

DERECHO ADMINISTRATIVO



La Administración instrumental en el proceso

Alejandra Boto Álvarez

Doctorado Europeo en Derecho Administrativo

Prólogo de

Leopoldo Tolivar Alas

Catedrático de Derecho Administrativo

Presidente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia



Fundación Universidad de Oviedo

COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TÍTULOS PUBLICADOS

El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, *Leonor Rams Ramos* (2008).

Nuevo marco jurídico del sector ferroviario. Estudio de la Ley del Sector Ferroviario y demás normas de desarrollo, *Juan García Pérez* (2010).

La Contratación del Sector Público tras las reformas de 2010, *Álvaro Canales Gil* y *Justo Alberto Huerta Barajas* (2010).

La Administración instrumental en el proceso, *Alejandra Boto Álvarez* (2011).

COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Director
JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS
Catedrático de Derecho administrativo

LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL EN EL PROCESO

Alejandra Boto Álvarez
Doctorado Europeo en Derecho Administrativo

Prólogo de
Leopoldo Tolivar Alas
Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia



Fundación Universidad de Oviedo

Madrid, 2011

DERECHO ADMINISTRATIVO

COMITÉ CIENTÍFICO

Juan Carlos Cassagne

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Buenos Aires

Jean-Pierre Duprat

Catedrático de Derecho Público. Universidad Montesquieu-Bordeaux IV

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Candido Mendes, Río de Janeiro*

Rafael Gómez Ferrer Morant

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

Afonso Oliveira Martins

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Lusitana de Lisboa

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad CEU-San Pablo de Madrid

Domenico Sorace

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Florencia

Leopoldo Tolivar Alas

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

© Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2011)
ISBN: 978-84-290-1661-1
Depósito Legal: Z. 2538-11
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PRÓLOGO

Presentar a Alejandra Boto a la comunidad académica del Derecho Público y a los estudiosos de los temas jurídicos en general, es innecesario por cuanto su nombre ya está inscrito en numerosas revistas de prestigio y, de forma envidiable dada su juventud, en no pocas publicaciones extranjeras, en las que ha acreditado junto a los provechosos efectos formativos de sus estancias en universidades de Italia y Canadá, su dominio plurilingüístico, oficialmente reconocido, así como su vocación investigadora, tan profunda como rigurosa, huella indeleble, probablemente, de la carrera científica que realizó con anterioridad a entrar en las aulas de Derecho. En cualquier caso, ya hace algunos años que, con mayor autoridad, el profesor Fernando López Ramón destacó las virtudes especulativas de la autora del presente libro, al prologar su primera monografía, sobre *La pervivencia de la potestad gubernativa de derribo*.

Alejandra Boto, a quien tuve la suerte de conocer como alumna acaparadora de matrículas de honor y premios extraordinarios, ha sido beneficiaria, siempre por riguroso concurso de méritos, de diversas becas estatales y autonómicas y, en la actualidad, tras la obtención de un doctorado europeo, afronta una larga estancia de ampliación de estudios, en la Universidad Montesquieu de Burdeos, bajo la supervisión del profesor Bernard Pacteau.

El presente libro, por cuya publicación cabe ya felicitar a Editorial REUS y agradecer el vital empeño del profesor José Luis Piñar Mañas, es, como la propia autora indica al lector, solo una parte de su memoria doctoral, que en su momento abordó el estudio de una materia compleja y ardua. Su tratamiento impone jugar en terreno movedizo, confuso, de cimentación heterogénea y no pocas veces defectuosa, en la que el legislador español —y no solo este— ha perdido todas las apuestas por una

sistematización sólida, sencilla y duradera. El tiempo, especialmente los lapsos veinteaños, han sido verdugos inmisericordes de todo intento racionalizador y simplificador, ante la irrupción de figuras nuevas, deliberadamente inclasificables que, cuando, al fin una norma posterior las acogía, eran sucedidas por nuevos desbordamientos supuestamente innovadores, eficientes y benéficos, aunque tras tales personificaciones innovadoras se escondieran, no pocas veces, propósitos poco edificantes.

En efecto, la doctora Boto Álvarez se atreve a adentrarse en la selva de las entidades instrumentales; a profundizar en su etiología —y en su patología, a veces—; a relacionarlas y hasta a recalificarlas. Y a examinarlas en sus relaciones intersubjetivas y, particularmente procesales, para posteriormente, con un valioso apoyo del Derecho comparado, en el que se percibe el magisterio del profesor Franco Gaetano Scoca, abordar su defensa jurídica, calibrando así su grado de independencia con las entidades matrices.

Nuestro Derecho, como señala la autora, cuenta con distintas expresiones de origen doctrinal para referirse a la pléyade de organismos instrumentales creados por las Administraciones Públicas a través de la técnica de la descentralización funcional. Se puede hablar así de «Administración indirecta», «Administración Institucional», o más gráficamente, «Administración instrumental». Para Alejandra Boto ninguna de esas expresiones cuenta con una definición positiva nítida, tratándose de «términos plásticos, que se aceptan comúnmente por su inmediata inteligibilidad pero que en el fondo designan una realidad variopinta; las citadas expresiones pueden ser útiles con un valor meramente referencial, pero un análisis siquiera remotamente científico de su realidad tiene que partir por necesidad de hacer el esfuerzo previo de convenir su significado y dotar a la expresión de un contenido». Y como tal circunstancia no se da, la autora aborda como primer objetivo de su estudio: la búsqueda de notas que sirvan para definir la categoría de estos entes e identificar su tipología en el ordenamiento vigente.

Como ya hemos dicho, el recurso al Derecho comparado no es un prurito académico con el que adornar un estudio de contornos nacionales. Muy al contrario, los problemas afrontados en la obra no son un fenómeno aislado de nuestro sistema, puesto que se aprecian en otros países que, aún con algunas raíces comunes, cuentan con su propia tradición jurídica. Tal es el caso de la noción, en buena medida doctrinal, de *ente pubblico* en Italia, también de linderos imprecisos. O de lo que ocurre en Canadá, donde la ausencia del más mínimo intento de sistematización legal cede el protagonismo en la materia a la exégesis de los autores,

quienes se vienen encargando de sentar las bases respecto a unos organismos funcionalmente descentralizados, no amparados por ningún techo positivo común.

Todo ello es lo que justifica el fracaso histórico del legislador español que, desde hace ya más de medio siglo, ha intentado repetidamente elaborar construcciones de régimen general en materia de organización administrativa para acomodar a los heterogéneos entes funcionalmente descentralizados. Desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (texto aprobado antes de que España ingresara en la ONU y curiosamente modificado al abrigo comunitario por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre), con sus «fundaciones públicas de servicio», primer antecedente de los actuales organismos autónomos, hasta la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 1958; la Ley General Presupuestaria, de 1977 y la vigente LOFAGE de 1997. Texto este último que, con ambición pronto frustrada, quiso dar una ordenación sistemática conjunta a toda la organización administrativa estatal. Más tarde la Ley General Presupuestaria de 2003, introdujo una nueva tipología, digna de atención desde el punto de vista iusadministrativo pese a su inicial afectación al solo ámbito financiero. Y sin desdeñar la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local, que llevó a la vida municipal y provincial los criterios de sistematización de la LOFAGE.

La Ley 28/2006, de Agencias Estatales, ha sido el último intento del legislador español para someter los entes instrumentales a parámetros racionales, aunque no uniformes, como bien diagnostica la autora «bajo la bandera de la modernización y de la búsqueda de la excelencia y de la calidad en la prestación de los servicios». Porque más allá de la incorporación de un nuevo tipo de organismo público al cuadro de la LOFAGE, con esta Ley se pretendió introducir, con elogiada perspectiva de futuro, una disciplina común para todos los entes instrumentales. Sin embargo, quizá por falta de un radical cambio de enfoque, esta reforma, como cualquier otra sin raíces firmes, ha fracasado. Y aunque la publicidad oficial y oficiosa sobre las bondades de la Ley de Agencias insistía en «un cambio de filosofía y de paradigma», lo cierto es que «su terminología vaga y confusa, y la actitud contumaz de nuestro legislador» —en palabras de la autora—, reiterando errores pasados y perpetuando excepciones y excepciones a las excepciones, han devaluado y hasta desactivado los propósitos del legislador, que se inspiró, posiblemente en el modelo de las *Executive agencies* del movimiento *Next Steps* del Derecho inglés, pues aunque se diferencien en el dato de la personalidad jurídica separada y en el procedimiento de creación, las Agencias Estatales también pretenden,

en la línea marcada por el New Public Management, una gestión flexible, transparente y eficaz de los servicios públicos.

Para la autora, ante todo, las Administraciones instrumentales españolas son —y esa es su nota dominante— entes dotados de su propia personalidad jurídico-pública, lo que no ocurre en otros sistemas examinados o al menos no con carácter general. Alejandra Boto razona con tino que la situación española merecería ser revisada, porque «la costumbre de dotar de su propia personalidad jurídica diferenciada a los organismos instrumentales puede acabar produciendo efectos perniciosos, tales como la interposición ventajista de personificaciones formales y la huida del Derecho Administrativo. Con la creación de tantas figuras subjetivas diferenciadas los organigramas operativos se saturan y se enturbian, y la atribución correcta de responsabilidades se difumina. Apostar, en cambio, por reservar la personalidad jurídica propia únicamente para aquellos organismos que de verdad requieren de ella para su gestión (...) parece muy ventajoso, y sería un envite definitivo por la transparencia».

En cuanto a los aspectos procesales, parte importante del trabajo y de gran valor para la discusión ulterior de *lege ferenda*, es de destacar, pese a lo discutible —y discutido en la defensa de la Tesis— la valiente apuesta de la autora por modificar el artículo 20 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que, como es sabido, sigue prohibiendo, de modo expreso, que las entidades instrumentales de Derecho público interpongan recurso contencioso administrativo frente a la Administración de la que dependen. La doctrina justificativa de esta restricción viene entendiendo que en estas relaciones interadministrativas no puede hablarse de dos voluntades distintas, una del ente matriz y otra del instrumental; por lo ni puede ni debe existir un eventual conflicto entre las mismas. Pero Boto Álvarez, con interesantes razonamientos, entiende que la reforma de este artículo 20, eliminando la prohibición de su apartado c), «parece ineludible» ya que, aunque «es cierto que existe una relación innegable entre los fines del ente matriz y los de sus entidades instrumentales», ello «no impide que pueda plantearse una divergencia en la forma respectiva de entender el interés público subyacente, porque este interés no es monolítico y cada una de esas Administraciones (instrumental y territorial) actúa desde una perspectiva muy particular que condiciona su óptica y, por qué no, también su forma de entender el interés público».

No es, pues, este libro —ni toda la tesis, parcialmente inédita—, un reposado ejercicio descriptivo de este campo organizativo, ni siquiera un meritorio arreglo teórico de su caótica dispersión. Muy al contrario,

es un continuo suceder de análisis críticos sobre los problemas internos y externos que este desbarajuste burocrático de personificaciones ocasiona.

La autora, que incluso se atreve, en buena línea dogmática, a definir la Administración instrumental como el conjunto de «entes de Derecho público de existencia contingente, con personalidad jurídica diferenciada, que no están vinculados de forma jerárquica con ninguna estructura de la Administración territorial pero que son creados por ella, para encomendarles una serie de fines especiales que se convierten en el ámbito donde se desplegará el campo de actuación propio de la entidad instrumental y en base a los cuales se desarrollarán sus propios intereses». Y sin perjuicio de que la gestión autónoma de esos intereses —que Boto Álvarez sigue entendiendo privativos y diferenciados— esté limitada por controles que, ciertamente, aminoran la potencia inicial que se presupone insita a su personificación separada.

Una de las conclusiones y apuestas previas de la tesis sería ofrecer, desde una nueva ley de organización de este difuso campo, un abanico ciertamente amplio de posibles figuras a crear y que después la decisión de engendrar y encasillar en un concreto tipo surgiese de un proceso de reflexión y valoración responsable, en atención a razones económicas y de legalidad u oportunidad. Esta propuesta, que no siendo «más que un deseo futurible», como puede apreciarse va justo «en la línea opuesta a la filosofía que ha presidido las últimas reformas legislativas de la organización administrativa en España».

Un ámbito donde las ventajas de tal apuesta, se pondrían de manifiesto es, el relativo al comportamiento como parte procesal de estos organismos instrumentales. En la actualidad, los aspectos de legitimación, postulación y posición procesal de la Administración están reguladas, por no desentonar de la tónica reguladora material, en un amasijo de preceptos dispersos que entre sí no guardan la mínima unidad de criterio subjetivo, de modo que, a salvo alguna previsión singular, no es fácil afirmar si un determinado privilegio procesal incluye dentro de su ámbito de aplicación subjetivo a una concreta personificación instrumental o no. Y el exhaustivo análisis jurisprudencial realizado por Boto Álvarez, evidencia que la doctrina de los Tribunales no aporta la necesaria autoridad esclarecedora.

La normativa sobre especialidades procesales, constituida principalmente, aunque no en exclusiva, por la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas, revela a primera vista una falta de tratamiento homogéneo, o cuando menos sistemático, a la hora de determinar el ámbito subjetivo de aplicación de dichas espe-

cialidades. Dentro de esa revisión que se propone con ánimo constructivo, aún a sabiendas de la escasa receptividad de quienes ostentan la potestad de iniciativa legislativa, figura la revisión a fondo y de fondo de algunos privilegios procesales, que como Boto Álvarez recuerda son de constitucionalidad admisible, o incluso admitida, pero de oportunidad dudosa, por no hablar de lo políticamente correcto en los tiempos igualitarios que corren. Reforma que, para la autora, además de necesaria es «urgente, dado que un análisis detenido de los mismos, y su cotejo con los equivalentes del Derecho comparado, evidencia fuertes carencias». Y en tal sentido propone la revisión del régimen de la reclamación previa y de determinados actos de comunicación procesal privilegiada, por ejemplo. Pero, sobre todo, entiende inaplazable la modificación de la técnica de atribución subjetiva seguida en la normativa española, especialmente en privilegios como el del fuero territorial o la suspensión del curso de los autos, apreciando, con agudeza, que «en el fondo, todo ello no hace sino corroborar la importancia de la homogeneidad en el lenguaje jurídico».

El libro que quien me honre leyendo este prólogo —o saltándose-lo juiciosamente— tiene entre sus manos, es el resultado, parcial y exitoso, de un reto doctoral de gran magnitud que, confieso, llegó a desbordarme inicialmente en su dirección. La sólida formación de Alejandra Boto, su constancia y capacidad de trabajo y la intuición y *finezza* para escoger las experiencias, los maestros y las universidades donde apreciar otras caras del poliedro, hicieron que tan ambiciosa travesía llegara a buen puerto. La propia interesada nos da alguna pista sobre su andadura investigadora en el capítulo de agradecimientos, debiendo destacarse que sus ya reiteradas estancias en Canadá están aportando a la literatura jurídica española experiencias jurídicas de aquel Estado norteamericano, de sumo interés y alejadas de la temática que habitualmente interesa en algunos territorios de nuestro país, como la secesión institucionalizada o la cuestión lingüística.

Ciertamente, el campo organizativo puede resultar más duro, más abstracto y menos ameno. Pero el Derecho positivo, el del día a día, ni puede limitarse a reverdecir historias pasadas ni a regular ensoñaciones y futuribles. Y enfrentarse a esa guerra de guerrillas, pues no otra cosa parece el estudio de las Administraciones instrumentales, es tarea tan loable como compleja, máxime cuando, como en el soneto de Rilke, cambia su consideración y encuadre «tan rápidamente como las nubes de figura». El Derecho Administrativo rara vez encumbra literariamente a sus cultivadores, aunque, como es el caso de este trabajo de Alejandra Boto, presagio de nuevos y brillantes frutos, por su lucidez y rigor resulte de

una sobresaliente utilidad para el debate sobre las estructuras del poder público y la posición de las partes en el proceso. Y eso no es socialmente menos importante que unos versos inspirados, aunque más de uno acepte, como en el poema citado, que solo la lírica sobre la nación consagra y justifica a quien la compone.

Oviedo, 20 de mayo de 2011

Leopoldo Tolivar Alas

Catedrático de Derecho Administrativo

Presidente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia

NOTA PRELIMINAR

Este libro es el resultado de las investigaciones desarrolladas entre 2005 y 2009 para la elaboración de mi Tesis Doctoral, defendida con el mismo título que encabeza esta monografía bajo la dirección del Profesor TOLIVAR ALAS, el día 10 de enero de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, ante un Tribunal presidido por el Profesor VANDELLI e integrado por los profesores PIÑAR MAÑAS, REBOLLO PUIG, CUETO PÉREZ y MENÉNDEZ SEBASTIÁN. A todos ellos, y a la profesora FUERTES LÓPEZ cuya presencia física en el Tribunal fue imposible a causa de imprevistas inclemencias meteorológicas, pero que tuvo la deferente amabilidad de hacer llegar su juicio por vía telemática, quiero expresar mi más sincero agradecimiento. En beneficio del resultado final, espero haber sabido plasmar en las páginas que siguen sus valiosas y acertadas observaciones de forma adecuada, con las actualizaciones que el tiempo pasado desde el acto de lectura y defensa impone. De forma muy especial debo agradecer los esfuerzos de todo orden que el profesor VANDELLI tuvo que realizar para poder ejercer la Presidencia, y el seguimiento posterior de la suerte de la Tesis por parte del profesor PIÑAR MAÑAS, sin cuyo empeño este trabajo no hubiera podido ver la luz. Alusión singular debo hacer a la profesora MENÉNDEZ SEBASTIÁN, cuya comprensión y apoyo fueron cruciales para no desfallecer en el proceso.

Asimismo quiero expresar a los profesores Franco Gaetano COCA y Pierre LEMIEUX mi reconocimiento por su amable acogida y tutoría durante mis estancias de investigación de 2006, 2007 y 2008 en las Universidades de La Sapienza (Roma) y Laval (Quebec), que han resultado claves para la elaboración del presente trabajo y que me han enriquecido tanto en lo académico como en lo personal. De mención obligada resulta igualmente

la cordial colaboración de los profesores Glaucio NORI y Bernard PACTEAU, quienes desde las Universidades de Ancona y Burdeos aceptaron desinteresadamente evaluar el texto final de la Tesis para la consecución de la mención de Doctorado Europeo.

Por último, aunque en el germen de todo desde que la idea para este trabajo no era siquiera un bosquejo, no puedo dejar de extender mi gratitud a mi maestro, el Profesor Leopoldo TOLIVAR ALAS. Contar con su fiel guía y recto magisterio, pero también con su aliento y auxilio, durante estos años ha sido todo un honor del que espero poder seguir disfrutando para crecer como investigadora, resultando imposible encontrar palabras que reflejen mi profunda admiración hacia su persona.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

- AC/AS/JUR/RJ/RJCA: Codificación de los marginales Aranzadi.
- AJDA: *L'Actualité Juridique. Édition Droit Administratif.*
- AP: Audiencia Provincial.
- art.: artículo.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- c.: *chapitre.*
- cpc: *codice di procedura civile.*
- CSC: *Cour suprême du Canada.*
- FJ: Fundamento Jurídico.
- GU: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.*
- LAE: Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales.
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.
- LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
- LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
- LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.
- LOU: Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
- LPL: Ley de Procedimiento laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

- LRC: *Lois codifiées du Canada*
LRQ.: *Lois consolidées du Québec*
LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
núm.: número.
p.: página.
RD: Real Decreto.
RD-Ley: Real Decreto-Ley.
RDLegislativo: Real Decreto Legislativo.
REALA: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.*
REDA: *Revista Española de Derecho Administrativo.*
RAP: *Revista de Administración Pública.*
ss.: siguientes.
TS: Tribunal Supremo.
TSJ: Tribunal Superior de Justicia.
TU: *Testo Unificato.*

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO INICIAL. RAZONES PARA EL ESTUDIO

Lo que habitualmente se espera al comenzar la lectura del trabajo resultante de una Tesis Doctoral es una introducción que nos aproxime a la cuestión de la que se va a tratar, que justifique la necesidad del estudio de ese tema en particular, y que vaya aclarando la problemática con la que se ha enfrentado el investigador y en la que intentará introducir a los lectores en las páginas siguientes. Se debe tener también siempre presente que el objeto de este tipo de estudios no puede ser el simple comentario a una serie de normas más o menos ligadas entre sí por un nexo que constituye el título del trabajo, ni tampoco la más ambiciosa labor de hacer dogmática jurídica en sentido puro, pues no es éste el momento de acometer tal labor. Lo que se espera es, en definitiva, que se indague en un régimen jurídico más o menos caótico y, desde la humildad de quien se está aún iniciando en el arduo camino investigador, trate de comprenderlo, de ordenarlo, y de intentar elaborar nuevos planteamientos que puedan dar pie a una teoría que ofrezca solución a problemas reales y cotidianos.

En ese sentido, permítaseme ahora la concesión de afirmar que un estudio sobre el rol procesal de los entes instrumentales de la Administración del Estado tiene sin duda grandes implicaciones prácticas. En uso de su potestad de autoorganización, las Administraciones crean toda una serie de organismos de los que se valen para acometer muchas de sus funciones de una manera más eficaz. Estos, precisamente escudándose en la búsqueda de un funcionamiento ágil y dinámico, acaban muchas veces escapando del régimen administrativo para operar en el Derecho privado. Sólo hay que mirar a nuestro alrededor para ver la cantidad de entes de este tipo que

existen hoy en día. Las Administraciones territoriales se valen intencionalmente de estas «prolongaciones» instrumentales para crear a su alrededor una nebulosa desordenada¹ donde las responsabilidades se difuminan² y se eluden los controles con la excusa de conseguir un funcionamiento más dinámico sobre la base teórica de la descentralización funcional. Con todo, como veremos, esta descentralización no suele ser perfecta, lo que da lugar a importantes problemas no sólo relevantes en los terrenos conceptual y teórico sino también para la *praxis*; de hecho, suele ser este tipo de organismos los que deben confrontar los particulares a la hora de reclamar, por ejemplo, como usuarios de un servicio³.

Son organismos que parecen optar, a conveniencia, entre las reglas del Derecho privado o la garantía y la protección del «paraguas» de lo público; en materia procesal esto resulta especialmente perturbador, dado que la Administración dispone a su favor, por el simple hecho de serlo, de un *status* privilegiado que desvirtúa la igualdad entre las partes en litigio. Parece claro así que ha de concretarse la posición procesal de este tipo de entes que viven en una conveniente zona de penumbra entre lo público y lo privado, pues permitir sin más que se valgan de los privilegios procesales de la Administración a su interés es tanto como dejar a los usuarios desamparados, o al menos en una situación de debilidad no justificada.

Y, sin embargo, resulta muy difícil redactar una introducción al uso para esta monografía, por el problema inherente a la definición del concepto mismo de la Administración instrumental⁴. Muchas veces coinci-

¹ Nos permitimos el uso de esta metáfora cosmológica siguiendo la línea de NIETO, quien ha caracterizado la proliferación de entidades instrumentales como fenómeno catalizador del *Big Bang* del Estado al que estamos asistiendo (NIETO, A., *La «nueva» organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 225-235).

² Al respecto, *vid.* VICENTE DOMINGO, R. DE, «La responsabilidad patrimonial de los entes públicos instrumentales en la legislación y la jurisprudencia administrativas» en VV.AA., *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al Profesor Jose M^a Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 351 y ss.

³ *Vid.* SOSA WAGNER, F., «Servicio Público y el papel de la nueva Administración» en VV.AA., *Administración Institucional*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 247-284.

⁴ La expresión, de frecuente uso en la doctrina, no está sin embargo recogida como tal en la legislación. Al respecto resulta de indispensable consulta la obra de JIMENEZ DE CISNEROS CID, F.J., *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y Régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, en especial pp. 62-96. Recientemente, sin embargo, la noción de «ente instrumental» consolidada en la doctrina ha sido incorporada, por ejemplo, al nuevo texto del Estatuto de Autonomía de Andalucía aunque sin homogeneidad terminológica (*vid.* MONTOYA MARTÍN, E., «Economía y sector público: La

dente con las nociones genéricas de «Administración indirecta⁵» o de «Administración Institucional⁶», se puede decir que está formada por una serie de entes con personalidad jurídica cuyo mismo denominador común (la instrumentalidad que les une con el ente matriz del que proceden) no resulta fácil de precisar⁷. Sólo es posible salir de este círculo vicioso admitiendo que lo importante no está en los términos, sino en las realidades organizativas a las que se quiere hacer referencia⁸: entes con personalidad jurídica propia de los que el poder público se sirve para el cumplimiento de alguno de sus fines a cambio de reconocerles un ámbito de actuación sustancialmente autónomo.

En nuestro Derecho se puede decir que la clave está en la personalidad jurídica diferenciada de estos organismos, que va a posibilitar la huída del Derecho público⁹; la causa última de su creación es buscar el amparo de un régimen jurídico particular que permita evadirse de la lentitud y de la rigidez del Derecho Administrativo. Al mismo tiempo, el gran caballo de batalla se halla en la tensión entre la autonomía que se les reconoce a estos entes para el cumplimiento de sus fines, y la instrumentalidad que

organización instrumental en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 65, 2007, p. 77).

⁵ Entendida como el conjunto de entidades que con personalidad jurídica propia satisfacen indirectamente fines del Estado. *Vid.* GARRIDO FALLA, F., «Origen y evolución de las entidades instrumentales» en VV.AA., *Administración Instrumental Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo* (2 vol), Civitas, Madrid, 1994, p. 27. También se puede utilizar la expresión «Administración funcional o especial», que se contrapone a la vocación de universalidad propia de las Administraciones territoriales (*vid.* PAREJO ALFONSO, L., *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 150 y 151).

⁶ En la distinción tradicional entre instituciones y corporaciones, se dice que los entes instrumentales son institucionales en la medida en que no nacen de una unión de personas físicas que eligen como miembros a sus órganos de gobierno (típica estructura de los Colegios Profesionales, por ejemplo), sino que surgen porque hay un sujeto (el ente matriz) que dota al nuevo ente de un patrimonio y de unos medios propios, creando una persona jurídica para llevar a cabo una función (característica de las Fundaciones).

⁷ *Vid.* GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 29. El mejor estudio sobre la relación de instrumentalidad se halla en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 14ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pp. 416 y ss.

⁸ *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 309 y 400.

⁹ A este respecto resulta fundamental la consulta de CLAVERO ARÉVALO, M.F., «Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962, pp. 13 y ss.

les une al ente matriz que los ha creado¹⁰. Mucho es lo que se ha escrito sobre este tema y tampoco es este el lugar para reproducirlo¹¹. En pocas palabras podría decirse que, para aproximarnos al fondo de la cuestión, es preciso analizar los dos elementos característicos de este tipo de entes: la personalidad jurídica diferenciada y el carácter instrumental.

Se trata en realidad de dos elementos íntimamente relacionados; la personalidad propia es el punto de partida necesario para poder hablar de Administración instrumental en España, pero a la vez, esta personalidad está mediatizada por la propia relación de instrumentalidad con el ente matriz y la consiguiente tutela de este sobre aquella. Esto es algo que ha llevado a algunos autores a hablar de que la atribución de personalidad al ente instrumental es una mera técnica organizativa¹², una pura ficción jurídica; o más allá aún, a afirmar que en realidad se está encubriendo una relación de jerarquía entre el ente matriz y el instrumental¹³.

Sea como fuere lo cierto es que, mientras que alrededor de la naturaleza y las implicaciones prácticas de la relación de tutela del ente matriz sobre el instrumental siguen existiendo muchas dudas¹⁴, sobre las razones

¹⁰ Si la instrumentalidad es muy obvia, deja de poder incardinarse ese organismo entre los entes de la Administración instrumental, como ocurre con los servicios administrativos sin personalidad jurídica, *vid.* GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 37. Se ve, de nuevo, como para poder hablar de Administración instrumental es siempre necesario unir la idea de instrumentalidad con la de personificación jurídica diferenciada. Pero cuando la instrumentalidad está tan matizada que puede llegar a haber dudas sobre si aún se mantiene la vinculación con el ente matriz, como ocurre con las llamadas Administraciones independientes, también surgen dificultades de caracterización, al respecto tendremos ocasión de extendernos más adelante.

¹¹ Además de los estudios ya citados, resultan cruciales para comprender el concepto y naturaleza de la Administración instrumental las obras, verdaderos clásicos de hoy en día, de ARIÑO ORTIZ, G., *La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972 y BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Administración central y Administración Institucional en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

¹² *Vid.* ORTIZ MALLOL, J., «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas», *RAP*, núm. 163, 2004, p. 246.

¹³ Es la tesis de ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, reiterada también en la 2ª edición de su obra de 1974.

¹⁴ Parece innegable que la personalidad jurídica del ente instrumental no es plena; opera, cuanto menos, rebajada en sus relaciones con el ente matriz al que sigue vinculado como un *instrumenta regni* (VILLAR PALASÍ, J.L., «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas» en VV.AA., *Administración instrumental. Libro homenaje...* *op. cit.*, p. 156). No obstante, particularmente no somos partidarios de afirmar que su relación sea de vinculación jerárquica. Como veremos, el

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
NOTA PRELIMINAR	15
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	19
1. PLANTEAMIENTO INICIAL. RAZONES PARA EL ESTUDIO...	19
2. EL PROBLEMA DE FONDO: LA ELASTICIDAD DE LA POTES- TAD DE ORGANIZACIÓN	26
3. LA NECESIDAD DEL ESTUDIO HISTÓRICO-NORMATIVO.....	27
4. LA PROBLEMÁTICA COMPARADA DE LA «ADMINISTRA- CIÓN INSTRUMENTAL»	28
5. EL ENFOQUE EMPÍRICO Y LA APROXIMACIÓN PRÁCTICA...	31
6. PLAN DE TRABAJO	31

PRIMERA PARTE

LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL COMO SUJETO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y RÉGIMEN JURÍDICO

CAPÍTULO I: ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA ADMINISTRA- CIÓN INSTRUMENTAL ESPAÑOLA Y CONTRASTE CON ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO	41
I. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: HITOS EN RELA- CIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL	45
1. El origen conceptual de la Administración instrumental: la descen- tralización por servicios	46
2. El primer prototipo: el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955.....	49

3. La cristalización de los cambios normativos de la década de los cincuenta en el ámbito instrumental: la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958.....	51
4. La regulación presupuestaria de las entidades instrumentales: Ley General Presupuestaria de 1977 y su Texto Refundido de 1988.....	53
5. Por fin una regulación unitaria: la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 1997 (luces y sombras)	55
6. Los primeros complementos a la LOFAGE: la Ley General Presupuestaria de 2003.....	64
7. Una muestra de la fuerza expansiva de la LOFAGE: la Ley de modernización local 57/2003	65
II. EL CÁNDIDO INTENTO DE INTRODUCIR UNA DISCIPLINA COMÚN A TODA LA ORGANIZACIÓN INSTRUMENTAL DEL ESTADO: LA LEY DE AGENCIAS ESTATALES.....	67
1. El contenido de la Ley: análisis del régimen jurídico de las Agencias Estatales.....	69
2. Los problemas terminológicos de la nueva categoría.....	74
3. El engarce de la Ley de Agencias y la LOFAGE.....	82
III. LA PERSISTENCIA DE ENTIDADES AL MARGEN DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	88
1. Los consorcios y las Universidades: la superación de la dicotomía institución vs. corporación	88
2. Las sociedades mercantiles y las fundaciones: la huida del Derecho público	99
3. Las Administraciones independientes	108
IV. SOBRE LA EXISTENCIA DE LA CATEGORÍA EN EL DERECHO COMPARADO	116
1. Italia.....	117
2. Canadá y Quebec.....	124
V. REFLEXIONES DE CIERRE	127
CAPÍTULO II: LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL ESPAÑOLA.....	131
I. LA INSTRUMENTALIDAD EN EL DERECHO POSITIVO: ASALTO FINAL.....	133
1. Instrumentalidad vs. jerarquía.....	134
2. El sentido de la adscripción y la idea del ente matriz.....	137
3. Discriminación frente a conceptos afines: tutela, dirección y vigilancia	141
4. La perspectiva del Derecho comunitario: la noción de Organismo de Derecho público y el uso instrumental de los medios propios.....	148
II. LA VISIÓN DOCTRINAL DE LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD.....	152

1. La construcción subjetiva del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.....	153
2. Los análisis funcionales	154
III. UNA PROPUESTA SOBRE EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL.....	156
IV. IDENTIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL EN EL MOMENTO PRESENTE	159
V. OTROS ENTES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA.....	172
VI. ALGUNAS SUGERENCIAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	176
VII. RECAPITULACIÓN	181

SEGUNDA PARTE

LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL COMO PARTE PROCESAL: LEGITIMACIÓN, SISTEMAS DE ASISTENCIA JURÍDICA Y POSICIÓN PROCESAL

CAPÍTULO III: EL ACCESO DE LOS ENTES INSTRUMENTALES A LA JURISDICCIÓN..... 187

I. EL DATO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA COMO ELEMENTO CAPACITADOR DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL ANTE LA JURISDICCIÓN.....	189
II. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	191
III. LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS PROCESOS INTERADMINISTRATIVOS	194
1. La prohibición de interponer recurso contra la Administración matriz: el artículo 20 c) LJCA.....	196
A) Precedentes y justificación tradicional: examen crítico	197
B) Ámbito subjetivo.....	203
C) Ámbito objetivo	207
2. La necesidad de flexibilizar el acceso de los entes instrumentales a la jurisdicción contenciosa para la defensa de sus intereses. Discusión de alternativas a la reforma de la LCJA	209
A) Interpretación restrictiva de la formulación positiva de la LJCA...	210
B) Arbitraje de Derecho público.....	215
IV. CONCLUSIONES	220

CAPÍTULO IV: LA ASISTENCIA JURÍDICO-CONTENCIOSA A LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL 227

I. LOS SISTEMAS DE ASISTENCIA JURÍDICA A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN GENERAL	230
1. La Asistencia jurídica al sector público en el Derecho comparado ..	231
A) Italia	231

§ 1. Los distintos títulos a que responde el patrocinio de la <i>Avvocatura dello Stato</i> : obligatorio <i>ex lege</i> o en virtud de autorización.....	233
§ 2. Otras formas de asistencia jurídica	237
§ 3. Análisis de algunos casos especialmente relevantes.....	241
B) Canadá.....	252
§ 1. Primera aproximación: la representación jurídica del Estado federal ante los tribunales.....	256
§ 2. La asistencia jurídica a los organismos autónomos de la Administración federal	259
§ 3. Especial referencia a la provincia de Québec	261
2. El modelo español de asistencia jurídica a las Administraciones estatales: rasgos generales	268
A) El servicio de los Abogados del Estado	272
§ 1. Asistencia <i>ex lege</i>	274
§ 2. Asistencia convencional	276
B) Otras formas de asistencia contenciosa	279
§ 1. Los servicios jurídicos propios.....	279
§ 2. Contrato para una asistencia jurídica externa	284
3. Conclusiones del análisis comparado	290
II. EL DEFENSOR DE LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL EN ESPAÑA.....	292
1. Asistencia jurídica a la Administración instrumental de régimen general	293
A) Organismos Autónomos.....	293
B) Entidades Públicas Empresariales.....	297
C) Agencias Estatales.....	303
2. Asistencia jurídica a los entes instrumentales de régimen singular ..	305
A) Entes apátridas y Administración independiente.....	305
B) Consorcios.....	310
C) Sociedades mercantiles y fundaciones.....	312
CAPÍTULO V: LA POSICIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL EN EL LITIGIO	317
I. SOBRE LOS LLAMADOS «PRIVILEGIOS PROCESALES» DE LA ADMINISTRACIÓN.....	320
II. LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA AL EJERCICIO DE ACCIONES CIVILES O LABORALES.....	329
1. La Administración instrumental como elemento subjetivo	330
2. Justificación y dimensión actual del privilegio.....	333
3. El <i>reclamo amministrativo preventivo</i> del Derecho italiano	338
4. La <i>voie administrative préalable</i> y la <i>common law</i> en Canadá	339
III. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL.....	340

1. Entidades instrumentales beneficiarias.....	341
2. Dinámica del privilegio.....	345
3. El régimen especial de notificaciones judiciales a la Administración Pública en Italia. En particular, a sus entes públicos de carácter instrumental.....	350
4. Las particularidades en materia de <i>communication des actes de procédure</i> al Estado y a sus organismos descentralizados en Canadá....	354
IV. EL PRIVILEGIO DEL FUERO Y LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LOS AUTOS.....	355
1. Suspensión del curso de los autos.....	355
2. El fuero territorial.....	362
A) La Administración instrumental como sujeto de este privilegio..	365
B) El juego de esta especialidad en materia competencial	369
C) La regulación del Derecho comparado. Especial atención al <i>Foro dello Stato</i> en el Derecho italiano.....	373
V. LA EXENCIÓN DE DEPÓSITOS Y CAUCIONES.....	381
VI. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COSTAS	391
1. La tasación de costas que presenta el Abogado del Estado. En particular: la minuta de servicio a favor de los entes instrumentales	393
A) Problemática subjetiva y naturaleza de las costas devengadas por el Abogado del Estado	393
B) Las partidas indebidas.....	398
C) Las minutas excesivas.....	402
2. El destino de las costas devengadas a favor de la Administración. El caso concreto de los entes instrumentales	404
3. El pago de la condena en costas por parte de la Administración.....	406
VII. PECULIARIDADES EN LA GESTIÓN TÉCNICA DE LA LITIS ...	406
VIII. OTRAS	412
IX. REFLEXIÓN FINAL	419
CONSIDERACIONES FINALES	421
APÉNDICES JURISPRUDENCIALES.....	433
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	435
JURISPRUDENCIA ITALIANA	447
JURISPRUDENCIA CANADIENSE	457
BIBLIOGRAFÍA.....	461

