

LA NECESIDAD DE SUPERAR EL DOGMA DEL CONTRATANTE INTERPUESTO: A PROPÓSITO DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Alfonso Luis Blanco Higuera

Asesor Jurídico. Gobierno de Cantabria

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Manuel ARENILLA SÁEZ, don Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, don Federico Andrés LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, don Javier MANCHADO DE ARMAS y don Alberto PALOMAR OLMEDA.

EXTRACTO

El presente estudio plantea la necesidad de reformar la figura de la encomienda de gestión, por el abuso que de ella realizan las Administraciones públicas para soslayar las garantías y principios que la Ley impone en la contratación pública, en una suerte de duplicación del añejo dogma liberal del *contratista interpuesto*, que imponía a la Administración la contratación con los particulares de todo tipo de obras y servicios para la satisfacción de sus necesidades. La deficiente regulación actual de la encomienda de gestión a entes instrumentales no exige que estos dispongan de medios suficientes, ni que con el encargo se consiga un mínimo de ahorro –exigencias que sí se imponen en la ejecución por Administración directa a través de servicios no personificados– interponiéndose, entre la Administración y el contratista, una entidad contratante, generalmente una sociedad mercantil pública, con el único fin de *flexibilizar* la contratación externa de la ejecución del encargo –incluso en su totalidad– lo cual reclama una refundición normativa de ambas modalidades de ejecución directa, en cuanto a la exigencia de que el ente instrumental disponga de los medios suficientes y que su actuación suponga un ahorro apreciable.

Palabras claves: contratante interpuesto, encomienda de gestión y entidad instrumental.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / *Fecha de aceptación:* 10-07-2014

THE NEED TO OVERCOME THE DOGMA OF CONTRACTEE INTERPOSED: A PURPOSE OF THE MANAGEMENT COMMISSION

Alfonso Luis Blanco Higuera

ABSTRACT

This study raises the need for reforming the figure of the management commission, by the abuse that it made the public Administrations to circumvent the guarantees and principles that the law imposes on public procurement, in a sort of duplication the old liberal dogma the *contractor interposed*, which required the Administration to hire individuals with all types of works and services to meet their needs. The current deficient regulation of the charge of management commission instrumental means, does not require that they have sufficient means, nor the commission –yes exigencies are imposed on the direct administration execution by through services not personified– interposed between the Administration and the contractor, a procuring entity, usually a public commercial company, with the sole purpose of *make flexible* hiring an outside commission execution –even as a whole– which calls for a regulatory overhaul of both modes of direct execution, as to the requirement that the instrumental entity has sufficient resources and that their actions pose a significant saving.

Keywords: contractee interposed, management commission and instrumental entity.

Sumario

1. Un ejercicio propedéutico: la actividad industrial de la Administración como atenuación del dogma del contratista interpuesto
 - A) El dogma liberal del contratista interpuesto
 - B) La relativización del dogma: la actividad industrial de la Administración

2. El paradigma de la empresa pública: de la excepción a la regla
 - A) La intervención pública en la economía ante la falta de iniciativa privada: la empresa pública como fenómeno de excepción
 - B) El posterior descontrol del fenómeno empresarial público: de la excepción de mercado a la regla instrumental
 - C) La multiplicación de las figuras organizativas instrumentales en el sector público
 - D) La fuga de las nuevas entidades hacia nichos regulatorios extramuros de la legislación administrativa: el mito de la eficacia como referente de la fragmentación del sector público

3. La paradoja de la encomienda de gestión como mecanismo de ejecución de prestaciones por administración directa (EPAD)
 - A) La génesis de la regulación de la EPAD: medios suficientes y ahorro como ejes
 - B) El primer naufragio: ampliación de casos y apertura a la colaboración privada
 - C) La segunda quiebra del sistema: la encomienda de gestión como EPAD
 - D) La debacle definitiva: generalización de la encomienda sin medios ni ahorro

4. A modo de corolario: la necesaria reformulación legal de la encomienda de gestión como encargo, no para contratar externamente, sino para ejecutar prestaciones por administración directa
 - A) El dogma del contratante interpuesto como un fraude a la ley
 - B) El uso y abuso del dogma: un ejemplo
 - C) Hacia una regulación unitaria de la EPAD en torno a sus ejes tradicionales

Bibliografía

1. UN EJERCICIO PROPEDÉUTICO: LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO ATENUACIÓN DEL DOGMA DEL CONTRATISTA INTERPUESTO

A) EL DOGMA LIBERAL DEL CONTRATISTA INTERPUESTO

Toda época alumbra sus propios dogmas, jurídicos y de todo tipo, como ocurre con el actual dogma jurídico-fáctico del *contratante instrumental interpuesto*, del poder adjudicador que intermedia entre la Administración pública y el contratista particular, y cuya superación se propone en el presente trabajo, no sin dejar de reconocer su entrecruzamiento con otro dogma anterior en el tiempo, que –aun superado en el plano normativo (al menos teóricamente)– sigue perviviendo en la práctica habitual de la actividad pública.

Nos estamos refiriendo, por supuesto, al principio decimonónico del *contratista interpuesto*, que imponía a la Administración la *obligación* de acudir a contratistas privados para la ejecución de obras públicas, la provisión de suministros y la prestación de servicios de naturaleza económica, dogma liberal este que arrancaba de una profunda desconfianza en la actividad productiva e industrial del Estado, actividad que debía quedar reservada a la esfera de la iniciativa privada, de modo que la intervención directa de aquel como empresario constructor, suministrador o prestador de servicios solo podría darse en circunstancias excepcionales, dogma este del contratista interpuesto que principió en nuestro país con la Ley de Obras Públicas de 1868¹, y que se dulcificó en la postrer Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876², bases que fueron articuladas en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que configuró la contratación de tales obras como la regla general, si bien facultando su ejecución directa por la Administración cuando concurriese alguno de los supuestos previstos en ella³, dando cierta prevalencia a la ejecución de obras por contrata, pero sin impedir demasiado la posibilidad de hacerlo por Administración directa⁴.

¹ Decreto de Bases de 14 de noviembre de 1868, articulado por la Ley de 20 de agosto de 1873, consagrando el artículo 1 la iniciativa privada en la construcción de obras públicas y la absoluta libertad de su posterior explotación.

² Su Base 3.ª dispuso lo siguiente: «Podrán construir y explotar obras públicas el Estado, las provincias y los municipios, *bien por Administración o por contrata*. También podrán hacerlo los particulares o compañías, mediante concesión, con arreglo a lo que prevengan las leyes».

³ Y, así, su artículo 25 prevenía que se ejecutaría por la Administración «*únicamente* aquellos trabajos que no se presen a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, o *por otra cualquiera circunstancia*».

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ CARANDE (1953: 251 y 252) y QUADRA SALCEDO (1996: 709, 712 y 713).

Este dogma del contratista interpuesto, aunque con matices, pervive atenuadamente en la actualidad, latiendo, en el fondo de aquel, la contraposición entre las doctrinas liberal-abstencionista y social-intervencionista, que conforman las diferentes opciones del Estado de Derecho contemporáneo, dando lugar al eterno debate de si la Administración tiene que limitar su actividad al solo ejercicio de potestades públicas, o puede desarrollar también actividades de producción de bienes y servicios, de modo que –si solo se admitiera la primera postura– se asumiría plenamente el principio del contratista interpuesto, y haría problemática, por ejemplo, el mantenimiento por la Administración de una red propia de servicios educativos o sanitarios, algo que no se propugnó ni siquiera en el liberalismo decimonónico y, por ello, la doctrina entiende problemático defender que nuestra vigente Constitución de 1978 imponga al sector público la obligación de externalizar toda actividad que no sea estrictamente una función o un poder público de imperio, debiendo recurrir a la contratación siempre que fuese necesario o más económico, por lo que parece claro que la libertad de empresa no incluiría un deber de los poderes públicos de garantizar a la empresa privada un determinado nivel de contratación pública⁵.

No obstante, anticipar ya que el citado dogma no constituyó, ni ayer ni hoy, un freno para que la Administración pública, el poder público en general, desarrollase un rico y variopinto abanico de actividades instrumentales de naturaleza económica, comercial y productiva, espoleadas en ocasiones por un vacío que la iniciativa privada no quería –o no podía– colmar, sobre lo cual se tratará más adelante.

B) LA RELATIVIZACIÓN DEL DOGMA: LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Ya con mucha anterioridad al surgimiento del referido dogma, el poder público en sus diferentes manifestaciones históricas (Corona, Principados, Concejos, Municipios, etc.) va a desplegar –sobre todo en el ámbito de la obra pública– una amplia actividad de ejecución directa de aquella, dada la práctica inexistencia de una iniciativa privada emprendedora, no solo en el ámbito citado, sino también en los del comercio y la industria.

En tal sentido, VILLAR PALASI ya nos ilustró brillantemente sobre el tema, recordándonos que la primera técnica en la ejecución de las obras públicas suponía el otorgamiento de impuestos o de tasas afectadas a su realización, si bien ello originó que en los últimos tiempos de la Edad Media se produjeran multitud de exacciones injustificadas y sin relación con interés público alguno, por lo que, en 1455, Enrique IV ordenó lo siguiente: «Tenemos por bien que las ciudades y villas y lugares de nuestros reinos y otras cualquier personas que puedan hacer y edificar puentes en los ríos, tanto que en ellos no puedan impedir, ni estorbar que no se fagan las dichas puentes...». De este modo, se proclamaba la ejecución libre de obras públicas, pero a condición

⁵ HUERGO LORA (2001: 130, 153 y 154).

de no autorizar imposición alguna destinada a financiarlas, si bien el sistema normal de financiación de obras de interés general sería el de la concesión de franquicias o exenciones, otorgadas, sobre todo, a entidades religiosas, destinándose las rentas de la Corona –en lo que se refería a la ejecución de las obras públicas– a la construcción de castillos y fortalezas, subvencionándose parcialmente con cargo a tales rentas la edificación de monasterios y la construcción de murallas de poblaciones, levantadas estas últimas por los concejos con subvenciones regias. Por su parte, el sistema de las *empresas administrativas* es seguido, en los comienzos del siglo XVIII, por Felipe V, estableciéndose *Fábricas Reales* de paños, sedas, cristales y tapicería, lo cual no impidió que se continuase con el sistema de impuestos afectados para las obras ejecutadas directamente por la Administración⁶.

Pasado el tiempo, y ya dentro del pujante marco liberal reinante en el siglo XIX, nos dice GARCÍA DE ENTERRÍA que la actividad comercial del Estado, desplegada sobre todo a través de las factorías reales impulsadas por el mercantilismo, fue condenada y liquidada durante el proceso jurídico-político de la desamortización civil, reservándose tal actividad a la iniciativa privada, si bien la propia Administración caería pronto en la cuenta de la trascendencia social de alguno de los nuevos medios técnicos de satisfacción de necesidades, e intentará incluirlos dentro de la llamada en esa época «Administración social», por diferencia de la «jurídica», cuyo fin último es la utilidad, siendo paradigmático el caso del ferrocarril, respecto del cual se utilizará la técnica de la subvención para configurar como contraprestaciones debidas los poderes de regulación del servicio: por ejemplo, el poder tarifario. Pero, sobre todo, el Derecho administrativo articulará para estos fines la figura técnica de la concesión de servicios públicos, cuyo rasgo tradicional radicaba en su condición de obligatoria para la Administración, el dogma de la «concesión interpuesta», aunque este principio del concesionario preceptivamente interpuesto empezará a fallar en cuanto se admita que la Administración puede ocupar la posición de concesionario⁷.

El proceso histórico de coexistencia entre el dogma del contratista interpuesto, de un lado, y, de otro, el de la realidad de la actividad industrial y de la prestación directa de servicios por la Administración, dará un paso de gigante en nuestro país a raíz del proceso de la municipalización de servicios públicos, que principió en el Estatuto Municipal de 1924, recogiendo tal figura la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, asumiéndose, finalmente, en la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, proceso este que culminará –como se sabe– con la creación en el ámbito de la Administración del Estado, a mediados del siglo pasado, de las empresas nacionales⁸. En tal sentido, y dejando para más adelante el tratamiento de la empresa pública, GARCÍA DE ENTERRÍA nos recuerda que el tema de la municipalización supuso el primer postu-

⁶ VILLAR PALASÍ (1954: 16 a 18 y 24 a 26); SAZ CORDERO (1994: 60); MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 30) y SÁNCHEZ MORÓN (1980: 71).

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (1955: 92 a 96).

⁸ VILLAR PALASÍ (1950: 91); BASSOLS COMA (1977: 38 y 40); SÁNCHEZ MORÓN (1980: 71); SAZ CORDERO (1994: 60) y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 30).

lado contemporáneo de una gestión industrial y mercantil realizada directamente por la misma Administración, sin necesidad de un concesionario interpuesto, presentándose el fenómeno como una cuestión puramente instrumental, que aborda la Administración en uso de su discrecionalidad organizativa, atendiendo, no a motivaciones jurídicas, sino a razones técnicas de eficiencia⁹.

2. EL PARADIGMA DE LA EMPRESA PÚBLICA: DE LA EXCEPCIÓN A LA REGLA

Expuesta someramente la tradicional coexistencia histórica entre la figura del contratista interpuesto y el fenómeno de la actividad industrial de la Administración, toca abordar ahora el desarrollo inicial en nuestro país de la actividad empresarial del Estado como una circunstancia de excepción, que evolucionará con el tiempo hacia una circunstancia de habitualidad, pasándose desde un principio de suplencia de la iniciativa privada en determinados sectores a otro de mera instrumentalidad por supuestas razones de flexibilidad y eficacia, produciéndose un paulatino *cuarteamiento* de las diferentes Administraciones públicas en una pléyade de entidades instrumentales de todo tipo, siendo la figura *estrella* la de la empresa mercantil pública, refugiándose esta y aquellas en unos nichos regulatorios específicos, alejados por completo de las garantías y controles que presta el Derecho administrativo.

A) LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA ANTE LA FALTA DE INICIATIVA PRIVADA: LA EMPRESA PÚBLICA COMO FENÓMENO DE EXCEPCIÓN

Tradicionalmente, la acción del Estado, en nuestro país y en los países de nuestro entorno, se fue extendiendo al compás del principio de subsidiariedad, que tuvo como presupuesto la insuficiencia o defecto de la iniciativa privada, si bien aclarando que, cuando el Estado interviene en la vida económica *supliendo* la iniciativa privada, en ningún caso se tratará de la prestación de un servicio público, dado que el particular no ve limitadas jurídicamente sus facultades empresariales y que dicha intervención tiende a ser coyuntural, desapareciendo al modificarse las circunstancias que motivaron su intervención¹⁰.

El contexto posbélico de los años 40 en España, junto a la política autárquica, impusieron un marcado intervencionismo estatal, motivado, sobre todo, por la urgente necesidad de recuperar e impulsar la economía, ayuna de toda iniciativa privada en un país devastado, y de este espíritu se imbuó la Exposición de Motivos de la Ley de 25 de septiembre de 1941, por la que se

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1955: 120, 121 y 126).

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1965: 111); FERNÁNDEZ FARRERES (1976: 132) y ARIÑO ORTIZ (1979: 75 y 76).

creó el Instituto Nacional de Industria (INI)¹¹, asumiendo el Estado el protagonismo económico, si bien el principio de subsidiariedad carecerá durante este periodo de una precisa articulación jurídica, de forma que la creación de empresas nacionales se realizará con base en criterios pragmáticos que fueron condicionando, según las circunstancias, el desarrollo del sector público¹².

Habrá que esperar hasta la Ley 194/1963, de 28 de diciembre, del Plan de Desarrollo Económico y Social, para que se vea culminado el proceso que dé un barniz jurídico al principio de subsidiariedad en la intervención económica estatal directa mediante la creación de empresas nacionales, creación que se sujetará ahora a unas causas tasadas¹³, de modo que aquel principio condicionará ahora el desarrollo del sector público empresarial, que, a partir del Primer Plan de Desarrollo, quedará configurado como algo residual, y –en tal sentido– recordar cómo el artículo 4 de esta ley, concretando el procedimiento de creación de empresas nacionales¹⁴, articulaba en su apartado a) el principio de subsidiariedad, estableciéndose un procedimiento para la creación de una Empresa Nacional, filtrando a través de una oferta previa a la iniciativa privada toda posible expansión del sector público empresarial¹⁵.

La consecuencia de esta subsidiariedad de la empresa pública, una vez desaparecidas o superadas las circunstancias que dieron lugar a su creación, será la del cese de su actividad, que deberá traspasarse a los particulares, y esta era la lógica que subyacía en el apartado 4 del artículo 5 del texto refundido de la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por

¹¹ Exposición de Motivos de la que merece destacarse el párrafo siguiente: «... es tan grande la cuantía de las inversiones que la fabricación de determinados productos requiere que muchas veces rebasan el marco en que las iniciativas particulares se desenvuelven y, para otras, el margen de beneficios resulta tan moderado que no ofrece incentivo... Surge, pues, la necesidad de un organismo que, dotado de capacidad económica y personalidad jurídica, pueda dar forma y realización a los grandes programas de resurgimiento industrial de nuestra Nación, que, estimulando a la industria particular, propulsen la creación de nuevas fuentes de producción y la ampliación de las existentes, creando, por sí, las que el interés de la defensa nacional o los imperativos de nuestra economía exijan».

¹² FERNÁNDEZ FARRERES (1976: 140 a 142); ARIÑO ORTIZ (1979: 83) y SÁCHEZ MORÓN (1980: 73).

¹³ La Exposición de Motivos de esta Ley de 1963 razonaba que «la política fiscal que se configura por la presente ley da un amplio desarrollo al principio de la acción subsidiaria del Estado como garante del bien común. Para el cumplimiento de los fines que se establecen, el Estado no desconoce ni suplanta a la sociedad, sino que promueve, fomenta y ayuda la actividad de las agrupaciones infrasoberanas, interviniendo subsidiariamente para encauzar, dirigir y fortalecer su acción espontánea de manera que en la medida posible determinadas actuaciones exigidas por el bien general sean cubiertas autónomamente por ella».

¹⁴ Dicho precepto rezaba del siguiente tenor: «Para la creación de empresas nacionales y para la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes, habrá de concurrir alguno de los siguientes motivos: a) Insuficiencia de la iniciativa privada. Por el Gobierno podrá apreciarse la insuficiencia de la iniciativa privada y la oportunidad de suplirla con la actividad pública, entre otros casos, cuando aquella no alcance en un sector determinado los objetivos señalados para ella, con carácter indicativo, en el Plan de Desarrollo Económico y Social. b) Conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia. c) Imperativos de la defensa o de alto interés nacional».

¹⁵ FERNÁNDEZ FARRERES (1976: 133, 136, 144 y 145) y ARIÑO ORTIZ (1979: 84 a 86).

Decreto 1541/1972, de 15 de junio –que reiteró lo ya previsto en los dos Planes de Desarrollo anteriores–¹⁶ si bien ello se traducía tan solo en una mera posibilidad de propuesta por el ministerio competente al Gobierno, quien en última instancia decidía sobre la posible enajenación de los títulos accionariales con una cierta discrecionalidad, que flexibilizaba la aplicación del principio de subsidiariedad¹⁷.

B) EL POSTERIOR DESCONTROL DEL FENÓMENO EMPRESARIAL PÚBLICO: DE LA EXCEPCIÓN DE MERCADO A LA REGLA INSTRUMENTAL

No obstante, la subsidiariedad que, como antes quedó expuesto, inspiraba la creación por el Estado de empresas públicas, no pudo impedir que se iniciara en la segunda mitad del siglo pasado un imparable proceso de *balcanización* de la Administración pública, cuya personalidad jurídica, como ya se adelantó, va ir *cuarteándose* progresivamente en una multiplicidad de entidades personificadas de corte societario, cuya constitución no se regirá ya más por el principio de subsidiariedad –a modo de una excepción por razones de mercado– sino por el de instrumentalidad, en aras de una mayor agilidad en la actuación pública, de modo que la excepción se trocará en regla.

Será la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958 (LEEA), la que por vez primera intente disciplinar la actividad industrial y comercial del Estado y de sus entidades, haciéndola gravitar sobre tres categorías –los organismos autónomos, los servicios administrativos sin personalidad y las empresas nacionales– partiendo para ello de una realidad, consistente en la paulatina atomización del sector público, y de la necesidad de sujetarlo a una cierta disciplina financiera.

Centrándonos ahora en la denominadas «empresas nacionales», FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ya realizó una llamada de atención sobre una cierta coincidencia de su concepto legal¹⁸ con el de «empresas públicas», si bien esa aparente correlación «empresa nacional-empresa pública» se desvanece si se tiene presente lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 92 de la LEEA, que exigía que fueran constituidas como sociedades anónimas, restringiéndose su alcance y pasando

¹⁶ Este precepto disponía lo siguiente: «Cuando, a juicio del Ministerio competente o del Organismo autónomo correspondiente –en este último caso por conducto del Departamento a que esté adscrito– hubieran desaparecido las causas que motivaron la creación de una Empresa nacional, podrán proponer al Gobierno la enajenación de las participaciones propiedad del Estado o de las Entidades Estatales Autónomas. La enajenación de los títulos se realizará a tenor de lo dispuesto en la Ley del Patrimonio del Estado en el grado y medida que las circunstancias aconsejen. En tal caso, el Ministerio de Hacienda, previo informe del Ministerio de Trabajo y de la Organización Sindical, facilitará al personal de la Empresa la adquisición de las acciones que se enajenen, en la forma prevista en la Ley de Fondos Nacionales».

¹⁷ FERNÁNDEZ FARRERES (1976: 137 y 138) y RIVERO YSERN (1978: 16 y 17).

¹⁸ El artículo 4 de dicha ley las definía como «aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas».

a constituir la «empresa nacional» una especie del género «empresa pública»¹⁹. La doctrina, a tenor de la letra de la ley, caracterizó a las empresas nacionales por dos notas, cuales eran el tratarse de entes que habían de constituirse con forma de sociedad anónima, así como la necesaria participación mayoritaria estatal en su capital social²⁰, no siendo infrecuente el uso indistinto de los términos «empresa nacional-empresa pública», de modo que empresas públicas y empresas nacionales serían una misma realidad, aunque, para evitar adjetivar como «pública» a empresas reguladas por normas jurídico-privadas, se opta por la denominación legal de «empresas nacionales», si bien matizar que –al margen de la tripartición legal en organismos autónomos, servicios administrativos sin personalidad y empresas nacionales– la realidad era ya entonces más variada en formas que las propias disposiciones legales, de modo que la noción de «empresa pública» devino en un concepto genérico que cubría diversas especies²¹.

Prescindiendo de adentrarnos en la figura de los servicios centralizados –totalmente residual y extinguida en la actualidad– nos referiremos ahora someramente a la figura de los «organismos autónomos», configurados legalmente como personas jurídicas públicas sometidas, con más o menos excepciones, al Derecho privado, creándose y extinguiéndose mediante ley, ley que conformaba su estatuto propio, que sería el que determinase su régimen de organización y actividades, regulándose supletoriamente por las reglas de organización y actividad de la LEEA, norma esta que equiparó sustancialmente el régimen de los organismos autónomos de carácter comercial o industrial al de los organismos autónomos administrativos, si bien con algunas excepciones, dándose lugar con ello en nuestro Derecho a la existencia de empresas con personalidad pública y régimen privado de gestión²². Y, en tal sentido, MARTÍN-RETORTILLO nos recuerda como la LEEA sancionaría ya una primera huida de los organismos autónomos de toda regulación general, pues aquella incidió principalmente en los aspectos de la gestión financiera y económica de las entidades autónomas, reconociendo explícitamente la propia ley algunos supuestos a los que no les era de aplicación lo establecido en ella²³, en la mayor parte de ellos porque no se trataba de organismos autónomos, no existiendo, sin embargo, previsión expresa alguna a que posteriormente

¹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1965: 106 y 107).

²⁰ El apartado 1 del artículo 92 de la LEEA preceptuaba lo siguiente: «Las Empresas nacionales habrán de ser constituidas precisamente como Sociedades anónimas de fundación simultánea a su creación y la participación que tengan en su capital el Estado o los Organismos autónomos deberá ser siempre mayoritaria, salvo que por Ley se autorice expresamente una menor participación».

²¹ FERNÁNDEZ FARRERES (1976: 153 a 156) y RIVERO YSERN (1978: 20 y 21).

²² SÁNCHEZ MORÓN (1980: 96 a 99) y SAZ CORDERO (1994: 61, 62, 66 y 67).

²³ El artículo 5 de la LEEA prevenía lo siguiente: «Las disposiciones de la presente Ley no son de aplicación: *a.* A las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y a las Comercio, Industria y Navegación. *b.* A las organizaciones de regantes reconocidas por la legislación de aguas. *c.* A las entidades oficiales de seguros sociales obligatorios y complementarios de la previsión social, sin perjuicio de su obligación de dar a conocer al Ministerio de Economía y Hacienda, cuando este lo considere oportuno, la cifra de sus ingresos, gastos e inversiones, y de rendir anualmente al Gobierno una Memoria de su actuación. *d.* A las entidades oficiales de seguros privados, en cuanto a las operaciones técnicas que realicen derivadas de la recaudación de primas y del pago de indemnizaciones».

se pudieran incluir también –como supuestos excluidos de la LEEA– los que así se determinasen por ley, práctica esta última que acabaría por extenderse a entidades que inequívocamente respondían a la figura de los organismos autónomos, ampliándose considerablemente el número de organismos que, por esta vía, debían considerarse incluidos en el artículo 5 de la LEEA, y, por tanto, excluidos de su aplicación, generalizándose con el tiempo una situación de excepción del régimen de la LEEA (RENFE, FEVE, Canal de Isabel II, etc.), formalizándose con ello un nuevo proceso de huida de ese régimen jurídico general²⁴.

C) LA MULTIPLICACIÓN DE LAS FIGURAS ORGANIZATIVAS INSTRUMENTALES EN EL SECTOR PÚBLICO

Esta *atomización* de la Administración en una constelación de entidades personificadas instrumentales creadas por diferentes leyes, cada una con su propio régimen jurídico, generalmente de Derecho privado, y que ya no respondían al primigenio principio de subsidiariedad, se acelerará con la regulación legal de nuevas figuras instrumentales, sobre todo de naturaleza societaria, desdibujándose con ello la personalidad jurídica de las Administraciones públicas –ahora ya, no solamente la del Estado y la local, sino también las de las comunidades autónomas– personalidad que se *camuflará* tras las artificiosas pantallas de múltiples personalidades jurídicas instrumentales.

Así, la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, introdujo en su artículo seis la categoría jurídica de las «sociedades estatales», que comprendía una doble modalidad, la tradicional de las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente público, y la novedosa de las «Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado», modalidades ambas cuyo régimen jurídico vendría determinado «por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que sea de aplicación la presente Ley». Al efecto, BASSOLS COMA opinaba que la categoría de las «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal» ya venía implícitamente reconocida, en cierto modo, por nuestro ordenamiento positivo, bajo la denominación de «empresas nacionales»²⁵, estando la innovación sustancial en la calificación como «sociedades» de las citadas Entidades de Derecho público que por Ley hubieran de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, dando lugar a la coexistencia en nuestro Derecho de dos formas de estructuración jurídica de la empresa pública, la societaria y la de personificación pública en régimen de establecimiento mercantil, fórmula empresarial esta última respecto de la cual el calificativo de «sociedad» debiera considerarse como una simple cláusula para legitimar la aplicación del Derecho privado a un ente público²⁶.

²⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1991: 71 a 73).

²⁵ Artículos 91 a 93 de la LEEA.

²⁶ BASSOLS COMA (1977: 49, 50 y 53 a 55).

Asimismo, la citada Ley General Presupuestaria dividió a las empresas públicas con forma de organismos autónomos en dos grandes grupos, a efectos del control presupuestario, interno y contable, los llamados «organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos» y los «organismos autónomos de carácter administrativo», aunque luego la propia ley estableció sustanciales diferencias de régimen entre ambos tipos, clasificando así una misma realidad subjetiva en atención a la actividad desempeñada por tales organismos, que se regularían por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria y por las demás normas que les fuesen aplicables en las materias no reguladas por ella, lo que supuso, de nuevo, una huida del régimen administrativo general de los propios organismos autónomos²⁷.

El esquema expuesto fue prácticamente reproducido en el texto refundido de la Ley General Presupuestaria²⁸, que, no obstante, incorporó en el apartado 5 de su artículo 6.º un nuevo tipo de ente personificado residual: «El resto de Entes del Sector público estatal no incluidos en este artículo [las sociedades estatales] ni en los anteriores [organismos autónomos], se regirá por su normativa específica. En todo caso, se aplicarán a los citados Entes las disposiciones de la presente ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas». Esta nueva especie de entidades «atípicas» iban a disponer de un régimen jurídico del todo diferenciado e, incluso, al margen de la propia Ley General Presupuestaria, que era de aplicación a tales entidades, salvo en lo que «*expresamente se refiera a ellas*», habiéndose abusado del citado apartado 5 del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria como un «portillo» a través del cual se multiplicaría de forma alarmante la creación de entidades extrañas, atípicas, híbridas, «independientes», etc²⁹.

Para concluir el presente punto, sin afán de ser exhaustivos, y tras el breve repaso normativo expuesto sobre la *disgregación instrumental* operada en el sector público, realizaremos a continuación una exposición esquemática sobre la sistematización que de los entes y asimilados de la denominada «Administración institucional» ha realizado en los últimos años la normativa sobre organización, finanzas y contratación pública.

Así, y por lo que al sector público estatal respecta, recordar la reordenación que de sus organismos y entidades se abordó a través de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), gran parte de cuyos preceptos fueron recogidos –con las debidas adaptaciones– por la legislación autonómica. Esta ley englobó a las entidades institucionales bajo la rúbrica de «organismos públicos»³⁰, clasificán-

²⁷ SÁNCHEZ MORÓN (1980: 100 y 101) y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1991: 74 y 75).

²⁸ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

²⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1991: 108 y 109) y PÉREZ MORENO (1996: 858).

³⁰ El artículo 2.3 de la LOFAGE se refiere a tales organismos públicos como aquellos «que tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado...».

dolos su artículo 43.1 en organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales³¹. Los organismos autónomos coincidirían con los «organismos autónomos» referidos en la LEEA, cualquiera que fuera su clase o especie³², mientras que a las entidades públicas empresariales, por su parte, se las identifica expresamente con las anteriores «entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado»³³, articulándose las agencias estatales como entidades de Derecho público con personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, estando dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados³⁴. Respecto a las sociedades mercantiles estatales, la ley citada tan solo dice que se registrarán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en determinadas materias, no pudiendo disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, remitiéndose, en cuanto a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima y de capital íntegramente público, a lo que al efecto establezca la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas³⁵.

El panorama de entidades instrumentales del sector público se cierra con la figura de las «fundaciones del sector público», reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, cuyo artículo 44 considera como fundaciones del sector público estatal a aquellas que, o bien se constituyan con una aportación mayoritaria de aquel, o bien su patrimonio fundacional, con carácter permanente, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por dicho sector.

Por último, recordar que la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, acotó y sistematizó, a los efectos de la misma, el sector público estatal, relacionando en su artículo 2, como entidades integrantes de dicho sector –y amén de a las Administraciones públicas territoriales– a los citados organismos y sociedades, a las entidades gestoras, servicios comunes y mutuas del sistema de la Seguridad Social, así como a los consorcios personificados con financiación mayoritariamente pública, procediendo el artículo 3 a distribuir tales entidades en una tripartición del sector público en administrativo, empresarial y fundacional³⁶. Algo parecido realiza hoy el

³¹ Creadas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

³² Apartado 2 a) de la disposición transitoria tercera de la LOFAGE, que los asimila a los anteriores organismos autónomos a efectos de su adecuación a dicha ley.

³³ Apartado 2 b) de la meritada disposición transitoria tercera de la LOFAGE, que las asimila, también a efectos de adecuación a la ley, a tales entidades de Derecho público sujetas por ley al ordenamiento privado.

³⁴ Artículo 2 de la ya citada Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

³⁵ Disposición adicional duodécima de la LOFAGE. *Vid.* artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, si bien aclarando que el artículo 166.1 de dicha ley considera integrado en el patrimonio empresarial del Estado, amén de a las entidades públicas empresariales, también a las entidades de Derecho público cuyos ingresos provengan en un 50%, al menos, de operaciones de mercado, así como a las sociedades mercantiles estatales con capital mayoritariamente público (aun no siendo al 100%).

³⁶ Este precepto dispone lo siguiente: «A los efectos de esta Ley, el sector público estatal se divide en los siguientes: 1. El sector público administrativo, integrado por: a) Los sujetos mencionados en los párrafos a), b) y d) del apartado 1

artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)³⁷, al acotar su ámbito subjetivo de aplicación –en relación con el régimen jurídico, menos o más intenso, a observar por las diferentes entidades públicas en su actividad contractual– en un triple círculo que englobaría, de mayor a menor ámbito, al sector público en general, a la noción de «poder adjudicador» y al ámbito de lo que deba considerarse como Administración pública.

D) LA FUGA DE LAS NUEVAS ENTIDADES HACIA NICHOS REGULATORIOS EXTRAMUROS DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA: EL MITO DE LA EFICACIA COMO REFERENTE DE LA FRAGMENTACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

El panorama expuesto refleja claramente una consciente disgregación de la tradicional personificación jurídica única de la Administración, *cuarteada* ahora en un sinfín de entidades instrumentales interpuestas entre aquella y los destinatarios de su actividad pública, *coloreándose* tal interposición bajo unas supuestas exigencias de flexibilidad, agilidad y eficacia en la actuación administrativa, que vienen desmentidas por la propia letra de la ley, cuya literalidad refleja la intención no confesada de *refugiar* a tales entidades en unos *nichos* regulatorios específicos extramuros del Derecho administrativo: el Derecho privado para las sociedades mercantiles públicas³⁸ y para las entidades públicas empresariales³⁹, su propia normativa específica para los organismos públicos dotados de independencia funcional o de una especial autonomía⁴⁰ y para las fundaciones del sector público⁴¹, así como por su propio estatuto para las agencias⁴².

[Administraciones territoriales, organismos autónomos y las entidades y mutuas de la Seguridad social] y en el apartado 3 [fondos sin personalidad] del artículo anterior. b) Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior [otras entidades públicas y consorcios], que cumplan alguna de las dos características siguientes: 1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro. 2.ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios. 2. El sector público empresarial, integrado por: a) Las entidades públicas empresariales. b) Las sociedades mercantiles estatales. c) Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior no incluidas en el sector público administrativo. 3. El sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal».

³⁷ Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

³⁸ Apartado 1 de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE.

³⁹ Artículo 53.2 de la LOFAGE.

⁴⁰ Apartado 2 de la disposición adicional décima de la LOFAGE.

⁴¹ Artículo 46.7 de la Ley de Fundaciones.

⁴² Artículo 2.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio.

Esta utilización indiscriminada de fórmulas jurídico-privadas, de auténticos *ius singulare*, por parte de la Administración, alegando motivos de agilidad y eficacia funcional, ha sido criticada de siempre por nuestra más conspicua doctrina. Así, hace más de 20 años, MARTÍN-RETORTILLO ya advertía que, en principio, las empresas públicas no son institucionalmente más eficaces, no funcionan mejor, no son más flexibles que los órganos de la Administración, pues, cuando esa flexibilidad se ha alcanzado, lo ha sido cuarteando principios sustantivos del Estado de Derecho, tratándose de justificar todo ello, una vez más, en la exigida flexibilidad de unos procedimientos que no facilita el ordenamiento jurídico-público, lo que ha ocasionado que sectores muy amplios del ordenamiento jurídico-administrativo, de hecho, estén prácticamente relegados a ámbitos casi marginales, y, entre otros, el de la contratación administrativa⁴³.

En parecida dirección se pronuncia SAZ CORDERO, para quien la aplicación indiscriminada del Derecho privado en el sector público se traduce en una huida de los procedimientos administrativos de control del gasto y de los de selección de contratistas, aplicación del Derecho privado centrada, sobre todo, en la actividad medial o logística de la Administración, y que con ello lo que se busca, en definitiva, es el contratar sin los procedimientos y controles tradicionales⁴⁴.

Para concluir el presente epígrafe, nada mejor que resaltar lo inadecuado de personificar indiscriminadamente entes institucionales, pues ello supone, siguiendo aquí a GARCÍA DE ENTE-RRÍA y a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, un *abuso de personalidad jurídica* con el fin de alcanzar un régimen especial financiero, caracterizado por una distensión u omisión de rigores, y que con ello, so pretexto de «flexibilizar» la acción administrativa, se articula una «huida del Derecho público» usando la técnica de personificaciones instrumentales, personificaciones para actuar en régimen de Derecho privado que solo podrían justificarse cuando la Administración pretendiese actuar en el mercado al nivel de los demás empresarios, careciendo, sin embargo, de toda justificación posible en otro caso, y ni el legislador, ni menos aún la Administración, pueden dispensar a una

⁴³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1991: 120 a 124).

⁴⁴ SAZ CORDERO (1994: 59 y 60). La renuncia habitual de la Administración a su Derecho específico para la realización de un cúmulo creciente de actividades trata de justificarse desde una «cultura» de la eficacia, argumentándose frecuentemente que el Derecho administrativo –lento, rígido y burocrático– no sirve para muchas actividades que hoy asume la Administración, usándose y abusándose de las vías excepcionales de flexibilización que contiene el Derecho administrativo, recurriéndose a la contratación directa para casi un tercio de las operaciones que concierne la Administración, de modo que, cuando la excepción pesa casi tanto como la regla, esta pierde toda su virtualidad y, con ella, se evapora la garantía de los principios que las normas administrativas tratan de preservar, y –por ello– con la excusa de conseguir una mayor operatividad y eficacia (no siempre demostrada), la Administración crecientemente encomienda la realización de tareas a entes públicos creados *ad hoc* –a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho privado– o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla; LAGUNA DE PAZ (1995: 202 y 203). La asunción de fórmulas organizativas de carácter mercantil no ofrece institucionalmente la flexibilidad que se suele predicar, no pudiendo decirse que la eficacia de aquellas sea mayor que la de los propios órganos de la Administración, no siendo sostenible que el Derecho privado sea siempre expresión de flexibilidad, pudiendo afirmarse que el permanente y reiterado recurso a las fórmulas jurídico-privadas ha respondido a la finalidad de eludir controles; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 38 y 39).

organización pública de las vinculaciones que la Constitución impone, siendo el principio de legalidad, y no la libertad, lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, a modo de exigencia indeclinable del principio democrático mismo, en cuanto que la Ley es la «expresión de la voluntad popular» (Preámbulo de la Constitución)⁴⁵.

3. LA PARADOJA DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN COMO MECANISMO DE EJECUCIÓN DE PRESTACIONES POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA (EPAD)

A) LA GÉNESIS DE LA REGULACIÓN DE LA EPAD: MEDIOS SUFICIENTES Y AHORRO COMO EJES

Toca abordar ahora el estudio de la figura de la ejecución por Administración directa (EPAD) de obras, suministros y servicios, como excepción al principio del necesario contratista interpuesto, y su posterior evolución normativa, partiendo de su prístina configuración como supuesto excepcional condicionado a la concurrencia de expresas causas tasadas, pasando por su difuminación posterior, hasta llegar hasta su actual carácter residual y marginal, superado por otro supuesto –considerado también por el TRLCSP como una figura de EPAD– cual es el de la encomienda de gestión.

Comenzando por la vieja cuestión de por qué es la legislación de contratación pública la sede natural de regulación de esta figura no contractual de la EPAD, QUADRA SALCEDO nos dice que ello se debió a la circunstancia de que, en la mayor parte de las obras hechas por la Administración, se concertaban parte de las mismas con particulares, lo cual abonó la idea de incluir la regulación de la ejecución de obras por administración directa en la legislación de contratos, pues –aun no siendo en sí mismo un contrato– puede en cambio dar lugar a una serie de contratos que es necesario entrar a regular, regulación que, como no podía ser de otra manera, se realizó desde la desconfianza hacia el papel de la Administración como empresario⁴⁶.

La ordenación general de la contratación administrativa en la Administración central fue sistematizada por vez primera en el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, modificado sustancialmente por la Ley de 20 de diciembre de 1952, objeto en su momento de un atinado análisis por GARCÍA DE ENTERRÍA en un conocido trabajo suyo, el cual aquí seguimos⁴⁷. La nueva ley, nos decía el maestro, concluía regulando la ejecución directa de las obras y servicios por la propia Administración, recordándonos que, en

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1995: 387, 388, 391 y 392).

⁴⁶ QUADRA SALCEDO (1996: 707 a 709).

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1953): «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 10, Madrid, págs. 241-281.

la anterior redacción de la Ley de 1911, el artículo 56 configuraba este supuesto de la ejecución por gestión directa como una especie de *ultima ratio* respecto a la realización de las obras y servicios, que tan solo operaba en los supuestos de contratos fallidos o de imposible realización, aparte de en otros supuestos limitadísimos y excepcionales, destacando que –en la nueva regulación– el principio del contratista interpuesto experimentaba una quiebra considerable, pues, aunque la presunción seguía todavía jugando a favor del sistema contractual, el nuevo artículo 58 había reducido los supuestos de ejecución directa a dos, frente a los seis del anterior artículo 56, si bien abandonando el sistema de tasar unas excepciones singulares, articulando un doble supuesto⁴⁸. El segundo supuesto (esto es, el relativo al uso de medios auxiliares con un ahorro en el presupuesto de ejecución de, al menos, un 20%) no presentaba novedad, pues ya fue introducido en el antiguo artículo 56 por el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1924, aunque sin la coetilla «o una mayor celeridad en su ejecución», añadida ahora, y que ampliaba el ámbito de la excepción, planteándose el problema en el primer supuesto, conforme al cual la Administración podía montar por sí misma toda clase de empresas o establecimientos técnicos para realizar todas las obras y servicios que pudieran razonablemente ser acometidos por ellos, y –por lo tanto– la ejecución por gestión directa dejaba de ser excepcional en cuanto se cumpliera el requisito de que la Administración contase con elementos para realizar la obra o el servicio de que se tratase⁴⁹.

Por tanto, se podría concluir afirmando que esta primera regulación de la EPAD pivotaba sobre dos ejes alternativos irrenunciables, cuales eran el disponer de medios propios suficientemente aptos o de medios auxiliares cuya utilización rentara un ahorro mínimo de una quinta parte de los costes, ejes estos fuera de los cuales la Administración se vería obligada a la contratación externa de la prestación.

B) EL PRIMER NAUFRAGIO: AMPLIACIÓN DE CASOS Y APERTURA A LA COLABORACIÓN PRIVADA

El primer naufragio del sistema de EPAD vendrá de la mano de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE)⁵⁰, y usamos el término *naufragio* para indicar que la nueva regulación

⁴⁸ El nuevo artículo 58 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, en la redacción dada por la de 20 de diciembre de 1952, prevenía lo siguiente: «Podrán ser ejecutados directamente por la Administración las obras y servicios públicos, siempre que concurran en ellos alguna de las dos circunstancias que a continuación se expresan: *Primera*. Que la Administración tenga montados establecimientos técnicos o industriales suficientemente aptos para la ejecución total de la obra o servicio de que se trate. *Segunda*. Que aun cuando la Administración no cuente con establecimientos técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la totalidad de la obra o servicio, posea elementos auxiliares que se puedan emplear en ella, tan importantes que sea de presumir, razonándolo adecuadamente, que mediante tal empleo se logrará una economía no inferior al 20% del importe del presupuesto de la obra o servicio o una mayor celeridad en su ejecución: ...».

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE (1953: 251 a 253).

⁵⁰ Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

retornará, en cierto modo, a la óptica restrictiva de supuestos tasados adoptada originariamente por el Capítulo V de la citada Ley de 1 de julio de 1911. QUADRA SALCEDO nos recuerda que la redacción del artículo 60 de la LCE, que regulaba los supuestos de EPAD de obras públicas, reforzó el carácter de excepción de este sistema con ese adverbio «solo» con que se iniciaba su redacción⁵¹, aunque es verdad que se ampliaron a siete los supuestos en que la Administración podía acudir a dicho sistema, añadiendo a los dos referenciados en el artículo 58 de la Ley de 1911 –aunque matizándolos– otros cinco que dejaban, a diferencia de aquellos, escaso margen de libre apreciación⁵². En cuando a los dos primeros⁵³, podría reiterarse lo afirmado al respecto por GARCÍA DE ENTERRÍA, si bien hacer notar –en cuanto al primer supuesto– que se añade la coetilla final «en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución», lo que, a priori, parecía fomentar este sistema cuando la Administración dispusiese de establecimientos suficientemente aptos para ejecutar la prestación, exigiéndose en el segundo la justificación de las ventajas que pudieran derivarse de una mayor celeridad en la ejecución de aquella con medios auxiliares. El contenido de este precepto legal se reiteró en el artículo 187 del Reglamento de 1975⁵⁴, admitiendo expresamente su artículo 191 algo que ya venía realizándose de facto, cual era la posibilidad de que la Administración ejecutara directamente las obras solo mediante sus medios personales y reales o acudiendo a la contratación externa de empresarios colaboradores, si bien aclarando que tales contratos tendrían naturaleza administrativa especial, pues la responsabilidad de su ejecución recaía en la Administración contratante y no en el contratista colaborador, limitándose la contratación –que se realizaría por adjudicación directa– en los dos primeros supuestos del artículo 187 del RGCE (esto es, los supuestos 1 y 2 del art. 60 de la LCE) a que el importe contratado no superara el 50% del presupuesto del proyecto de obra⁵⁵. Por otro lado, el RGCE amplió la posibilidad de la EPAD para la gestión

⁵¹ QUADRA SALCEDO (1996: 713). El precepto comenzaba con el siguiente tenor: «Solo podrán ser ejecutadas directamente por la Administración las obras en que concurra alguna de estas circunstancias:...».

⁵² Tales supuestos eran los siguientes: «3. Que no haya habido ofertas de empresarios para la ejecución de obras calificadas de urgencia en licitación previamente efectuada. 4. Cuando se trate de la ejecución de obras que, dada su naturaleza sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo. 5. Cuando se trate de obras que se consideren de emergencia con arreglo a la presente Ley. 6. Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes. 7. Las obras de mera conservación y no susceptibles, por sus características, de la redacción de un proyecto».

⁵³ «1. Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución. 2. Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables en la obra y cuyo empleo suponga una economía superior al 20% del importe del presupuesto de la obra o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose en este caso las ventajas que se sigan de la misma».

⁵⁴ Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RGCE).

⁵⁵ En lo que aquí interesa, el artículo 191 del RGCE rezaba del siguiente tenor: «La ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma mediante sus medios personales y reales o con la colaboración de empresarios particulares. En este segundo supuesto, la autoridad competente podrá contratar con el

de servicios y para la elaboración o fabricación de suministros, sin que fueran de aplicación – en lo referente a la gestión directa de servicios– los supuestos limitativos que, para la ejecución de obras públicas, establecía su artículo 187⁵⁶, supuestos estos que, por el contrario, sí eran de plena aplicación para la realización directa de suministros por parte de la Administración⁵⁷.

El esquema trazado para el sistema de EPAD por los artículos 60 de la LCE y concordantes del RGCE marcará la pauta de las posteriores regulaciones que sobre aquel realicen las sucesivas leyes de contratación pública hasta 2007, que tan solo introducirán matices al mismo, interesando retener por ahora que –al margen de los supuestos de EPAD de apreciación reglada por la Administración– los relativos a la disposición de medios propios suficientemente aptos o de medios auxiliares cuya utilización produzca un ahorro mínimo o una mayor celeridad en la ejecución, constituirán los ejes que deban fundamentar el acudir a esta modalidad de ejecución de prestaciones prescindiendo de un contratista interpuesto. Precisamente, este último punto originó alguna controversia sobre si la Administración, concretamente la municipal, podía acudir a la EPAD, municipalizando la gestión de obras o servicios, creando para ello servicios o entidades personificadas, a lo cual el Tribunal Supremo –en las escasas sentencias recaídas en este tema– respondió afirmativamente, reconociendo la libertad que tiene la Administración para dotarse de medios propios, a fin de realizar actividades que antes se contrataban externamente, acudiendo para ello el Alto Tribunal a una interpretación flexible y extensiva del artículo 60 de la LCE⁵⁸.

colaborador el objeto de su gestión o trabajo... Los contratos de colaboración tendrán naturaleza administrativa pero no la de contratos de obras tal como se configuran en este Reglamento, ya que la responsabilidad de la ejecución de la obra seguirá recayendo íntegramente en el órgano gestor de la Administración.... La elección de los colaboradores se efectuará en cuanto sea posible previa consulta a más de un empresario entre aquellos que el órgano gestor de las obras estime debidamente capacitados para estos fines. En los casos números 1 y 2 del artículo 187 no podrá sobrepasarse en la contratación con colaboradores el cincuenta por ciento del importe total del proyecto, salvo supuestos excepcionales, que se justificarán en el expediente».

⁵⁶ Así se pronunciaban expresamente los artículos 208 y 236 del RGCE.

⁵⁷ En tal sentido, *vid.* artículos 281 y 282 del RGCE.

⁵⁸ Así, citar, en primer término, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, RJ 1988\6717. Ponente: Excmo. señor don Francisco Javier Delgado Barrio), cuyo Fundamento de Derecho Segundo declaró que «... nuestro ordenamiento mantiene una posición restrictiva en cuanto a la posibilidad de que la Administración ejecute directamente obras. Así resulta claramente del párrafo introductorio del art. 60 de la Ley de Contratos del Estado –"solo podrán ser ejecutadas directamente por la Administración las obras en que concurra alguna de estas circunstancias: ..."– ... Pero es de subrayar que se trata de un criterio restrictivo, y no en modo alguno de una prohibición absoluta, que se traduce en una enumeración de supuestos en los que sí cabe la ejecución directa. Y en esta línea es de advertir: a) Que cuando la Administración tenga montados servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada "deberá utilizarse normalmente" el sistema de ejecución directa –arts. 60.1 de la Ley de Contratos del Estado y 187.1 del Reglamento General de Contratación (...). Esta previsión atenúa profundamente la excepcionalidad de la ejecución directa que incluso pasa a ser aquí el sistema normal de ejecución. b) La viabilidad de la ejecución directa exige una concreta contemplación de las circunstancias de cada caso concreto: se cuenta o no con servicios aptos para la realización del proyecto, se va a producir o no una economía superior al 20% del importe del presupuesto, etc.; esta es la idea central que en estos autos importa, pues las medidas municipales ahora recurridas no deciden la ejecución directa de un proyecto

Promulgada la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), se continúa en esencia, y con ligeras variaciones, la regulación de la EPAD contenida en la LCE de 1965 y en su Reglamento, si bien ahora desaparece del artículo 153 –en lo que se refiere a la ejecución directa de obras– el adverbio «solo» con el que principiaba el artículo 60 de la LCE⁵⁹, admitiéndose también, además de la posible prestación directa de servicios públicos por la Administración, la fabricación directa de suministros, posibilidad esta a la que la LCE no hacía mención expresa, aunque sí, como se vio, el RGCE⁶⁰. Igual pauta se sigue en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)⁶¹, en sus artículos 152 y 194, para la EPAD de obras públicas y de fabricación o elaboración de suministros, respectivamente. Al efecto, REBOLLO PUIG nos recuerda que la Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales, de modo que, solo en el caso de que Administración carezca de medios suficientes y opte por no dotarse de ellos, acudirá a la contratación de la prestación, no teniendo los empresarios privados ningún derecho a que la Administración opte por no tener medios propios y buscar su colaboración, existiendo solo la obligación de que, si la Administración decide buscar la colaboración de la empresa privada, lo haga garantizando, en todo caso, la igualdad, la publicidad y la concurrencia⁶².

Sin embargo, toda la arquitectura de la EPAD comenzará a trastocarse tras la incorporación al TRLCAP de la doctrina sobre las prestaciones denominadas *in house providing*, creada y perfilada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tras la sentencia *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999, al hilo de los encargos de contenido contractual realizados por las Adminis-

de obra determinado, sino que tienen por objeto la creación de la organización adecuada para poder llevar a cabo en general obras municipales. ...», apostillando su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente: «... si dicho precepto permite la ejecución directa de obras por la Administración cuando esta cuente con servicios técnicos o industriales aptos para la realización de la obra proyectada ha de concluirse que la Administración está habilitada para el montaje de tales servicios. ... simple manifestación de la potestad de autoorganización, no puede entenderse que con ella queda afectada la libertad de empresa declarada en el art. 38 de la Constitución». Esta doctrina fue posteriormente reiterada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, RJ 1991\7644. Ponente: Excmo. señor don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), aceptando para ello los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada de la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid, de 24 de mayo de 1989, de los cuales se pasa a transcribir los siguientes: «PRIMERO.- Se ha deferido a la resolución de este Tribunal, ... a determinar y decidir, si la exposición a información pública, transformación de la forma de gestión del «Servicio de obras municipales»... de gestión directa como «órgano especial de administración» en Sociedad Anónima Privada Municipal, fijación de su capital y aprobación de sus estatutos, son actos conformes o no con el ordenamiento jurídico. ... CUARTO.- ... A este respecto hay que tener en cuenta... [la] sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988, ..., a cuya doctrina se somete esta Sala...».

⁵⁹ El artículo 153.1 de la LCAP disponía lo siguiente: «La ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales o con la colaboración de empresarios particulares,...».

⁶⁰ QUADRA SALCEDO (1996: 714, 716 y 717).

⁶¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

⁶² REBOLLO PUIG (2003: 379 y 380).

traciones públicas a sus entes personificados instrumentales, doctrina conforme a la cual no serían de aplicación las directivas de contratación pública –por no existir contrato– cuando el ente territorial ejerciese sobre la persona a la que realiza el encargo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y tal persona realizase la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. La transposición de tal doctrina se realizó por el artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que añadió una nueva letra l) al artículo 3.1 del TRLCAP, excluyendo de su ámbito a «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública», redacción esta modificada de nuevo por el apartado 2 de la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, siguiendo de forma casi literal los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶³, entendiéndose la doctrina que –tras la modificación operada en el TRLCAP– el sistema de EPAD quedaría circunscrito a las encomiendas de ejecución realizadas a favor de medios o servicios administrativos internos sin personificación propia⁶⁴.

C) LA SEGUNDA QUIEBRA DEL SISTEMA: LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN COMO EPAD

La segunda quiebra del sistema de EPAD vendrá de la mano de la regulación dada al mismo en los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley de Contratos del Sector Público⁶⁵, regulación hoy recogida en los preceptos homónimos del vigente TRLCSP, introduciendo en el apartado 6 del último precepto citado una figura extraña a la EPAD, la «encomienda de gestión» a entidades personificadas instrumentales, que –como a continuación se expondrá– desplazará por completo al ya de por sí residual esquema de la EPAD mediante órganos o servicios administrativos despersonificados, desnaturalizándolo por completo.

El artículo 24 del TRLCSP, bajo la rúbrica «Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares», regula de forma unitaria, en sus apartados 1 a 5, la figura de la EPAD⁶⁶, sobre la que

⁶³ La letra l) del artículo 3.1 del TRLCAP quedó redactada del siguiente tenor: «1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:... l) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan».

⁶⁴ AMOEDO SOUTO (2006: 284) y GOZÁLEZ GARCÍA (2007: 218 y 219).

⁶⁵ Aprobada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

⁶⁶ En lo que aquí interesa, los apartados 1 a 4 de dicho artículo 24 previenen lo siguiente: «1. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración

siguen planeando los dos ejes esenciales que tradicionalmente la configuraban, cuales son el que la Administración disponga de medios aptos o se logre una cierta economía o celeridad en la ejecución de la prestación, ejes no obstante matizados ahora por la previsión expresa de la posibilidad –obligatoriedad, en el caso de la realización directa de servicios– de acudir a la colaboración de empresarios externos dentro de ciertos límites económicos, si bien advertir que estos cinco primeros apartados del artículo 24 se dirigen tan solo a las entidades consideradas como Administraciones públicas a los efectos del TRLCSP, tal y como claramente se deduce de la referencia a la «Administración» en la rúbrica del precepto, así como de la propia redacción de tales apartados, que aluden a la posibilidad de que la Administración pueda llevar a cabo de forma directa prestaciones de contenido contractual típico, y –singularmente– del hecho de que el apartado 4 establezca que los contratos que se celebren con los empresarios colaboradores tendrán carácter administrativo especial, lo que impone necesariamente el que solo pueda celebrarlos una Administración pública⁶⁷, de modo que los principales rasgos definitorios de la figura de la EPAD serían –amén del hecho de que solo pueden ordenarla las Administraciones públicas– el que su

de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de estos sea inferior a 5.186.000 euros, cuando concurra alguna de estas circunstancias: a) Que 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. b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5% del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma. c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada. d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113. e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo. f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes. g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 122.5 h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 150.3 a) ... 2. La fabricación de bienes muebles podrá efectuarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando de forma exclusiva medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de la prestación a cargo de estos sea inferior a las cantidades señaladas en el artículo 15, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en las letras a), c), d) y e) del apartado anterior, o cuando, en el supuesto definido en la letra b) de este mismo apartado, el ahorro que pueda obtenerse sea superior al 20 por 100 del presupuesto del suministro o pueda obtenerse una mayor celeridad en su ejecución. ... 3. La realización de servicios en colaboración con empresarios particulares podrá llevarse a cabo siempre que su importe sea inferior a las cantidades establecidas en el artículo 16, y concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, en lo que sean de aplicación a estos contratos. ... 4. Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con estos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración. ... En los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50% del importe total del proyecto».

⁶⁷ Pues, en otro caso, y desde una óptica subjetiva, el contrato sería siempre privado, *ex* artículo 20 («Contratos privados») del TRLCSP, que reza del siguiente tenor: «Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas». En tal sentido se pronuncia expresamente el Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, relativo al «Sistema de ejecución de las encomiendas de gestión por sociedades mercantiles declaradas como medios propios y normas a las que tienen que someterse», en su Consideración Jurídica 2.

objeto se circunscribiría a la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles y la prestación de servicios, el hecho de que los empresarios colaboradores solo podrían ejecutar una parte de la prestación y que los contratos concertados con estos tendrían naturaleza administrativa especial, pues el riesgo y ventura de su ejecución recaería en la Administración, pues se lleva a cabo usando sus «medios propios».

Pues bien. De una manera del todo artificiosa y forzada, el legislador incorporó, en el apartado 6 del artículo 24, la regulación de la figura de la «encomienda de gestión»⁶⁸, cuyo ámbito subjetivo no se limita ya a las Administraciones públicas –a las que siempre se refirió tradicionalmente el sistema de EPAD– sino a la totalidad de los poderes adjudicadores, sean o no Administración⁶⁹, en relación con lo prevenido en el artículo 4.1 n) del TRLCSP⁷⁰, regulando los requisitos que deben cumplir los entes, organismos y entidades del sector público para que puedan considerarse medios propios a los efectos de tal artículo, pero dejando entrever que tales entidades

⁶⁸ Dicho apartado 6 reza del siguiente tenor: «A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1 n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

⁶⁹ En tal sentido, el apartado 3 del artículo 3 del TRLCSP dispone: «Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades: a) Las Administraciones Públicas. b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores».

⁷⁰ Precepto este que establece lo siguiente: «1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: ... n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que lo 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 137.1 y 190».

personificadas podrían operar en la EPAD de obras, fabricación de bienes muebles y prestación de servicios en los términos previstos en los apartados 1 a 5 del artículo 24.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que se ha producido una regulación expansiva de la figura de la «encomienda de gestión» a antes instrumentales personificadas, que ahora podrán recibir encargos como «medios propios», no ya solo al amparo de los artículos 4.1 n) y 24.6 del TRLCSP –que constituiría su ámbito *natural*– sino también con base en la auténtica figura de la EPAD referida en los apartados 1 a 5 del citado artículo 24 (aplicable tradicionalmente a medios, órganos y servicios despersonificados con la suficiente aptitud), supuesto este menos probable, pues está sujeto a unos límites inexistentes en las encomiendas, entre los que merece citarse el que la colaboración con empresarios particulares restringe su importe al hecho de que este sea inferior a los umbrales comunitarios y a que, en determinados supuestos, no supere el 50 % del importe total del proyecto, y sin olvidar que las circunstancias enumeradas en los apartados 1 a 4 del artículo 24 no tienen que concurrir necesariamente en la encomienda *pura* del artículo 4.1 n). Y, por ello, si la entidad instrumental personificada que recibe una encomienda de gestión, *ex* artículo 4.1 n), tuviera la consideración legal de Administración pública, podría ejecutarla directamente y, en su caso, contratar con empresarios colaboradores, pero –de no tener tal consideración– la adjudicación interpuesta de los contratos debería someterse a los artículos 190 y 191 del TRLCSP⁷¹. Por el contrario, si la entidad instrumental personificada recibiese la encomienda por la vía de los apartados 1 a 3 del artículo 24, tendría que ejecutarla directa y materialmente, y no podría contratar por sí la ejecución total o parcial de la prestación con empresarios colaboradores, facultad esta que tan solo correspondería a la Administración comitente y, por ello, la encomienda de gestión regulada por el artículo 4.1 n) comprendería actos de gestión y de ejecución material por el ente encomendado, mientras que en la EPAD de los apartados 1 a 5 del artículo 24 comprendería solo actuaciones de pura ejecución material.

Este solapamiento entre la figura de la encomienda de gestión y la de EPAD conduce a una disyuntiva perversa en cuanto al uso de una u otra, pues cuando la entidad comitente tiene la consideración de Administración puede optar por realizar el encargo, bien por la vía de la EPAD *ex* apartados 1 a 5 del artículo 24 del TRLCSP –debiendo entonces concurrir las condiciones exigidas en estos, amén de que la entidad encomendada debería ser lo suficientemente apta, esto es, disponer de medios suficientes para ejecutar el encargo, y sin perjuicio de la posible colaboración de empresarios externos– bien por la vía de la encomienda de gestión, que aquí denominamos *pura*, del artículo 4.1 n) del citado cuerpo legal, en cuyo caso la entidad instrumental no estaría obligada a ejecutar íntegramente la encomienda a través de sus propios medios, pudiendo actuar entonces libremente como un *contratante interpuesto* entre la Administración comitente y

⁷¹ Ambos preceptos flexibilizan enormemente los procedimientos de adjudicación de los contratos por aquellos poderes adjudicadores que no tenga la consideración de Administración pública, flexibilización que alcanza su máxima expresión cuando se trata de la adjudicación de contratos por entidades del sector público que ni siquiera tengan la condición de poderes adjudicadores, pues en tal caso el artículo 192 tan solo sujeta aquella a la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como a lo que dispongan sus propias «instrucciones internas en materia de contratación».

los posibles contratistas colaboradores, sin tener que observar los límites fijados al efecto en los supuestos de EPAD y sin los límites que al efecto prevén los apartados 1 a 4 del artículo 24 para la ejecución parcial por parte de un tercero. No obstante, esta posible disyuntiva no podría darse cuando la entidad comitente no tuviese la consideración de Administración pública, en cuyo caso solo podría instrumentar la encomienda de gestión vía artículo 4.1 n) del TRLCSP⁷².

D) LA DEBACLE DEFINITIVA: GENERALIZACIÓN DE LA ENCOMIENDA SIN MEDIOS NI AHORRO

Por fin, la debacle definitiva del sistema de EPAD, ya de por sí residual (salvo, tal vez, en el ámbito de la Administración militar), y su práctica desaparición, vendrá de la mano del uso y abuso generalizados de la encomienda de gestión a entes personificados instrumentales, cuyo número no ha parado de multiplicarse exponencialmente en los últimos tiempos, bastando con que su norma reguladora los considere medios propios o servicios técnicos de los poderes adjudicadores para que puedan actuar como contratantes interpuestos, y así desactivar los controles y garantías impuestos por la normativa de contratación pública.

Comenzando por la generalización del uso de la encomienda, decir que viene propiciado, como ya se dijo, por no estar sujeto a las condiciones y límites de aptitud, ahorro o celeridad impuestos para la EPAD en los apartados 1 a 5 del artículo 24 del TRLCSP, y –aunque resulte paradójico– la encomienda de gestión no será de facto una EPAD, pues, legalmente, es posible que la Administración encargue a un ente instrumental personificado (normalmente, una sociedad mercantil pública o una fundación del sector público) que tenga la condición de medio propio y servicio técnico la ejecución de una prestación concreta, aun careciendo totalmente de los medios necesarios para realizarla, constituyendo el encargo un mero subterfugio para suplir a la Administración pública en su posición natural de contratante, interponiéndose entre este y el empresario a quien se adjudique el contrato, y que será el que ejecute la prestación encomendada. Al efecto, recordar que el artículo 4.1 n) del TRLCSP tan solo prevé que los contratos que celebren las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico deben someterse al TRLCSP, en atención a la naturaleza del ente y a la cuantía de los contratos, debiendo observarse en los contratos de obras, servicios o suministros en los que se superen los umbrales comunitarios, como mínimo, lo establecido en los artículos 137.1 y 190 del TRLCSP, esto es, las reglas propias de los poderes adjudicadores, aunque el ente que reciba el encargo no lo sea, no estableciéndose –por lo demás– ninguna exigencia en orden a que la entidad instrumental disponga de medios aptos, se produzca un ahorro o se acelere la ejecución de la prestación encargada⁷³.

⁷² PERNAS GARCÍA (2009: 241 y 242); BUSQUETS LÓPEZ y CASTRO RAIMÓNDEZ (2010: 81 a 83). Esta conclusión, por otra parte, es la acogida en el ya citado Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en su Consideración Jurídica 3.

⁷³ REBOLLO PUIG (2003: 377 y 378); GONZÁLEZ GARCÍA (2007: 220); PERNAS GARCÍA (2009: 241); BUSQUETS LÓPEZ y CASTRO RAIMÓNDEZ (2010: 79). En este sentido de que la encomienda no exige, ni legal ni jurisprudencialmente,

Esa generalización y abuso de la utilización de la encomienda de gestión como puente de elusión de la normativa contractual, transformando la excepción en regla, y esta en excepción, corre pareja al desdoblamiento de las Administraciones públicas en un auténtico *cosmos* de entidades instrumentales de todo tipo –generalmente, reguladas por el Derecho privado– cuya finalidad no es otra, no puede ser otra, que la huida de los corsés fijados por el Derecho administrativo en general y, en lo que a nuestra cuestión respecta, en materia de contratación administrativa en particular, tomando aquí sentido el breve repaso que se abordó, al inicio del presente trabajo, sobre la disgregación de la personalidad jurídica única, tradicional de las Administraciones públicas territoriales, en un *firmamento* inabarcable, y parece que también inacabable, de un *si fin* de *satélites* instrumentales, en la mayor parte de los casos perfectamente prescindibles, si no fuera por su función de interposición entre su Administración matriz y los destinatarios de su actividad pública, en nuestro caso, de carácter contractual.

Este fenómeno de atomización administrativa –que, como ya se expuso, inició su aceleración a mediados del siglo pasado– ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en sus más recientes Informes de fiscalización sobre el sector público y, así, en el relativo al sector público local, correspondiente al ejercicio 2010⁷⁴, el supremo órgano de fiscalización contable puso de manifiesto que, descontando las fundaciones públicas locales (263) y las sociedades mercantiles públicas participadas por más de una entidad local en proporción superior al 50%, el censo del sector público local arrojó, en 2010, una cifra total de 13.059 entidades locales de diferentes tipos, que contaban en su conjunto con 3.327 entidades públicas dependientes (1.543 organismos autónomos, 51 entidades públicas empresariales, 1.554 sociedades mercantiles públicas con el 100% del capital, así como 179 sociedades mercantiles con una participación pública inferior al 50%)⁷⁵, dependiendo el 88% de los entes institucionales de los ayuntamientos (porcentaje, dentro del cual, un 5% dependía de ayuntamientos de municipios con población igual o inferior a 1.000 habitantes). Tal maremágnum de entidades locales institucionales motivó que la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas instara al Gobierno, en el punto 6 de su Acuerdo de conclusiones, a que se regularan las medidas necesarias para restringir la creación de entidades en el sector institucional local. Otro tanto se puede decir que ocurre también en relación con el sector público autonómico, cuyo último Informe de fiscalización, correspondiente a los ejercicios 2008 y 2009⁷⁶, alumbró –en

que el medio instrumental propio disponga de los medios suficientes para acometer el encargo, se pronuncian –entre otros– el Informe 1/2007, de 8 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Consideración Jurídica Sexta), así como el Informe 2/2012, de 10 de abril de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias.

⁷⁴ Vid. Informe del Pleno del Tribunal de Cuentas de 20 de diciembre de 2012, recogido en la Resolución de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2010, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 227, de 21 de septiembre de 2013.

⁷⁵ Vid. epígrafe II.1 («Censo del sector público local»), cuadro 1, del citado informe.

⁷⁶ Vid. Informe del Pleno del Tribunal de Cuentas de 27 de junio de 2013, recogido en la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe

el último de los Ejercicios citados– las siguientes cifras: en total, se contabilizaron 1.655 entidades institucionales, desglosadas en 187 organismos autónomos y agencias, 63 entes públicos, 637 empresas y entes públicos, 409 fundaciones, 299 consorcios, 4 entidades bajo la rúbrica de «otras entidades públicas», 7 cámaras de comercio, industria y navegación y 49 universidades⁷⁷. Tal vez por ello, y ante tan tupido panorama de entes instrumentales, el Tribunal de Cuentas, en su conclusión número 17, destacó que el notable número de entes públicos institucionales autonómicos, así como su incremento en los últimos ejercicios, requeriría una mayor exigencia, tanto para justificar la creación de nuevas entidades como para garantizar la eficacia, eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos⁷⁸, con lo cual no sería nada aventurado afirmar cómo el Tribunal, si bien con cierta sutileza, está realizando una llamada de atención sobre la indebida creación y utilización de tan ingente número de entidades instrumentales para soslayar los procedimientos de gestión del gasto público y, entre ellos, los de naturaleza contractual.

4. A MODO DE COROLARIO: LA NECESARIA REFORMULACIÓN LEGAL DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN COMO ENCARGO, NO PARA CONTRATAR EXTERNAMENTE, SINO PARA EJECUTAR PRESTACIONES POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA

A) EL DOGMA DEL CONTRATANTE INTERPUESTO COMO UN FRAUDE A LA LEY

Llegados hasta aquí, puede concluirse afirmando que el uso y abuso generalizado de la encomienda de gestión, a modo de falsa EPAD, ayuna de toda exigencia legal de que la entidad instrumental que recibe el encargo disponga de medios suficientemente aptos o de que se produzca un ahorro o una mayor celeridad en la ejecución de la prestación, supone un auténtico fraude para eludir la debida aplicación de la normativa de contratación pública, y –por ello– los encargos de gestión a entidades instrumentales debieran estar justificados en razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución, sobre todo en aquellos supuestos en los que pudiera verse alterado el régimen jurídico de garantías y controles aplicable a los contratos que hubiera de celebrar la entidad a quien se realice la encomienda, en relación con las normas que debería aplicar la entidad comitente si no la hubiera realizado⁷⁹, debiendo cumplir la entidad instru-

de fiscalización del Sector Público Autónomo, ejercicios 2008 y 2009, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 36, de 11 de febrero de 2014.

⁷⁷ Vid. epígrafe I.2 («Ámbito y objetivos»), de dicho informe, destacando su epígrafe V («Fundaciones Públicas») que, en el marco del generalizado proceso de huida del Derecho administrativo, las comunidades autónomas han acudido a diversas fórmulas jurídico-privadas de gestión, entre las cuales destacarían las llamadas «Fundaciones privadas de mano pública», «Fundaciones privadas de iniciativa pública» o, de forma más sencilla, «Fundaciones del sector público».

⁷⁸ Vid. epígrafe XII («Conclusiones»), de dicho informe.

⁷⁹ BUSQUETS LÓPEZ y CASTRO RAIMÓNDEZ (2010: 79).

mental un papel más activo como ejecutora directa del encargo recibido, superando así su mero papel de contratante interpuesto entre la Administración comitente y el contratista. Esta puerta abierta al fraude de ley, *ex* artículo 6.4 del Código Civil, viene, además, posibilitada –como se vio– por la propia normativa contractual, que permite eludir su propia aplicación, como regla general que se auto-transforma en excepción, sobre todo en los supuestos en que la entidad instrumental que recibe el encargo carece de medios propios lo suficientemente aptos para ejecutar la prestación, viéndose entonces en la necesidad de contratar una parte importante o, incluso, la totalidad de la prestación.

Ello es más grave aun en aquellos supuestos, que son la generalidad, en que la entidad instrumental personificada –creada *ac hoc*, y exclusivamente, para recibir encomiendas– adopta formas jurídico-privadas, caso de las sociedades mercantiles públicas y de las fundaciones del sector público⁸⁰, lo que nos conecta con la tradicional problemática de la sumisión de la Administración pública al Derecho privado, pues es precisamente el Derecho administrativo, y no aquel, el que está hecho a la medida de la Administración, configurándose como su Derecho común, siendo cuestionable la libertad de la Administración a la hora de optar entre fórmulas públicas y privadas, pues aquella debe organizarse y actuar aplicando el Derecho administrativo, dado que el Derecho privado no garantiza el encauzamiento de la actividad de la Administración hacia la satisfacción de los intereses generales, que constituyen su única causa justificativa (art. 103.1 CE), y –por tanto– el recurso a un régimen de instituciones jurídico-privadas debería ser excepcional, a justificar en cada caso, porque la experiencia demuestra que la huida de la Administración pública al Derecho privado en muchos casos es, simple y llanamente, una huida del Derecho a secas⁸¹.

B) EL USO Y ABUSO DEL DOGMA: UN EJEMPLO

El uso y abuso de la figura de la encomienda de gestión a entidades instrumentales personificadas, a fin de que actúen como contratantes interpuestos para eludir las normas generales de contratación pública, ha sido puesto de relieve por el Tribunal de Cuentas en los últimos Informes anuales de fiscalización de las comunidades autónomas, destacando a título de ejemplo –por su vigorosa y explícita denuncia de la indebida y fraudulenta utilización de la figura– el Informe de fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en fecha 28 de mayo de 2013⁸². Dicho informe, tras examinar seis encomiendas de gestión a empresas públicas autonómicas, llama la atención sobre el hecho de que tales empresas, que son calificadas como «medios pro-

⁸⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 44) y PÉREZ MORENO (1996: 853 y 854).

⁸¹ LAGUNA DE PAZ (1995: 205, 218 y 219).

⁸² *Vid.* Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicios 2008 y 2009 (Boletín Oficial del Estado núm. 301, de 17 de diciembre de 2013).

pios» del poder adjudicador comitente, calificación en la que se fundamenta la encomienda de actividades de carácter material, técnico o de servicio, contraten posteriormente con terceros la práctica totalidad de esas actividades, por carecer de los medios personales y materiales necesarios para ejecutar directamente la actividad que se les encomienda, es decir, que no disponen de los «medios idóneos para su desempeño», de modo que –en la práctica– estas empresas mercantiles públicas no realizan la mayor parte de las actividades materiales encomendadas, sino que, por el contrario, tan solo realizan actuaciones de carácter jurídico, como es la contratación, pero que no constituye la concreta actividad objeto de la encomienda, con la consiguiente degradación de los mucho más rigurosos requisitos legales contractuales que resultarían aplicables al comitente en su calidad de órgano integrante de una Administración pública, en comparación con los menores requisitos exigibles a entes que tienen la consideración de poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas, resultando por ello cuestionable la procedencia de todas estas encomiendas de gestión, en las que no se acredita ni las razones de eficacia ni la falta, o inconveniencia de su ampliación, de los medios técnicos idóneos para el desempeño de la actividad, como tampoco se acredita la economía que pueda representar la contratación de la actividad a través de un ente interpuesto⁸³. Después de este claro varapalo del Tribunal, inédito –en esta materia– en los restantes Informes anuales de fiscalización de las comunidades autónomas publicados en 2013, no pueden extrañar las tres claras y terminantes recomendaciones realizadas al efecto por el supremo órgano externo de fiscalización financiera⁸⁴, sintetizadas en el punto 3 del Acuerdo de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, que insta al Gobierno de la comunidad autónoma fiscalizada a «utilizar con la suficiente justificación la suscripción de encomiendas de gestión con sus empresas públicas»⁸⁵.

⁸³ Vid. letra b) del apartado 1 de la letra e) del epígrafe II.9.3.1 del informe citado.

⁸⁴ Punto IV del informe, recomendaciones números 9 a 11, que se pronuncian del siguiente tenor: «9. Emplear la encomienda de gestión únicamente para realizar aquellas actividades concretas y precisas que permitan un mejor desarrollo de las competencias propias de la administración encomendante, evitando su empleo como instrumento para no aplicar los más rigurosos requisitos de la normativa presupuestaria y contractual aplicables a las Administraciones Públicas. En todo caso debería excluirse del ámbito de la encomienda la prestación de servicios que impliquen, directa o indirectamente, el ejercicio de funciones públicas y limitarse a concretas actividades materiales. 10. Motivar suficientemente todas las encomiendas de gestión, incluyendo la adecuada acreditación de la concurrencia de los elementos que justifican su necesidad así como los que acrediten la capacidad para desarrollarla por quien resulte encomendada. 11. Acompasar la financiación presupuestaria y abono de las encomiendas al avance de ejecución, previa la correspondiente justificación de los costes reales incurridos en su realización. En todo caso la duración de los contratos celebrados para la ejecución de las encomiendas no debe ser superior a la duración de estas».

⁸⁵ Sin embargo, parece que tales recomendaciones han hecho escasa mella en la comunidad autónoma destinataria de las mismas, pues en dos recientes encomiendas de gestión realizadas a una empresa pública, suscritas ambas en fecha 11 de octubre de 2013 y publicadas en el Boletín Oficial de Cantabria núm. 240, de 16 de diciembre de 2013, no se encuentra justificación alguna de la idoneidad y ventajas de acudir a este medio, en vez de contratar las correspondientes prestaciones con empresarios particulares, no resultando claro del clausulado de ambas encomiendas el que la empresa pública disponga de medios propios suficientes para afrontar –al menos– una parte significativa de la prestación encomendada, y, así, en la Cláusula Octava de ambas encomiendas («Contrataciones con terceros») se puede leer que la empresa pública «cumplirá con lo dispuesto en el RD-Leg. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para la contratación con terceros, así

C) HACIA UNA REGULACIÓN UNITARIA DE LA EPAD EN TORNO A SUS EJES TRADICIONALES

Para concluir, toca ahora realizar unas breves reflexiones sobre cuál podría (más bien, debería) ser la aptitud a adoptar por el legislador ante la generalizada utilización indebida de la encomienda de gestión, a modo de mecanismo de interposición fraudulenta de una entidad instrumental contratante liberada de los rigurosos corsés de la normativa de contratación pública, y todo ello en relación con lo que debiera entenderse actualmente por «ejecución de prestaciones por Administración directa» (EPAD) y su significación hoy.

Comenzando por esta última, ya quedó expuesto que la EPAD supuso tradicionalmente una atenuación del dogma del contratista interpuesto, constituyendo una manifestación de la denominada *actividad industrial* del Estado que, de siempre, tuvo diferentes concreciones en nuestro ordenamiento, y cuya expansión arrancó tras la posguerra de la mano del principio de subsidiariedad, y que trajo consigo posteriormente una multiplicación de entidades personificadas instrumentales –tanto de Derecho público como privado– más o menos necesarias. En la vertiente de la contratación pública, y coincidiendo con el fenómeno de la proliferación de aquellas, la EPAD se configuraba como una excepción al principio de la necesaria contratación administrativa exter-

como a la demás normativa vigente que resulte de aplicación». Tampoco parece haber causado efecto alguno en tan discoloso poder adjudicador comitente la puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas del hecho de que sus entidades personificadas e instrumentales carecen, en absoluto y de forma habitual, de medios propios aptos para realizar por sí mismas, como antes se apuntó, una parte significativa o importante de la prestación encargada y, así, es obligado hacer referencia a la Resolución de 26 de diciembre de 2013 (Boletín Oficial de Cantabria núm. 7, de 13 de enero de 2014) del Ilmo. secretario general de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria, por la que se procede a evacuar trámite de información pública de la primera inscripción, en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de la Fundación Instituto de Investigación Marqués de Valdecilla, sobre la cual merece destacarse que su congrua –al menos, a priori– dotación de 30.000 euros no impide que el artículo 1.2 de sus Estatutos la configure como un medio propio instrumental, *ex* artículo 24.6 del TRLCSP, de las entidades públicas fundadoras, a fin de llevar a cabo el amplísimo abanico de objetivos y actividades que le atribuye el artículo 6 de los mismos. A mayor abundamiento, el Tribunal de Cuentas continúa ahondando en el tema, tal y como puede apreciarse en la Resolución de 27 de mayo de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicios 2010 y 2011 (Boletín Oficial del Estado núm. 243, de 7 de octubre de 2014). En tal sentido, decir que en el punto 6 del Acuerdo de dicha Comisión se insta al Gobierno de la Comunidad Autónoma a «... evitar irregularidades en las encomiendas de gestión, ya que en la práctica las actividades encomendadas fueron subcontratadas,... », instándose en su punto 13 a «Utilizar con la suficiente justificación las encomiendas de gestión con sus empresas públicas, acreditando la capacidad de la entidad encomendada para llevarla a cabo». Para hacernos una idea de la importancia económica que supuso en dicha comunidad autónoma el uso de las encomiendas de gestión, decir que el Tribunal de Cuentas puso de manifiesto en su Informe de fiscalización que durante los ejercicios 2010 y 2011 se encontraban en ejecución 42 encomiendas de gestión, con un presupuesto total cercano a los 400 millones de euros (*vid.* letra A) del epígrafe II.9.5 del citado informe, pág. 80115), cifra esta que representaría por sí sola casi el 16% de los créditos iniciales para gastos de los Presupuestos Generales de la citada comunidad para el ejercicio 2015, que ascienden a 2.500.031.635 euros (*vid.* art. 2 de la Ley 6/2014, de 26 de diciembre, Boletín Oficial de Cantabria extraordinario núm. 68, de 30 de diciembre de 2014).

na de obras públicas, suministros y servicios, excepción condicionada, no obstante, a que la Administración pública contase con servicios (fábricas, arsenales, maestranzas, servicios técnicos, etc.) que dispusiesen de medios suficientemente aptos o cuya actividad acarrearase un ahorro en el gasto público o una mayor celeridad o –en definitiva– una ventaja adicional o valor añadido en relación con la contratación externa de la prestación, la cual, en cualquier caso, no quedaba descartada del todo, pues se posibilitaba –dentro de ciertos límites– la contratación de empresarios colaboradores, esquema este cuya regulación, con matices, ha transitado hasta la actualidad, si bien reconociendo hoy su carácter residual.

Pues bien. Este esquema de la EPAD comienza a quebrarse con la generalización de las encomiendas de gestión a entes personificados instrumentales, cuya creación como tales ya no responde al principio de subsidiariedad, y cuyos medios personales y materiales, cuando existen, son –en la inmensa mayoría de los casos– a todas luces insuficientes para ejecutar por sí mismas los encargos recibidos por sus Administraciones matrices, acudiéndose entonces por tales entidades a contratar externamente las prestaciones necesarias para materializar aquellos, contrataciones que –con la bendición de la propia legislación de contratación pública– no solo se despojan en su adjudicación del rigor de las normas contractuales ordinarias, sino que, además, pueden llegar a englobar la totalidad del contenido de la prestación encomendada, no aportándose, por tanto, ninguna flexibilidad, eficacia, eficiencia ni ahorro en la gestión, desmarcándose, ya desde el inicio, de los límites y condiciones normativamente impuestos a la EPAD, y buscándose –simple y llanamente– una *fuga* del Derecho administrativo en busca de unos *nichos* regulatorios mucho más *permissivos*.

La perversión definitiva de la figura de la EPAD, su total difuminación, se produjo –al fin– tras la extraña mixtura normativa entre aquella y la figura de la encomienda de gestión, lo que se produjo de la mano de la regulación contenida en los artículos 4.1 n) y 24.6 de la LCSP, primero, y –después– en iguales preceptos del vigente TRLCSP, introduciendo el apartado 6 de dicho artículo 24 una figura *alóctona* a la EPAD, pues, como ya se expuso, la encomienda de gestión no está sujeta a las condiciones y límites propios de aquella, el poder adjudicador comitente puede ser o no una Administración pública, amén de que la naturaleza y el régimen de adjudicación de los contratos, como se vio, tampoco coinciden, luego cabe preguntarse: ¿qué pretendió el legislador al considerar como una modalidad de EPAD a la encomienda de gestión, pero sin aplicarle su régimen jurídico? Entendemos que esta cuestión ha quedado suficientemente respondida a lo largo del presente estudio, y es que no puede haber otra respuesta que pensar que el legislador pretendió lustrar a la encomienda de gestión con el barniz propio de la figura de la EPAD, para reforzar así la exclusión de aquella de la normativa de contratación pública, dotándola simultáneamente de una sustantividad propia: la de posibilitar el actual dogma del *contratante interpuesto*.

Ante este panorama, por otra parte ya denunciado y puesto de manifiesto por la doctrina, por los órganos consultivos de contratación administrativa de las diferentes Administraciones públicas, así como por el propio Tribunal de Cuentas, tan solo cabe adoptar dos posturas, a saber: o dejar las cosas como están –en cuyo caso, sobra el presente trabajo– o postular la superación del

citado dogma mediante un cambio radical en la regulación de la encomienda de gestión como presunta modalidad de EPAD. Para ello, bastaría tan solo con suprimir el segundo enunciado del artículo 4.1 n) del TRLCSP, que, se recuerda, reza del siguiente tenor: «No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo 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 137.1 y 190». Aquí radicaría precisamente el *quid* de la reforma, en sustraer la facultad de contratación a estas entidades instrumentales que –por tanto, y dado que el artículo 24.6 no las atribuye expresamente ninguna facultad al respecto– quedarían implícitamente sujetas a las condiciones y límites propios de la EPAD, de cuya regulación forman parte, y que –como tales medios propios y servicios técnicos– debieran de disponer de recursos suficientemente aptos para acometer los encargos que reciban, correspondiendo la adjudicación de los correspondientes contratos con empresarios colaboradores, ahora de naturaleza administrativa especial, al poder adjudicador comitente –necesariamente, una Administración pública, que asumiría (como esencia propia de la EPAD) la responsabilidad de la ejecución del contrato–, de modo que la encomienda de gestión quedaría como una modalidad, quizá la más generalizada e importante, de EPAD.

Puede que este deseo, implícitamente compartido por la doctrina, de clarificación jurídica de la figura de la EPAD, en relación con la modalidad de encomienda de gestión, se quede tan solo en eso, en un mero deseo o aspiración que puede ser o no atendida por el legislador, no pudiéndose negar que una reforma jurídica de este calado encontraría serias dificultades prácticas, pues supondría la desaparición de la inmensa mayoría de las entidades instrumentales calificadas como medios propios, precisamente por carecer de ellos, pero también supondría la eliminación del actual esquema de la contratación pública de una figura autónoma –la encomienda de gestión– y la superación de su finalidad confesa, la de consagrar una entidad contratante interpuesta que muda en regla general lo que debió ser una excepción, y recuperar –ahora sí, desprovista toda intermediación– la quizás no tan perniciosa figura del contratista interpuesto.

Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C. [2006]: «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, Madrid, págs. 261-294.
- ARIÑO ORTIZ, G. [1979]: «La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión», *Revista de Administración Pública*, núm. 88, Madrid, págs. 55-106.
- BASSOLS COMA, M. [1977]: «Servicio público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales», *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Madrid, págs. 27-59.
- BUSQUETS LÓPEZ, M. Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J. [2010]: «Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Auditoría Pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, núm. 51, Sevilla: Cámara de Cuentas de Andalucía, págs. 65-86.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. [1976]: «En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: Especial referencia al principio de subsidiariedad», *Revista de Administración Pública*, núm. 80, Madrid, págs. 127-167.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. [1965]: «Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 46, Madrid, págs. 95-122.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E. [1953]: «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 10, Madrid, págs. 241-281.
- [1955]: «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 17, Madrid, págs. 87-137.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. [1995]: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 7.ª edición, Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. [2007]: «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, págs. 217-237.
- HUERGO LORA, A. [2001]: «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, Madrid, págs. 129-171.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. [1995]: «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, Madrid, págs. 201-229.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. [1991]: «Las empresas públicas: Reflexiones del momento presente», *Revista de Administración Pública*, núm. 126, Madrid, págs. 63-132.
- [1996]: «Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, Madrid, págs. 25-67.
- PÉREZ MORENO, A. [1996]: «La contratación de los Entes instrumentales: Sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Rafael Gómez-Ferrer Morant (dir.), Madrid: Civitas, págs. 851-872.

- PERNAS GARCÍA, J. J. [2009]: «La exigencia de "control análogo" en las encomiendas a medios propios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 311, Madrid, págs. 229-276.
- QUADRA SALCEDO, T. DE LA [1996]: «La ejecución de obras por la Administración», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Rafael Gómez-Ferrer Morant (dir.), Madrid: Civitas, págs. 707-752.
- REBOLLO PUIG, M. [2003]: «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, Madrid, págs. 359-393.
- RIVERO YSERN, E. [1978]: «Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 86, Madrid, págs. 11-52.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. [1980]: «Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 93, Madrid, págs. 67-128.
- SAZ CORDERO, S. DEL [1994]: «La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, Madrid, págs. 57-98.
- VILLAR PALASÍ, J. L. [1950]: «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, Madrid, págs. 53-129.
- [1954]: «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *Revista de Administración Pública*, núm. 14, Madrid, págs. 11-121.