

Problemática del ámbito subjetivo de la Ley de Contratos

Robert P. Cortell Giner

Letrado Jefe de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat Valenciana

I. Introducción

La existencia de una Ley que tenga por objeto regular la contratación de las Administraciones Públicas está justificada por la propia Constitución, pues en ésta se contienen principios generales que deben regir la actividad administrativa, en general, y, por tanto, también la que se desarrolla a través de contratos. De acuerdo con estos principios constitucionales, la Administración debe observar en su actuación la debida objetividad (art. 103 CE), abstenerse de toda arbitrariedad (art. 9.3 CE), formalizar los actos administrativos mediante procedimientos (art. 105.3 CE), y atenerse a los criterios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 14 y 23 CE.) Asimismo, desde el Derecho Comunitario, también puede justificarse el establecimiento de un régimen especial para la contratación pública, con el objeto de garantizar el cumplimiento de principios básicos como el que prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad, el principio de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento de empresas y el principio

de libre circulación de servicios. Por tanto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe establecer las normas necesarias para que la contratación administrativa se desarrolle conforme a los principios constitucionales y comunitarios que acabamos de apuntar. Ahora bien, de poco servirá esta regulación si se permite que la Administración eluda la aplicación de la Ley de Contratos mediante el sencillo expediente de contratar a través de sujetos instrumentales sometidos al Derecho privado. Desde hace algún tiempo, la doctrina administrativa viene denunciando el fenómeno de lo que se ha dado en llamar la "huida al Derecho privado": la tendencia que, de forma cada vez más acentuada, lleva al empleo del Derecho civil, mercantil o laboral por las Administraciones Públicas. Bajo el manto de la "actuación administrativa bajo formas privadas" se engloban realidades muy diferentes. Los dos supuestos más importantes son los siguientes: entidades de derecho público sometidas al ordenamiento jurídico privado y sociedades mercantiles en cuyo capital sea

mayoritaria la participación de un ente público. La aparición de numerosos casos de la llamada corrupción motivó que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas adoptara determinadas medidas tendentes a evitar cualquier tipo de utilización de la licitación pública en provecho de particulares. Una de estas medidas fue la ampliación del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, en comparación con el que era propio de la anterior Ley de Contratos del Estado, a fin de recoger en el mismo algunos supuestos de contratación administrativa bajo formas privadas. Ahora bien, la nueva Ley —cuando define su ámbito de aplicación— no agota todas las posibilidades, y a su amparo es posible que la Administración, a través de sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, realice contratos que sólo estarán sometidos a la misma de una manera muy genérica; asimismo, respecto de las entidades de derecho público sometidas al Derecho privado que realicen una actividad mercantil o industrial, se limita la Ley a declararse

aplicable de una manera parcial y sólo cuando se trate de contratos que sobrepasen el umbral comunitario. Puede decirse, por tanto, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tiene un ámbito de aplicación escalonado, en el sentido de que establece diferentes niveles de intensidad en su aplicación a los distintos tipos de Administración y sujetos instrumentales. Este escalonamiento no es en sí mismo criticable, siempre que los distintos contratos que realicen las Administraciones Públicas se sitúen en el escalón que les corresponde legalmente. Lo que resultará inadmisibles es que la Administración pueda decidir con su sola voluntad en qué escalón se sitúa. Con lo dicho, es fácil hacerse una idea de qué entiendo yo por "problemática" del ámbito subjetivo de la Ley de Contratos: se trata de examinar aquellas prácticas seguidas por la Administración que conducen, en mayor o menor medida, a una inaplicación de la Ley, con el objeto de desenmascararlas y poder someterlas al régimen jurídico que corresponda. Ahora bien, para seguir una buena sistemática, antes de estudiar esta problemática —que será el tema central de mi intervención— expondré brevemente cuál es el ámbito de aplicación subjetiva de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El ámbito de aplicación subjetiva de la ley de contratos de las Administraciones Públicas

En el estudio del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, deben distinguirse tres grados de vinculación, pues —teniendo en cuenta los diversos tipos

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tiene un ámbito de aplicación escalonado, en el sentido de que establece diferentes niveles de intensidad en su aplicación a los distintos tipos de Administración y sujetos instrumentales.

de sujetos afectados— los artículos 1º, 2º y disposición adicional sexta establecen una distinta intensidad en la sujeción a los mandatos legales.

2.1. Ámbito de aplicación estricto.

Según el artículo 1º de la Ley, ésta se aplica subjetivamente a todas las Administraciones Públicas, precisando la extensión de este concepto: Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, los Organismos autónomos en todo caso. Asimismo, la Ley es aplicable en los mismos términos a las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos: que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que

no tengan carácter industrial o mercantil; que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público. En definitiva, de lo que se trata es que la Administración mantenga una influencia dominante sobre la entidad. Los dos requisitos que condicionan la aplicación de la Ley a todas las entidades de derecho público se formulan como preceptivos y acumulativos. En su interpretación, se han planteado dos problemas de gran transcendencia práctica. En primer lugar, es difícil saber cuándo un ente público satisface una necesidad de interés general que no tiene carácter mercantil o industrial. En mi opinión, debe subsanarse la oscura dicción legal acudiendo a una interpretación finalista y lógica del precepto, y considerar que están comprendidas en el supuesto de hecho de la norma examinada aquellas entidades de derecho público que desarrollen una actividad que merezca en sí misma la calificación de administrativa, y no de mercantil o industrial. El hecho de que los sujetos beneficiarios o destinatarios sean empresas mercantiles, no modifica el carácter administrativo de la actividad desplegada por la Administración. El régimen jurídico aplicable a la contratación se establece en razón a la actividad desplegada por la Administración contratante y, por tanto, debe ser ésta la circunstancia determinante de la norma por la que debe regirse un ente público. Ésta es la razón finalista sobre la que

El régimen jurídico aplicable a la contratación se establece en razón a la actividad desplegada por la Administración contratante y, por tanto, debe ser ésta la circunstancia determinante de la norma por la que debe regirse un ente público.

sustento mi interpretación. La razón lógica es que, puestos a elegir entre lo esencial y lo accidental para decidir el régimen jurídico aplicable a una determinada actividad, me quedo con lo esencial, a saber, lo que esa actividad es considerada en sí misma, y no aquello a lo que tiende. Para que se entienda mejor nuestro punto de vista, pondremos un ejemplo: supongamos una entidad de derecho público que se dedica al fomento de la exportación mediante la concesión de ayudas y subvenciones a las empresas que producen determinados bienes y servicios. La actividad de fomento es una actividad administrativa típica, pues persigue la satisfacción de un interés público mediante la adopción de medidas que son propias del poder público. Con independencia, por tanto, de la actividad que desarrollen los beneficiarios de las ayudas y subvenciones, es claro que éstas tienen carácter administrativo y su

fin inmediato es satisfacer un interés público de política económica general, que va mucho más allá de la utilidad concreta que pueda obtener la empresa beneficiaria. No obstante, el Consejo de Estado, en su dictamen de fecha 14 de diciembre de 1995, de una manera bastante confusa, parece que mantiene la opinión contraria. En segundo lugar, también se plantean problemas interpretativos a propósito de entidades de derecho público que ejercen funciones públicas inequívocas y, además, también una actividad industrial o mercantil. La mejor doctrina entiende que estos casos deben resolverse en función del requisito que hemos llamado de la influencia dominante, de modo que si primase la financiación pública o, en todo caso, aun sin este requisito, si se produce la condición alternativa del control de la organización del ente, el carácter mixto del organismo no puede ser invocado para excluir la aplicación de la Ley de Contratos.

2.2. Ámbito de aplicación extendido.

El artículo 2º.1 de la Ley de Contratos extiende a las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo 1º, la aplicación de las prescripciones legales relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurren los siguientes requisitos: que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia y de servicios relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 891.521.645 pesetas, si se trata de contratos de obras, o a 35.660.846 pesetas, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados; que

la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas. La Ley se olvida de decir qué reglas serán de aplicación a los contratos celebrados por las entidades de derecho público a que se refiere el artículo 2.1 cuando realicen contratos distintos a los incluidos en las letras a) y b). Nos parece de sentido común pensar que, al menos, serán de aplicación a estos contratos los principios que la disposición adicional sexta exige que respeten las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos o entidades de derecho público. En definitiva, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia 14/1986, de 31 de enero, no debe olvidarse nunca que "la sujeción al Derecho privado no puede ser concebida como una habilitación a la Administración para eludir las reglas básicas que aquélla debe seguir por mandato constitucional, sino como un simple instrumento que facilita la gestión, pero respetando, en todo caso, los principios constitucionales que informan su actividad".

2.3. Las empresas públicas que tienen forma mercantil y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A estas empresas les resulta de aplicación, con carácter general, la disposición adicional sexta y, en determinados supuestos, el artículo 2.2 de la Ley.

2.3.1. Estudio de la disposición adicional sexta.

La disposición adicional sexta de la Ley de Contratos, para completar el cuadro de las entidades fi-

liales de las Administraciones Públicas a las que alcanza la obligación de ajustar a la Ley de Contratos su actividad contractual, se refiere a "las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público". A tales sociedades mercantiles no les afecta la totalidad de las regulaciones de la Ley, sino sólo "los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Este precepto es criticable por las siguientes razones:

1ª. Para definir qué sociedades mercantiles estarán sujetas al mismo, aplica el criterio de la participación pública en su capital social, y no el más amplio de la influencia dominante que ejerzan los poderes públicos sobre aquéllas, en razón tanto de la propiedad como de la

participación financiera o de las normas que las rijan. El criterio elegido nos parece desafortunado, pues lo que determina la necesidad de sujetar estas empresas públicas a los principios de publicidad y concurrencia es la presencia de la Administración como protagonista y directora.

2ª. La disposición adicional sexta enuncia como principios de contratación en el sector público los de publicidad y concurrencia. Sin embargo, en otros preceptos de la Ley se consideran principios a los que se sujetan los contratos de las Administraciones Públicas, además de los mencionados, los de igualdad y no discriminación (artículo 11). Entiendo que estos principios son expresión de un valor esencial del ordenamiento jurídico (artículos 1º, 14 y 149.1 de la Constitución), y, por tanto, deben ser aplicados por las empresas públicas. Aunque no se concreten en la disposición adicional sexta las específicas fórmulas de cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, cabe destacar que se trata de conceptos jurídicos indeterminados y no de habilitación de facultades discrecionales. En consecuencia, la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia siempre será un caso de aplicación de la Ley, y el juez podrá fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Por consiguiente, los principios de publicidad y concurrencia tienen un carácter imperativo: no son, pues, una mera declaración de intenciones. Por otra parte, la decisión de exceptuar el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia tendrá que ser motivada con suficiente aporte de datos en el expediente tramitado para justifi-

carla, como excepción que es a una regla general. La disposición transitoria 2ª del reglamento general de contratación del Estado aprobado por Decreto 3.410/75, de 25 de noviembre, contiene una aportación interesante que sigue en vigor, ya que no se opone a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que consiste en lo siguiente:

1) La atribución expresa de que "incumbe a los Consejos de Administración de las indicadas empresas y entidades cuidar del cumplimiento de los principios que en este precepto establecen y de interpretar las dudas que suscite su aplicación. Cuando el volumen de contratación lo justifique, los Consejos de Administración deberán aprobar instrucciones y pliegos generales para la contratación de obras y suministros por la empresa o entidad, adaptando los principios de la presente legislación al carácter que aquellos ostentan y a las peculiaridades de su funcionamiento".

2) La recomendación de procurar respetar en su comportamiento: "a) La rigurosa preparación de los proyectos, especificaciones y pliegos de condiciones que sirvan de soporte al contrato, mediante los oportunos asesoramientos técnicos y jurídicos. b) La inclusión de cláusulas en los contratos que estimulen al empresario a un correcto cumplimiento y salvaguarden el interés de la entidad en los casos de incumplimiento".

2.3.2. La aplicación del artículo 2.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las empresas públicas que tienen forma mercantil.

El artículo 2.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha traspuesto una norma co-

La decisión de exceptuar el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia tendrá que ser motivada con suficiente aporte de datos en el expediente tramitado para justificarla, como excepción que es a una regla general.

munitaria (art. 2.2 de la Directiva 93/37/CEE y art. 3.3 de la Directiva 92/50 CEE) en la que delimita un conjunto de actuaciones que imprimirán carácter a los contratos de los que sean objeto, de forma que se produce una penetración de normas administrativas durante la contratación en un ámbito de Derecho privado. El art. 2.2 de la LCAP extiende de manera general a los restantes sujetos de derecho no comprendidos en el art. 1 y 2.1 del mismo texto legal, la aplicación de la Ley en cuanto a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que concurren dos requisitos: Que se trate de los contratos de obras de la clase 50, grupo 502 (ingeniería civil: construcción de carreteras, puentes, vías férreas, etc.) de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados. Que sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 831.930.000 pesetas, si se trata de contratos de obras, o a 33.277.200 pesetas, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados". Por tanto, cuando sea una sociedad mercantil de capital mayoritariamente público la que realice alguno de estos contratos, también será de aplicación la norma estudiada. En la aplicación de este precepto, la peculiaridad más importante que pueden presentar las empresas públi-

cas es que muchas veces la Administración establece con ellas unas relaciones financieras que no cabe calificar estrictamente como ayuda o subvención. Entiendo que una interpretación finalista de la norma impone la equiparación a estos efectos de toda relación financiera que se establezca entre una Administración y su empresa filial, independientemente de su denominación, pues lo sustancial es que el contrato se financia con más del 50 por 100 de su importe con fondos públicos. Así, siguiendo la Directiva de transparencia en las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (Directiva 80/723/CEE, modificada por Directiva 85/413/CEE), deben considerarse supuestos de financiación los siguientes: 1) Compensación de pérdidas de explotación. 2) La aportación de capital o dotación. 3) Las aportaciones a fondo perdido o préstamos en condiciones privilegiadas. 4) Ventajas financieras, como la percepción de beneficios o renunciar a recuperar los créditos. 5) Renuncia a una remuneración normal de los fondos públicos comprometidos. 6) La compensación de cargas impuestas por los poderes públicos.

3. La contratación realizada por las empresas públicas cuando actúan como meros agentes o mandatarios de una Administración Pública

Como hemos advertido al principio, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece diferentes niveles de intensidad en su aplicación a los distintos tipos de Administración y sujetos instrumentales. También hemos se-

ñalado que esta solución legal no es en sí mismo criticable, siempre que los distintos contratos que realicen las Administraciones Públicas se sitúen en el nivel de aplicación que les corresponde por naturaleza. Lo que resultará inadmisibles es que la Administración pueda decidir con su sola voluntad en qué escalón se sitúa. Siguiendo el plan trazado al principio, procede ahora examinar aquellas prácticas seguidas por la Administración que conducen, en mayor o menor medida, a una inaplicación de la Ley. Hemos visto, al estudiar el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos, cómo las entidades de derecho público incluidas en el artículo segundo, apartado primero, y las sociedades mercantiles en mano pública de la disposición adicional sexta, tienen un grado de sujeción menor a la propia Ley que los entes públicos a que se refiere el artículo primero. Como consecuencia de ello, la Administración prefiere realizar sus contratos a través de las entidades y sociedades que están facultados por Ley a contratar con un nivel inferior de trámites y formalidades, lo que tiene como contrapartida —como es obvio— menos garantías para los derechos de los particulares interesados en la contratación. Bajo determinados presupuestos esta práctica constituye un fraude de ley. Para aclarar esta importante cuestión, distinguiré dos procedimientos distintos: creación de entidades o sociedades con el objeto específico de que contraten por cuenta de la Administración la ejecución de una determinada clase de obras públicas. Delegación de competencias administrativas en materia de contratación a favor de entidades y sociedades instrumentales de la Administración, para que contraten por cuenta de ésta.

3.1. Creación de entidades o sociedades instrumentales.

En ocasiones, las Administraciones Públicas crean entidades de derecho público o sociedades mercantiles cuyo principal objeto es el de contratar la ejecución de obras públicas. En estos casos, una vez terminadas las obras, éstas se integran en el dominio público y, por consiguiente, pasan a ser de propiedad de la Administración. En estos casos, cabe plantearse la posibilidad de aplicar la doctrina elaborada por la jurisprudencia del "levantamiento del velo de la persona jurídica", para evitar así el fraude de ley. En el campo mercantil, los presupuestos de esta doctrina son los siguientes: no puede reconocerse independencia de personalidades, entre la persona jurídica y sus fundadores, cuando se advierta que la creación de entidades mercantiles constituye una simple ficción determinante de un fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de tal manera que al "levantar el velo" de su apariencia real se descubre inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos testaferreros de otra personalidad. En estos supuestos, nos encontramos ante la constitución ficticia de una sociedad mercantil con el fin de actuar bajo una personalidad independiente en perjuicio de terceros, que es lo que la jurisprudencia pretende evitar al "levantar el velo". En mi opinión, estos mismos presupuestos se dan en el caso analizado. En efecto, nos encontramos aquí ante un supuesto de creación por una Administración Pública de una entidad o sociedad instrumental sometida al Derecho privado para que actúe como mero agente de aquélla, ya que se limitará a contratar la ejecución de obras de naturaleza pública, es decir, obras destinadas a integrarse en el



dominio público, y, en consecuencia, a formar parte del patrimonio de la Administración que está detrás de la entidad o sociedad contratante. En estos casos, debe entenderse que la constitución de una persona jurídica carece de la consistencia necesaria para eludir las garantías que, en beneficio de los terceros interesados en obtener la adjudicación del contrato, establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por lo demás, no hay que olvidar que la entidad empresarial se ha creado para contratar obras que se integran en el dominio público, y que éste por definición requiere de la especial protección que le dispensa la legislación contractual pública, que —como es sabido— atribuye a la Administración contratante unas prerrogativas que no se dan en el Derecho privado. En el ámbito del Derecho Comunitario, se pueden citar algunos precedentes interesantes que podrían servir de base en un futuro inmediato para la consagración definitiva de esta doctrina. Se pueden citar los dos ejemplos siguientes: a) Hace unos meses, la Comisión de la Unión Europea remitió al Tribunal de Justicia el caso de España relativo a los procedimientos incorrectos seguidos en la selección de una empresa para llevar a cabo las obras de construcción

de un centro penitenciario experimental. Aunque el contrato fue adjudicado por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios (S.E.I.E.P.S.A.), que es una empresa pública que tiene forma mercantil y está sometida al Derecho privado, la Comisión entiende que es un órgano de contratación de conformidad con la Directiva sobre contratos públicos de obras (93/37/CEE), en particular, porque la empresa se ha creado con el objetivo específico de responder a intereses públicos, por lo que no se trata de una empresa comercial o industrial convencional. b) En un contexto diferente a la contratación pública, y a propósito de la doctrina del efecto directo horizontal, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia MARSHALL de 26 de febrero de 1986, ha declarado que "cuando los justiciables pueden invocar una Directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya como empresario, ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho Comunitario". En esta misma línea se inscribe la sentencia FOSTER del mismo Tribunal, de fecha 12 de julio de 1990, cuando declara que "entre las enti-

dades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos, figura, en cualquier caso, un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares".

3.2. Delegación en entidades o sociedades instrumentales.

En otros casos, lo que ocurre es que la Administración recurre a las entidades y sociedades de carácter instrumental ya existentes para establecer con ellas relaciones estables o puntuales de colaboración. La razón de ser principal de estas relaciones es delegar el ejercicio de las competencias administrativas sobre contratación respecto de determinadas obras, servicios o suministros, con el objeto de que los contratos que se celebren escapen, en mayor o menor medida, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Eventualmente, puede darse el caso de que estas delegaciones se formalicen a través del correspondiente convenio, o que se dicte por el órgano competente alguna norma específica. No obstante, es importante notar que en estos convenios o normas reguladoras no suele llamarse por su nombre la institución aplicada, y en vez de hablarse de delegación se prefieren otras expresiones más ambiguas como la de "encargo" o "establecimiento de relaciones". Pero es sabido que las cosas son lo que son con independencia de cómo se denominen; por consiguiente, si hay una delegación

habrá que aplicar las normas específicas que regulan sus requisitos y efectos. Pero también se dan mandatos 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 contrata por cuenta de la Administración, sin que esta circunstancia venga reconocida formalmente. Para poner al descubierto la existencia de este "actuar por cuenta de la Administración", en general, será muy útil saber quién es el propietario de los terrenos sobre los que se realiza la obra contratada por la entidad o sociedad dependientes de la Administración, o bien conocer el destino último de las obras, bienes o servicios contratados. En todos estos casos, si la Administración aparece como propietaria o beneficiaria directa del contrato, habrá que concluir que nos encontramos ante una actuación de la entidad o sociedad por cuenta de la Administración, aunque así no se establezca formalmente. La cuestión fundamental que suscitan actuaciones de este tipo es la siguiente: ¿Puede la Administración "legalmente" eludir la legislación de contratos públicos delegando —de manera más o menos encubierta— la contratación en una entidad o sociedad a la que esta legislación no se aplica o se aplica con menor intensidad? La doctrina ha dado a esta pregunta dos respuestas contradictorias: Algunos autores, aunque admiten la objeción de que por esta vía se burla indirectamente el principio de pública licitación, llegan a la conclusión de que se trata de una "burla legal", es decir, querida por la ley, como excepción al mentado principio. Otro sector de la doctrina defiende la tesis contraria: se piensa que la delegación, en una entidad o sociedad sujeta al Derecho privado de

las facultades de contratación, para así eludir la normativa contractual pública, es contraria a nuestros principios constitucionales y un fraude al Derecho comunitario de la contratación pública. Pienso que para resolver este problema, es menester efectuar dos aclaraciones previas:

— 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 de la competencia (art. 15 de la Ley 30/1992), mientras que la delegación 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 diferencia es clara: ante la necesidad de obtener una determinada prestación, y desechada la posibilidad de contratarla por sí mismo, un órgano puede bien delegar en otro órgano o entidad la competencia para que contrate por cuenta de aquél dicha prestación con un tercero, bien encomendar a ese otro órgano o entidad que realice dicha prestación directamente por contar con los medios materiales y personales necesarios. En el primer caso, que es el de la delegación, lo que realiza el órgano o entidad que actúa como delegado es simplemente el ejercicio de la competencia para contratar, pues es un tercero el que finalmente realizará la prestación; en cambio, en el segundo caso, el órgano o entidad al que se realiza la encomienda es el que directamente ejecuta la prestación.

— 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 resolu-

ciones que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano titular de la competencia; por consiguiente, en la delegación de las competencias contractuales no habrá un cambio en el régimen jurídico aplicable, sino que se aplicarán las mismas normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que rigen para el ente público que delega. En cambio, 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. A partir de estas consideraciones, llegamos a las siguientes conclusiones:

1ª.- Es admisible que un órgano administrativo pueda delegar o encomendar una gestión a una entidad de derecho público, según se trate de una actividad jurídica o de una actividad material, técnica o de servicios, con arreglo a los arts. 13 y 15 de la Ley 30/1992. Ahora bien, en los casos de delegación, la contratación deberá realizarse por la entidad delegada según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por ser ésta aplicable a la Administración titular de la competencia. En las encomiendas de gestión, la actividad que se encarga deberá realizarse directamente por el órgano o entidad que recibe la encomienda, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Contratos sobre la ejecución de obras por Administración. Es decir, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 153.1,a) de la Ley de Contratos, es posible contratar con colaboradores hasta un 50

por 100 del importe total del proyecto.

2ª.- En cuanto a las empresas públicas que tienen forma mercantil, debe advertirse que los órganos administrativos no pueden delegar en ellas sus competencias en materia de contratación, dado que así lo prohíbe expresamente el art. 13 de la Ley 30/1992. Sí que pueden darse en estos casos las encomiendas de gestión, tal como admite expresamente el art. 15 de la Ley 30/1992, si bien habrá que distinguir dos supuestos distintos: a) Si la Administración realiza una enco-

En mi opinión, el Tribunal Supremo podía haber declarado la imposibilidad jurídica de que una Administración delegue en un sujeto privado sus competencias.

mienda a una sociedad dependiente o vinculada a la misma, nos hallaremos nuevamente ante un supuesto de ejecución de obras por Administración. b) En otro caso, la encomienda deberá realizarse mediante licitación pública y aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En apoyo de estas conclusiones, puede aportarse una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 24 de septiembre de 1999, que ha establecido una doctrina de gran interés, pues declara que lo decisivo

para calificar una conducta como acto administrativo "no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un Ente público. Y esto último sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública". Como consecuencia de ello, "la venta de bienes patrimoniales de un ente público, como los actos preparatorios de la misma, y entre éstos la selección de los adquirentes, son actos regidos por la normativa reguladora de la actuación externa de ese ente público, que tiene su principal exponente en el art. 103 de la Constitución. Y es indiferente a este respecto que tales actos hayan sido realizados a través de un agente o mandatario particular". Para el Tribunal Supremo, todo lo que precede es demostrativo de que la selección de adjudicatarios, llevada a cabo por la persona jurídica privada que actúa como agente de la Administración, "es un acto imputable a una Administración pública y regido por el Derecho Administrativo, y que por ello presenta los elementos establecidos en la cláusula del art. 1 de la Ley Jurisdiccional para acotar el ámbito jurisdiccional del orden contencioso-administrativo". En mi opinión, el Tribunal Supremo podía haber ido más allá, y declarar la imposibilidad jurídica de que una Administración delegue en un sujeto privado sus competencias; a pesar de ello, creo que la aportación doctrinal es importante, y, en consecuencia, merece ser destacada como un importante precedente para el futuro ■