

En el libro colectivo *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, coordinado por el profesor Gómez Ferrer, contribuí en la primera y segunda edición –ésta al filo de la reforma introducida por la Ley de “medidas” 62/2003– con el tema “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público”. Después de subrayar las transformaciones de los sujetos de la contratación administrativa, con la proliferación de *entes instrumentales* nacidos de la potestad personificadora de las administraciones públicas, y con la exigencia del Derecho comunitario de garantizar la igualdad de oportunidades a los potenciales contratistas europeos, me atreví a proponer una conclusión que no me resisto a transcribir porque creo que está aludida en la exposición de motivos de la nueva Ley de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, en adelante, LCSP):

“A) Es necesario coordinar las reformas superpuestas desde una perspectiva única pendiente: clarificar, racionalizar y juridificar el sector público en el Derecho español.

El ‘sistema de administraciones públicas’, completado con todas las posibilidades de entificación en poder de las mismas, debería ser objeto de la cabecera de la Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común. Se daría en ese marco base de vocación codificadora una mejor respuesta a las funciones legislativas atribuidas en la materia al Estado por el artículo 149.1.18 de la Constitución.

“B) La utilización del Derecho privado por las administraciones públicas no puede ser un cauce de fuga del Derecho Administrativo buscando ámbitos de exención de la observancia de principios y reglas consagrados para garantizar una ‘buena Administración’ (optimizadora de recursos al servicio objetivo de los intereses generales).

“C) La función cooperadora del Derecho comunitario en la evitación de parte de esa fuga del Derecho Administrativo es un nuevo accidente coyuntural que debe ser superado con una completa y ordenada regulación de Derecho interno sobre el sector público. A los gestores de la dirección política ha de corresponder la elección de entre las fórmulas, pero no la improvisación voluntaristas de las mismas.”

Efectivamente, la alusión creo que está en el último extenso párrafo del apartado II de la citada exposición de motivos de la LCSP:

“Desarrollar la Ley de contratos como una norma que, desde su planeamiento inicial, se diseñe teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, permite dar una respuesta más adecuada a los problemas antes apuntados, aproximando su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia, incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables, y previendo un nicho normativo para que, *en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto*, puedan incluirse reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación. La identificación de las disposiciones ligadas a las directivas de contratación, por su parte, permite enmarcar de forma nítida el ámbito de regulación disponible para el legislador nacional, dentro del respeto a los principios y disposiciones del Derecho comunitario originario que determinan la sumisión de toda la contratación pública, cuando menos, a los principios de publicidad y concurrencia, a efectos de matizar el régimen de contratación de los diferentes sujetos sometidos a la Ley, y facilitar el análisis de la norma de cara a adoptar decisiones de política legislativa.”

La preocupación por responder con una adecuada técnica jurídica a la delimitación del ámbito subjetivo de las instituciones administrativas que hiciera imposible la “fuga” del Derecho Administrativo garantizador de la primacía del interés general en la contratación, me había unido antes a la profesora Encarnación Montoya cabalmente cuando tuve la satisfacción de ser el director de su tesis doctoral, es decir, más propiamente, un privilegiado testigo cualificado de su esfuerzo que luce con brillantez en el libro *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado* (Marcial Pons, Madrid, 1996).

La importancia esencial del conflicto jurídico que se manifiesta en el manejo táctico de los entes instrumentales, su constante movilidad casi camaleónica, su conexión con el tema de la extensión o “el alcance” del Estado –en la expresión de Fukuyama, en el libro *La construcción del Estado. Hacia*

un nuevo orden mundial en el siglo XXI, Barcelona, 2004–, y el deslinde entre *público y privado* en las actuaciones administrativas, se ha incrustado en la visión de esta profesora iusadministrativista como el punto estratégico desde el cual otear el panorama cambiante del Derecho público. Fruto de esta vigilia permanente es este nuevo trabajo.

Trata ahora de hacer un chequeo a las nuevas regulaciones de las modalidades de gestión por entes instrumentales delimitadas como medios propios o servicios técnicos de la Administración, tanto en su manifestación general como en su aplicación a la gestión de los servicios públicos locales. La profesora Montoya considera que la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP), ha positivizado en sus artículos 4.1.n) y 24.6 la jurisprudencia del caso TRAGSA-ASEMFO (sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007). Asimismo, esta ley ha modificado en la disposición final primera el artículo 85.2.A) de la Ley básica de régimen local en lo relativo a la “sociedad mercantil local”. Estas innovaciones obligan a delimitar el ámbito excluido de la aplicación de los procedimientos públicos de licitación en la contratación mediante una definición de los límites de los llamados impropia-mente “contratos” domésticos o *in house providing*.

Ciertamente, la LCSP, al intentar estratificar en sus tres círculos los entes del sector público en sus niveles de vinculación a las reglas de la contratación, ha planteado dudas e inseguridades. Las relaciones *ad intra* de las administraciones con sus medios propios o servicios técnicos se suman al conjunto de interrogantes para dilucidar sin error la exclusión del Derecho comunitario de los contratos públicos. Hace tiempo que vengo expresando mi inquietud por el escaso desarrollo del estudio de la organización administrativa. Los avances que se produjeron hace veinte años no han continuado después cuando, cabalmente, se han hecho más complejas las estructuras político-administrativas especialmente en los estados compuestos, como el nuestro. Las relaciones interadministrativas, sean intersubjetivas e interorgánicas, y las modalidades de colaboración social en la gestión administrativa se han hecho más intensas y variadas obligando a una remodelación fronteriza del sector público y de las potestades organizativas y domésticas.

La falta de un crecimiento de la teoría de la organización obliga a abordar desde áreas más reducidas o desde perspectivas institucionales puntuales lo que podría tratarse como una simple consecuencia de un criterio general.

El trabajo de la profesora Montoya tiende a inducir de los supuestos que analiza unos principios interpretativos que delimiten con certidumbre la noción de medio propio o instrumental o servicios técnicos de la Administración y los límites de los encargos de gestión doméstico o *in house providing*.

Unido a este fértil esfuerzo, hay que destacar la apretada síntesis creativa en el conjunto de la obra, que viene a completar una dimensión necesaria en el tratamiento del ámbito de la nueva LCSP, y produce una clarificación de las nuevas praxis con potencial peligro de evasión de la normativa comunitaria.

Alfonso Pérez Moreno
Catedrático de Derecho Administrativo