

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros
Letrada Jefe de la Cámara de Cuentas de Andalucía.
Letrada de la Junta de Andalucía

Las nuevas directivas de contratación pública: su incidencia en las encomiendas de gestión

RESUMEN/ABSTRACT:

Este artículo pretende sistematizar los requisitos de la doctrina *in house* acuñados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos en los que ha quedado configurada en la nueva Directiva clásica de contratación pública y anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. El trabajo también analiza la potestad autoorganizadora de la Administración y los principios constitucionales de eficacia y eficiencia en los informes de auditoría.

This article summarises the requirements of the «in house» doctrine established by the European Court of Justice and its characteristics following the approval of new Public Procurement Directive and the future national Law. The paper also analyzes the capacity of self-organization of the Administration, and the constitutional principles of efficiency and effectiveness by the audit report.

CONTROL EXTERNO, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, POTESTAD DE AUTOORGANIZACION, CONTRATACIÓN PÚBLICA, ENCOMIENDAS DE GESTIÓN, ENCARGOS DE EJECUCIÓN, PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA
EXTERNAL AUDIT, ADMINISTRATIVE ORGANISATION, CAPACITY OF SELF-ORGANIZATION OF THE ADMINISTRATION, PUBLIC TENDERING, MANAGEMENT COMMISSION, PRICIPLES OF EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS

El concepto de Administración Institucional, aparece hoy aceptado pacíficamente por la doctrina como término que engloba los diferentes entes de base corporativa, fundacional o institucional, en cuanto que con dicha denominación se pone el acento en la relación de instrumentalidad que media entre la Administración Pública y las entidades a ella vinculadas, actuando como **técnica de autoorganización administrativa**. En este sentido, resulta indiferente que se trate de entidades de Derecho público o que por el contrario se enmarquen en el Derecho privado, pues lo definitivo es la posición de dependencia que mantienen con la matriz, en forma tal que se encuadran en la organización administrativa gestionando servicios o realizando política económica de interés general.

Se ha dicho así¹, que el ente instrumental se define por dos notas esenciales, que son la personalidad jurídica propia, y su dependencia o su finalidad consistente en ser instrumento de una Administración que denominamos matriz, en forma tal que puede hablarse de “falta absoluta de autonomía de voluntad²”, erigiéndose por su propia naturaleza jurídica en un mero instrumento de la Administración territorial a la que pertenece y queda adscrita. Como ya ha señalado el Consejo Consultivo de Andalucía (dictamen 171/2000): “la personificación jurídica es un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas, que puede resultar adecuado como método de organización para facilitar la eficacia en su actuación, pero que, por las funciones en las que se plasma, de carácter administrativo, no puede conducir a un absoluto desdoblamiento de personalidades”.

Ello ha dado lugar a una peculiar consideración de estos entes, llegando algunos autores a hablar de «personalidad rebajada o semipersonalidad», en la medida en que tal personalidad jurídica propia únicamente se hace valer en la relación jurídica con terceros, pero no en la que se mantiene con el ente matriz. Así, Ariño habla de un “empleo táctico de la personalidad”, y Garrido Falla³ pone el acento en que “la personalidad jurídica puede ser una ficción jurídica, una simple técnica organizativa, puede ser el criterio clave para una correcta comprensión de los que sean los entes instrumentales”, lo que supone reconocer que para correcta comprensión de lo que sea la Administración Institucional, debemos partir del reconocimiento de que la personificación es “una simple técnica organizativa” (Ortiz Mallol).

Afirmada la relación de dependencia del ente instrumental respecto de la matriz, es claro que la actividad a

desarrollar por el ente tiene como referente la voluntad de la matriz, que debe conformar tanto su capacidad jurídica, como su concreto marco de actuaciones.

Respecto a su capacidad jurídica, la misma ha de venir definida por sus normas de creación o acto jurídico que las crea en el caso de las entidades de derecho privado. En este sentido no cabe confundir el marco competencial propio de un ente, con la ejecución de actividades por el mismo desplegadas; o lo que es lo mismo: el título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad, con la actividad misma. Y es que el concreto marco de actuaciones a desarrollar vendrá determinado por la utilización de técnicas de planificación *ad hoc*, -ya se trate de los Planes de actuación, inversión y financiación (PAIF), ya sea a través de los programas propios de que se dote la señalada agencia-, o en su caso por mandatos jurídicos concretos, que pueden responder bien a concretas delegaciones de competencias, bien a supuestos de encomiendas realizadas por el ente matriz para que la instrumental desarrolle una determinada actuación.

De acuerdo con el esquema jurídico expuesto, -en que las relaciones entre la matriz y la instrumental son de dependencia-, es claro que tiene que existir algún tipo de articulación formal en orden a trasladar la voluntad de la matriz al ente, ordenándosele la realización de un servicio o de una actividad. No basta por lo tanto con el reconocimiento genérico de su capacidad jurídica o competencia de actuación reconocida como tal en sus Estatutos, sino que se hace precisa una concreción posterior de los mandatos que la matriz dirige al ente, para la actuación concreta de las funciones públicas. Este mandato a su vez, puede articularse en formas muy diversas: puede ser directamente la Ley, un Decreto o una Orden de atribución; puede ser una Resolución de delegación de competencias, la firma de un contrato-programa, o un convenio encomendándole directamente la realización de una determinada actuación o actuaciones administrativas. Lo importante, en cualquier caso es poder tener conocimiento de cual haya de ser el ente u órgano encargado de la gestión administrativa concreta, tanto ad intra (para permitir el posterior control interno y de auditoría), como ad extra en cuanto beneficioso para el conocimiento ciudadano destinatario último de la gestión pública.

A nosotros nos interesa centrarnos en el mandato que se articula a través de las encomiendas de gestión, denominadas encargos en la nueva normativa que se anuncia.

¹ Ortiz Mallol, JA. *La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas*, dentro del Libro recopilatorio de “La Administración Instrumental”. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, IAAP. 2005.

² Informe 1/2007 de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

³ *Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*, en “Administración Instrumental. Libro Homenaje a Clavero Arévalo”. Cívitas-Instituto García-Oviedo, 1994.

1. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y SU DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES

Se trata de supuestos en los que las entidades públicas matrices encargan directamente a entes instrumentales de ellos dependientes la realización de determinadas prestaciones u operaciones propias. Se trata por tanto de actividades cuya orden de actuación viene dado directamente por la matriz.

No conviene sin embargo confundir esta figura con la propia de la delegación interadministrativa o con las encomiendas extracontractuales previstas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

La delegación de competencias, contemplada en el ámbito estatal en el art. 13 de la LRIPAC, se asemeja a la encomienda de gestión en que el centro de decisión y control de la concreta actividad permanece en el seno de la entidad matriz, que en ningún caso cede la titularidad de la competencia (art.15.2 de la Ley 30/1992). La diferencia está en que en así como en la delegación de competencias se alteran los elementos sustantivos determinantes del ejercicio de la competencia (art. 12.1 de la Ley 30/1992), en el caso de las encomiendas de gestión esto no ocurre en cuanto tratamos de actividades de gestión o materiales, cuya orden de actuación viene dada directamente por la matriz. El encomendante retiene por tanto, no sólo la titularidad de la competencia, sino al tiempo los elementos sustantivos de su ejercicio, de manera que la actividad se considera como propia

del órgano encomendante. En el caso de Andalucía, ambas figuras se regulan en la sección 4ª del capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) rubricado del “Régimen jurídico de los órganos y de la actuación administrativa”, al lado de otras técnicas de traslación o alteración de la competencia, como son la desconcentración, la avocación, delegación de firma, o suplencia, todo lo cual dada su ubicación, viene a perfilar la sustantividad de estas figuras, aun cuando no falten claros puntos de conexión entre todas ellas.

Por lo que respecta a las encomiendas administrativas del art. 15 de la LRJPAC, su regulación difiere de la propia prevista en el art. 4.1.n) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En el ordenamiento andaluz, es la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía la que en sus artículos 105 y 106 da réplica -respectivamente- al art. 15 LRJPAC y al art. 4 TRLCSP. Este distinto régimen permite distinguir, -en palabras del Tribunal de Cuentas⁴- entre una encomienda de gestión “intra-administrativa y la de contenido contractual, que hay que diferenciar no sólo porque su ámbito y contenido es distinto sino porque sus requisitos formales también lo son”, aunque como advierte el propio Tribunal en la conclusiones de su informe “Existe cierta confusión entre las figuras de encomienda de gestión reguladas respectivamente en los artículos 15 de la ley 30/1992 y los arts. 4 y 24.6 del TRLCSP, confusión principalmente motivada por su identidad de denominación”.



⁴ Pag. 11 del Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la Legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012.

En cualquier caso, la más clara diferenciación entre ambas figuras ha sido la analizada por la Circular 6/2009 de la Abogacía del Estado en “Asunto: Relación entre el artículo 15 de la LRJ-PAC y artículo 24.6 de la LCSP”, que recoge el informe emitido por la Abogacía General del Estado de fecha 26 de noviembre de 2008. En dicha Circular se indica que, por lo que respecta al ámbito objetivo, al tiempo de la promulgación del artículo 15 de la LRJPAC este precepto comprendía tanto actuaciones o actividades ajenas a la legislación de contratación pública como también actuaciones o actividades propias de dicha legislación, es decir, actuaciones o actividades constitutivas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios, por lo que las encomiendas de gestión podían tener por objeto las prestaciones propias de estos contratos. Resultaba así, que el ámbito objetivo de las encomiendas de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992 era incluso más amplio que el que regula la LCSP.

Este conflicto entre la normas jurídicas generador de problemas de incompatibilidad entre dos regímenes jurídicos distintos, se resolvió por la Abogacía del Estado básicamente mediante la aplicación de los principios generales del Derecho, en concreto, mediante la doctrina de *lex posterior* y el principio de la prevalencia de la ley especial frente a la general. Así se vino a afirmar que :

“Siendo el contenido o ámbito propio y exclusivo de la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP las relaciones materialmente contractuales, es decir, relaciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, ha de entenderse modificado por dichos preceptos legales el artículo 15 de la LRJ-PAC en el sentido de que, si bien este último precepto comprendía inicialmente, como se ha razonado, tanto actuaciones o actividades ajenas a la legislación de contratación pública como actuaciones o actividades constitutivas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios, tras la promulgación de la LCSP (y lo mismo podría decirse **tras la reforma introducida en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo), el artículo 15 de la LRJ-PAC ha quedado limitado en su contenido a las actuaciones o actividades ajenas a la legislación sobre contratación pública**, sin que, por tanto, las encomiendas de gestión a que se refiere este último precepto legal puedan tener por objeto actuaciones consistentes en la ejecución de obras, realización de suministros o prestación de servicios a cambio de una

contraprestación dineraria, es decir, sin que puedan tener por objeto relaciones materialmente contractuales, **y ello en razón de la doctrina de la *lex posterior* como principio rector de la resolución de conflictos entre normas jurídicas** (...) tras la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha de entenderse modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el sentido de que este último precepto ya no puede entenderse referido a las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, es decir, a las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia de un contrato de obras, suministros o de servicios a cambio de una contraprestación económica.

Como consecuencia de ello la figura de la encomienda de gestión que regula el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se traduce **en la necesaria diferenciación entre ambas por razón de sus respectivos ámbitos o contenido. Así, la figura de la encomienda de gestión a que se refiere el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, queda circunscrita siendo este su ámbito propio, a aquellas actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella. La figura de la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, queda limitada, siendo éste su ámbito propio, a aquellas actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica. (...)** (la negrilla es nuestra).

Por lo tanto, coincidiendo dos normas con rango de Ley en la materia, y dada la aplicación de los principios de Ley posterior y Ley especial, la conclusión final es que la aplicación del art. 15 de la Ley 30/1992⁵, se circunscribe a todas las materias que sean ajenas a la contratación administrativa; o lo que es lo mismo, su objeto no puede incluir prestaciones o actuaciones propias de los contratos administrativos.

Ahora bien, esta diferenciación establecida en la Circular 6/2009 de la Abogacía del Estado entre ambos tipos de encomiendas, aun cuando contribuye a clarificar el régimen legal de ambas figuras, silencia un dato que resulta esencial a estos efectos, y resalta el propio Tribunal de Cuentas, cual es la **onerosidad**, nota definitoria de

⁵ En el caso de Andalucía, artículo 105 LAJA.

todo contrato, dado que si “las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992, difieren de los contratos regulados en la LCSP no es necesariamente por razón de su objeto, sino porque les falten otras notas definitorias de ambos contratos como pueden ser la onerosidad o la existencia de dos partes formalmente diferenciadas⁶”.

Y aun cuando la encomienda del art. 4 del TRLCSP, supone precisamente una exclusión del régimen general de contratación administrativa dado que la especial relación de dependencia de la instrumental respecto de la matriz excluye la autonomía de la voluntades, no por ello puede dejar de reconocerse que en este caso de lo que tratamos es de **relaciones materialmente contractuales**, en cuanto incluyen prestaciones propias de los contratos administrativos a cambio de una contraprestación dineraria equivalente al valor de la prestación, a diferencia de lo que ocurre con el ámbito propio de encomienda del art. 15 de la Ley 30/1992, que comprende actuaciones ajenas a la legislación de contratos⁷. O lo que es lo mismo, -y hablando con mayor propiedad-, la encomienda que hemos denominado con el Tribunal de Cuentas “intra-administrativa” es una encomienda de gestión **sin asignación económica** y que supone la utilización de la estructura de la instrumental como apoyo técnico de la matriz, en tanto que la encomienda “de contenido contractual” o cuasicontractual es aquella en la que la instrumental **recibe una asignación económica** para acometer en nombre propio, -pero por cuenta de la matriz-, determinadas actuaciones con terceros. Precisamente, el hecho de que una instrumental cuente con recursos propios, es lo que permite la existencia de un tipo de encomienda -la del art. 15 de la Ley 30/92- en la que la Administración matriz no aporta fondos *ad hoc* para el concreto mandato jurídico. Lógicamente, cada mandato expreso en forma de encomienda de gestión que se realice será el que determine si nos encontramos ante uno u otro tipo de encomienda.

Lo que sí es cierto es que en cualquiera de los supuestos analizados, y en particular en el caso de las encomiendas de prestaciones de naturaleza contractual, de lo que tratamos es de distintas formas de autoorganización administrativa, cuyo empleo tiene como fin obtener una mayor eficiencia en la gestión pública.

Como señala Razquin Lizárraga⁸ “Se trata de supuestos en los que las entidades públicas encargan directamente a entes instrumentales de ellas dependientes la realización de determinadas prestaciones u operaciones propias de los contratos públicos sin seguir el procedimiento de adjudicación contractual. Su justificación estriba en el **ejercicio de la potestad de autoorganización**, pues se opta por un sistema de autoprovisión o gestión directa mediante formas descentralizadas, sin que el encargo obedezca a la lógica contractual, pues no existe en verdad autonomía del ente instrumental respecto de la entidad encomendante al primar la dependencia e instrumentalidad respecto de la personalidad jurídica distinta⁹. Por lo tanto, a estos efectos, resulta irrelevante el dato de la personalidad jurídica, por cuanto es la falta de autonomía decisional de uno de estos entes respecto del otro, la razón que impediría existencia de una auténtica relación contractual entre dichos entes.

Ortiz Mallo⁹ nos dice que precisamente, “(...) el punto de partida no es el de dos entidades independientes que se relacionan coordinadamente y de manera parcialmente complementaria; contrariamente, la matriz y el ente instrumental constituyen **una unidad organizativa única**, que comparte el mismo esquema y filosofía como consecuencia de que el ente matriz moldea la estructura orgánica del instrumental a partir de la suya propia, por lo que se puede afirmar que los diferentes niveles -departamentos, áreas, direcciones-, de la entidad instrumental son derivados y vienen a complementar perfectamente la estructura orgánica de la Administración Pública de la que depende¹⁰, concluyendo dicho autor que dichas relaciones se asientan “sobre la figura del mandato administrativo, por contraposición al mandato civil”.

2. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL: DOCTRINA *IN HOUSE*

2.1. Sobre la incidencia que tales relaciones intersubjetivas hayan de tener sobre las encomiendas de gestión de prestaciones de naturaleza contractual, es importante recordar que han sido la normativa y la jurisprudencia comunitaria, las que han ido perfilando los rasgos de estas figuras, incorporadas a nivel de legislación interna.

⁶ Pag. 18 del Informe de Fiscalización anteriormente referenciado.

⁷ Busquetes López y Castro Raimóndez “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”, *Revista de Auditoría Pública* nº 51, 2010.

⁸ Martín Lizárraga, J.A. *Revista jurídica de Navarra*, Enero-junio 2009. Num. 47, paginas 41.

⁹ Ortiz Mallo, J.A. “La relación entre la entidad matriz y la instrumental...” *RAP* nº 163, 2004.

¹⁰ En el mismo sentido, Sosa Wagner, F. “El contrato de suministro”, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 89 y del mismo autor, “El contrato de gestión de servicios públicos y los problemas de la contratación *in house*”, *Revista Española de la Función Consultiva* nº 8, 2007, pp. 183-189; Gimeno Feliu, J. M. “El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”, *Fundación democracia y gobierno local*, Febrero de 2010, pag. 51; y C. A. Amoedo Souto, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, *RAP* nº 170, 2006, p. 264.



Su origen se encuentra tanto en la **Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios** de servicios, pues tras declarar en el art. 1 c) que se considerará “prestador de servicios” a cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, “incluidos los organismos públicos”, en el art. 6 los excluye. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados “medios propios”, a los que se realizan encargos de naturaleza contractual, estarían al margen de esta normativa. Fue a partir de tan escasos mimbres normativos que el Tribunal de Justicia Europeo fue construyendo su Jurisprudencia sobre la materia, admitiéndose con carácter general por la doctrina científica, que pese a la existencia de algunos precedentes, fue la sentencia dictada en el caso Teckal (STJ-CE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Teckal)), el punto de partida de una consolidada jurisprudencia posterior, que perfila los requisitos que configuran las relaciones *in house*, caracterizadas como decimos, por su exclusión del ámbito de la normativa europea de contratos públicos. Así, según dicha reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que pueda entenderse que estamos en presencia de un servicio *in house providing*, se exigen dos requisitos de “carácter acumulativo”: que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta a ella, pero sobre la que se ejerce un “control análogo” al que se ejerce sobre los propios servicios; y que la entidad provisoramente realice “la parte esencial de su actividad” con el ente o entes que a controlan. Estos requisitos son continuamente recordados por el Tribunal de Justicia, siendo la

última ocasión de que tenemos noticia por publicación en la web, la sentencia de 8 de mayo de 2014¹¹ dictada en el asunto C-15/13, en la que se repite que :

“24 El Tribunal de Justicia ha señalado que, para la aplicación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva 2004/18, basta, en principio, conforme al artículo 1, apartado 2, letra a), de dicha Directiva, que se haya celebrado un contrato de carácter oneroso entre, por una parte, una entidad adjudicadora y, por otra, una persona jurídicamente distinta de ésta (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, EU:C:1999:562, apartado 50

25 **La excepción a la aplicación de este principio, reconocida por el Tribunal de Justicia, relativa a las adjudicaciones de contratos denominadas *in house*, está justificada por la circunstancia de que una autoridad pública que es una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y de que esa excepción puede extenderse a las situaciones en las que el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando esta última ejerza sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la primera entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que la controlan** (véanse, en este sentido, las sentencias Teckal, EU:C:1999:562, apartado 50, y Stadt Halle y RPL Lochau, EU:C:2005:5, apartados 48 y 49). En estos casos, puede considerarse que la entidad adjudicadora utiliza sus propios medios.

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/>

26 El Tribunal de Justicia ha aclarado el concepto de “control análogo”, señalando que debe tratarse de la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y que el control ejercido por la entidad adjudicadora debe ser efectivo, estructural y funcional (véase, en este sentido, la sentencia Econord, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758, apartado 27 y la jurisprudencia citada).”

Por lo tanto, se trata de casos en que la licitación, conforme a las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, no es obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando concurren esas dos condiciones. Estos requisitos se recogieron normativamente a nivel interno en los artículos 4 n) y 26.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre¹².

Por su parte, el Alto Tribunal español, en sentencia dictada por la Sala de lo contencioso administrativo de 25 de enero de 2013 recordando la trascendencia que en nuestro Derecho ha tenido la sentencia del asunto Tragsa (STJCE 19 de abril de 2007) -, que resolvió precisamente cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo-, también se ha hecho eco de la misma :

“El Tribunal de Justicia de la Unión ha elaborado un sostenido cuerpo de doctrina en torno a la aplicación de esa previsión a los supuestos de encomienda a un ente que tiene la condición de medio propio de la Administración. Esa doctrina, que arranca de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998 (TJCE 1999, 270), Teckal (que da nombre a las denominadas condiciones Teckal, a las que luego nos referiremos), se contiene además en las SsTJCE de 13 de octubre de 2005 (TJCE 2005, 295), asunto C-458/2003, Parking Brixen; 6 de abril de 2006 (TJCE 2006, 111), asunto C-410/2004, ANAV ; 11 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Stadt Halle y RPL Lochau; 13 de enero de 2005, asunto C - 84/2003, Comisión contra España; 10 de noviembre de 2005 (TJCE 2005, 332), asunto C - 29/2004, Comisión contra Austria; 19 de abril de 2007 (TJCE 2007, 85), asunto C-295/05, Tragsa; 18 de enero de 2007 (TJCE 2007, 16), asunto C-220/05, Roane; 13 de noviembre de 2008 (TJCE 2008, 267), asunto C-324/07, Coditel; 9 de junio de 2009 (TJCE 2009, 162), asunto C - 480/06, Comisión contra Alemania; y, más recientemente, sentencia de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, Econord.

¹² Artículo 106 de la LAJA.

De acuerdo con esa doctrina, para decidir si se está en presencia de un contrato doméstico o *in house*, o, dicho de otro modo, para determinar si la empresa que ha de realizar la actividad o prestación merece la condición de medio propio de la Administración y, por tanto, puede acordarse la adjudicación directamente a esa empresa dependiente sin acudir a los procedimientos competitivos y sin vulnerar el sistema de libre concurrencia, la jurisprudencia comunitaria ha venido exigiendo la concurrencia de dos condiciones, que se conocen como “criterios Teckal”. Esas condiciones son:

- 1º) Que la Administración pública ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios; y
- 2º) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Solo si se dan conjuntamente tales condiciones el ente de que se trate podrá ser considerado entidad *in house* con respecto al organismo adjudicador a efectos de que se le puedan confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia” .

2.2. De estos dos requisitos, es el primero (control análogo), el que conecta con el problema de intersubjetividad.

A estos efectos, para conocer si el poder adjudicador ejerce sobre una entidad instrumental un “control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”, el Tribunal de Justicia Europeo nos ofrece una serie de criterios que podríamos decir que están condensados en los pronunciamientos de la STJCE de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-324/07 “caso Coditel Bravant”, y que son los siguientes :

- a) La posesión de la totalidad del capital de la entidad concesionaria: “la circunstancia de que la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencias Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37, y de 19 de abril de 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, apartado 57).” (apartado 31). Respecto de este criterio, deben hacerse a su vez dos precisiones. La primera es que la participación privada en un ente público, aunque sea mínima, rompe con el criterio de la exclusión, y obliga a acudir a los criterios de contratación pública comunitarios (STJCE de 11 de enero de 2005 “Stadt

Halle”) y de 8 de abril de 2008 Comisión/República Italiana); la segunda es que no es indispensable que dicho control sea individual, pues es perfectamente posible que varias entidades dispongan de control análogo sobre un mismo ente propio.

- b) La composición de los órganos de decisión de la entidad encomendada: “34 El hecho de que los órganos de decisión de Brutélé estén compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlan los órganos de decisión de Brutélé y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta”.
- c) El alcance de las facultades reconocidas al consejo rector: “35 En tercer lugar, de los autos se desprende que el consejo rector de Brutélé dispone de las más amplias facultades. En particular, fija las tarifas. Asimismo, tiene la facultad, pero no la obligación, de delegar en los consejos de sector o de subsector la resolución de determinados problemas propios de esos sectores o subsectores”. En esta capacidad para fijar las tarifas abundan las sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-573/07 “Sentencia sea”, y de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05, “Sentencia Tragsa”.

Analizar el cumplimiento de estos requisitos caso a caso, es lo que nos ha de llevar a conocer si efectivamente la entidad matriz ejerce o no una influencia dominante sobre la instrumental, que sea absolutamente determinante de la conformación de sus objetivos estratégicos, y de la adopción de sus decisiones. Si esto es así, quedaría cumplido el primero de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia comunitaria y nuestro derecho interno, quedando excluida la necesidad de licitación pública.

2.3. El segundo criterio que tiene que ser constatado a los efectos de comprobar que no se ha eludido el sistema de libre competencia es que la entidad encomendada “realice la parte esencial de su actividad con el ente que ejerce su control”.

Se trata de un requisito complementario del anterior, cuya finalidad engarza directamente con la necesidad de controlar el cumplimiento de la Directiva y las posibles distorsiones del principio de libre competencia, pues resulta posible que los entes realicen una parte marginal de su actividad con otros agentes económicos, operando también en el mercado. Y es que si la excepción lo es por considerarse una fórmula de autoorganización y por lo tanto de autoprovisión, la misma perdería su sentido si se admitiese que de lo que tratamos es de una actividad de la Administración como empresaria.

¹³ Conocido Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015.

De nuevo la interpretación de lo que sea “parte esencial” o marginal, nos lleva a que debamos integrar caso por caso tales conceptos jurídicos indeterminados, lo que puede hacerse aplicando diversos criterios tanto cualitativos como cuantitativos, que exigirán siempre ser interpretados en forma estricta, habida cuenta de que lo que tratamos en el presente caso es de la excepción a una norma general. En este sentido, la STJCE de 11 de mayo de 2006 (C-340/04) caso Carbonatermo Spa y Consorzio Alisei, ya sentó como doctrina y criterio que “Para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad”. Este pronunciamiento se reiteró posteriormente en la STJCE de 10 de septiembre de 2009 asunto C-573/07.

2.4. Otro requisito que tiene que ser constatado en la labores de control y auditoría es el que se refiere a la necesidad de que se reconozca expresamente en la norma que crea la entidad o en sus estatutos, que la instrumental es un “medio propio o servicio técnico” de la Administración, lo que exige cotejar caso a caso también, dichas normas.

Si debemos hacer la observación de que este tercer requisito que viene exigido normativamente por el artículo 4.1 n) de la LCSP, no es en sí mismo una exigencia comunitaria, y que a diferencia de los supuestos anteriores es fácilmente constatable acudiendo a la lectura de las normas propias de creación o regulación estatutaria de los diferentes entes.

3. LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS Y ANTEPROYECTO DE LEY ESTATAL

3.1. Toda esta situación descrita, - que a los efectos de control y auditoría sigue siendo válida dado el ámbito temporal a que se refiere la auditoría pública-, va a experimentar un inminente cambio tras la aparición de las nuevas Directivas y el borrador de anteproyecto de Ley que preparado por la Administración del Estado¹³, ya circula en el ámbito jurídico-público.

Se ha regulado así dicha doctrina *in house* en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva *Contratación*); la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva *Concesiones*), y la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (Directiva *Sectores excluidos*). En concreto las distintas formas de colaboración entre entidades públicas se ha recogido en el artículo 12 de la nueva Directiva bajo la denominación “Contratos públicos entre las entidades del sector público¹⁴”. Estas nuevas Directivas de contratación pública, que se han dado en llamar «de cuarta generación», tienen como antecedente inmediato el Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE publicado por la propia Comisión el 27 de enero de 2011, así como el Informe emitido por la Comisión Europea el 24 de junio de 2011 sobre evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE en materia de contratación Pública.

No puede decirse sin embargo, que sea un cambio sustancial, sino más bien de matices y puntualizaciones, incorporando el acervo jurisprudencial comunitario en la nueva normativa, en forma tal que si antes la Jurisprudencia completó la escueta normativa europea, ahora dicha normativa es la que positiviza la trabajada y consolidada “doctrina *in house*” del Tribunal Europeo. Y es que la principal novedad a nuestro juicio, está en la regulación unificada de dos figuras distintas : las operaciones *in house verticales* y *las horizontales*, que si bien responden a la misma lógica de autorganización admi-

nistrativa difieren sin embargo en cuanto a los requisitos a tomar en consideración en orden a su exclusión de la licitación conforme a las Directivas de contratación. Por su parte, el anteproyecto de ley estatal aprobado en el Consejo de Ministros de 17 de abril, incorpora estas novedades, siendo así que en su afán de clarificación abandona la terminología de las «encomiendas» para sustituirla por la de «encargos», lo que sin duda, ha de contribuir a aclarar algunas disfunciones que había propiciado la idéntica denominación de esta figura respecto de la prevista en la intra-administrativa de la LRJPAC.

Precisamente dicho anteproyecto, abre con una norma en enmarca la nueva realidad normativa, cuando en el artículo 31 rubricado “Potestad de autoorganización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal”, señala que:

“Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

- a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.
- b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el artículo 5.a)”.



¹⁴ Arts. 12.1 Directiva Contratación; 17.1 Directiva Concesiones; y 28.1 Directiva Sectores excluidos

3.2. Respecto de los sistemas denominados de “cooperación vertical”, la novedad más reseñable es que la nueva Directiva recoge de forma diferenciada los supuestos de control vertical “individual” (artículo 12.1) y control vertical “conjunto” (art. 12.3).

En el caso del “control vertical individual”, el requisito del control análogo exigirá -tal y como se decía en la sentencia Coditel-, que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, lo que tiene lugar cuando “cuando ejerza una *influencia decisiva* sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada”. La parte más polémica de dicho precepto es la que añade que “dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador”, lo que nos lleva a entender que el control puede ejercerse por el poder adjudicador a través de otra entidad instrumental controlada también por ese mismo poder adjudicador. Esta ha sido precisamente una constante en el caso español, como se deduce de las previsiones contenidas en la disposición adicional vigésima quinta del TRLCSP y en diversos Reales Decretos aprobados con posterioridad a su promulgación¹⁵, en los que se atribuye a diversos entes del sector público estatal la condición de medios propios y servicios técnicos tanto de la Administración General del Estado como de sus entes, entidades, organismos y sociedades vinculados o dependientes. Asimismo, debe recordarse como en el caso Tragsa, el Tribunal de Justicia europeo validó dicha interpretación. Puede decirse así que se admite en la Directiva, tanto el control directo como el indirecto, pues lo esencial es aplicar un criterio funcional del control ejercido.

A partir de aquí, ya no resulta esencial que el criterio del control análogo del adjudicador se dibuje en función del porcentaje de participación que posea en el capital social de la entidad controlada, -criterio éste que siempre se consideró por la jurisprudencia comunitaria un mero indicio-, sino que lo esencial como señala Gimeno Feliu¹⁶, “es el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisivo respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual”.

Esto permite, que varias entidades públicas, puedan disponer de control análogo sobre un mismo ente, dando lugar a lo que se ha denominado “control vertical conjunto”. En estos casos, además se exige por la Directiva que “los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes”, en forma tal que todos los poderes adjudicadores “puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada”, sin que en ningún caso, la persona jurídica controlada “persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan”. Esta nueva línea de cooperación pública, se inició con la ya citada sentencia del caso Tragsa, y fue posteriormente confirmada por las sentencias de 10 de septiembre de y 13 de noviembre de 2008, en los Asuntos Sea Srl y Coditel, siendo la última dictada que se refiere a este particular, la sentencia de 29 de noviembre de 2012, Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, «Sentencia Econord». En ésta última se endurecen los requisitos, en el sentido de que no se considera suficiente una participación meramente formal de la entidad adjudicadora en el ente instrumental para considerar que existe control análogo, sino que se exige que las normas que regulan el funcionamiento de la instrumental confieran alguna posibilidad de participar conjuntamente en dicho control efectivo sobre la instrumental.

Pero junto con el requisito del control análogo, el segundo que tradicionalmente ha sido exigido por la jurisprudencia comunitaria ha sido que la parte esencial de su actividad se a realizada por la entidad controlada a favor del ente o entes controladores, en cuanto dato fundamental que permite hablar de autoprovisión y no de contratación. La novedad en este punto, es que la Directiva fija directamente un porcentaje, en forma tal que es necesario para quedar excluido de la licitación, que “más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador”, lo que expresado en positivo

¹⁵ Artículos 2 y 29 del Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, por el que se crea la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y se aprueba su Estatuto; Artículo 44 del Real Decreto 184/2008, de 8 febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea; Artículo único del Real Decreto 199/2009, de 23 de febrero, por el que se modifica el Estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda; Artículo único del Real Decreto 364/2009, de 20 marzo, por el que se modifica el Estatuto del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto 1136/2002, de 31 de octubre; Artículo único del Real Decreto 923/2009, de 29 mayo, por el que le modifica el Real Decreto 1214/1997, de 18 de julio, que establece la organización del Centro de Investigaciones Sociológicas; Artículo único del Real Decreto 1636/2009, de 30 octubre, por el que se modifica el Real Decreto 451/1995, de 24 de marzo, que reorganiza el Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo; Artículo único del Real Decreto 1637/2009, de 30 octubre, por el que se modifica el Estatuto del Centro Nacional de Información Geográfica, aprobado por Real Decreto 663/2007, de 25 de mayo; Artículo único del Real Decreto 1672/2009, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Estatuto del Instituto de Salud Carlos III, aprobado por Real Decreto 375/2001, de 6 de abril; Artículo único del Real Decreto 1681/2009, de 13 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 2950/1975, de 7 de noviembre, que reorganiza el Consejo de Comercio Interior y de los Consumidores y crea el Instituto Nacional del Consumo.

¹⁶ Gimeno Feliu, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. Aranzadi, 2014, pag. 67.

implica que asciende al 20% la actividad que puede desarrollarse por el ente controlado con operadores privados, sin perder la condición de medio propio.

La relativa novedad -en cuanto se positiviza en la Directiva, como requisito independiente de los anteriores-, es la exigencia de que “no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada”, criterio que inmediatamente se excepciona cuando se cumplen de forma conjunta dos requisitos : a) Que las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados; y b) Que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. Vemos así que con ello se relaja la doctrina jurisprudencial en la materia, que era categórica al afirmar que la participación privada en un ente público por mínima que ésta fuera, rompía la cooperación pública debiendo ser el contrato objeto de licitación (SSTJCE de 11 de enero de 2005 C-26/03, Asunto *Stadt Halle*; de 8 de abril de 2008 C-337/05, Asunto *Comisión vs. República italiana*; y de 10 de septiembre de 2009, C-573/07, Asunto “*Sea srl*”).

En cuanto al anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros, es el Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, donde aparece la regulación de los “encargos a medios propios”, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquél que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador y manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados (artículos 32 y 33). Asimismo, se han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades respecto de las propias de la Directiva, en el sentido de que se exige para la realización de este tipo de operaciones que como requisito necesario el ente que tenga la consideración de medio propio debe disponer de “medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad” (de la exposición de motivos).

En este punto llamamos la atención sobre uno de los puntos que se venían considerando más controvertidos de cualquier fiscalización. Nos referimos a la necesidad

de que **el medio propio disponga de medios suficientes en orden a cumplir el encargo que se le haga**. No siendo una exigencia comunitaria delimitar tal cuestión -ni antes, ni ahora con la nueva Directiva-, el anteproyecto de Ley de contratos la incluye como novedad de la en los siguientes términos :

“6. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicaran las siguientes reglas:

- a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.
- b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 60% de la cuantía del encargo, salvo que se establezca otro límite en la orden del encargo.

Cuando la citada orden de encargo establezca un límite superior al establecido en el párrafo anterior, se deberá acreditar por el poder adjudicador, salvo que se dé alguna de las circunstancias previstas en las letras c) a h) del apartado 1 del artículo 30, las razones que justifican acudir al medio propio en lugar de licitar el contrato directamente. Dicha justificación se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.

En ningún caso se podrá contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del encargo.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios.”

Esta nueva exigencia, que como puede leerse tiene matices y excepciones, viene a colmar siquiera parcialmente un hueco que en más de una ocasión habían denunciado tanto los diversos OCEX y el Tribunal de Cuentas como la doctrina. Sin ir más lejos, en artículo también publicado en esta revista, Cossio Capdevilla¹⁷, ya señalaba que es de capital importancia la cuestión relativa a los medios personales y materiales con los que debe contar el medio propio para ser calificado como tal en orden a evitar posibles fraudes en la aplicación de la Ley de Contratos. La posibilidad de que la entidad

¹⁷ Cossio Capdevilla, A. “La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa : poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública”. *Revista Auditoría Pública*, nº 61 (2013).

instrumental contrate la totalidad o la mayor parte de la prestación con un tercero, es efectivamente común en nuestro derecho interno, y como ya había declarado el Tribunal de Cuentas¹⁸, “No existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendada debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración”. Por lo demás, ni de la normativa específica, ni de la jurisprudencia comunitaria deriva limitación alguna, de ahí la innovación que supone el nuevo texto del anteproyecto. Por eso, resulta esencial comprobar si la intermediación lo ha sido en orden a rebajar los requisitos del régimen de la contratación pública, o por el contrario es el resultado de una derivación competencial enmarcada en las potestades autoorganizativas. En el primer caso cabe la posibilidad de que exista fraude legal; en el segundo, será una decisión de organización que deberá ser cotejada con los principios de eficacia y eficiencia económica en la gestión, como más adelante veremos.

Un aspecto principal que ha quedado fuera de cualquier innovación tanto a nivel comunitario como nacional es el que se refiere al **régimen económico de las encomiendas**, que tradicionalmente ha sido uno de los puntos conflictivos en el análisis de fiscalización. Sobre la retribución por régimen tarifario, es cierto que en uno de los textos manejados de la actual directiva, se incluyó alguna previsión sobre la necesidad de que se evitaran márgenes de rentabilidad propios de los operadores económicos y ajenos a la lógica de la gestión pública. Sin embargo, esta supresión de toda referencia a que la fijación de las tarifas lo fuera en atención a costes reales, deja a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores un amplio poder de configuración de las transferencias o abonos que puedan realizarse al ente instrumental con motivo de los encargos realizados, lo que nos lleva a que el análisis de la eficiencia económica del encargo se derive hacia la propia de la financiación completa de los entes instrumentales en cuestión.

3.3. La segunda forma de cooperación pública contemplada en la nueva Directiva, y en el anteproyecto de ley es la denominada “cooperación horizontal”, que ha sido al parecer, en la redacción del texto comunitario uno de los más controvertidos.

Esta figura permite que las Entidades Públicas se unan para desarrollar en común las tareas de servicio público que tienen encomendadas, sin necesidad de convocar para ello un procedimiento de licitación.

La nueva Directiva (12.4) asume dicha posibilidad, aclarando los mecanismos de cooperación administrativa, sobre la base de los pronunciamientos jurisprudenciales ya existentes (fundamentalmente sobre entidades locales), de los que son particularmente reseñables, la ya citada sentencia Coditel y la de 9 de junio de 2009, (C-480/06), Asunto Comisión/Alemania. Así, ya se decía en la sentencia Coditel que :

“... nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).

49 Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véase, en este sentido, la sentencia Asemfo, antes citada, apartado 65).

50 Por consiguiente, procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente.”

En el caso de la sentencia del asunto Comisión/Alemania, se refería a un acuerdo de cooperación de entre cuatro municipios y los servicios de la limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en una nueva instalación construida a instancia de esta ciudad. Este supuesto de cooperación se articuló a través de un contrato controvertido celebrado directamente entre los cuatro Landkreise y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo sin seguir el procedimiento de licitación establecido en la Directiva 92/50, dándose el sinsentido, de que la Comisión consideraba que si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los Landkreise de que se trata no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública, pero que sin embargo falta de tal organismo de cooperación intermunicipal, el contrato de servicios celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise de que se trata debería haber sido objeto de una licitación. El Tribunal cierra esta polémica recordando que “el Derecho comunitario no impone en

¹⁸ Pags. 59 y 64 del Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la Legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012.

modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 50 y 51)."

En esta misma línea, el Parlamento Europeo, en Resolución de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (2009/2175(INI)), al tratar de la cooperación público-privada (apartado 9), recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha invocado en varias sentencias el derecho a la autonomía administrativa municipal, y que ha sentenciado que una autoridad pública puede llevar a cabo las funciones de interés público que le incumben con sus propios recursos y también colaborando con otras autoridades públicas (C-324/07), pues el Derecho comunitario no prescribe ninguna forma jurídica determinada a las autoridades públicas para el ejercicio conjunto de las funciones de interés público, de ahí que considere que la cooperación entre municipios y la colaboración intraestatal, no están sujetas a la normativa de contratación pública si cumplen los criterios siguientes:

- si se trata de la prestación de un servicio público que incumbe a las entidades locales interesadas,
- si el servicio lo prestan exclusivamente los organismos públicos interesados, sin participación de empresas privadas, y
- si la actividad de que se trate se presta esencialmente para las autoridades públicas participantes

Ahora la Directiva sistematiza las exigencias al respecto reseñando que :

"4. Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación."

En definitiva, como bien señala Gimeno Feliu¹⁹ la Directiva se justifica "sobre el principio de eficacia y eficiencia", de forma tal que será posible la cooperación horizontal, siempre que se cumplan los siguientes criterios:

a) que el acuerdo establezca una auténtica cooperación entre los poderes o entidades participantes para la ejecución conjunta de obligaciones de servicio público, lo que conlleva si fijación mutua de derechos y obligaciones

b) que el acuerdo se rija exclusivamente por consideraciones de interés público;

c) que los poderes o entidades adjudicadores participantes no realicen en el mercado más del 20% del volumen de negocios obtenidos mecer a las actividades pertinentes en el marco del acuerdo;

d) que el acuerdo no conlleve transferencias financieras entre los poderes y entidades adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso del coste real de las obras, los servicios o suministros;

e) que ninguno de los poderes o entidades adjudicadoras exista participación privada

En el anteproyecto de ley de contratos recoge esta figura de la cooperación horizontal en el artículo 5 considerando como fórmula de cooperación horizontal: "Los convenios de cooperación que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma".

Y aun cuando como hemos visto, esta forma de cooperación nace en conexión con la doctrina *in house* del

¹⁹ Gimeno Feliu, El nuevo paquete legislativo comunitario ..., pag. 77.

Tribunal Europeo, no puede decirse que estemos ante el mismo supuesto. Es verdad que ambas figuras –vertical y horizontal- tienen en común que son fórmulas de organización administrativa, pero también lo es que difieren en uno de los principios básicos que configuran dicha relación, desde el momento en que en la cooperación horizontal no se está en presencia de relación de dependencia como las que si acontecen entre una matriz y la instrumental, sino que **tales relaciones se dibujan en un plano de igualdad entre entidades que se unen para la consecución de un fin común en la gestión del servicio público**. Consecuentemente con ello, el requisito del “control análogo” no se configura como un criterio esencial a los efectos de dilucidar su sometimiento o no la normativa de contratación pública.

Se van definiendo así los contornos de la cooperación, en forma tal que los convenios que interadministrativamente se celebren no pueden ser una fórmula de ocultación de una contratación pública; pero al tiempo, no puede pretenderse que “todo” es alteración de los principios de competencia si no se acude necesariamente al mercado, siendo lícita la utilización de estas nuevas formas de organización administrativa, que no son más que adaptación de las Administraciones Públicas a nuevos tiempos, en los que la cooperación entre Administraciones aparece como plenamente necesaria en orden a la consecución de la máxima eficacia administrativa y búsqueda del interés general.

De otra parte, y en relación con la cooperación horizontal, se está planteando, si el régimen contemplado en

el artículo 12 de la Directiva resulta o no aplicable, dado que habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE, sigue actualmente pendiente de su trasposición²⁰ aun cuando el anteproyecto de Ley se encuentre ya en marcha tras la aprobación por el Consejo de Ministros. La cuestión aparece resuelta por Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, de la Abogacía General del Estado, que examina la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos S.A. (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico. En dicho Informe, se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 24/2014 argumentando lo siguiente:

“Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, la anterior circunstancia, eso es, el hecho de que no haya concluido todavía el plazo de transposición, no impide, una vez que la Directiva 2014/24/UE ha entrado en vigor, que pueda aplicarse el régimen dispuesto en su artículo 12, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones: a) En primer lugar, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) según la cual durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de esta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer el resultado prescrito por ésta (...)

b) En segundo lugar, es también criterio del TJUE que durante el periodo de transposición de una Directiva los Estados miembros están autorizados a seguir aplicando sus sistemas nacionales, aun cuando no sean



²⁰ Fecha límite : 18 de abril de 2016.

conformes con la directiva en cuestión (...) a condición, obviamente, de que no se produzcan perjuicios a terceros. En relación con esta última exigencia “que no se produzcan perjuicios a terceros”, debe indicarse que la aplicación del régimen dispuesto por el artículo 12 de la Directiva de continua referencia no da lugar, a juicio de este Centro Directivo, a que se produzcan perjuicios a terceros. En efecto, la admisión de las “encomiendas de gestión horizontal” podría suponer, *prima facie*, un perjuicio para la libre competencia en la medida en que la posibilidad de que un medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador pueda conferir encargos a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador supondría excluir o excepcionar esos encargos de los procedimientos de adjudicación de los contratos basados en los principios de publicidad y concurrencia; ahora bien, esta afectación a la libre competencia ha de entenderse inexistente desde el momento en que si la Directiva 2014/24/UE admite esa posibilidad, ello es debido precisamente a que el legislador comunitario ha entendido que no se distorsiona la competencia, pues, en otro caso no la hubiera reconocido.

c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva (...). Pues bien, si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante su plazo de transposición, los Estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, si han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aun cuando éstas no sean conformes con la nueva Directiva) es en realidad una facultad de la que pueden no hacer uso, **lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la**

aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros” (la negrilla es nuestra).

En definitiva, y elevándonos desde este planteamiento particular relativo a las encomiendas de gestión horizontal al general, debemos concluir que las previsiones de las Directivas de contratación pública, durante el plazo de transposición y hasta su efectividad deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación, lo que obliga a reinterpretar las normas nacionales todavía no modificadas o adaptadas en el sentido de rechazar interpretaciones que supongan ir en contra de la nueva regulación.

4. AUTOORGANIZACIÓN, AUTOPROVISIÓN Y CONTROL EXTERNO

En cualquier caso, sobre lo que queremos llamar la atención -y es la base de nuestra exposición-, es la toma en consideración del concepto de autoorganización o de nueva organización administrativa-, como fenómeno no exclusivo nacional y fundamento último de la exclusión en la aplicación de las Directivas sobre contratación pública. Como ya hemos señalado anteriormente, - y así reconoce pacífica doctrina administrativa-, nos encontramos ante meras opciones de organización administrativa, en las que el reconocimiento de la personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales de la matriz, sin que en modo alguno la instrumental ostente la condición de tercero frente a la misma, siendo el principio de dirección y control el que rige tales relaciones, de ahí que se hable de “autoprovisión”, excluyendo la aplicación de las Directivas de contratación en este punto.

En este sentido no entendemos adecuada la confrontación entre los principios de competencia y de autoorganización administrativa, hasta el punto de afirmar que el empleo de las encomiendas o encargos sea “inherentemente restrictivo de la competencia²¹”. De la misma manera que tenemos asumido que la ejecución de los servicios públicos por los medios organizativos tradicionales de forma directa no atenta a la libre competencia, debemos igualmente asumir que la gestión de servicios por medios instrumentales tampoco supone alteración per se de este principio. Otra cosa serán las desviaciones del orden jurídico, pero esto es una cosa y otra la arquitectura del sistema. En este sentido ya hemos visto que ni el Parlamento Europeo, ni la Comisión ni el TJUE “eso sí, dentro de los marcos fijados-, consideran que se altere dicho principio comunitario. La

²¹ Informe de la Comisión Nacional de la Competencia “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promisión de la competencia” (2013).

última modificación de la Ley del IVA -impuesto directamente enraizado con la defensa del principio de competencia en el mercado único-, también discurre por esta vía²². **La defensa del principio de libre competencia en la Unión Europea -pilar esencial del progreso económico-, tiene necesariamente que cohonestarse con la defensa del principio del interés general.** Y aunque en muchas ocasiones ambos van de la mano, existen otras en que la coincidencia no es posible, pues no siempre la lógica del mercado responde a los intereses públicos. Discernir, cuando el interés general se salvaguarda mejor con la potenciación de la competencia conviniendo a las Administraciones Públicas gestionar los servicios con operadores privados, y cuando el interés general lo que demanda es la autogestión ya sea de forma directa o con entidades propias, es tarea que corresponde al gestor público.

Por lo demás, como afirma la mayor parte de la doctrina, la Constitución no ampara el derecho fundamental a ser contratista de la Administración. Dice Huergo Lora²³ que “parece claro que la libertad de empresa no incluye, dentro de su contenido preceptivo, un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios privados en todos los sectores y menos aún el deber de garantizar un determinado nivel de contratación () con las Administraciones Públicas”. Pero más aún, como señala Ortiz Mallol²⁴, ni siquiera puede ser admitido que nos encontremos ante un derecho subjetivo a ser contratista, en forma tal que es la Administración “la que debe decidir si actúa con medios propios (orgánicos o personificados) o requiere de la colaboración de un tercero para la realización de sus competencias y la consecución del interés general”. Lo que si existe, -añade este autor-, es “un derecho subjetivo a que, cuando la Administración decide acudir a la contratación, se produzca la misma, con concurrencia, publicidad y que, luego el procedimiento que se realice, se decida motivada y objetivamente”.

Porque efectivamente, **la herramienta clave de la función de control externo, se encuentra en la motivación de la decisión adoptada por la Administración, en el ejercicio de sus potestades de autoorganización administrativa, en cuanto que dicha motivación es lo que ha de permitir cotejar la gestión pública con el**

cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y eficiencia.

La motivación de los actos administrativos, “no es un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable” (STS de 25 junio 2010. RJ 2010\5894), en forma tal que cumple la importante función de erigirse en un medio técnico de control de la causa del acto. Como tiene señalado el Tribunal Supremo entre otras en STS de 30 de noviembre de 1999 (RJ 2000\3202), la motivación: “cumple la triple finalidad de posibilitar un control indirecto por parte de la opinión pública que, ante su falta, podría entenderlo como producto de un voluntarismo autoritario improcedente, de constituir un elemento interpretativo de gran valor, y de permitir un control jurisdiccional del acto, al margen de implicar el sano ejercicio de una elegante cortesía, razones todas que, si cabe, adquieren mayor relieve cuando de actos discrecionales se trata, tal como aquí sucede, y cuya ausencia podría determinar un vicio de anulabilidad por vía del art. 63.2 de dicha Ley 30/1992 (sentencias del Tribunal Constitucional 100/1987 [RTC 1987, 100] y 14/1991 [RTC 1991, 14] y del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 717] y 3 de febrero de 1998, entre otras que reiteran igual criterio)”.

Precisamente, donde este requisito **adquiere un mayor relieve es en el ejercicio de potestades discrecionales**, tal y como ha reseñado en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo. Desde esta perspectiva, tanto la decisión de creación de estos entes como la actuación misma que les sea atribuida o encargada debe ser expresamente motivada a los efectos de su adecuado control. Es en este punto que coincidimos con lo reseñado por la Comisión Nacional de la competencia en su informe de 2013, cuando incluye entre sus conclusiones la necesidad de que la creación de los medios propios y la utilización de las encomiendas de gestión **se deben de justificar rigurosamente (pags. 95 y 96), pero no por «confrontación con el daño a la competencia», sino con el interés general que demanda la ciudadanía en la gestión de los fondos públicos**, pues como ya se ha dicho, dichos principios de competencia e interés general no siempre coinciden, debiendo prevalecer en todo caso la defensa del interés general, en cuanto principio rector de la Ad-

²² Modificación introducida por Ley 28/2014, de 27 de noviembre, en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en el art. 7.8 :

“No estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo.

Asimismo, no estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados por cualesquiera entes, organismos o entidades del sector público, en los términos a que se refiere el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a favor de las Administraciones Públicas de la que dependen o de otra íntegramente dependiente de estas, cuando dichas Administraciones Públicas ostenten la titularidad íntegra de los mismos”.

²³ Huergo Lora, A. “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas con empresas públicas” en RAP, num. 154.

²⁴ La relación entre la entidad matriz y la instrumental .

ministración Pública consagrado constitucionalmente (artículo 103 CE). A más : no sólo es que deba procederse a motivar las razones por las que la Administración procede a realizar encargos o encomiendas a un ente público tal y -como señala dicho informe de la CNC-, sino que además en otro caso, **también debe justificarse porqué el medio elegido para satisfacer las necesidades públicas es la contratación con operadores privados, y no los medios propios, como forma necesaria que posibilita el control del principio de integridad en la contratación pública.** Esta motivación resulta así imprescindible, no sólo para analizar el cumplimiento de los requisitos de eficacia y eficiencia en la gestión²⁵ -como después se verá-, sino al tiempo para salvaguardar el principio de integridad en la gestión del gasto público. Como señala Gimeno Feliu²⁶, el principio de integridad en los contratos públicos “es un auténtico principio jurídico y no mera norma ética”, y como objetivo reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, forma parte del derecho a la buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada al Ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio.

Añade este autor en el Observatorio de Contratación Pública²⁷ que “La importancia económica y social de los contratos públicos aconseja reforzar la visión de compra pública desde la integridad, en tanto la realidad nos presenta como en este escenario concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo- y, conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior -Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3-) y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas. El mercado de los contratos públicos es donde existen ‘mayores tentaciones’ y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones en el sector público (como bien se destaca por Transparencia Internacional). De hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que ‘el sector

de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea’ (apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011), e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior”.

Por lo tanto, motivación siempre. Motivación y transparencia²⁸, en cuanto instrumentos necesarios para dicho control, que debe operar desde la contemplación de los principios generales del Derecho que deben orientar la actuación de los Poderes Públicos en su actuación organizatoria²⁹. A estos efectos Gonzalez Rios³⁰, enuncia como principios que rigen la potestad organizatoria de la Administración los de descentralización, competencia, de dirección y control, de coordinación y de prohibición de duplicación de estructuras, en cuanto los mismos deben ser especialmente tenidos en cuenta en la creación, modificación y supresión de tales entes. Junto a ellos, los principios de eficacia, racionalización administrativa y estabilidad presupuestaria y el de buena administración rigen la actuación administrativa. De estos, los fundamentales a los efectos del control externo son los de eficacia administrativa y eficiencia económica, en cuanto que podemos decir que los mismos deben impregnar todas las decisiones administrativas, y por lo tanto también las de encomienda o encargo de actuaciones públicas a los entes instrumentales.

El principio de eficacia elevado a rango constitucional (art. 103 CE) y contemplado en el artículo 3 de la Ley 30/1992, exige atender a las necesidades de prestación de servicios que requieren los ciudadanos conforme a los objetivos de calidad previstos, siendo precisamente fundamento de la descentralización fun-

²⁵ A estos efectos, resulta muy interesante el artículo incluido en esta revista Auditoría Pública con el nº 64 titulado “Auditoría entre fogones : ¿externalización a cualquier precio?”, firmado por diversos auditores de la Cámara de Comptos de Navarra, así como la lectura de los Informes de Fiscalización de 2012 y 2014 de la señalada Cámara que refieren.

²⁶ “El nuevo paquete legislativo comunitario.....”

²⁷ www.obcp.es (12/11/2014). Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos.

²⁸ Artículo 8.1 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, artículo 15.

²⁹ Lopez Menudo, F. “Los principios generales del procedimiento administrativo”, RAP num. 129. 1992.

³⁰ Gonzalez Rios, I. “Hacia una racionalización “estructural” de los entes instrumentales”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, num. 88, 2014.

cional mediante la creación de entes públicos, pues se entiende que dicho principio se satisface mejor con una organización especializada. Por lo tanto la primera línea de control que deben operar los OCEX, es la de la comprobación de su cumplimiento, en cuanto que cualquier desviación desde los intereses públicos a los privados, atenta contra dicho principio. Al tiempo, es el principio de eficiencia o buena administración el que completa al de eficacia, en cuanto que atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones para lograr mayores logros a menores costes. **Es precisamente este principio de eficiencia, junto con el de legalidad y economía el que guía la actuación de fiscalización del Tribunal de Cuentas (art. 9.1 de la L.O. 2/1982, de 12 de mayo, así como del resto de los OCEX autonómicos³¹.** Se trata de principio de alcance y fundamento constitucional, dado que el artículo 31.2 CE lo incorpora desde la ciencia económica, al declarar que “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Asimismo, se ha incorporado tradicionalmente a la normativa presupuestaria, y se ha asumido en las últimas reformas legislativas, tales como la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía

Sostenible (art. 3) y en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo artículo 7. 2, impele a que la gestión de los recursos públicos se oriente hacia “la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público”.

Por lo tanto, no basta con que la gestión administrativa se adecúe al principio de legalidad. Además es necesario que respete junto con el principio de estabilidad presupuestaria, los principios de eficacia y eficiencia administrativa, que como tales han de servir de parámetro de control para los órganos de fiscalización externos, pues condicionan las opciones de gestión administrativa, siendo a estos efectos esencial contar con la adecuada motivación del ejercicio de las potestades públicas. Precisamente, la necesidad de avanzar en la utilización de los principios de eficacia y eficiencia como técnica de control de auditoría, ya fue defendida en el *IV Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público* celebrado en Santiago de Compostela en el año 2010.

Ardua labor la que corresponde a los órganos de fiscalización externo, pues como ya dijera el profesor Martín Retortillo, I. “La buena administración se logra asumiendo hasta lo más profundo que el dinero público es sagrado, lo que implica prepararse para funcionar de manera que no se dilapide ni un céntimo”.

³¹ En el caso de Andalucía, artículo 4.1 de la Ley 1/1988.