

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. V. GONZÁLEZ GARCÍA

Contrato de colaboración público-privada

F. SANTAOLALLA LÓPEZ

Las directrices de técnica normativa

J. A. TARDÍO PATO

El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992

170

Madrid

Mayo/Agosto

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 170,
Madrid, mayo-agosto (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Cosculluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENCOMIENDA DE EJECUCIÓN Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ENTES INSTRUMENTALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CARLOS AMOEDO SOUTO

Catedrático E.U. de Derecho Administrativo. Universidad de A Coruña
Secretario General de la Consellería de Cultura y Deporte. Xunta de Galicia

A Javier Suárez García,

Porque, como decía Borges,
«Sólo una cosa no hay. Es el olvido»

1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS PREMISAS COMUNITARIAS: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING*.—3. LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LAS ENCOMIENDAS DE EJECUCIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL TRLCAP: EL NUEVO ARTÍCULO 3.1.I) SEGÚN LA REDACCIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO.—4. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ARTÍCULO 3.1.I) TRLCAP: 4.1. *El contenido objetivo de la exclusión*: 4.1.1. Las «encomiendas de gestión» apócrifas. 4.1.2. Los problemas de la articulación jurídica de las encomiendas de ejecución: el esquema norma general-acto unilateral de encomienda: 4.1.2.1. Rango de la norma general. 4.1.2.2. El acto unilateral de encomienda. 4.1.3. En especial, la indebida articulación de las encomiendas de ejecución a través de convenios de colaboración. 4.1.4. Las encomiendas de gestión de servicios públicos a medios propios. 4.2. *El ámbito subjetivo*. 4.2.1. Los entes encomendantes. 4.2.2. Los entes encomendados.—5. LAS ENCOMIENDAS DE EJECUCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2005: 5.1. *Las precisiones relativas a las fundaciones públicas*. 5.2. *La reintroducción de las encomiendas «cruzadas» (a medios propios de otras Administraciones Públicas)*. 5.3. *La contradictoria superposición de las encomiendas de ejecución y el tradicional sistema de ejecución por Administración*. 5.4. *Las cautelas respecto de la contratación de los medios propios*.

RESUMEN

El presente artículo analiza el nuevo régimen jurídico de las encomiendas de ejecución entre las Administraciones y sus entes instrumentales, que abre nuevas posibilidades de encargo de obras, bienes o servicios al margen de las normas comunes de contratación pública. Un régimen propiciado por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que introdujo un nuevo apartado *l*) en el artículo 3.1 del TRLCAP, que excluye de su ámbito objetivo las «encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública». Se analiza la reforma en el marco de la doctrina comunitaria sobre los contratos *in house providing*, sistematizando jurídicamente sus consecuencias y posibilidades para la gestión administrativa.

Palabras clave: contratación pública; entes instrumentales; encomiendas de ejecución; gestión administrativa; contratos *in house providing*.

ABSTRACT

This article analyses the new legal system governing performance commissions between Public Administrations and their instrumental bodies, opening up new opportunities to commission works, goods or services beyond the standard regulations for public tenders. This framework was provided for under the Royal Decree-Law 5/2005, of March 11th, that added a new section *l)* to article 3.1 of the TRLCAP, which excludes from its intended scope any such «management commissions made to the bodies and companies whose capital belongs entirely to the Public Administration itself». The reform is analysed within the framework of Community doctrine relevant to «in house providing» contracts, bestowing legal systemisation to its consequences and opportunities for administrative management.

Key words: public procurement rules; instrumental bodies; commission works; administrative management; in house providing procurement rules.

1. INTRODUCCIÓN

1) La evolución reciente de nuestra legislación contractual pública es la historia de un largo asedio jurisprudencial y normativo auspiciado desde las instituciones comunitarias al amparo de lo dispuesto en los artículos 86 y 95 del TCE y de las Directivas comunitarias sobre contratación pública (93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE).

Transcurrido poco tiempo desde que las sentencias del TJUE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 obligasen al legislador a introducir distintas reformas en el TRLCAP mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, una nueva sentencia del TJUE —la de 16 de enero de 2005— volvió a «tirar de las orejas» a nuestro legislador básico en materia de contratos públicos, propiciando la publicación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública: una norma insatisfactoria que, al mantener fuera del ámbito objetivo del TRLCAP los convenios interadministrativos que no superen los umbrales de publicidad comunitaria, continúa con nuestra tradición «escapista», mereciendo por ello en diciembre de 2005 la reprobación de la Comisión y el emplazamiento del Reino de España a efectos del artículo 228 del TCE.

Justamente a mediados de diciembre de 2005, el Ministerio de Economía y Hacienda ha circulado el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público; embrión de una nueva Ley sustitutiva del TRLCAP del 2000, que no sólo busca trasponer en el —ya incumplible— plazo previsto (31 de enero de 2006) la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, sino que, además, afronta una reforma profunda del vigente TRLCAP, rompiendo amarras en no pocos aspectos con los esquemas heredados de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

Estamos, pues, ante una importante encrucijada de la contratación pública, cuyo análisis crítico merece la pena.

2) En este trabajo vamos a abordar el nuevo marco jurídico de un aspecto concreto, pocas veces estudiado con detenimiento, de ese *perpetuum mobile* que es la contratación pública: *el régimen de las encomiendas de ejecución entre personificaciones públicas*.

Se trata de una técnica dogmáticamente compleja que ha conocido una importante y variada expansión en el tráfico jurídico-administrativo actual. En otro lugar he analizado con detenimiento ese auge, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista de los aspectos jurídicos que lo han posibilitado¹.

Pues bien, como veremos a continuación, a esa consolidación de los «medios propios» ha contribuido de manera decisiva la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre los contratos *in house providing* (punto 2), cuyo contenido ha sido incorporado a nuestra legislación positiva mediante la reforma del artículo TRLCAP introducida por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (punto 3). El análisis dogmático crítico de esa reforma (punto 4 del presente trabajo) es el preludeo de una primera aproximación a la regulación prevista en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que confirma las líneas maestras de un marco jurídico que, sin duda, contribuirá a reforzar la expansión de la técnica organizativa de los medios propios y su correlato «contractual», la encomienda de ejecución.

2. LAS PREMISAS COMUNITARIAS: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING*

3) El actual régimen de las encomiendas de gestión no puede entenderse sin tener presente la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene aplicando desde 1999 para exceptuar determinados contratos del ámbito de las Directivas comunitarias de contratación pública: la técnica de los contratos *in house providing*.

Estos contratos *in house* no son sino encomiendas de trabajo que las Administraciones —y, en general, los considerados en las Directivas sobre contratación *poderes adjudicadores*— imputan a servicios internos, organizaciones especializadas y segregadas en régimen de descentralización funcional para la realización de determinadas funciones de interés general.

Pese a una personificación propia, estas entidades de forma jurídico-privada no se consideran personas jurídicas independientes, por la razón de que carecen de auténtica autonomía de la voluntad. Son, en efecto, puros instrumentos dominados por el poder adjudicador del que dependen y traen causa. En virtud de este argumento, el Tribunal de Justicia estima que *la encomienda de trabajo no es un auténtico contrato entre partes, sino algo distinto: una convención interna entre servicios*. De ahí que excluya, en definitiva, someter las relaciones internas de encomienda al régimen de la contratación pública.

¹ Cfr. Tragsa. *Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004.

4) Esta doctrina, fijada por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Teckal* (sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98)² y *ARGE* (sentencia de 7 de diciembre de 2000, C-94/99)³, puede ser aplicada sólo en aquellos casos en que se den acumulativamente dos requisitos:

- Un control ejercido por el poder adjudicador sobre la empresa adjudicataria, similar al que aquél ejerce sobre sus propios servicios: no basta la dependencia, es precisa una dominación total de la voluntad de ésta, sin que exista autonomía en la toma de decisiones. Ésa es la premisa para justificar que no hay aquí verdaderamente un contrato.
- Que la empresa adjudicataria realice lo esencial de su actividad con el poder administrativo que la domina. No basta, como destaca Pierre DELVOLVÉ, que la mayor parte de la cifra de negocios se deba a la Administración: la proporción debe ser mucho más elevada para confirmar que la adjudicataria no es sino una prolongación funcional de la Administración matriz⁴.

5) La importancia de esta doctrina es manifiesta: con ella, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa; un enfoque, por cierto, que ha estado presente en buena parte de la doctrina administrativista española⁵.

De lo que se trata, pues, es de mantener las actividades prestadas por

² La cuestión prejudicial giraba alrededor de la adjudicación directa, en 1997, del servicio de calefacción de determinados edificios municipales del Ayuntamiento italiano de Viano a una Mancomunidad, la *Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia*. La adjudicación fue impugnada por *Teckal*, empresa privada dedicada a servicios de calefacción. El Tribunal concluye que «la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto de ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, propiamente, una entidad adjudicadora». Vid. en especial el párrafo 50 de la sentencia.

³ En este caso, la cuestión prejudicial suscitada se refería a la interpretación de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, así como del actual artículo 49 TCE. La cuestión se entabló en el marco de un litigio entre *ARGE Gewässerschutz*, asociación de empresas y técnicos civiles, y el *Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft* (Ministerio Federal de Agricultura y Montes) sobre la participación de licitadores semipúblicos en un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicio (toma de muestras y análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos austríacos). Para *ARGE*, la participación y adjudicación final del contrato a institutos públicos que contaban con subvenciones del Estado implicaba una discriminación incompatible con la competencia de mercado, dado que la subvención permitía abaratar costes y ofertar un precio más bajo que el de mercado. Esta alegación fue rechazada por la sentencia que comentamos. Su doctrina se destila con claridad en el párrafo 40.

⁴ Cfr. «Marchés publics: les critères des contrats-maison», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2002, pág. 56.

⁵ Un repaso de esa doctrina en José ORTIZ MALLOL, «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas», núm. 163 de esta REVISTA, 2004, págs. 245-278.

empresas de titularidad pública al margen de la fuerza gravitatoria del mercado contractual público, dejando así incólumes las políticas de auto-organización instrumental de la propia Administración para la más óptima producción de bienes sociales y gestión de servicios públicos.

El ya derogado Código francés de contratos públicos, adoptado por Decreto de 7 de marzo de 2001, incorporó tal doctrina casi literalmente en su artículo 3, añadiendo que en sus propios contratos con terceros la entidad adjudicataria de la encomienda *in house* debe respetar las reglas de contratación pública⁶.

La variada casuística que suscita la regulación administrativa de las encomiendas en los distintos países de la Unión Europea, unida al hecho de que la contratación *in house providing* abre una puerta de huida de la dinámica de la concurrencia en el ámbito de los mercados públicos, provocan que estemos ante una de las grandes cuestiones abiertas de la contratación pública europea, y así se refleja en la jurisprudencia recaída en el último tramo del año 2005⁷.

3. LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LAS ENCOMIENDAS DE EJECUCIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL TRLCAP: EL NUEVO ARTÍCULO 3.1.I) SEGÚN LA REDACCIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO

6) En el ámbito español, desde la segunda mitad de los años noventa se detecta una expansión de esta técnica, ciertamente ambigua: una técnica que amplía las posibilidades de gestión indirecta de las necesidades administrativas mediante personificaciones de Derecho privado, pero que contiene dentro de ella el peligro de la monopolización de la prestación de actividades en una época en que la liberalización de los mercados públicos constituye la regla dominante.

Pues bien, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, redactó el artículo 3.1 del TRLCAP, introdu-

⁶ El actual *Code des Marchés Publics*, aprobado por Decreto 2004-15, de 7 de enero de 2004, excluye de su ámbito «aux contrats conclus entre une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code». Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Decisión del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2003 tuvo ocasión de entrar a resolver distintas reclamaciones presentadas contra este artículo por la Unión Nacional de Servicios Públicos Industriales y Comerciales, la Federación Nacional de Actividades de Recogida de Residuos y Limpieza, el Sindicato Nacional de Concesionarios de Parques Públicos de Estacionamiento y el Sindicato Nacional de Actividades de Gestión de Residuos. El Consejo de Estado sólo anuló la exclusión absoluta de los contratos de mandato entre medios propios.

⁷ Vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2005 (Asunto C-231/03, *Coname*), de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03, *Parking Brixen*) y de 10 de noviembre de 2005 (Asunto C-29/04, *Comisión/Austria*). Más adelante comentaremos brevemente estas sentencias.

ciendo en él un nuevo apartado, el l), mediante el cual se excluyen del ámbito de aplicación objetiva del TRLCAP «*las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública*».

7) Para una correcta intelección del precepto, tal redacción ha de ponerse en contacto con el hecho de la «reducción» de la capacidad de convenir entre entidades de Derecho público, que se desprende de la nueva redacción del artículo 3.1.c) dada por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, para así cumplir, siquiera sea parcialmente, el fallo contenido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005 (Asunto C-84/03):

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2»⁸.

Aunque el Real Decreto-Ley 5/2005 no ha modificado expresamente el artículo 3.1.d), una similar inclusión en el ámbito objetivo del TRLCAP cabe entender proyectada sobre aquellos convenios de colaboración celebrados por poderes adjudicadores con entidades con forma jurídico-privada como sociedades mercantiles o fundaciones públicas en los cuales concurren los requisitos ahora previstos en el artículo 3.1.c) para los convenios entre entidades públicas: que su objeto sea el propio de un contrato administrativo (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia) o sus cuantías superen los umbrales comunitarios⁹.

⁸ Según se recoge en el considerando 40 de la sentencia de 13 de enero de 2005, «*dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37*». En palabras de la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, del Servicio Jurídico del Estado, «*no se podrán celebrar convenios de colaboración entre Administraciones o entidades jurídico-públicas cuyo objeto sea el propio de alguno de esos contratos cuando su importe sea igual o superior a esas cuantías, quedando estos supuestos sujetos a la aplicación del TRLCAP, y debiendo con ello adjudicarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el mismo, salvo que, a su vez, resulte de aplicación la exclusión contenida en el nuevo apartado l) del propio artículo 3.1 (...)*». Cfr. Instrucción 2/2005, de 21 de julio, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal (pág. 3).

⁹ Como afirma la citada Instrucción 2/2005 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, «*es obvio que si no se hubiera introducido esta previsión en el nuevo aparta-*

Pues bien, todo esto ocurre *salvo que* se acuda al mecanismo ahora incluido en el artículo 3.1.l) TRLCAP: las encomiendas de gestión que, aun coincidiendo con el objeto de contratos administrativos típicos, se realicen a entidades y a sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública están excluidas objetivamente del ámbito del TRLCAP y se regulan, como expresa el artículo 3.2 TRLCAP, *por sus normas especiales, aplicándose los principios del TRLCAP apenas para resolver las dudas y lagunas que pudiesen presentarse*.

El legislador básico ha incorporado así, mediante este precepto, la doctrina de los contratos *in house providing* a la manera francesa, es decir, exceptuando expresamente tal técnica del ámbito objetivo de aplicación de la Ley reguladora de la contratación pública. En este proceder, por cierto, fue pionera en el Derecho español la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, cuyo artículo 3.1.h) excluye de su ámbito objetivo de aplicación «*las relaciones entre la Administración y las sociedades de derecho privado en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de aquella*»¹⁰.

8) Esta opción legislativa tiene sus ventajas e inconvenientes.

Ventajas, porque supone el reconocimiento legal de una jurisprudencia comunitaria importante, la de la «contratación» *in house providing*; también supone una superación del dogma liberal del contratista interpuesto, en el sentido de que, como recuerda Manuel REBOLLO PUIG, la Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales: su deber es ejecutar sus funciones y competencias mediante sus propios medios, antes de recurrir a contratistas interpuestos¹¹, excluyendo ahora por la Ley que tales encomiendas tengan la consideración de contratos públicos. La Comisión Europea, en su *Libro Verde sobre colaboración público-privado (CPP) y el Derecho comunitario de contratación pública y concesiones*¹², ha dicho en este sentido que «*el Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados*

do l) del artículo 3.1 del TRLCAP, estas encomiendas de gestión, si se verificaran a favor de las entidades públicas enumeradas en el apartado c) y su objeto fuera constitutivo de alguno de los contratos de obras, de suministros, de consultoría y asistencia o de servicios regulados en el citado texto legal, quedarían sometidos a éste, siempre que su importe superara las cuantías establecidas en el citado precepto. Y si se verificaran a favor de entidades privadas del sector público —como las sociedades de capital público a que se refiere expresamente—, cuando su objeto fuera el propio de alguno de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales también quedarían sujetos al TRLCAP, cualquiera que fuera su cuantía, por imperativo del apartado d) del mismo artículo 3.1» (op. cit., pág. 5).

¹⁰ Siguiendo este criterio, el artículo 6.1.a) del Proyecto de Ley Foral de Contratos Públicos, actualmente en tramitación en el Parlamento de Navarra (fue publicado en el BOPN de 20 de diciembre de 2005), excluye del ámbito objetivo de la misma «*las encomiendas realizadas a un ente instrumental de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.º de esta Ley Foral*». En efecto, se introduce un artículo, el 8, que contiene los elementos esenciales del negocio de encomienda, y que transcribimos más adelante.

¹¹ Cfr. «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», núm. 161 de esta REVISTA, mayo-agosto 2003, pág. 379.

¹² Cfr. Documento COM 2004 327 final, de 30 de abril de 2004, párrafo 17.

miembros de prestar un servicio público a través de sus propios medios o de confiárselo a un tercero». Pero, sobre todo, esta opción legislativa significa introducir una válvula de escape frente a una excesiva aplicación del principio comunitario de concurrencia en materia de contratación pública cuando se trata de relaciones entre Administraciones Públicas y sus entidades instrumentales.

Tal opción tiene, no obstante, también sus inconvenientes: la regulación legal de las encomiendas tiene un gran potencial de colisión con la jurisprudencia comunitaria sobre las Directivas de contratación, destinadas a promover la concurrencia pública y la transparencia; e introduce un elemento nuevo y perturbador en los sutiles equilibrios que caracterizan a nuestro ordenamiento positivo de la contratación pública y, en general, del funcionamiento de las Administraciones Públicas y sus entes instrumentales. Veamos por qué a través de un análisis sistemático de esta nueva regulación legal.

4. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ARTÍCULO 3.1.1) TRLCAP

4.1. *El contenido objetivo de la exclusión*

4.1.1. *Las «encomiendas de gestión» apócrifas.*

9) El primer problema que encontramos para concretar sistemáticamente la interpretación del nuevo artículo 3.1.1) TRLCAP es la ausencia de una definición de lo que sea «encomienda de gestión» a los efectos del TRLCAP: ¿qué concretos negocios jurídicos excluye el nuevo artículo 3.1.1) del ámbito de aplicación del TRLCAP?

Para responder a esta pregunta se hace necesario definir lo que es «encomienda de gestión» a los efectos de la contratación pública, teniendo en cuenta la regla hermenéutica de la autointegración de los textos legales (la puesta en relación con el contexto del que habla el art. 3.1 del Código Civil).

10) En efecto, no hay en el TRLCAP una definición legal de tal concepto; y no la hay porque el concepto tradicionalmente utilizado en nuestra legislación contractual para expresar lo que el legislador de 2005 quiere denotar con la expresión «encomienda de gestión» no es otro que la ejecución directa o «por Administración», a través de «medios propios».

Este sistema aparece contemplado con carácter general, para el caso de la ejecución de obras, en los artículos 152 y 153 del TRLCAP; para el caso de la fabricación de bienes muebles, en el caso del artículo 194 TRLCAP, y para el caso de los servicios, en el artículo 199 TRLCAP. El TRLCAP no contempla expresamente la posibilidad de encomienda de ejecución de trabajos de consultoría y asistencia.

11) En la práctica, la regulación general de la ejecución directa o «por Administración» ha sido enriquecida en los últimos años con la atri-

bución legal y/o reglamentaria a múltiples empresas públicas de su singular condición de medios propios y servicios técnicos de la Administración correspondiente¹³, así como la regulación profusa de los mandatos de ejecución; unos mandatos que abarcan la ejecución de obras, suministros, servicios y también —a diferencia del TRLCAP— consultorías y asistencias técnicas.

Nos interesa ahora subrayar que, en la variada reglamentación casuística de estos medios propios, el encargo de trabajos no recibe nunca el *nomen iuris* de «encomiendas de gestión».

Así, en el ámbito estatal la regulación de TRAGSA (art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y el RD 371/1999, de 5 de marzo, que desarrolla la anterior) habla de «encomiendas de trabajos o actividades», y también de «encargos». La disposición adicional 10.^a de la Ley 33/2003, de 23 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, al regular el régimen de la «Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio, S.A.», habla de «encomiendas o encargos». El artículo 52 de la Ley aragonesa 13/2000 habla de «encomiendas de ejecución». El artículo 4 del Decreto Foral 150/2003, de 23 de junio, habla de «encomiendas», sin más: «las actuaciones obligatorias que les sean encargadas a las sociedades públicas se instrumentarán mediante encomiendas, que deberán ser autorizadas por el órgano competente»¹⁴. Como nos recuerda Manuel REBOLLO PUIG, en el Derecho autonómico andaluz se habla de «encargos de ejecución»¹⁵. En el caso de Aragón, la dispo-

¹³ La ejecución de obras públicas o la gestión de infraestructuras mediante el sistema de encomiendas directas a sociedades públicas fue habilitada con carácter general por los artículos 158 y 160-161 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social para 1997. El primer artículo citado amparaba la creación de sociedades públicas para la construcción y explotación de carreteras; el segundo autorizó la creación del GIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias), que ha sido, entre otras cosas, el ente ejecutor de las obras de las líneas de alta velocidad. En el caso gallego cabe recordar, por ejemplo, el modelo de la Sociedade Pública de Invetimentos (SPI), una sociedad pública autonómica creada por la disposición adicional 12.^a de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma gallega para 1997. En Andalucía se pueden citar, como ejemplos de medios propios, los casos de Egmasa («Empresa para la Gestión Ambiental de Andalucía, S.A.»), Getisa («Empresa Andaluza de Gestión de Tierras, S.A.») o la «Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, S.A.». En Asturias, EASA («Empresa Asturiana de Servicios Agrarios, S.A.») o la «Sociedad de Servicios del Principado de Asturias». En Aragón, el artículo 52 de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 2001, inauguró la atribución de la consideración de medios propios a todas las empresas públicas aragonesas. En Canarias cabe citar Gesplan («Gestión de Planeamientos, S.A.»). El Derecho autonómico más desarrollado es, sin duda, el de Navarra, donde el Decreto Foral 150/2003, de 23 de junio, se ocupó de regular la ejecución directa de obras, servicios, suministros y demás actividades a través de cualquier sociedad pública de la Comunidad Foral, siguiendo para ello la habilitación prevista en el artículo 3.1.h) de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra de 1998, que remitía a sus normas especiales «las relaciones entre la Administración y las sociedades de derecho privado en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de aquélla».

¹⁴ El Proyecto de Ley Foral de Contratos Públicos anteriormente citado habla también, simplemente, de «encomiendas».

¹⁵ Cfr. «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *op. cit.*, pág. 376, citando el artículo 20 de la Ley 14/2001, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma andaluza para 2002.

sición adicional 13.^a del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, habla de «*encargos de ejecución*». En el caso gallego, el «Convenio marco entre la Xunta de Galicia y la Sociedade Pública de Investimentos de Galicia» habla de «*encargos*» y «*mandatos de actuación*»¹⁶. Las soluciones, como puede apreciarse, son variadas, pero todas tienen un punto en común: todas ellas huyen del término «*encomienda de gestión*».

12) No puede entenderse que esto ocurra por casualidad; tal cosa tiene su explicación, a mi juicio, en *evitar la confusión del que es atribución de trabajos a medios propios con encomiendas de gestión administrativa de las que habla el artículo 15 LPAC*.

Se trata, en efecto, de *figuras jurídico-públicas distintas*, como he defendido en otro lugar¹⁷: la encomienda de ejecución se caracteriza por su naturaleza unilateral y obligatoria para el ente encomendado; constituye un mandato de obligado cumplimiento para el medio propio, coherente con el hecho de que estamos ante un medio propio que carece de personalidad —y, por tanto, voluntad— independiente¹⁸. En este sentido, y como

¹⁶ Concretamente, el artículo 2 de este Convenio determina la naturaleza de la actividad de la SPI del siguiente modo: «*La relación entre las Consellerías, Organismos Autónomos y Sociedades Públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia y la SPI Galicia S.A., como consecuencia de los encargos de obra que se le encomienden, es la de un mandato en el que la Sociedad actúa en nombre propio y por cuenta de las Consellerías, Organismos Autónomos y Sociedades Públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia, o por cuenta propia, según los términos del encargo, debiéndose establecer de este modo en los contratos que SPI Galicia, S.A., formalice con terceros para la proyección, construcción, conservación o explotación de toda clase de infraestructuras que se promuevan o en las que se participe por la Xunta de Galicia, así como en los servicios que se puedan instalar o desarrollar en dichas infraestructuras*». Las relaciones entre la Xunta de Galicia y esta Sociedad Pública se regulan, como establece la disposición adicional 12.^a de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma gallega para 1997, mediante un Convenio marco, a aprobar por el Consello da Xunta, en el que se hacen constar los extremos a los que se ajustará el Plan Económico-Financiero de la Sociedad, instrumento básico de reglamentación de las relaciones derivadas de los encargos de la Xunta de Galicia a la Sociedad. El primer Convenio marco fue aprobado por el Consello da Xunta el 2 de mayo de 1997. En la actualidad está vigente el aprobado el 24 de julio de 2002.

¹⁷ AZOFRA VEGAS entiende que los convenios que regulan las encomiendas entre la Administración y las sociedades estatales conforme al artículo 158 de la Ley 13/1996 se concretan en una encomienda de gestión (cfr. «La financiación privada de infraestructuras públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, 1997, pág. 533). Por su parte, José Luis ÁVILA ORIVE admite también la posibilidad de utilizar la encomienda de gestión para atribuir trabajos «a entidades públicas de esas administraciones con forma de personificación privada y sometida en sus relaciones ad extra al régimen jurídico privado, sean sociedades mercantiles o fundaciones». Cfr. «Encomienda de gestión y defensa de la competencia», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 17 a 23 de marzo de 2003, págs. 281-303, y en especial págs. 289-290, en las que se citan algunos ejemplos de encomienda a empresas públicas realizadas sin tacha de legalidad en el Derecho público riojano, navarro, aragonés y canario. Frente a esta opinión, Bernard-Frank MACERA considera que no se da el elemento subjetivo del artículo 15.5 LPAC («La sujeción a control contencioso-administrativo del *feri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima», núm. 155 de esta REVISTA, 2001, pág. 247, nota 49), posición que nosotros compartimos.

¹⁸ Puede citarse *ad exemplum* el artículo 3.3 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, que regula el régimen jurídico del mayor medio propio de las Administraciones Públicas españolas, TRAGSA. En él se dice que «TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los

insistiremos más adelante, *la figura jurídico-administrativa básica que mejor se ajusta a la naturaleza de la encomienda de ejecución no es otra que el artículo 21 LPAC, donde se regulan las órdenes de servicio*¹⁹.

Frente a esto, la encomienda de gestión del artículo 15 LPAC es un negocio administrativo traslativo de la *ejecución material* de competencias que se establece entre órganos de la misma Administración (no sometidos a relaciones de jerarquía entre sí) o entidades con personalidad jurídico-pública propia²⁰. El carácter sinalagmático de este negocio se refleja en el hecho de que se exija siempre un acuerdo bilateral de voluntades, cuya formalización jurídica se canaliza bien a través de un acuerdo expreso y escrito que debe publicarse —en el caso de órganos administrativos de la misma Administración: art. 15.3 LPAC—, bien a través de un convenio administrativo (art. 15.4 LPAC).

13) En coherencia con lo anterior, hay que afirmar que *las «normas especiales» por las que se rigen las encomiendas de ejecución salvadas de la aplicación del TRLCAP en virtud del juego entre sus artículos 3.1.l) y 3.2, no son otras que las normas sectoriales que regulan los medios propios de cada Administración y las relaciones de ésta con aquéllos*.

No cabe, por tanto, situar en el artículo 15 LPAC esas «normas especiales» a las que nos remite el artículo 3.2 TRLCAP en estos casos. Es necesario no dejar confundirse por un legislador que, para incorporar la jurisprudencia *in house providing*, comete el grave error de utilizar el término «encomienda de gestión».

Se trata de un error jurídico importante justamente porque no es fácilmente identificable y pasa desapercibido. Así lo pone de manifiesto, sin ir más lejos, el comentario expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 2/2005, de 5 de mayo, sobre la aplicación de la sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005 y el alcance del Real Decreto-Ley 5/2005, en el que se expone la siguiente interpretación de la encomienda de gestión de la que habla el nuevo artículo 3.1.l) TRLCAP:

«Com és sabut, aquesta figura es troba regulada amb caràcter general per l'article 15 de la Lley 30/1992, de 26 de

trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración. Dicha obligación se refiere, con carácter exclusivo, a los encargos que les formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social. Por su parte, el artículo 4.7 vuelve a insistir en ello: *«Las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado*». Cláusulas similares se reiteran en las normas especiales reguladoras de otros medios propios.

¹⁹ Cfr. Carlos AMOEDO SOUTO, *Tragsa. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 98.

²⁰ Por ejemplo, el Convenio de encomienda de gestión firmado el 12 de diciembre de 2005 entre el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF, entidad pública empresarial) y RENFE-Operadora (también entidad pública empresarial) para la gestión integrada y administración de las Estaciones de Cercanías (BOE núm. 27, de 1 de febrero).

novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. Tenint en compte que la redacció que ara s'introdueix la circumscriu a les relacions "ad intra" de cada Administració amb el seu sector públic totalment dependent, es pot dir que no aporta cap aclariment al sistema de relacions interadministratives pel que fa a aspectes contractuals, ni tampoc el distorsiona»²¹.

Esto es un error que hay que evitar, porque de no hacerlo —es decir, si se aplica el artículo 15 LPAC como la norma especial de la que habla el artículo 3.2 TRLCAP— estaríamos abocados a consecuencias altamente perturbadoras.

Recuérdese que la encomienda de gestión del artículo 15 se define como «la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público». Los destinatarios de estas encomiendas pueden ser «otros órganos o Entidades de la misma o distinta Administración», aplicándose la exclusión del artículo 3.1.1), como sabemos, sólo a los medios de la propia Administración, lo cual significaría, a contrario sensu, que estarían dentro del ámbito objetivo de la Ley de Contratos las encomiendas a medios propios de otras Administraciones, como ocurre, por ejemplo, con las encomiendas de la Comunidad Autónoma gallega a TRAGSA.

Por otro lado, lo que estaría haciendo el Real Decreto-Ley 5/2005 es entrar en antinomia y modificar indirectamente el artículo 15.5 de la LPAC, en la medida en que este párrafo dispone que «el régimen jurídico de la encomienda de gestión no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el primer párrafo recaigan sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que pueda encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, tengan que realizarse con sujeción al derecho administrativo»²². Si interpretásemos que el artículo 15 LPAC es esa norma especial

²¹ La Junta Consultiva catalana vuelve a incurrir en este error en su Informe 1/2006, de 9 de febrero, sobre el régimen jurídico de las relaciones onerosas entre la Administración de la Generalitat y otras entidades del sector público (vid. pág. 9).

²² Vid. en este sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000 (RJCA 2000/2309), que anuló un acuerdo municipal del Ayuntamiento de Huete por el que se aprobaba un Convenio de colaboración con el Ayuntamiento de San Juan para que la empresa municipal de éste gestionase el servicio de abastecimiento y tratamiento de aguas de aquél, al amparo, supuestamente, del artículo 15 de la Ley 30/1992. Dice el fundamento cuarto de esta sentencia que «el convenio encubre una auténtica concesión o cesión de la gestión del servicio público por un tercero distinto de la propia Administración local titular del servicio que hasta ese momento venía prestándolo en forma directa, siendo ese tercero en este caso la empresa municipal de otra entidad local constituida para la gestión directa del servicio de abastecimiento de agua potable en su municipio. Se utiliza la figura del convenio intermunicipal, pero esta institución no es sino una cobertura meramente nominal o formal de lo que realmente ocurre: la transferencia de potestades administrativas para la gestión de un servicio público municipal a una persona jurídica privada que actúa en el tráfico jurídico como una sociedad mercantil aunque se haya constituido por una entidad local diferente para la gestión

de la que habla el artículo 3.2 TRLCAP, nos encontraríamos con una colisión del artículo 3.1.l) con las cautelas previstas en el artículo 15.5 LPAC: estaría así permitida expresamente, en virtud del 3.1.l) TRLCAP, la encomienda de gestión mediante convenio de colaboración a personificaciones de Derecho privado, y se declararían excluidas tales encomiendas de la legislación contractual, lo cual vulnera abiertamente, a mi juicio, la ausencia de dos personalidades con voluntad propia sobre la que descansa la doctrina *in house providing*. Esta contradicción, por cierto, es asumida por la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado²³.

4.1.2. *Los problemas de la articulación jurídica de las encomiendas de ejecución: el esquema norma general-acto unilateral de encomienda.*

4.1.2.1. *Rango de la norma general.*

14) La técnica normativa plasmada en el artículo 3.1.l) del TRLCAP consiste en dos piezas:

a) Exclusión general del ámbito objetivo de la Ley de Contratos en la propia Ley —o en norma con rango de ley, como ha sido el caso del RD-L de marzo de 2005; rango coherente con el hecho de que se está reconociendo una restricción a la competencia—, para lo cual el artículo 2 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989 exige una norma con ese rango —y con el rango exigido por el artículo 128.2 CE para permitir la reserva al sector público de recursos o servicios que se consideren esenciales.

en el ámbito del propio municipio de ese mismo servicio. En consecuencia, dicha cobertura ha de considerarse fraudulenta. En realidad, se pasa a un sistema de gestión indirecta del servicio público de que se trata. Es perfectamente posible la utilización de los convenios inter-administrativos entre diferentes Administraciones para la cooperación económica, técnica y administrativa de las mismas como prevé el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (Bases de Régimen Local). Pero aquí no existe un convenio de cooperación meramente técnica, económica o administrativa sino que se ceden a una empresa constituida por otra Entidad Local las competencias administrativas necesarias para la prestación del servicio en forma indirecta».

²³ Afirma esta Instrucción que *«debe destacarse que, al introducir en el artículo 3.1 del TRLCAP el nuevo apartado l) —en el que se establece expresamente la posibilidad de que las encomiendas de gestión se realicen a favor de las sociedades mercantiles cuyo capital les pertenece en su totalidad, y de cuya redacción se deduce, implícitamente, que también pueden realizarlas a favor de otras entidades del sector privado—, el legislador ha modificado el criterio de que la encomienda de gestión no podía realizarse a favor de personas sometidas al Derecho privado, que se plasmaba en el artículo 15.3 de la LPAC, y que debe entenderse parcialmente modificado tras la entrada en vigor de la modificación introducida en el artículo 3.1 TRLCAP por el Real Decreto-Ley 5/2005, que permite tales encomiendas a favor de determinadas personas jurídico-privadas plenamente controladas por la administración pública encomendante»* (cfr. *op. cit.*, pág. 17).

b) Remisión de la regulación de las encomiendas de ejecución a «normas especiales», que pueden revestir forma legal —caso, por ejemplo, del artículo 88 de la Ley 66/1997 (TRAGSA)— o simplemente reglamentaria²⁴.

Si en la situación anterior al artículo 3.1.l) TRLCAP se hacía necesaria una habilitación legal para atribuir a un ente instrumental el carácter de medio propio, con el consiguiente desplazamiento de la concurrencia en su ámbito²⁵, ahora nada impide que, amparándose en la habilitación legal general contenida ahora en el artículo 3.1.l) TRLCAP, una Comunidad Autónoma pueda utilizar un reglamento para regular las relaciones con uno o todos sus medios propios, como hizo en su día la Comunidad de Navarra mediante el Decreto Foral 150/2003, de 23 de junio²⁶.

15) Ahora bien, es importante señalar que el Proyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de 20 de diciembre de 2005 ha optado por mantener la exclusión objetiva de las encomiendas a entes instrumentales —art. 6.1.a)—, pero introduciendo un artículo, el 8, al que aquél se remite, y en el que se consignan —nótese que en norma con rango de ley— los elementos esenciales del negocio jurídico de la encomienda:

«1. La presente Ley Foral no será de aplicación a las encomiendas de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro o asistencia que las entidades sometidas a la presente Ley Foral realicen a sus entes instrumentales, siempre que dicha encomienda se realice de conformidad con este artículo.»

²⁴ Así como los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales deben ser creados por ley, los medios propios —bien de tipo mercantil, bien de tipo civil— pueden ser creados y regulados apenas por normas reglamentarias. En el Derecho gallego, así se desprende de los artículos 12 de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia de 1999 y 111 del Reglamento de la Ley del Patrimonio de Galicia de 1989, que disponen que la creación de sociedades privadas, así como la aprobación de sus estatutos, se harán por medio de Decreto del Consello da Xunta a propuesta de la Consellería de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Patrimonio, oída la Consellería con la que la sociedad tenga que relacionarse estatutariamente por razón de la actividad.

²⁵ Conviene recordar en este sentido que, tanto en el Derecho estatal (art. 169 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas) como en los autonómicos (en el caso gallego, art. 45 de su Ley de Patrimonio de 1985 y art. 12.3 del Decreto Legislativo 1/1999, que aprueba el texto refundido de su Ley de régimen financiero y presupuestario), la creación de entes instrumentales de Derecho privado (mercantil o civil) no requiere una norma con rango de ley o reglamentaria: basta un acuerdo del órgano colegiado ejecutivo de cada Administración. Pero la atribución de la condición de medio propio e instrumental implica un desplazamiento de las reglas de mercado y de sometimiento al TRLCAP, para lo cual se hacía necesaria una norma singular con rango de ley. La necesidad de tal ley singular es la que ha superado la cláusula general del artículo 3.1.l) TRLCAP.

²⁶ En efecto, el esquema que utiliza el artículo 3.1.l) no es distinto del empleado por el artículo 3.1.h) de la vigente Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, en la que se excluyen del ámbito de la Ley «las relaciones entre la Administración y las sociedades de derecho privado en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de aquélla», remitiendo la regulación de tales relaciones a lo que dispongan normas especiales.

2. *A los efectos de este artículo se entiende por ente instrumental propio a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica diferente de la del ente encomendante, reúnan los siguientes requisitos:*

a) *Ausencia de autonomía decisoria respecto de la entidad encomendante, al ejercer ésta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades.*

b) *Que la mayor parte de su actividad la realice para la entidad encomendante.*

3. *Las encomiendas se instrumentarán a través de encargos de realización obligatoria por el ente instrumental y, en todo caso, la supervisión de su correcta ejecución corresponderá al ente encomendante.*

4. *En los casos que para la efectividad de la encomienda la entidad instrumental requiriese la ejecución de prestaciones por parte de terceros, su adjudicación quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de la entidad encomendante.*

5. *Los entes instrumentales no podrán participar en los procedimientos de adjudicación que convoque la entidad de la que dependen».*

A mi juicio, *se trata de una opción legislativa oportuna que debería servir de ejemplo al legislador básico estatal*: sería conveniente incluir un precepto similar con carácter básico en la futura Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que el amplio esquema actual, de remisión simple a normas especiales, entraña una apertura quizá excesiva en una materia no disponible por las Comunidades Autónomas como son las relaciones *in house providing*; por ello, parece oportuno invocar la técnica de la legislación básica contractual para así cohesionar tales determinaciones comunitarias con las legítimas opciones de autoorganización de cada Comunidad Autónoma respecto de sus respectivos sectores públicos.

4.1.2.2. *El acto unilateral de encomienda.*

16) Si, como hemos venido sosteniendo hasta aquí, las encomiendas de ejecución son actos administrativos unilaterales de obligado cumplimiento para el ente instrumental, parece evidente que la naturaleza jurídica del acto de encomienda no puede ser otra que la de ser un acto administrativo. Como bien afirma REBOLLO PUIG, en el caso de los encargos de ejecución *«no hay convenio, ni contrato, ni acuerdo de voluntades, sino un*

acto administrativo de la Administración por el que se ordena una actividad al ente institucional»²⁷.

17) Ahora bien, *la cualificación jurídica de la encomienda como acto administrativo debe ser inmediatamente matizada*. No estamos ante actos administrativos *ad extra* que deban surtir sus efectos sobre terceros, sino *órdenes de servicio* de las previstas con carácter básico en el artículo 21 de la LPAC, mediante las cuales los órganos administrativos dirigen la actividad de sus órganos jerárquicamente dependientes; y aunque la dependencia de las entidades instrumentales no pueda ser calificada *stricto sensu* de jerárquica, lo cierto es que sobre las mismas las órdenes de la Administración matriz se deben imponer con la misma efectividad que si de una relación jerárquica se tratase: tal es la filosofía de fondo de la doctrina *in house providing*²⁸.

18) La consideración de las encomiendas de ejecución como órdenes de servicio tiene la virtud de *permitir la publicación de tales encomiendas cuando así lo disponga su norma sectorial reguladora*, en razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, como matiza el propio artículo 21.1 *in fine* LPAC. En otro lugar he defendido que la publicidad de las encomiendas no sólo es conveniente, sino que resulta obligada para propiciar el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa de la encomienda cuando el hecho de encomendar afecte a intereses legítimos de terceros²⁹: algo que ocurrirá no sólo cuando se pueda entender vulnerada la libre concurrencia, sino también en otros supuestos importantes, como por ejemplo cuando se encomienden servicios que supongan ejercicio de autoridad pública, o cuando se proceda a encomendar la contratación fraudulenta de personal al servicio de la Administración matriz.

²⁷ Cfr. «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *op. cit.*, pág. 384.

²⁸ En este sentido, José ORTIZ MALLOL opina que «la encomienda o el encargo de ejecución no es sino una orden de servicio para la realización de una actividad o servicio, en sentido amplio, que se dicta sobre un ente con personalidad jurídica propia (y no sobre un órgano administrativo, supuesto contemplado en la limitada literalidad del art. 21 LPAC), en ejercicio de una potestad que, en nuestro caso, se asienta sobre la idea de dependencia. Ciertamente, esta tesis supone superar el viejo esquema administrativo que restringe las manifestaciones de superioridad a la jerárquica sobre órganos insertos en la misma Administración, esquema que respondió a un tiempo en que no se había producido (al menos, con la importancia cualitativa y cuantitativa de hoy en día) la aparición del sector público como conjunto de entidades instrumentales de la Administración Pública ordinaria, y esquema ya superado con el fenómeno de esta "interposición gestoria" pública». Cfr. «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública. Algunas notas», núm. 163 de esta REVISTA, 2004, págs. 275-276. Esta interpretación lleva implícita una superación del formalismo de la personificación del medio instrumental. Es decir, una aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo». Cfr. Santiago ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento de velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros*, Madrid, La Ley, 2004.

²⁹ Cfr. Tragsa. *Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, *op. cit.*, págs. 98-99.

4.1.3. *En especial, la indebida articulación de las encomiendas de ejecución a través de convenios de colaboración.*

19) Si lo que nos dice la jurisprudencia *Teckal* es que en el caso de las encomiendas de ejecución a medios propios no hay dos voluntades independientes, sino una sola, la de la Administración matriz, careciendo el medio instrumental de voluntad propia, *la encomienda de ejecución no puede instrumentarse a través de convenios interadministrativos*, sino a través de mandatos u órdenes de ejecución, que aquí denominamos «encomiendas de ejecución», cuya regulación general y abstracta debe recogerse en «normas especiales», siguiendo así el esquema norma general-acto administrativo concreto de mandato de ejecución.

20) Esta afirmación tiene importantes consecuencias prácticas. De entrada, implica la *reforma de todas aquellas leyes y decretos autonómicos en los que las relaciones entre Administración territorial matriz y empresa pública dependiente se instrumenten a través de convenios de colaboración, cuyo carácter bilateral incumple la doctrina «in house providing»*. Sirva de ejemplo la Sociedad Pública de Inversiones en el caso gallego, y todas las empresas públicas en el caso de Castilla y León, cuyas encomiendas se instrumentan a través de convenios de colaboración³⁰. Si bien en alguna ocasión el Tribunal Supremo haya admitido la posibilidad de que varias Administraciones locales encomendasen a una empresa pública común, mediante un convenio interadministrativo, la realización de estudios e informes de todas ellas³¹, este tipo de negocios jurídicos no serían respetuosos con la doctrina *in house providing*, doctrina que se impone incluso a las normas internas dotadas de rango legal.

Incluso si entendiésemos que la remisión del artículo 3.1.l) TRLCAP a las normas especiales de las encomiendas permite que esas normas pueden, a su vez, contemplar la firma de convenios con medios propios (así se hace, de hecho, en los casos señalados anteriormente), lo cierto es que la jurisprudencia comunitaria vincula no sólo a los jueces y tribunales internos, sino también al legislador; de ahí la necesidad de que, como ya hemos dicho, sea el legislador estatal quien dicte una norma básica sobre los medios propios instrumentales y los actos unilaterales de encomienda, para así compatibilizar con el ámbito comunitario el diseño de las relaciones entre Administraciones matriz y medios instrumentales.

³⁰ Vid. el artículo 12 de la Ley 14/2003, de 23 de diciembre, de Presupuestos de Castilla y León para 2004.

³¹ Vid. la STS de 4 de junio de 2003 (RJ 2003/4377).

4.1.4. *Las encomiendas de gestión de servicios públicos a medios propios.*

21) En la actualidad, la encomienda directa a medios propios de la *gestión de servicios públicos* se permite y regula específicamente en los artículos 154 TRLCAP y 85 LBRL.

En virtud de estos preceptos, las disposiciones del contrato de servicios públicos previsto en el TRLCAP no son aplicables a los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en los que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. En tales casos se considera —coherentemente con la teoría de una única voluntad subyacente sobre la que se construye la doctrina *Teckal*— que estamos ante una *gestión directa* del servicio público y, por tanto, no hay auténtico contrato entre dos voluntades distintas, pública y privada, sino relaciones jerárquicas intraadministrativas³². Parece, pues, que la nueva redacción del artículo 3.1.1) TRLCAP nada aporta a lo ya establecido por el artículo 154 TRLCAP, dado que la encomienda de gestión de un servicio público calificado como tal a un medio propio —de forma jurídico-pública, como por ejemplo un organismo autónomo o una entidad pública empresarial o mercantil, o simplemente mercantil, como la sociedad anónima— estaba ya excluida de la dinámica concurrencial característica del TRLCAP.

22) Ahora bien, aunque el artículo 154 no menciona expresamente la posibilidad de atribuir la gestión directa de un servicio público a una fundación pública, lo cierto es que muchas Administraciones han recurrido en la práctica a formas fundacionales para gestionar determinados servicios públicos (culturales, sanitarios, deportivos, asistenciales, etc.), bien fuese para huir hacia el Derecho privado, bien fuese para permitir la entrada de colaboradores privados en los patronatos (a cambio de dotaciones patrimoniales o no). Se plantea entonces el problema de *cómo encajar las formas fundacionales instrumentales en la dinámica normativa del artículo 154*.

23) Pues bien, desde el momento en que el Real Decreto-Ley 5/2005 ha incluido en el artículo 2.1 y en la disposición adicional sexta a las fun-

³² Téngase en cuenta que, en este sentido, el artículo 18 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (*DOUE* de 30 de abril de 2004), estipula que: «*La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado*». Esta misma regla se recogía en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

daciones del sector público, la misma solución debería entenderse trasladable por vía interpretativa al artículo 154, en aras de la coherencia normativa del TRLCAP y de la fidelidad a los principios comunitarios de concurrencia en el ámbito de los servicios de interés general (arts. 43 y 49 TCE)³³.

De esta manera, sólo podrían excluirse del ámbito del TRLCAP las encomiendas de gestión de servicio público en el caso de que la fundación encomendada fuese íntegramente pública y dominada en su totalidad por la Administración fundadora encomendante. En el caso de que la dotación fundacional de la fundación fuese mixta, es decir, parcialmente privada, o simplemente hubiese patronos privados en el patronato, la encomienda de gestión de servicio público debería someterse al artículo 154 y, en consecuencia, debería ser objeto de concurrencia y contratación a través de la técnica de concesión de servicio público.

Esta interpretación, con todo, no me parece satisfactoria. Aunque, en efecto, la gestión de un servicio público de interés general implica un contenido económico, y las fundaciones públicas pueden desarrollar actividad económica dentro de su objeto fundacional, lo cierto es que *la forma fundacional limita la capacidad de explotación económica del servicio por parte de una fundación pública mixta*; los patronos privados no pueden obtener un lucro económico del hecho de su participación en la dotación fundacional o en el patronato, sino respetando los límites impuestos por las leyes reguladoras de las fundaciones³⁴ y sus propias normas privativas (estatutos).

No puede verse, a mi entender, discriminación o alteración de la concurrencia en el hecho de que un privado acceda al patronato o aporte parte de la dotación a una fundación pública titular de la gestión de un servicio público, siempre y cuando la Administración matriz mantenga la titularidad de la mayoría de la dotación patrimonial de la fundación y el dominio del patronato. Es decir, del hecho de existir dotaciones privadas al patrimonio de una fundación pública no se deriva la obligación de abrir a concurrencia la gestión de servicio público encomendado, ni tampoco la obligación de abrir a concurrencia la selección de los patronos privados de una fundación pública a la manera de lo que ocurre con la selección del

³³ Como dice el *Libro Verde de la Comisión sobre colaboración público-privado (CPP) y el Derecho comunitario de contratación pública y concesiones* (Documento COM 2004 327 final, de 30 de abril de 2004): «En el Derecho comunitario no se prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de la CPP, únicamente se establece que, tanto si es contractual como unilateral, todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (arts. 43 y 49 del Tratado CE). Estos principios incluyen los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo» (cfr. pág. 5).

³⁴ Así, en el caso de las fundaciones del sector público estatal, el artículo 27 de la Ley 50/2002, de fundaciones, establece que «a la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, por lo menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del patronato».

socio privado en las sociedades mixtas gestoras de servicios públicos (frecuentemente de ámbito local: gestión de residuos o abastecimientos de agua, etc.).

24) Por otro lado, se suscita en este ámbito el problema de la naturaleza jurídica de los denominados «contratos-programa»: una modalidad de convenios de colaboración establecidos entre el Estado y entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales o fundaciones del sector público, normalmente constituidas para la gestión directa de servicios públicos³⁵. Hoy se regulan a nivel estatal en el artículo 68 de la Ley 47/2003, general presupuestaria³⁶.

³⁵ Así, cabe citar el contrato-programa firmado con la Agencia EFE en julio de 1998; el contrato-programa 1999-2000 firmado con RENFE y pendiente de renovación según la transitoria del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre; el contrato-programa entre la Generalitat y la Agencia Catalana del Agua; el contrato-programa firmado entre la Generalitat y la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales (arts. 24-25 de la Ley catalana 22/2005, de comunicación audiovisual de Cataluña), o los contratos-programa firmados por las Universidades para su financiación.

³⁶ El artículo 68 de la Ley 47/2003, heredero en este punto del artículo 91.1 de la Ley General Presupuestaria de 1988, establece que:

«1. En los supuestos en que se estipulen convenios y contratos-programa con el Estado que den lugar a regímenes especiales, tanto por las entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 64 de esta ley como por cualquier otra que reciban subvenciones de explotación y de capital u otra aportación de naturaleza distinta con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se establecerán, como mínimo, las correspondientes cláusulas sobre las siguientes materias:

- a) Hipótesis macroeconómicas y sectoriales que sirvan de base al acuerdo.
- b) Objetivos de la política de personal, rentabilidad, productividad o reestructuración técnica de la explotación económica, así como métodos indicadores de evaluación de aquéllos.
- c) Aportaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en sus distintas modalidades a que se refiere este apartado.
- d) Medios a emplear para adaptar los objetivos acordados a las variaciones habidas en el respectivo entorno económico.
- e) Efectos que han de derivarse del incumplimiento de los compromisos acordados.
- f) Control por el Ministerio de Hacienda de la ejecución del convenio y de los resultados derivados de su aplicación.

2. El control a que se refiere el párrafo f) del apartado 1 anterior no excluirá el que pueda corresponder a los respectivos departamentos u organismos de los que dependan las entidades que hayan suscrito el correspondiente convenio.

3. La suscripción del convenio a que se refieren los apartados anteriores no excluirá la elaboración del presupuesto de explotación y de capital y del programa de actuación plurianual».

Según el artículo 171 de la LGP, las aportaciones a realizar por el Estado —subvenciones finalistas, corrientes o de capital, instrumentadas mediante transferencias— se encuentran condicionadas en su importe al cumplimiento de determinados objetivos, al importe o evolución de determinadas magnitudes financieras o al cumplimiento de determinadas hipótesis macroeconómicas. De ahí que la Intervención General del Estado esté

La naturaleza jurídica del «contrato-programa» es ciertamente compleja. Materialmente, no da lugar a subvenciones (art. 2.2 de la Ley 38/2003, general de subvenciones³⁷) ni se puede considerar propiamente contrato³⁸.

Se trata de un negocio jurídico interadministrativo mixto, a caballo entre el convenio de colaboración (por su bilateralidad) y el contrato de gestión de servicio público, por su objeto material. Ahora bien, lo cierto es que *el contrato-programa puede considerarse un instrumento jurídico unilateral, regulador de una encomienda de ejecución de un servicio público a favor de un medio propio*.

Así ocurre en el caso de la gestión sanitaria gallega; el artículo 69 de la Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia, dispone en su párrafo primero que *«a xestión dos centros, servizos e establecementos asistenciais do Servicio Galego de Saúde poderá efectuarse a través de entidades dotadas de personalidade xurídica propia, adoptando a forma de fundacións, sociedades públicas autonómicas, entes públicos, consorcios públicos —en concorrencia con outras entidades públicas ou privadas— ou calquera outra forma xurídica admitida pola lexislación vixente»*, mientras que el párrafo séptimo de este mismo artículo nos dice que: ***«A relación entre estas entidades, como medio propio instrumental e servizo técnico da administración, coa Consellería de Sanidade ou co Servicio Galego de Saúde regularase, tanto para a prestación de servizos sanitarios como doutros incluídos no seu obxecto social ou finalidade, a través de contratos programa, instrumentos que permiten vincular o funcionamento delas cos criterios de planificación do Sergas e coas necesidades dos usuarios»***³⁹.

En cualquier caso, aunque la naturaleza convenida de los contratos-programa parezca excluirlos del ámbito objetivo del TRLCAP regulado en

obligada a auditar el grado de cumplimiento de tales contratos-programa antes de proceder a la liquidación de la cantidad estipulada.

³⁷ «No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, así como entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de éstas, destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias, resultando de aplicación lo dispuesto de manera específica en su normativa reguladora».

³⁸ Aunque no falten sentencias que afirmen —bien es cierto que *obiter dicta*— lo contrario. Así, la STS de 15 de octubre de 1998 (RJ 1999/1586) dice que: *«El contrato-programa (expresándonos en términos generales), es una modalidad contractual que permite que la Administración y el empresario participen de los resultados de la explotación de un servicio público. A esa modalidad de contrato se refiere la disposición adicional 15.ª de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales; pero, como señala el Abogado del Estado, dicha disposición no puede apartarse de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (RCL 1988/1965 y 2287). El artículo 91.1 de la Ley General Presupuestaria, dispone que en los supuestos que se estipulen convenios con el Estado que den lugar a regímenes especiales, tanto por sociedades estatales como por las demás que reciben subvenciones con cargo a los Presupuestos del Estado, no dejarán de establecerse cláusulas (condiciones) que el precepto citado enumera»*.

³⁹ Como ejemplo de utilización de esta técnica puede citarse el contrato-programa suscrito en febrero de 2006 entre el Servicio Gallego de Salud y la Fundación Pública «Urxencias Sanitarias de Galicia-061» para la coordinación y prestación de servicios de urgencias médicas.

el artículo 3.1 de este texto legal, lo cierto es que su naturaleza jurídica mixta permite dudar de tal exclusión, a la luz del nuevo artículo 3.1.c), que somete al TRLCAP «*los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2*».

Sea como fuere, *la solución dogmáticamente más correcta para encuadrar la figura de los contratos programa es, a mi juicio, considerar que los contratos-programa establecidos con medios propios no son sino una manifestación más de la técnica de la encomienda de ejecución, excluida del TRLCAP y remitida a sus normas especiales por virtud del artículo 3.1.l) TRLCAP.*

4.2. El ámbito subjetivo

Para diseccionar el ámbito subjetivo del artículo analizado es necesario distinguir dos cosas: por un lado, quiénes pueden ser los entes encomendantes; por otro, quiénes pueden ser los entes encomendados.

4.2.1. Los entes encomendantes.

25) Respecto de la primera cuestión —quiénes son los entes que pueden encomendar la gestión—, y siguiendo el criterio de la definición gradual de la que parte la Ley, parece claro que son todos aquellos incluidos en el artículo 1 TRLCAP: Administraciones Públicas territoriales, organismos autónomos y entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, siempre que, en este último caso, se den los requisitos previstos en el artículo 1.3. Este ámbito coincide con el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 (art. 2.2).

26) Ahora bien, a los efectos de interpretar dogmáticamente el artículo 3.1.l) TRLCAP, a mi juicio, es necesario incluir entre los entes encomendantes las entidades de Derecho privado previstas en el artículo 2.1 TRLCAP, también redactado por el Real Decreto-Ley 5/2005, cuando cumplan los requisitos allí regulados para ser considerados poderes adjudicadores⁴⁰.

⁴⁰ Según esa redacción: «1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás

Tal posibilidad es coherente con la legislación de contratos y, sobre todo, con el concepto funcional de poder adjudicador manejado por el TJUE. Desde esta última perspectiva, entiendo que es posible, a la luz del artículo 3.1.1) TRLCAP, que personas jurídico-privadas totalmente dependientes de la Administración puedan, a su vez, hacer encomiendas de ejecución excluidas de la Ley de Contratos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de TRAGSA, donde es frecuente que ésta derive las encomiendas a sus filiales especializadas, TRAGSEGA (en el ámbito de los servicios ganaderos) y TRAGSATEC (en el ámbito de la ingeniería agrícola). Eso sí, entiendo que estas encomiendas de segundo nivel sólo podrán realizarse en el caso de que se regulen adecuadamente en las «normas especiales» de cada medio propio⁴¹, pues de lo contrario, a falta de norma especial, sería de aplicación supletoria, en virtud del artículo 3.2 *in fine* TRLCAP, el régimen de colaboración con empresarios particulares previsto en el artículo 152 TRLCAP.

4.2.2. *Los entes encomendados.*

27) Como sabemos, pueden ser entes encomendados las entidades (concepto que incluye claramente a las fundaciones públicas) y sociedades cuyo capital pertenezca *totalmente* a la propia Administración Pública y *tengan personalidad jurídica propia*.

Este último dato es muy importante para entender el sentido de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2005: el artículo 3.1.1) TRLCAP *sitúa en el ámbito de sus normas especiales sectoriales* —algunos de cuyos ejemplos ya enunciamos— *las encomiendas de ejecución a medios propios personificados*, es decir, que tienen una personalidad independiente de la Administración matriz de la que dependen completamente. Pero además de las normas sectoriales administrativas, también hay que entender subsumible dentro del concepto de «normas especiales» las correspondientes leyes mercantiles —de sociedades anónimas, de sociedades de responsabilidad limitada, etc.

28) Si las normas especiales administrativas son frecuentes respecto de los medios propios tradicionales —de forma mercantil—, *la novedad*

Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados».

⁴¹ Volviendo al ejemplo de TRAGSA, el artículo 6.3 del Real Decreto 371/1999 afirma que «en ningún caso se considerarán colaboradores en sus relaciones recíprocas Tragsa y sus sociedades filiales o participadas».

aportada por el artículo 3.1.1) al atribuir la condición de medio propio e instrumental a las fundaciones públicas obliga a interpretar que, respecto de éstas, serán normas especiales el bloque normativo formado por la legislación básica en materia de fundaciones —Leyes 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro, y 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones— y la correspondiente normativa autonómica, en su caso⁴².

Ahora bien, dado que en esta normativa especial sobre fundaciones está ausente cualquier tipo de regulación de las encomiendas derivadas desde las Administraciones Públicas, se produce un vacío normativo para cuya colmatación el único criterio positivo es el del artículo 3.2 TRLCAP: se deben aplicar los principios del TRLCAP para resolver las dudas y lagunas que pudiesen presentarse en cada caso singular de atribución de encomiendas de ejecución a fundaciones públicas.

29) Con ser coherente, esta interpretación no resulta, a mi juicio, enteramente satisfactoria pues, además de dejar a cada estatuto fundacional el más amplio margen de regulación de las relaciones entre Administraciones fundadoras y fundaciones públicas, no sabemos qué principios aplicar —probablemente, publicidad y concurrencia, salvo cuando la naturaleza de la operación sea incompatible con tales principios, a la manera de la disposición adicional sexta TRLCAP— y, sobre todo, con qué alcance y contenidos. He ahí, pues, un aspecto que debería regularse en las leyes de fundaciones de las Comunidades Autónomas o, incluso, en la propia Ley 50/2002, mediante su reforma puntual.

30) Cabe ahora plantearse la siguiente pregunta: si las encomiendas de ejecución a esos medios propios de forma mercantil o fundacional no se regulan ya por el TRLCAP, sino por esas normas especiales, ¿por qué el legislador, en coherencia con lo anterior, no ha derogado los preceptos del TRLCAP en los que se regula la ejecución directa de obras, suministros y servicios?

La respuesta sistemática más cabal a tal pregunta es la siguiente: *la regulación de la ejecución directa o «por administración» prevista en el TRLCAP (arts. 152-153, 194-195 y 199) sólo es aplicable, a partir del RD-Ley 5/2005, a encomiendas de ejecución realizadas a favor de medios o servicios intraadministrativos sin personificación propia, es decir, a aquellos servicios administrativos que no guarden estricta dependencia jerárquica del órgano encomendante, pero pertenezcan a la misma persona jurídico-pública⁴³.*

El sentido de esta solución normativa no puede ser otro que el de buscar una *mayor flexibilidad* en las encomiendas de ejecución a medios pro-

⁴² Que en el caso de Galicia es la Ley 7/1983 y el Decreto 248/1992, de fundaciones de interés gallego.

⁴³ Por ejemplo, servicios que pertenezcan a otro Ministerio o Consejería y que tengan una alta especialización en la ejecución de obras, suministros o servicios específicos.

pios, para lo cual *lo que hace el legislador es romper la unidad de regulación de la ejecución por administración, abocando a un archipiélago de regímenes sectoriales autonómicos o incluso locales*⁴⁴.

31) Ahora bien, a mi juicio, *esta apertura demanda como contrapeso que los legisladores autonómicos colmaten este espacio normativo mediante sus propias regulaciones generales —de tipo legal o reglamentario— de medios propios*, a la luz de sus especialidades organizativas o procedimentales, y también, obviamente, en función de las políticas que quieran proyectar sobre los respectivos sectores públicos, pero siempre teniendo en cuenta los límites fijados en el Derecho comunitario: fundamentalmente, la consideración de los medios propios como auténticos poderes adjudicadores de Derecho público cuando, una vez encomendada la ejecución de una obra, suministro o servicio, tienen que recurrir a empresarios colaboradores para realizar los mismos —cosa, por otro lado, frecuente en la práctica.

En estos supuestos, los legisladores —estatal o autonómicos— habrán de respetar las normas de publicidad y concurrencia previstas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y servicios (*DOUE* de 30 de abril de 2004), así como la jurisprudencia del TJUE⁴⁵.

32) Por último, no puede olvidarse que, en un contexto de creciente externalización de la ejecución de obras, las conservaciones y mantenimientos de edificios, los suministros y servicios, *la introducción del artículo 3.1.l) entraña el paulatino desuso del sistema de ejecución directa* de los artículos 152-153, 194-195 y 199 TRLCAP, dado que la ejecución directa o por administración se canalizará en la práctica —como ya ha venido ocurriendo en los últimos años— hacia medios dotados de personificación propia, de tal manera que la ejecución directa «pura» no será más que un método residual y excepcional cuya implementación dependerá del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en esos artículos del TRLCAP⁴⁶.

⁴⁴ Se supera así la vieja doctrina de la STC 14/1986, de 31 de enero, para la cual la tipología y funcionamiento de personificaciones de Derecho público y privado de las Administraciones en los distintos sectores públicos autonómicos deben adecuarse a lo regulado con carácter básico por el Estado en virtud de los títulos competenciales previstos en el artículo 149.1.18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas) y en el artículo 149.1.6 (legislación mercantil; en este caso, la competencia legislativa no es básica, sino incluso exclusiva).

⁴⁵ En este sentido, vid. la sentencia de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00, *Comisión contra Reino de España*), dictada con ocasión de la licitación de la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la «Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A» (SIEPSA), Sociedad creada en 1992 que, según la Comisión y el Tribunal, respondía a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, y cuyo importe rebasaba ampliamente el umbral previsto por la Directiva.

⁴⁶ Como recuerda Elisenda MALARET, en nuestro Derecho ha sido tradicional la interpretación restrictiva del uso del sistema de ejecución directa de obras en favor del régimen

33) Aclarado lo anterior, centrémonos ahora en el requisito del control total del medio instrumental, pues *para que la encomienda de gestión quede excluida del ámbito de aplicación del TRLCAP es necesaria, en efecto, una titularidad del 100% del capital social o de la dotación fundacional de aquella empresa pública o fundación a la cual la Administración matriz encomienda la gestión de algún servicio u obra.*

A *sensu contrario*, si cualquier ente encomendante —tal y como lo definimos anteriormente— encomienda una obra, servicio o suministro a una empresa cuyo capital no domine al 100% (caso de las sociedades mixtas), estaremos ante un contrato no excluido del régimen contractual común por vía del artículo 3.1.1) TRLCAP⁴⁷, al que deberán aplicarse las normas correspondientes de publicidad, concurrencia, capacidad, adjudicación, interpretación y ejecución. Se trata ésta de una afirmación de profundo calado práctico, como acredita la propia jurisprudencia comunitaria, y que puede dar en el futuro serios «disgustos» a los gestores públicos de nuestro país, pues supone la inclusión de las encomiendas «cruzadas», es decir, a medios propios de otras Administraciones, en el ámbito objetivo del TRLCAP.

En efecto, la actual redacción del artículo 3.1.1) TRLCAP impide la encomienda de ejecución a medios propios de otras Administraciones. TRAGSA sería el caso paradigmático, pues a ella recurren con frecuencia Comunidades Autónomas⁴⁸ y entidades locales⁴⁹ para la ejecución de sus propias

de contratista interpuesto. Cfr. *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, op. cit., pág. 82, citando las SSTS de 16 de septiembre de 1988 (RJ 6717) y 30 de septiembre de 1991 (RJ 7644). Según Tomás DE LA QUADRA SALCEDO, «la regulación de la ejecución de obras por la propia Administración se ha podido ver como una regulación hecha desde la desconfianza hacia el papel de la Administración como empresario; el llamado dogma del contratista interpuesto sería así la expresión más acabada de lo que la concepción liberal del papel del Estado pensaba en lo que se refiere a la función de la Administración como empresario». Cfr. «La ejecución de obras por la Administración», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 709. Manuel REBOLLO aporta una opinión distinta: «El llamado dogma del contratista interpuesto, basado en la incapacidad de la Administración para ser empresaria, que consagró el liberalismo decimonónico, no rige, desde luego, en nuestro actual Derecho. Sólo si la Administración no tiene medios suficientes y opta por no dotarse de ellos acudirá a la contratación del servicio público (...) lo mismo puede decirse, en general, de las actividades que pudieran constituir el objeto de contratos de consultoría y asistencia y de servicios que satisfacen necesidades administrativas que normalmente podrán ser atendidas por el personal de la propia Administración». Cfr. «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», núm. 161 de esta REVISTA, mayo-agosto 2003, pág. 379.

⁴⁷ Éste es, por otra parte, el sentido de la reforma de la redacción originaria del artículo 154.2 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que consideraba gestión directa —y por tanto excluida del ámbito del contrato de gestión de servicios públicos— la encomienda de gestión del servicio a una entidad de Derecho privado en cuyo capital fuese apenas mayoritaria la participación de la Administración. La reforma propiciada por el TRLCAP de 2000, así como la nueva redacción dada al artículo 85 LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local, permiten sólo la gestión directa en el caso de sociedades participadas al 100% por la Administración.

⁴⁸ Ciertas Comunidades Autónomas han optado por regular sus encomiendas a TRAGSA en una norma con rango de ley. Así, Baleares (art. 24 de la Ley balear 9/1997, de

competencias. Aunque el artículo 88 de la Ley 66/1997 dispone que TRAGSA sea también medio propio de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, *la jurisprudencia comunitaria y, ahora, el artículo 3.1.1) TRLCAP —precepto de carácter básico, no lo olvidemos— han eliminado o derogado objetivamente tal posibilidad*, corroborando así las opiniones sentadas en su día por el Informe 7/1996, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid; por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Catalunya⁵⁰, y por autores como REBOLLO PUIG —ya en 2003⁵¹— o GIMENO FELIÚ⁵², aunque en contra de esta idea se posicione SOSA WAGNER⁵³ y la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado⁵⁴.

22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas), Canarias (disposición adicional segunda de la Ley canaria 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y medidas de personal) y Cantabria (disposición adicional segunda de la Ley 11/1999, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social para 2000). Por su parte, algunas Comunidades optaron por regular en convenios generales de colaboración sus relaciones con TRAGSA (así, Madrid o Murcia), mientras que otras encomiendan directamente a TRAGSA, como es el caso gallego.

⁴⁹ La utilización de TRAGSA como medio propio de las entidades locales fue informada negativamente por la Junta Consultiva de Contratación en su Informe núm. 46/1998, de 17 de marzo de 1999, al considerar que «*el convenio de colaboración entre el Cabildo de Gran Canaria y TRAGSA sólo podría tener cabida en el artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre que su objeto no estuviese comprendido en los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales, lo cual no sucede en el presente caso en el que por vía de convenio pretende atribuirse directamente a TRAGSA obras y otros contratos*». Sin embargo, el punto 6 de la disposición adicional segunda de la Ley canaria 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y medidas de personal, permite la celebración de convenios entre las entidades locales canarias y TRAGSA para la encomienda de obras. La Ley del Principado de Asturias 7/2002, de 24 de junio, por la que se autoriza la creación de la empresa pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S.A., considera a esta Sociedad medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración del Principado de Asturias y de las entidades locales del mismo que suscriban los correspondientes convenios con tal finalidad con la Administración de dicho Principado. En el caso de Navarra, la disposición adicional primera del Decreto 150/2003 extiende el régimen de los medios propios e instrumentales a las sociedades de Derecho privado en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de las Administraciones locales de Navarra, siendo su régimen económico y administrativo el que resulte de la normativa de régimen local.

⁵⁰ Vid. su Informe 1/2006, de 9 de febrero, sobre el régimen jurídico de las relaciones onerosas entre la Administración de la Generalitat y otras entidades del sector público, págs. 12-17. En concreto, en esta última página se dice que «*conseqüentment, i més enllà del que ja resultaria de la literalitat de l'article 3.1.1) del TRLCAP, que consagra l'exclusió de la normativa de contractes per als encàrrecs de gestió realitzats a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a "la pròpia Administració Pública", l'aplicació de la doctrina comunitaria al cas de TRAGSA fa inviabile la instrumentació de les relacions de l'Administració de la Generalitat de Catalunya per la via d'encàrrecs exclosos de l'aplicació de la normativa contractual*».

⁵¹ Cfr. «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *op. cit.*, pág. 387.

⁵² Cfr. ponencia presentada en el Seminario «Cumpliendo con Europa: la nueva contratación pública», organizado por el Instituto Europeo de Administración Pública y la Escuela de Administración Pública de Cataluña, Barcelona, 23-24 de febrero de 2006, pág. 81.

⁵³ Cfr. «El empleo de los "recursos propios" por las Administraciones locales», en Luis COSCULLUELA MONTANER (COORD.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 1331-1339.

⁵⁴ «Aunque el párrafo l) del artículo 3.1 del TRLCAP aluda a entidades y sociedades "cuyo

Con la nueva redacción del artículo 3.1.l) TRLCAP, en definitiva, podrán prosperar demandas como la presentada en su día por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra el Convenio firmado en 1986 por la Diputación General de Aragón con TRAGSA para la realización de obras en el sector agrario⁵⁵; y debe tenerse en cuenta que por Auto del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005 (RJ 2005/4119) se ha planteado ante el Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de TRAGSA con el Derecho comunitario de la competencia y la contratación pública. La cuestión está pendiente de resolución.

34) Para valorar adecuadamente lo afirmado en el punto anterior debe traerse a colación lo dicho por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 10 de enero de 2005 (Asunto C-26/03, *Stadt Halle*), al declarar incumplido el Derecho comunitario por el hecho de que un Ayuntamiento alemán concediese directamente, sin licitación pública, un contrato de tratamiento de residuos a una empresa municipal mixta, es decir, con capital perteneciente a una sociedad privada (en concreto, un 25%): «*en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva*»⁵⁶.

capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública”, lo que, de acuerdo con la dicción literal del precepto, da a entender que sólo es posible la encomienda de gestión a una entidad o sociedad cuyo capital pertenezca exclusiva y únicamente a la Administración (o entidad de derecho público) encomendante, considera esta Abogacía General del Estado que también es admisible la encomienda de gestión a una entidad o sociedad cuyo capital, siempre que sea exclusivamente público, pertenezca a varias Administraciones públicas con competencias o fines concurrentes (sea mediante participación directa de esas Administraciones en el capital de la entidad o sociedad, sea mediante participación indirecta de las mismas en dicho capital) y sometida al control único y exclusivo, bien que conjunto, de dichas Administraciones Públicas». Cfr. op. cit., pág. 18.

⁵⁵ La demanda fue rechazada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2001 (JUR 2001/103992).

⁵⁶ Cfr. párrafo 52 de la sentencia. En los párrafos 49 y 50 se afirma que: «*De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es necesario recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, pese a ser minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A este respecto, cabe señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la búsqueda de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta».*

35) En el mismo sentido cabe traer a colación la reciente sentencia de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458/03, *Parking Brixen*), en que una empresa impugnaba la atribución directa de la gestión de dos aparcamientos municipales a una empresa mixta municipal. El Tribunal consideró que, pese a tratarse de una concesión de servicios públicos, concesiones excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (Auto de 30 de mayo de 2002, Asunto 358/00, *Buchhändler Vereinigung*), las autoridades públicas están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad⁵⁷. El Tribunal afirma que la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Sin embargo, invocada también por las partes la jurisprudencia *Teckal* sobre medios propios, el Tribunal afirma que «en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12, 43 y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, acumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece. Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella».

En este sentido, el Tribunal considera que la empresa municipal *Stadtwerke Brixen AG* adquirió una vocación de mercado que pone en precario el control municipal, afirmación que se sustenta en una serie de indicios como su vocación mercantil, la sucesiva ampliación de su objeto social, la apertura de la sociedad a capitalistas ajenos, su expansión internacional y la gran autonomía que tiene su consejo de administración. Así las cosas, proclama que no se trata de un auténtico medio propio y, por tanto, no le es aplicable la jurisprudencia *Teckal*, razón por la cual declara contraria a los artículos 43 y 49 CE la adjudicación directa de la concesión de servicio público a la mencionada empresa municipal.

36) Esta línea está ya bien consolidada. La reciente sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2005 (asunto *Comisión contra Austria*) así lo confirma. En ella el Tribunal acoge el recurso interpuesto por la Comisión contra Austria por incumplimiento de la Directiva 92/50/CEE. Se trataba, en el supuesto concreto, de un contrato de eliminación de residuos que se encomendó directamente por el Ayuntamiento austríaco de Mödling a una

⁵⁷ Cfr. en tal sentido las sentencias de 7 de diciembre de 2000 (Asunto C-324/98, *Teleaustria y Telefonadress*, apartado 60) y de 21 de junio de 2005 (Asunto C-231/03, *Coname*, apartado 16).

empresa municipal de su propiedad exclusiva, cuyo capital cedió quince días después, en un 49%, a otra empresa privada⁵⁸.

El año 2006 continuará arrojando sentencias que matizarán y enriquecerán, sin duda, la jurisprudencia mencionada⁵⁹.

37) Un último tema, para terminar: el artículo 3.1.1) no es aplicable a la Administración corporativa, es decir, a las corporaciones de Derecho público que representan intereses económicos y profesionales bajo el paradigma de la autoadministración⁶⁰. Los colegios profesionales, las cámaras oficiales y otras corporaciones de base privada pueden encomendar libremente la ejecución de obras, suministros y servicios sin más limitaciones que las previstas en sus leyes sectoriales y estatutarias propias⁶¹. La razón de la no sujeción de la Administración corporativa al TRLCAP es que la actividad de contratación no puede entenderse una potestad administrativa de ordenación de la profesión con repercusión en los ciudadanos o en los colegiados, sino simplemente una actividad materialmente necesaria para el funcionamiento de la corporación.

5. LAS ENCOMIENDAS DE EJECUCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2005

38) El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público presentado por el Ministerio de Economía y Hacienda el 15 de diciembre de 2005

⁵⁸ Dice el Tribunal en el considerando 40: «*ha quedado acreditado que a través de una construcción artificial de varias fases distintas, esto es, la constitución de Abfall GmbH, la celebración con dicha sociedad de un contrato de eliminación de residuos y la cesión del 49% de sus participaciones a Saubermacher AG, se adjudicó un contrato público de servicios a una empresa de economía mixta cuyo capital social estaba participado en un 49% por una empresa privada*».

⁵⁹ Están pendientes de resolución los Asuntos C-410/04, una cuestión prejudicial elevada con motivo de la impugnación de la concesión directa del servicio de transporte municipal de viajeros del Ayuntamiento de Bari a una sociedad pública de su íntegra propiedad. El Abogado General ya ha rendido sus conclusiones el 12 de enero de 2006. Por otra parte, aunque nos situemos en uno de los sectores excluidos o especiales y en una problemática distinta, cabe también recordar la reciente condena a España en el Asunto C-323/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, en el que se discutía si la Comunidad Autónoma de Galicia cumplió con el Reglamento comunitario núm. 3577/1992, de cabotaje marítimo, al declarar servicio público el transporte marítimo en la ría de Vigo mediante Ley (la gallega 4/1999) y prever como criterio determinante del concurso la experiencia en tal servicio, criterio que privilegiaba claramente al operador preexistente. Tanto las conclusiones del Abogado General como el fallo se han inclinado por declarar la incompatibilidad de la normativa de la Comunidad Autónoma gallega con el Derecho comunitario.

⁶⁰ En tal sentido, cfr. Belén NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona, Atelier, 2001, págs. 87 y ss.

⁶¹ Éste es, por otro lado, el criterio empleado por la LPAC, que en su disposición transitoria primera remite la regulación de la actuación de las corporaciones de Derecho público a lo establecido en su legislación específica, que no es otra que la Ley 2/1974, de colegios profesionales, y las leyes autonómicas de desarrollo de la misma.

profundiza en la línea seguida por el Real Decreto-Ley 5/2005: con una redacción más precisa, pero también más farragosa, el artículo 4.n) de aquél excluye del ámbito de la Ley

«las encomiendas de gestión que se confieran a fundaciones del sector público, entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 24. No obstante, los contratos que deban celebrarse por la entidad que reciba la encomienda para la ejecución de la misma quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2.ª del capítulo II de este título preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 104.1 y 174».

La ratio normativa esgrimida por el legislador en la Memoria que acompaña el Anteproyecto (pág. 8) es que *«la letra n) recoge, con una redacción más ajustada a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la exclusión de los supuestos de uso de medios propios por la Administración, ya incorporado a la LCAP por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo».*

39) La lógica básica de la exclusión sigue siendo la misma, pues el artículo 4.2 se limita a repetir lo dicho por el artículo 3.2 del TRLCAP: *«los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumeradas en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».* Sin embargo, y apoyándonos en el análisis precedente, el contenido de la exclusión aparece dotado de nuevos e importantes matices a poco que se analice la nueva redacción del precepto. Cuatro son los grandes matices que observo.

5.1. *Las precisiones relativas a las fundaciones públicas*

40) En primer lugar, se incluye a las fundaciones del sector público (abarcando así las estatales, las autonómicas y las locales⁶²) como sujetos

⁶² El concepto de «fundaciones del sector público» se define legalmente en el artículo 3.f) del Anteproyecto: *«las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una entidad integrada en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».*

encomendados, siempre que su capital social sea en su totalidad de titularidad pública; algo que, aunque ya se podía deducir por vía interpretativa de la redacción dada por el Real Decreto-Ley de 2005, se incluye ahora expresamente. Nótese, en cualquier caso, que la introducción de patronos privados en los patronatos de fundaciones cuya dotación sea exclusivamente pública no determina, sin más, la exclusión de la encomienda del régimen del artículo 4.2 (actual art. 3.2 TRLCAP).

5.2. *La reintroducción de las encomiendas «cruzadas» (a medios propios de otras Administraciones Públicas)*

41) En segundo lugar, se añade la condición de que los entes encomendados *realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan*, recogiendo así la literalidad de la jurisprudencia comunitaria sobre la contratación *in house providing*. Ahora bien, hay que subrayar que esta redacción es mucho más amplia que la de 2005, en la medida en que el tenor literal de ésta, la de 2005, sólo permitía la encomienda a medios propios de la misma Administración, mientras que la redacción del Anteproyecto elimina subrepticamente esa restricción: lo único que se dice ahora es que el medio propio al que se le encomiende debe realizar la parte esencial de su actividad para su Administración matriz.

Este cambio, aparentemente sin importancia, permite —tal y como se venía haciendo antes del Real Decreto-Ley de 2005— que las Comunidades Autónomas o las entidades locales puedan encomendar tareas a medios propios estatales (el caso de TRAGSA, ya citado), independientemente de su falta de control sobre los mismos. *La encomienda «cruzada», pues, se rehabilita en el Anteproyecto de Ley a un precio elevado: la colisión más que probable con la doctrina comunitaria de los contratos «in house providing».*

5.3. *La contradictoria superposición de las encomiendas de ejecución y el tradicional sistema de ejecución por Administración*

42) En tercer lugar, las encomiendas se pueden realizar *«sin perjuicio de lo señalado en el artículo 24»*. Pero ¿a qué se refiere ese artículo 24?

Pues bien, en el artículo 24 los redactores del Anteproyecto recogen una regulación unificada de los sistemas de ejecución directa por Administración. Es decir, *se opta por un modelo mixto o de superposición en el que, por un lado, las encomiendas de ejecución se excluyen del ámbito del Anteproyecto y, por otro lado, se mantiene dentro del Anteproyecto el tradicional sistema de ejecución por Administración en sus tres variantes* (ejecución de obras, fabricación de bienes muebles y ejecución de servicios), que no son sino expresiones de lo que se conoce como contratación *in house providing*.

Ahora bien, ¿se puede cohonestar la exclusión del artículo 4.1.n) con la inclusión derivada del artículo 24 del Anteproyecto?

A mi juicio, no. La apuesta por la superposición de regímenes es antinómica, y abre una gran incertidumbre a los operadores jurídicos, dado que no puede mantenerse la lógica incluyente del sistema tradicional de ejecución directa añadiéndole una lógica distinta y excluyente, derivada de la incorporación de la doctrina comunitaria de la contratación *in house providing*.

La única solución interpretativa posible a la antinomia entre el artículo 4.1.n) y el artículo 24 sería —como ya hemos sostenido para la actual regulación— la de considerar que el segundo es el sistema subsidiario, aplicable a aquellas encomiendas que no cumplan con los requisitos del artículo 4.1.n) y que, por tanto, no pueden sustraerse de la Ley para ser regulados por sus normas especiales.

Sin embargo, esta solución se hace inviable desde el momento que el apartado 6 del artículo 24 establece que «*las fundaciones del sector público, entidades y sociedades que se encuentren en el caso previsto en el artículo 4.1.n) se considerarán medios propios de la Administración a los efectos de la letra a) del apartado 1 de este artículo*», admitiendo la letra a) del artículo 24.1 el recurso al sistema de ejecución directa cuando «*la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución*». Es decir, se establece que en los casos previstos en el artículo 4.1.n) no sólo se podrá acudir al artículo 24, sino que, además, «*deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución*».

En definitiva, no parece que tenga sentido —yo al menos no se lo encuentro— excluir de la Ley las encomiendas de ejecución a medios propios cuando se dedica un extenso artículo a desarrollar los términos de tales encomiendas. Estamos ante una mala técnica normativa que debería corregirse en el trámite de elaboración parlamentaria de la Ley, siendo dos las posibilidades más coherentes: o bien eliminar la exclusión del artículo 4.1.n), manteniendo el artículo 24, con las adaptaciones que la jurisprudencia comunitaria demande; o bien mantener el artículo 4.1.n), eliminando la referencia al artículo 24 y dejando que sean las normas especiales reguladoras de cada medio propio las que regulen las condiciones jurídicas de las encomiendas de ejecución excluidas de la aplicación del TRLCAP.

5.4. *Las cautelas respecto de la contratación de los medios propios*

43) Por último, dado que los medios propios no dejan de ser, a su vez, poderes adjudicadores y dado que la doctrina *in house providing* no afecta a las contrataciones que esos medios puedan hacer con terceros, el artículo 4.1.n) vuelve a incluir en el ámbito de la Ley «*los contratos que deban celebrarse por la entidad que reciba la encomienda para la ejecución de la misma*».

No obstante, el legislador vuelve a pecar de oscuridad a la hora de definir los términos de tal inclusión, pues el sometimiento a la Ley de esos

contratos se producirá, crípticamente, «en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos», añadiendo «y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2.ª del capítulo II de este título preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 104.1 y 174»⁶³. El criterio de la cuantía para aplicar estas últimas reglas es claro, pero no lo es tanto la cláusula general de inclusión, que parece dejar un margen innecesario —e indeseable— a la interpretación. Sobra la referencia a la naturaleza de la entidad que los celebre, porque en la medida en que los entes encomendados son, sin excepción, parte del sector público (poderes adjudicadores, en los términos comunitarios), sus contratos están también sometidos íntegramente a la Ley, con independencia de su naturaleza pública o privada de su cuantía.

44) En definitiva, el sistema propuesto por los redactores del Anteproyecto es manifiestamente mejorable, y su enfoque dista mucho de ser claro. A pesar de sus defectos, es más coherente el sistema propuesto por el Real Decreto-Ley 5/2005, al que *de lege ferenda*, como ya hemos defendido, debería añadirse una regulación mínima y básica de las encomiendas de ejecución en el propio texto del Anteproyecto. Con ello mejoraría sustancialmente la seguridad jurídica en la configuración del sector público instrumental, minimizando así los efectos indeseados de la utilización de las encomiendas de ejecución.

Otras cuestiones permanecen abiertas, y deben ser afrontadas en esa regulación básica de las encomiendas que sería bueno incluir en el Proyecto de Ley de Contratos. Resumámoslas, ya para concluir: la regulación de límites materiales a las mismas (como la prohibición de encomiendas que supongan el ejercicio de potestades administrativas, a la manera del artículo 2.2 LPAC o de la disposición adicional 12.ª de la LOFAGE; la prohibición de «ceder» a la Administración matriz los trabajadores contratados por el ente instrumental); un régimen de publicidad que posibilite su control jurisdiccional; y, finalmente, un régimen de responsabilidad propiamente administrativa.

⁶³ Los artículos 14 a 17 del Anteproyecto establecen los umbrales económicos a partir de los cuales nos encontramos ante contratos sometidos a regulación armonizada europea: básicamente, las cuantías son de 5.923.000 € para los contratos de obras y concesión de obra pública; de 236.000 € para los suministros y servicios. Las reglas de preparación son, fundamentalmente, el establecimiento de prescripciones técnicas (art. 104.1), mientras que las reglas de adjudicación son las ordinarias, con ciertas adaptaciones previstas en el artículo 174.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00170

19,00 €