

# EAPC - Aprofundim en el procediment administratiu i en el funcionament de les administracions públiques



Conceptualització de sector públic i administració pública per determinar l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes (1a part)

07-01-2020

## 1. La construcció del concepte de "sector públic"

Tota llei administrativa té un objecte, és a dir, l'àmbit material que es pretén regular, i un àmbit subjectiu, és a dir, la identificació de les administracions públiques i, si escau, dels ens públics que resten sotmeses a la norma, més enllà del sotmetiment general dels ciutadans i dels poders públics a l'ordenament jurídic, que estableix l'article 9.1 de la Constitució espanyola.

Durant molts anys la definició d'aquest àmbit subjectiu d'aplicació de les lleis administratives no ha plantejat gaires problemes; ha estat així perquè, fins ben entrada la segona meitat del segle XX, s'ha considerat que les lleis s'aplicaven a tots els ens públics, sense distinció.

Però la realitat és que a partir de la segona meitat del segle XX prolifera la creació de diferents tipus d'ens públics. Aquesta multiplicació d'ens obeeix a un diferent grau de subjecció de les normes, i es produeix el que es coneix com la "fugida del dret administratiu". Aquesta situació de fugida del dret administratiu, mitjançant formes de personificació d'ens públics que quedaven al marge de l'àmbit subjectiu d'aplicació de lleis administratives, va adquirir el màxim exponent durant la dècada dels noranta del segle passat.

Aquestes exclusions van generar reaccions per part de la Unió Europea, tant de la Comissió Europea com del Tribunal de Justícia, que es van pronunciar en diferents ocasions sobre les excessives exclusions de l'aplicació de les normes contingudes en directives, molt especialment en l'àmbit economicofinancer i en la contractació.

La reacció del legislador ha estat definir amb detall l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes, però aquesta tasca no sempre és senzilla ni queda al marge de dificultats a l'hora d'aplicar-ho, perquè, davant l'enorme varietat d'entitats públiques, no sempre és fàcil identificar-les en les normes, i aquesta tasca encara es complica més quan és el que en determinarà la subjecció.

La situació descrita és encara més complexa si s'incorporen altres elements que no es poden obviar a l'hora de fer una diagnosi. Ens referim a quatre conceptes o eixos bàsics que, més que excloure's, en la realitat es complementen, i de fet guarden una necessària connexió. Aquests quatre conceptes bàsics són: dret administratiu - dret privat; administració pública - entitats que no són administració pública.

Afirmem que guarden connexió, o en altres paraules, que no es comporten de manera autònoma, perquè si bé les administracions públiques amb caràcter general se subjecten al dret administratiu, no les exclou en determinats àmbits de la subjecció al dret privat (és el cas dels contractes privats, règim dels béns patrimonials, o l'aplicació del dret laboral a una part important dels empleats públics). Així mateix, les entitats del sector públic enteses en la màxima extensió, resten subjectes al dret administratiu (diferent grau d'intensitat segons el tipus d'ens) i al dret privat, també amb diferent grau d'intensitat.

En bona mesura la complexitat que suposa la determinació de l'àmbit subjectiu de les normes demana entendre i delimitar aquests conceptes, que abordarem tot seguit.

Tradicionalment es defineix el dret administratiu com el sector de l'ordenament jurídic referit a l'organització i l'activitat de l'administració pública. Aquesta definició clàssica s'ha de matisar per dos motius: el primer, perquè les administracions públiques no es regeixen només pel dret administratiu, tal com s'acaba d'exposar; el segon, perquè el dret administratiu a vegades s'aplica a entitats que no són administració pública. A resultes d'aquesta situació s'ha anat consolidant el concepte de *sector públic*, molt més ampli que el d'*administració pública*.

La conceptualització de *sector públic* neix per englobar els supòsits de subjecció del dret administratiu més enllà de l'administració pública en sentit estricte, incloent-hi ens públics que no tenen la consideració d'administració pública -principalment societats mercantils i fundacions.

El concepte de *sector públic*, molt més ampli que el d'*administració pública*, es consagra inicialment en la legislació sobre hisenda pública i estabilitat pressupostària. En aquest sentit, la Llei 18/2001, de 12 de desembre, general d'estabilitat pressupostària, dedica l'article 2 a definir l'àmbit subjectiu d'aplicació, i ofereix una definició de *sector públic* únicament a l'efecte de l'aplicació de la llei. Cal recordar que la Llei 18/2001 va ser derogada pel Reial decret legislatiu 2/2007, de 28 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general d'estabilitat pressupostària, posteriorment derogat per la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera. L'article 2 d'aquesta llei ofereix una definició de *sector públic* a l'efecte de la seva aplicació, d'acord amb la definició i la delimitació del Sistema europeu de comptes nacionals i regionals (SEC).

Aquesta definició de *sector públic* que conté la normativa pressupostària es construeix sobre la necessitat de complir els compromisos de dèficit públic en el marc de la política econòmica de la Unió Econòmica i Monetària, que té com a referent o punt de partida el Pacte d'Estabilitat i Creixement, acordat en el Consell d'Amsterdam el juny de 1997, i s'ha anat traslladant a la legislació administrativa general, principalment pels motius següents:

1. Necessitat d'ajustar-se a les exigències del dret europeu. La normativa europea, principalment les directives i reglaments, fixen el seu àmbit d'aplicació partint d'un concepte molt ampli d'*entitat pública*,

que va més enllà del d'administració pública, tal com tradicionalment s'ha entès en el nostre ordenament jurídic.

2. Una voluntat del legislador d'acotar la “fugida del dret administratiu” al dret privat, mitjançant la personificació d'ens instrumentals de dret privat per part de les administracions públiques.

Com exemple d'aquesta expansió conceptual de sector públic a la legislació administrativa, podem citar els casos següents:

- La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. Resulta interessant l'apartat IV.1 de l'exposició de motius:

“1. A fi d'ajustar l'àmbit d'aplicació de la Llei al de les directives comunitàries, com també per no deixar entitats del sector públic exemptes de regulació, la delimitació dels ens subjectes es realitza en termes molt amplis. A aquests efectes, l'article 3.1 enumera a les lletres *a-g* les entitats que, d'acord amb una determinació de política legislativa interna i autònoma, es considera convenient que, en tot cas, se subjectin a la legislació de contractes públics; aquesta llista, inspirada en la definició de sector públic de la Llei general pressupostària amb les pertinents correccions terminològiques per permetre l'extrapolació de les seves categories als sectors autonòmic i local i l'addició de mencions expresses a les universitats públiques i als denominats 'reguladors independents', està formulada en termes extremadament amplis.”

- La Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a l'article 2, sota el títol “Àmbit subjectiu d'aplicació”, relaciona les entitats que queden subjectes, i indica quines tenen la consideració d'administració pública. En el mateix sentit l'article 3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, recull el seu àmbit d'aplicació, i relaciona diferents tipologies d'administració i d'entitats jurídicopúbliques i jurídicoprivades, que queden subjectes a la norma.
- La Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, a l'article 3 es refereix al seu àmbit d'aplicació referint-se a administracions públiques i a entitats públiques, si bé sense emprar l'expressió “sector públic”.

La culminació de la conceptualització de *sector públic* cal buscar-la en la Llei 9/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, i la [Llei 40/2015](#), d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic. Aquests textos legals relacionen els ens que formen part del sector públic i indiquen els que tenen la consideració d'administració pública. Ara bé, aquesta relació té l'única finalitat de determinar l'àmbit subjectiu d'aplicació de la llei de què es tracta (ja sigui la Llei 39/2015 o la Llei 40/2015), en conseqüència ni aquesta relació d'ens ni la conceptualització que se'n desprèn, no tenen una aplicació universal per a la resta de normes de l'ordenament jurídic administratiu.

De tot el que s'ha exposat podem concloure que el concepte de *sector públic* es troba directament relacionat amb la finalitat que cadascuna de les normes de l'ordenament jurídic administratiu persegueix i la matèria objecte de regulació (contractació, control pressupostari, transparència, règim patrimonial o subvencional, etc.). Cal-hi afegir la complexitat que comporta la definició de les diferents personificacions que poden adoptar les entitats públiques i la consideració d'aquestes com administració pública. En altres paraules, podem afirmar que el concepte legal de *sector públic* variarà en funció de l'àmbit sectorial a l'efecte de determinar l'àmbit d'aplicació de la llei de què es tracti; igualment es pot afirmar que l'enumeració d'entitats del sector públic que ofereix la [Llei 40/2015](#), d'1 d'octubre, es fa a l'efecte d'organització administrativa.

2. El concepte de sector públic i d'administració pública en la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques

L'article 2 de la Llei 39/2015 fixa quin és el seu àmbit subjectiu d'aplicació:

“1. Aquesta Llei s'aplica al sector públic, que comprèn:

- a) L'Administració general de l'Estat.
- b) Les administracions de les comunitats autònomes.
- c) Les entitats que integren l'Administració local.
- d) El sector públic institucional.

2. El sector públic institucional és integrat per:

a) Qualsevol organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents de les administracions públiques.

b) Les entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques, que estan subjectes al que disposen les normes d'aquesta Llei que s'hi refereixin específicament, i en tot cas quan exerceixin potestats administratives.

c) Les universitats públiques, que es regeixen per la seva normativa específica i, supletòriament, per les determinacions d'aquesta Llei.

3. Tenen la consideració d'administracions públiques l'Administració general de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes, les entitats que integren l'Administració local, així com els organismes públics i entitats de dret públic que disposa la lletra a de l'apartat 2 anterior.

4. Les corporacions de dret públic es regeixen per la seva normativa específica en l'exercici de les funcions públiques que els hagin estat atribuïdes per llei o delegades per una administració pública i, supletòriament, per aquesta Llei.”

De la lectura del precepte interessa destacar el següent:

1. El sector públic que relaciona l'article es refereix únicament al seu àmbit d'aplicació, això vol dir que la delimitació del sector públic que ofereix aquest article no desplaça la que puguin contenir altres normes, que a més no ha de ser necessàriament coincident (p. ex., en l'àmbit pressupostari o de contractació).
2. L'article diferencia un sector públic en sentit ampli, i dintre d'aquest el sector públic institucional seria una espècie dintre del gènere.
3. De les diferents entitats que conformen el sector públic, identifica les que tenen la consideració d'administració pública.
4. Les corporacions de dret públic resten al marge del seu àmbit d'aplicació, i queden subjectes a la llei de forma supletòria.

Del que s'ha exposat podem extreure una afirmació i oferir una classificació de sector públic:

- Es pot afirmar que tota administració pública forma part del sector públic, però que no tots els ens que integren el sector públic necessàriament tenen la consideració d'administració pública, si bé tots són de l'administració pública matriu.
- Es poden distingir tres sectors públics que actuen de forma autònoma, cadascun dins del seu àmbit competencial constitucionalment reconegut, que són:

1. Sector públic estatal.

2. Sector públic autonòmic, del qual formarien part les disset comunitats autònomes en què s'organitza territorialment l'Estat, més les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla.

3. Sector públic local, format per les entitats que integren l'Administració local, que, d'acord amb l'article 3 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, són: el municipi, la província, l'illa als arxipèlags balear i canari, les comarques, les àrees metropolitanes, les mancomunitats de municipis i les entitats d'àmbit territorial inferior al municipi, denominades entitats municipals descentralitzades (EMD) pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, existents a l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local.

Observem que hi ha tants sectors públics com administracions territorials, la qual cosa guarda coherència amb el caràcter primari o principal de l'organització administrativa, i a més és conforme als nivells territorials bàsics que consagra el títol VIII de la Constitució espanyola. D'aquest nivell primari o bàsic depenen o estan vinculades la resta d'entitats públiques, tinguin o no la consideració d'administració pública, que constitueixen el sector públic institucional.

Per tant, cada sector públic bàsic o primari tindrà el seu propi sector públic institucional, i així podríem distingir tres sectors públics institucionals: l'estatal, l'autonòmic i el local, i cada administració territorial o primària és la que, en exercici del seu àmbit competencial, fixarà i definirà la tipologia i el règim de les diferents personificacions que formaran part del seu sector públic institucional.

Certament la situació descrita genera dificultats a l'operador jurídic a l'hora de delimitar l'àmbit subjectiu d'aplicació de la llei, atès que en funció del tipus de sector públic de què es tracti caldrà recórrer a la normativa que en cada cas estableixi el règim de l'entitat pública considerada, i a partir d'aquí podrà extreure la conclusió de si forma part o no del sector públic relacionat en la Llei 39/2015, i, en cas afirmatiu, si té la consideració d'administració pública.

3. El veritable àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei 39/2015

D'una primera lectura de l'article 2 de la Llei 39/2015, es pot arribar a l'equívoca conclusió que la llei s'aplica a tot el sector públic que s'hi identifica. Fent una lectura més detinguda i analítica, ens adonem que l'àmbit subjectiu no té l'abast a què en un principi ens pot induir una primera lectura.

En efecte, fent una lectura detinguda del precepte s'arriba a la conclusió que es tracta d'una llei que si bé es refereix a tot el sector públic en el seu àmbit subjectiu, la seva aplicació se circumscriu a les administracions públiques, entenent com a tals les que relaciona en l'apartat 3, que són les administracions territorials i les persones juridicopúbliques del sector públic institucional, i en queden al marge les persones juridicoprivades.

Les persones juridicoprivades (societats mercantils de capital majoritari o íntegrament públic i les fundacions públiques), només queden subjectes a la Llei 39/2015, en relació amb els articles "que s'hi refereixin específicament i, en tot cas, quan exerceixin potestats administratives".

Per tant, l'àmbit subjectiu d'aplicació de les entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques, queda condicionat a dos pressupòsits:

1. Que la llei 39/2015 s'hi refereixi específicament. La realitat és que l'articulat de la llei en cap moment es refereix específicament a les persones juridicoprivades, per tant, i en la mesura que aquesta condició no es dona, la seva determinació resulta estèril perquè és innecessària.
2. Que exerceixin potestats administratives. Aquest requisit de subjecció ens planteja un problema, que és en quin moment les persones juridicoprivades (societats públiques i fundacions, com a formes de

personificació més emprades) poden exercir potestats administratives, atès que l'esquema clàssic és que les persones juridicoprivades del sector públic no exerceixen potestats administratives, en tractar-se d'un àmbit propi de les administracions públiques.

Un sector destacat de la doctrina assenyala que aquesta referència té causa en l'article 113 de la [Llei 40/2015](#), d'1 d'octubre, i segons aquest precepte les societats mercantils públiques en cap cas poden disposar de facultats que impliquin l'exercici d'autoritat pública, sens perjudici que excepcionalment la llei els pugui atribuir l'exercici de potestats administratives.

La distinció entre facultats que impliquin exercici d'autoritat i potestats administratives, no és fàcil d'establir, de fet la doctrina administrativista té diferents posicionaments en relació amb l'empara constitucional d'aquesta determinació.

Però aquesta determinació legal, que certament trenca l'esquema clàssic que les persones privades de l'Administració no exerceixen potestats administratives, pot trobar l'explicació en recollir una realitat existent a l'ordenament jurídic, especialment en els casos de societats mercantils que en un moment van assumir activitats que desenvolupaven organismes públics, i que precisament per aquest motiu les lleis especials li reconeixen potestats administratives.

Aquesta situació es dona en societats estatals, per això el legislador estatal ha considerat aquesta determinació en definir l'àmbit subjectiu de la Llei 39/2015.

Algun d'aquests supòsits excepcionals són la Societat Estatal de Correus i Telègrafs, SA, a la qual l'article 58 de la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, relatiu a la constitució de la Societat Estatal, li atribueix l'exercici de potestats administratives, en particular en relació amb el personal depenent de la Societat que conserva la condició de funcionari.

Un altre exemple el trobem en la Societat Estatal de Loteries i Apostes de l'Estat, de la qual la disposició final setena de la Llei orgànica 6/2015 estableix que: "Se encomienda a la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado el ejercicio de las competencias administrativas que pudieran corresponder en relación con los puntos de venta de la red comercial de la extinta entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado que, en virtud de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, continúen rigiéndose transitoriamente por la normativa administrativa que resultare de aplicación. A estos efectos, el personal de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado ejercerá, en virtud de la presente encomienda de gestión, las potestades administrativas necesarias en relación con los citados puntos de venta, con excepción de las de carácter sancionador que se ejercerán por el órgano al que se refiere el apartado Cuatro siguiente."

En vista d'aquestes excepcions, i tenint en compte aquesta realitat, és raonable que la Llei 39/2015 les hagi establertes, ja que queda fora de discussió que l'exercici d'aquestes potestats ha de quedar subjecte al procediment administratiu; una altra cosa més discutible és l'encert de la tècnica normativa emprada, atesa la confusió i l'equívoc a què pot induir el redactat de l'article.

La conclusió de tot el que s'ha exposat no pot ser cap altra que les dificultats que ha de superar l'operador jurídic per delimitar l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes. La realització d'aquesta tasca ha de partir d'una clara definició de les entitats que integren el sector públic, que variarà en funció del sector públic de què es tracti (estatal, autonòmic o local).

Les diferents personificacions del sector públic institucional català, tant des de la vessant de l'Administració de la Generalitat com de les entitats locals catalanes, es tractarà en la segona part d'aquest treball. Aquesta anàlisi ens ajudarà a delimitar l'àmbit subjectiu de la Llei 39/2015, així com d'altres normes.



## **Víctor Siles Marc**

Secretari General. Consell Comarcal del Vallès Occidental