

# Las entidades de gestión y la Ley de Contratos

**Robert P. Cortell Giner**

*Letrado Jefe de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana*

Entre las Administraciones Públicas y sus organismos y empresas de carácter instrumental se establecen a menudo relaciones estables o puntuales de colaboración, que constituyen un verdadero mandato o encargo de gestión jurídico-público, a través del cual -si no se establecen las garantías oportunas- puede eludirse el Derecho público de la contratación.

En ocasiones, estos encargos de gestión se formalizan a través del correspondiente convenio, o se dicta por el órgano competente una norma reguladora de las relaciones bilaterales que de los mismos resultan. Cuando esto ocurre es fácilmente reconocible la existencia de un encargo de gestión.

Sin embargo, con relativa frecuencia, se constata la existencia de encargos de gestión encubiertos, que no aparecen formalizados en ningún documento ni disposición. Me estoy refiriendo a todos aquellos supuestos en que un organismo público o una empresa pública realiza una determinada actividad, que sólo se explica si la consideramos desde el punto de vista de la gestión de asuntos pro-

prios de la Administración de la que dependen, ya que va dirigida exclusivamente a satisfacer un interés de ésta. Los órganos de control externo del sector público deberán poner especial atención en descubrir estos encargos encubiertos, para evitar que a través de los mismos se burlen la Ley de Contratos y los controles administrativos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Antes de abordar el estudio singularizado de algunos encargos de gestión, cabe plantearse, con carácter general, la cuestión fundamental que suscitan los mismos, que es la siguiente: ¿Puede la Administración "legalmente" eludir la legislación de contratos públicos a través del encargo de gestión a una empresa u organismo a los que esta legislación no se aplica o se aplica con menor intensidad?

Ciertamente no puede decirse que exista una respuesta unánime a esta pregunta, ya que conocemos opiniones contrapuestas:

Un sector de la doctrina mantiene una opinión favorable a esta posibilidad. Aunque no se desdeña la objeción de que la utilización de los

entes instrumentales es una manera indirecta de burlar el principio de pública licitación, prevalece el criterio de que se trataría de una "burla legal", es decir, querida por la ley, como excepción al mentado principio.

Otro sector doctrinal sostiene la tesis contraria, al pensar que la delegación en un ente público sujeto al Derecho privado de las facultades de contratación es contrario a nuestros principios constitucionales y un fraude al Derecho comunitario de la contratación pública.

Pienso que para resolver un problema tan complejo y delicado es menester tener en cuenta diversas normas y principios del ordenamiento jurídico, lo que nos lleva a efectuar algunas distinciones básicas:

En primer lugar, cabe destacar la necesidad de distinguir entre la encomienda de gestión y la delegación de competencias: la primera tiene por objeto actividades de carácter material, técnico o de servicios, de ahí que no afecte a la titularidad competencial (art. 15 de la Ley 30/1992), mientras que la dele-

gación afecta a actos y resoluciones de carácter jurídico y supone la cesión a otro órgano del ejercicio de la competencia (art. 13 de la Ley citada).

La delegación de competencias sólo puede darse entre órganos administrativos de la misma Administración o de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas. Las resoluciones que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante. En la delegación no hay un cambio en el régimen jurídico aplicable. La encomienda de gestión puede extenderse a órganos de distinta Administración y a personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, si bien en este último caso se establecen dos limitaciones importantes: aplicación, en lo que proceda, de la legislación contractual pública y prohibición de encomendar actividades que hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regula dos supuestos de encomienda: A) El art. 153.1,a) permite la ejecución de las obras por la propia Administración cuando ésta 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. En este supuesto no podrá sobrepasarse en la contratación con colaboradores el 50 por 100 del importe total del proyecto, salvo supuestos excepcionales que se justificarán en el expediente. B) El art. 155.2 dispone, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, que "no serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la

creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma".

A partir de estas consideraciones previas, cabe sentar las siguientes conclusiones:

Primera.- Una cosa es delegar la competencia para contratar y otra distinta encomendar una gestión de carácter material, técnico o de servicios: cuando el organismo o empresa realizan una actividad por cuenta de la Administración, hay que precisar ante todo a qué tipo de los dos responde.

Segunda.- La competencia para contratar sólo se puede delegar en otros órganos o entidades de Derecho público de la misma Administración y no puede comportar en ningún caso un cambio en el régimen jurídico de contratación propio de la Administración delegante. Formalmente la delegación se llevará a cabo con arreglo al art. 13 de la Ley 30/1992 y normas autonómicas complementarias.

Tercera.- La encomienda de gestión va derechamente encami-

nada a la realización de actividades que no tienen un carácter jurídico, sino material, técnico o de servicios, es decir, ha de tratarse de encargos que la propia empresa u organismo que los recibe debe ejecutar. Cuando es un órgano administrativo o una entidad de Derecho público el destinatario de la encomienda de gestión, serán de aplicación los apartados 1 a 4 del art. 15 de la Ley 30/1992 y normas complementarias de la Generalitat Valenciana (Decreto 20/1993, de 8 de febrero). En cambio, cuando la encomienda debe llevarla a cabo una empresa pública en forma de sociedad mercantil, el art. 15.5 de la Ley 30/1992 obliga a aplicar en este caso la legislación contractual pública.

Cuarta.- Cuando se trata de obras públicas, en virtud de lo dispuesto en el art. 153.1,a) de la Ley de Contratos, cabe entender que nos encontramos ante un supuesto de ejecución de las obras por la propia Administración. Por tanto, en estos casos la empresa pública deberá ejecutar la obra con arreglo a este criterio, teniendo en cuenta que deberá llevar a cabo con sus propios medios personales o reales al menos la mitad del importe total del proyecto encargado.

Quinta.- Cuando se trata de servicios públicos, asimismo, ha de respetarse el criterio de que sea la propia empresa pública la que gestione el servicio. Si la empresa interpretara la encomienda de gestión en el sentido de trasladar a una empresa privada, a través de un contrato mercantil, la realización de la actividad encomendada, estaríamos ante el ejercicio de una actividad que excede el ámbito propio de la encomienda de gestión. Este criterio considero que debe extenderse a todos los contratos públicos.

Sexta.- Las delegaciones de competencias o encomiendas de gestión que desbordan estos lími-

***La competencia  
para contratar  
sólo se puede  
delegar en otros  
órganos o  
entidades de  
Derecho público  
de la misma  
Administración***

tes, dan lugar a un incumplimiento de la legislación contractual pública, aunque sea por la vía indirecta propia del fraude de ley. Es sabido que el fraude de ley se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva obligadamente.

Una vez explicada nuestra posición, considero que será útil estudiar algunos ejemplos prácticos, al objeto de destacar los puntos de coincidencia o de discrepancia respecto de la opinión que manteneamos. Con este propósito, hemos seleccionado tres supuestos de encargos de gestión que han sido publicados en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana. Son los siguientes:

1º.- Resolución de 28 de abril de 1993, de la Direcció General de Relacions amb les Corts i del Secretariat del Govern, por la que dispone la publicación del convenio marco de cooperación entre la Generalitat Valenciana y la sociedad mercantil Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos, S.A. (VAERSA), para el desarrollo y ejecución de actuaciones medioambientales, en la Comunidad Valenciana.

En este Convenio marco se establece lo siguiente:

- a) Las actuaciones que al amparo del citado convenio y a título obligatorio realice la empresa pública VAERSA por orden de la Generalitat Valenciana, tendrán la consideración de actuaciones ejecutadas por la administración por sus propios medios (estipulación segunda).
- b) La empresa pública VAERSA se obliga a ejecutar las obras, prestar los servicios, realizar los estudios y, en general, desarrollar y realizar las actividades y actuaciones que, comprendidas en su objeto social, y propias de las

competencias atribuidas a la Generalitat Valenciana, expresamente le encomienden los órganos de contratación competentes, salvo en lo que impliquen ejercicio de potestades administrativas o que según la legislación vigente hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo (estipulación tercera).

- c) Para la ejecución de las obras, prestación de servicios, realización de los estudios o desarrollo de las actividades que le encomiende la Generalitat Valenciana, la empresa pública no podrá subcontratar con empresas físicas o jurídicas, públicas o privadas, a no ser, y únicamente, para la realización de elementos o partes incidentales y/o accesorios al principal que constituya la obra, servicio, estudio o actividad encomendados, y siempre que dicha contratación no suponga de hecho, por su volumen cuantitativo o cualitativo, una falta de medios suficientemente aptos por parte de la empresa pública VAERSA para la realización de lo encomendado, y en ningún caso supere el 50% del presupuesto total de la obra o actividad principal. En todo caso, la empresa pública VAERSA respetará lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, o normativa que la sustituya o complete y, en especial, respetará, como regla general, los principios de publicidad y concurrencia (estipulación doce).

Creo que no es difícil darse cuenta del gran parecido existente entre la doctrina que aplica este convenio y la que nosotros consideramos acertada. En este convenio se parte del reconocimiento de que la encomienda debe referirse a una

actividad material, no jurídica. En segundo lugar, se declara aplicable la legislación contractual pública y, como es preceptivo, el régimen de ejecución de las obras por la propia Administración, extendiéndose las limitaciones propias de la misma a las demás figuras contractuales.

2º.- Orden de 1 de abril de 1993, del Conseller d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports, por la que se establecen las relaciones entre la Conselleria y la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana, para la realización de sistemas públicos de saneamiento y depuración.

En el art. 3º de esta Orden se establece que una vez aprobados definitivamente los pliegos de bases o proyectos, la Conselleria lo comunicará a la entidad y le dará traslado de los oportunos expedientes a fin de que ésta inicie o continúe los trámites precisos para la contratación y ejecución de las obras. A tal efecto, corresponde a la entidad, entre otras funciones, la licitación, adjudicación, ejecución, resolución de incidencias contractuales, recepción y liquidación de las obras, y cualesquiera otras facultades atribuidas por la legislación contractual al órgano de contratación.

Nos encontramos en este caso ante una delegación de facultades contractuales propias del órgano de contratación en una entidad de Derecho público. Esta posibilidad existe legalmente, según hemos visto antes, si bien la legislación aplicable deberá ser la contractual pública. En la Orden examinada no se aclara este importante extremo. No obstante, en el art. 15.1,b) de la Ley 2/1992 encontramos que con carácter general se ordena a la Entidad de Saneamiento regirse por la legislación contractual sobre contratos del Estado, en lo que se refiere a la ejecución material de obras y explotación de las instalaciones co-

