
[48] STS 75/2019, FJ 2º.
[49] STS 75/2019, FJ 2º.
[50] STS 3741/2015, de 2 de septiembre de 2015, (Sala de lo contencioso administrativo, sección 5ª – recurso de casación, n.º 3026/2013), FJ, 2º, en este caso, nuevamente el debate giraba en torno a los servicios que presta VEIASA a la actual Consejería de Agricultura, Agua, Pesca, Agua y Desarrollo Rural en la vigilancia de emisiones contaminantes por la industria.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

> empleados laborales, no serán inválidas de suyo, sino que su valor probatorio se deja al criterio de la sana crítica. 10. Los procedimientos de inspección y verificación, en los mismos términos que el punto anterior. 11. En materia de contratación pública, la potestad tarifaria, los procedimientos de interpretación y modificación unilateral y de resolución de contratos, así como los de verificación y control de su cumplimiento»[51].

Debemos apuntar que prácticamente todas las potestades que impliquen autoridad pública deberán ejercerse en el marco de un procedimiento administrativo y, en todo caso, aquéllas que afectan a los bienes jurídicos y derechos de los ciudadanos[52]. En definitiva, las funciones auxiliares o de apoyo son las que «propician la resolución del procedimiento, pero no lo condicionan ni suponen el ejercicio de potestades administrativas o el ejercicio de autoridad, y coinciden en gran parte con aquéllas que no están vedadas al personal al servicio de la Administración»[53].

V. EL CASO DE LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS: LA «DOCTRINA IN HOUSE PROVIDING»

A lo expuesto hasta aquí hay que añadir una nueva dificultad, los llamados encargos a medios propios personificados de la Administración que en términos generales son entidades del sector público empresarial que tienen una especial vinculación con la Administración para la que prestan sus servicios. La posibilidad de que la Administración se valga de este tipo de entidades para ejecutar funciones propias ha suscitado y suscita infinidad de controversias[54]. No obstante, nosotros nos vamos a centrar en los requisitos que les exige el ordenamiento jurídico para poder ejecutar los encargos que reciban y que son en definitiva concreción de las propias potestades administrativas de la Administración de la que dependen.

---

[51] GAMERO CASADO, E.: «Delimitación conceptual de…, *op. cit.*, p. 124.

[52] CANALS AMETLLER, D. (2021): «El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado, GAMERO CASADO E. (Dir.): *Las potestades administrativas…*, *op. cit.*, pp. 330-332.

[53] BERNING PRIETO, A.D. (2021): «Delimitación entre potestades…, *op. cit.*, pp. 291-293.

[54] Aunque no forma parte de nuestro objeto de estudio, las dos controversias principales en torno a los medios propios personificados de la Administración son la quiebra del principio de libre competencia que debe existir en el actual contexto comunitario si se les encarga directamente la prestación de un servicio o la ejecución de una obra sin licitación y el fraude que supone que este tipo de entidades puedan a su vez subcontratar la realización de aquello que les ha encargado la Administración. En este sentido, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido aceptando en cierta medida la posibilidad de que empresas públicas realicen prestaciones propias de las administraciones públicas por medio de encargos directos, es la llamada «doctrina in house providing» que posteriormente ha pasado al Derecho comunitario y español.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

Así, el medio propio se convierte en una cuestión adjetiva de la entidad empresarial en mano público que le confiere la naturaleza de instrumento al servicio de la Administración y por consiguiente de la satisfacción del interés general[55]. La doctrina destaca que el vinculo entre este tipo de entidades y la Administración constituye una forma de expresión del principio de autoorganización de la Administración que busca una mayor eficiencia en la gestión pública por medio de la creación de personas jurídicas diferenciadas, pero cuyo capital es completamente público y por consiguiente conserva sobre ella unas facultades de control y dirección igual al que ostenta dentro de su propia organización administrativa[56].

Por lo tanto, entre la Administración y el medio propio existe un vínculo mucho más intenso que si la prestación se realizase en el marco de la contratación pública pues existe una relación de jerarquía y subordinación de éste respecto a aquélla, lo que lleva a excluir la aplicación de las normas sobre contratación pública siempre que concurran las circunstancias habilitantes para realizar el encargo a un medio propio[57].

Con la aprobación de la LCSP de 2017 se recoge el acervo comunitario respecto a los requisitos que deben reunir los encargos a medios propios para poder asumir los encargos que la haga la Administración sin incurrir en contradicción con el Derecho de la Unión Europea. Como nos explica la exposición de motivos de la ley, se adopta

> «[…] una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». Así, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios

[55] AMOEDO SOUTO, C. (2004): *TRAGSA. Medios propios…*, *op. cit.*, p. 92, destaca que en realidad no se trata de entidades pública empresariales porque realizan obras y prestaciones propias de Administraciones pública orientadas a la satisfacción del interés general. Unas veces porque el sector privado no está en condiciones de satisfacer estas demandas y en otras ocasiones por criterios de oportunidad política.

[56] GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2007): «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de la contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado» en *R.A.P.*, n.º 137, mayo-agosto, pp. 218-219. BOTO ÁLVAREZ, A. (): «Organización y funcionamiento…, *op. cit.*, p. 226, nos recuerda la importancia de realizar el test de eficiencia para determinar si es preferible acudir a la contratación pública u optar por realizar un encargo a medio propio, tomando como criterios la rentabilidad económica y la calidad del servicio u obra a realizar.

[57] GAMERO CASADO, E. (2021): «Ejercicio de potestades…, *op. cit.*, pp. 411-415.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

> particulares o a través de medios propios no personificados. En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia.

Como observamos, se diferencia entre la encomienda de gestión recogida en el artículo 11 LRJSP y el encargo a medio propio recogido en el artículo 32 LCSP. La principal diferencia radica en que los medios propios al estar subordinados a la Administración deben asumir los encargos que se realicen. De conformidad con el artículo 32 LCSP las entidades de derecho público o privado deberán reunir los siguientes requisitos para tener la consideración de medio propio personificado:

> - a) «Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas».
>
> - b) «Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo».
>
> - c) «Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública».
>
> - d) «La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> 1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.
>
> 2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social».

Asimismo, dicho precepto determina que los estatutos o actos de creación del ente deberán concretar la Administración de la que dependen, el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir y prohibirles que participen en las licitaciones públicas de la Administración de dependencia.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

A nivel estatal el ejemplo paradigmático de sociedades mercantiles estatales que son medio propio son las empresas que conforman el Grupo TRAGSA y que prestan servicios de muy diversa índole a la Administración General del Estado y a las restantes administraciones españolas en la medida en que prácticamente todas ellas participan de su accionariado[58]. Para la doctrina, aunque es una sociedad mercantil con personalidad jurídico privada y separada de las administraciones, en realidad funciona como una administración más que en el ejercicio de sus funciones -potestades administrativas-, aún cuando no reúne los requisitos que determina el ordenamiento jurídico para hacerlos[59].

Tal es la importancia que el ordenamiento jurídico confiere a este entramado societario para la satisfacción del interés general que le dedica la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP a regular su régimen jurídico. En esta línea, su punto segundo determina que

> «[…] TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores».

Esta norma determina que las empresas del Grupo TRAGSA tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos cuya relación con sus administraciones de adscripción -poder adjudicador- tiene naturaleza instrumental y no contractual y, por consiguiente, se articulan a través de los encargos a medios propios previstos en el artículo 32 LCSP. Dichos encargos, «[…] a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado».

---

[58] El Grupo TRAGSA se encuentra conformado por TRAGSA, S.A., S.M.E, M.P. que se dedica a «la realización de obras, trabajos y prestación de servicios relacionados con el desarrollo del medio rural y la conservación de la naturaleza, así como en todo tipo de emergencia social, catástrofe natural o accidente climático, ofreciendo una respuesta inmediata» y TRAGSATEC, S.A., S.M.E. M.P. que es «empresa especializada en la realización de actividades de ingeniería, consultoría y asistencia técnica en materias como el desarrollo rural, el medio marino o la sanidad y la salud pública, entre otros, realizando tanto estudios y proyectos como servicios técnicos». En concreto, las acciones del Grupo TRAGSA se distribuyen en los siguientes porcentajes: SEPI – 51 %, AGE – 48,8 %, CC.AA. y ciudades autónomas – 0,07 %, diputaciones – 0,13 %, cabildos – 0,023 % y consejos insulares – 0,013 %. Las participaciones de las administraciones en el capital de la sociedad les permiten realizarle directamente encargos que ésta debe realizar con sus medios, a cambio de abonar las tarifas preestablecidas. Información extraída de https://www.tragsa.es/es/grupo-tragsa/quienes-somos/Paginas/default.aspx (última consulta: 29/03/2024).

[59] AMOEDO SOUTO, C. (2004): *TRAGSA. Medios propios…*, *op. cit.*, p. 91.

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

Como apuntamos más arriba, es flagrantemente claro la doble naturaleza jurídica de estas dos empresas y de todas aquéllas que comparten sus características porque, por un lado, sus actividades quedan completamente subordinada a la decisión de la Administración y, por otra, se aprovechan del régimen más laxo previsto para la gestión de los recursos humanos. Esta «sinvergonzonería pública» -si se nos permite la expresión- es muy criticable y daría para un trabajo mucho más extenso y documentado que el que aquí hemos realizado. Reconduciendo nuestro discurso al objeto de estudio, cabe destacar que del régimen jurídico de estas empresas se evidencia que a efectos prácticos operan como una Administración más, ejerciendo potestades administrativas de manera cotidiana y, por lo tanto, no entendemos por qué existe debate alguno respecto a la aplicación del Derecho administrativo en su totalidad, al menos, en sus relaciones con los ciudadanos. Asimismo, estamos de acuerdo en que se limite su capacidad para ejercer potestades administrativas que impliquen ejercicio de funciones que se corresponden con autoridad pública porque obviamente el personal que presta servicio en este tipo de entidades no reúnen los requisitos que se exige por el ordenamiento jurídico y, salvo contadas excepciones, tampoco han acreditado por medio de procesos selectivos rigurosos su aptitud profesional para adoptar decisiones que afecten a los bienes y derechos de las personas.

VI. CONCLUSIONES

1.- Las potestades administrativas constituyen expresión del más amplio concepto de potestades pública que se asignan a los poderes públicos para desempeñen las funciones que les viene atribuida por el ordenamiento jurídico.

2.- En el marco del Estado social y democrático de Derecho, las potestades administrativas se encuentran juridificadas, es decir, tanto se creación, atribución y ejercicio debe estar vehiculado por el Derecho.

3.- El fundamento democrático de las potestades administrativas lo constituye la satisfacción del interés general. Así, su creación, atribución y ejercicio debe estar orientado a tal fin o en caso contrario devendrán en potestades ilegítimas.

4.- El titular natural de las potestades administrativas es la Administración pública porque es la única entidad de Derecho público a cuyos empleados -los funcionarios- se les

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

presumen las notas de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones debido al sistema de acceso a la función pública.

5.- En el contexto del Estado social la Administración pública ha asumido una ingente cantidad de competencias que no puede atender con sus propios funcionarios lo que la fuerza a externalizar determinadas funciones en otras entidades, ya sean de Derecho público o privada. Para salvar la quiebra que supone atribuir potestades a sujetos diferentes a la Administración se diferencia entre titularidad y ejercicio de la potestad administrativas.

6.- Que la Administración retenga la titularidad de las potestades comporta que sobre el ejercicio de la misma por parte del ente ejecutivo ostenta facultades de dirección, supervisión, control y, en su caso, sanción.

7.- Cotidianamente la Administración recurre al sector público empresaria para delegarles el ejercicio de potestades administrativas, por ello las innovaciones del ordenamiento jurídico tienden a limitarles la posibilidad de acudir al Derecho privado cuando ejerzan potestades. En favor de garantizar en la mayor medida la satisfacción del interés general.

8.- Los empleados del sector público empresarial no reúnen las notas de imparcialidad y objetividad que sí reúnen los funcionarios, ello comporta que el ordenamiento jurídico establezca algunas cautelas respecto a al ejercicio de potestades por parte de éstos.

9.- El ordenamiento jurídico prohíbe absolutamente el ejercicio de potestades que impliquen expresión de autoridad pública a las empresas públicas y, a nuestro juicio, debe entenderse aplicativo para todas las entidades que forman parte del sector público empresarial. Así, el procedimiento administrativo como cauce para adoptar las decisiones públicas que de manera directa o indirecta afectan a los bienes jurídicos y derechos de las personas debe quedar exclusivamente reservado a los funcionarios públicos.

10.- Dentro del sector público empresarial existen entidades a las que el ordenamiento jurídico permite atribuirles la condición de medio propio quedando con respecto a la Administración en una posición de subordinación y dependencia para el ejercicio de las potestades que ésta decida asignarles. Con respecto a los medios propios existe cierta controversia jurisprudencial en la medida en que no queda claro si pueden ejercer potestades en igualdad de condiciones que la Administración dada su singular naturaleza jurídica y posición de sometimiento. En este sentido, las necesidades de la Administración

Universidad Internacional de Andalucía, 2025

no deberían justificar que los medios propios ejerzan potestades administrativas, al menos respecto a las potestades que son concreción de autoridad pública.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

AMOEDO SOUTO, C. (2004): *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona.

AMOEDO SOUTO, C.A. (2020): *Con los expedientes al cuello: El impacto de la STS de 14 de septiembre de 2020 en la derivación de expedientes administrativos a medios propios personificados*, visto en: https://www.obcp.es/opiniones/con-los-expedientes-al-cuello-el-impacto-de-la-sts-de-14-de-septiembre-de-2020-en-la (última visita el 27/03/2024).

BERNING PRIETO, A.D.: «Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», en GAMERO CASADO, E. (Dir.): Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 277-319.

BOTO ÁLVAREZ, A. (2016): «Organización y funcionamiento del sector público institucional», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 197-283.

CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1986): Las potestades administrativas, Tecnos, Madrid.

DIEZ PICAZO, L.M. (2013): *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor.

GAMERO CASADO, E. (2021): «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 50-152.

GAMERO CASADO, E. (2021): «Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado», en GAMERO CASADO E. (Dir.): Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 320-387.

GARCÍA COSTA, F.M. (2011): «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad, en *Revista Documentación Administrativa*, n.º 289_enero-abril.

GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2016): «Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)», en GÓSALBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *El nuevo régimen…*, *op. cit.*, pp. 285-359.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2007): «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de la contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado» en *R.A.P.*, n.º 173, mayo-agosto, pp. 217-237.

GONZÁLEZ GIL, D. (2021): «El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad», en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 153-230.

GONZÉLEZ ESCUDERO, M.T. (2008): «La actividad contractual del sector público. Una teoría general ampliada de la actividad contractual de la administración pública», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 18, pp. 91-128.

MÍGUEZ MACHO, L. (2011): «El principio de objetividad en el procedimiento administrativo», en Revista Documentación Administrativa, n.º 289_enero-abril, pp. 97-127.

NAVARRO GONZÁLEZ, R.: «La atribución de las potestades administrativas», en GAMERO CASADO E. (Dir.): Las potestades administrativas. Concepto y alcance de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231-276.

PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (2018): «Contribuciones del Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo», en PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Dirs.): Contribuciones del Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo. Estudios sobre el procedimiento administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9-24.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STS 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 (Sala de lo contencioso administrativo, sección 5ª – recurso de casación n.º 5442/2019).

STS 75/2019, 29 de enero de 2019, (Sala de lo contencioso administrativo, sección 3ª – recurso de casación n.º 994/2016).

STS 3741/2015, de 2 de septiembre de 2015, (Sala de lo contencioso administrativo, sección 5ª – recurso de casación, n.º 3026/2013).

STS 5418/2012, de 9 de julio de 2012, (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª – recurso de casación n.º 216/2011).

Universidad Internacional de Andalucía, 2025