
El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*

Marc Vilalta Reixach

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

1. **Introducción: delimitación del objeto de estudio**
2. **El carácter bilateral de la encomienda de gestión**
3. **El encomendante**
 - 3.1. La noción de "órgano administrativo"
 - 3.2. La noción de "entidades de Derecho público"
 - 3.2.1. La exclusión de las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público
 - 3.2.2. La aplicación de la encomienda de gestión a los organismos públicos
 - 3.2.3. La extensión de la encomienda de gestión a las llamadas entidades públicas de régimen singular
4. **El encomendado**
 - 4.1. Órganos administrativos... no relacionados jerárquicamente
 - 4.2. Las "entidades de la misma o distinta Administración". La discusión acerca de la aplicación de la encomienda de gestión a las personas sujetas al Derecho privado
5. **La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña**
 - 5.1. El encomendante
 - 5.2. El encomendado
6. **Conclusión**

Resumen

A pesar de su amplia utilización, el régimen jurídico de la encomienda de gestión sigue planteando, hoy en día, aún muchas dudas interpretativas. Una de ellas, y de una relevancia muy notable, reside en la determinación de su concreto ámbito de aplicación subjetivo. Y es que ¿qué tipo de Administraciones Públicas resultan habilitadas por nuestro ordenamiento para hacer uso de esta institución? ¿Quién puede ser su destinatario? Partiendo de estas preguntas, el objeto del presente trabajo consiste en realizar una breve aproximación a la figura de la encomienda de gestión, con el propósito de concretar qué operadores jurídicos resultan habilitados para la utilización de la figura de la encomienda de gestión en nuestro sistema administrativo; para pasar, seguidamente, a comprobar si la regulación autonómica catalana prevista actualmente en la nueva Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, se ajusta adecuadamente a las previsiones contenidas en la legislación básica estatal.

Palabras clave: *encomienda de gestión; relaciones interadministrativas; Administraciones Públicas; Ley 26/2010, de 3 de agosto.*

* Este trabajo ha sido realizado con la colaboración de la Diputación de Barcelona y en el marco del Proyecto de Investigación: "La reforma de los Gobiernos locales y el fortalecimiento de la garantía de la autonomía local" (DER2009-14265-CO2-01), del que es investigador principal el Dr. Alfredo Galán Galán.

Abstract

Despite its widespread use, the legal framework of delegation of management still presents important interpretative doubts. One of them is the determination of its concrete scope of application: What type of public administration can use this legal tool? Who could be the recipient of the delegation of management? In the light of these questions, the object of this article is to briefly explore the delegation of management as a legal tool with the aim of specifying which legal actors can use it in our administrative legal system. After that, I will examine whether or not the Catalan legislation (specifically, Act nº 26/2010 of 3 August of Administrative Procedure of Catalan Public Administration) complies with basic state laws.

Keywords: delegation of management; inter-administrative relations; public administrations; Act 26/2010 of 3 August.

1. Introducción: delimitación del objeto de estudio

El estudio de los diferentes mecanismos de colaboración entre Administraciones Públicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico ha sido una de las cuestiones que ha centrado buena parte de la atención de nuestra doctrina *ius publicista*.¹ No obstante, a pesar del notable desarrollo doctrinal en esta materia, es posible encontrar una figura que sigue planteándonos aún hoy muchas dudas interpretativas, no solo acerca de su concreto régimen jurídico, sino también acerca de su correcta aplicación práctica. Nos referimos a la figura de la “encomienda de gestión”.

Como es sabido, la encomienda de gestión aparece definida con carácter básico en el artículo 15.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), en el que se prevé que “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración por

razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. De este modo, la encomienda de gestión se nos presenta como un mecanismo racionalizador de la organización administrativa, que permitiría hacer compatible la irrenunciabilidad de las competencias que tienen atribuidas como propias las diferentes entidades públicas con la carencia de los medios materiales para su ejercicio o para conseguir una mayor eficacia en su gestión.²

Sin embargo, el imparable desarrollo y la creciente complejidad de las estructuras administrativas actuales han puesto de relieve la dificultad de concretar hoy día algunos de los elementos más característicos de esta institución; muy especialmente, la determinación de qué entidades públicas pueden hacer uso de esta figura. En efecto, como veremos con más detalle a continuación, la amplitud y parquedad con que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha regulado esta institución, hace ciertamente difícil poder identificar *a priori* cuáles son los órganos o entidades concretas que pueden hacer uso de esta figura. Problemática que se complica aún más por el hecho de que, muchas veces, la legislación autonómica o sectorial que ha desarrollado esta figura no siempre se expresa de forma clara y

1. Las referencias bibliográficas en este caso podrían ser muchas, por lo que sirvan simplemente a modo de ejemplo, entre otros, RIVERO YSERN, Enrique, “Las relaciones interadministrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 80, mayo-agosto 1976, p. 39-81; MORELL OCAÑA, Luis, “Una teoría de la cooperación”, en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre 1994, p. 51-70; MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “La cooperación, ¿un concepto jurídico?”, en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre, 1994, p. 11-49, o FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

2. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, en *Anuario de Gobierno Local 1997*, Institut de Dret Públic – Marcial Pons – Diputació de Barcelona, Barcelona, 1998, p. 148. En el mismo sentido, SÁNCHEZ SAEZ, Antonio José, “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, p. 227-265, y VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Madrid, 2012 (en preparación).

coherente, dando lugar a duplicidades o contradicciones difíciles de afrontar.

Este es el caso, por ejemplo, de la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña (en adelante, LRJCat), que, al regular el “encargo de gestión” en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma,³ parece expresarse en unos términos más amplios que los previstos inicialmente por el artículo 15.1 LRJPAC. Así, el artículo 10.1 de la nueva Ley catalana señala que “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos, los organismos o las entidades públicas puede ser encomendada a otros órganos, organismos o entidades públicas de la misma Administración o de otra distinta, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. Como puede fácilmente observarse, la redacción de ambos preceptos es sensiblemente diferente, por lo que se nos plantean una serie de dudas, como por ejemplo: ¿el hecho de que la Ley catalana haga referencia a “los órganos administrativos, organismos o entidades públicas” supone realmente alguna consecuencia en cuanto a los sujetos habilitados para hacer uso de esta figura? Si esto fuera así, ¿puede realmente el legislador catalán ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión?

Es en la búsqueda de una respuesta lo más detallada posible a todas estas preguntas donde queremos situar principalmente el objeto de nuestro trabajo. De este modo, aunque sea necesariamente de forma sintética, nos ocuparemos, en primer lugar, de intentar concretar qué operadores jurídicos resultan habilitados por nuestro ordenamiento para hacer uso de la figura de la encomienda de gestión; para pasar, seguidamente, a comprobar si la regulación autonómica catalana prevista actualmente en la citada Ley 26/2010, de 3 de agosto, se ajusta adecuadamente a las previsiones contenidas en la legislación básica estatal.

En todo caso, antes de pasar a analizar específicamente todas estas cuestiones, creemos oportuno realizar una primera reflexión previa y general acerca de la configuración subjetiva de la encomienda de gestión, al efecto de destacar el carácter bilateral que, en nuestra opinión, caracterizaría siempre dicha institución.

2. El carácter bilateral de la encomienda de gestión

La encomienda de gestión presupone siempre el establecimiento de una relación jurídica entre dos partes diferenciadas: el “encomendado” y el “encomendante”. El propio artículo 15.1 LRJPAC –así como el artículo 10.1 LRJCat– pone el acento en este elemento, configurando a esta figura como un mecanismo relacional de carácter bilateral, a través del cual se atribuye a un determinado órgano o entidad (al que denominamos “encomendado”) la realización de algunas actuaciones materiales concretas de la competencia de otro (al que designamos como “encomendante”). Así, la alteridad a la que se refiere este precepto nos pone de relieve, sin duda alguna, la necesidad de que la encomienda de gestión se formalice siempre entre dos partes diferenciadas.

Ahora bien, nótese que el carácter bilateral con el que definimos legalmente la encomienda de gestión lo circunscribimos, por el momento, a la mera existencia de dos partes diferenciadas, pero no a la necesidad de que esta se formalice entre dos personas jurídicas diferenciadas, porque, como veremos más adelante, tanto la LRJPAC como la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, admiten la posibilidad de que la encomienda de gestión se concluya entre órganos pertenecientes a un mismo departamento administrativo (artículos 15.3 LRJPAC y 10.3 LRJCat). Por lo que debe quedar claro que el requisito de la personalidad jurídica propia y diferenciada de los sujetos intervinientes no se configura

3. Como hemos tenido ocasión de determinar más detalladamente, las diferencias terminológicas entre la legislación catalana y la legislación estatal básica no responden a la voluntad de diferenciar jurídicamente ambas figuras, sino que obedecen solamente a la adaptación del lenguaje jurídico a los usos lingüísticos de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Sobre esta cuestión puede verse VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 80-83. Asimismo, con carácter más general y en relación con la regulación de los mecanismos de colaboración administrativa previstos en la nueva Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, puede verse GRACIA RETORTILLO, Ricard y VILALTA REIXACH, Marc, “Las relaciones interadministrativas de las Administraciones Públicas de Cataluña”, en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel, Madrid, 2012 (en preparación).

como un requisito obligatorio para la validez o existencia de una relación de encomienda.

Hecha esta matización inicial, podemos pasar ya a concretar qué órganos o entidades pueden participar en la relación de encomienda; tarea esta que, como avanzábamos, se nos presenta como uno de los grandes interrogantes que nos plantea el régimen jurídico de esta institución y sobre el cual se han manifestado las mayores discrepancias. En este sentido, a efectos de ofrecer una clara exposición, partiremos de las indicaciones generales que nos ofrece la LRJPAC para identificar los dos grandes actores que intervienen en la relación de encomienda de gestión y a los que nos referíamos anteriormente, esto es, el “encomendado” y el “encomendante”; poniendo de relieve la disparidad de posibilidades existentes al respecto; pasando, posteriormente, a estudiar la concreción que la legislación autonómica catalana realiza también de estos mismos sujetos.

3. El encomendante

Empezaremos nuestro análisis refiriéndonos en primer lugar al encomendante, es decir, a aquella parte que realiza el encargo y que adquiere, en virtud de la relación de encomienda, el derecho a la ejecución de la prestación material de la que está necesitado y que, por carencia de medios o por razones de eficacia, no puede realizar por sí mismo. Como fácilmente puede pensarse, la posibilidad de ser parte activa de la relación de encomienda no se reconoce incondicionalmente a toda clase de sujetos, sino que el artículo 15.1 LRJPAC establece una doble titularidad para esta figura, reservándola a los órganos administrativos y a las entidades de Derecho público.

No creemos necesario profundizar mucho más en esta idea general, pues entendemos que el tenor literal de

la Ley en este punto resulta lo suficientemente claro, y se muestra como una conclusión unánimemente compartida por la doctrina.⁴ No obstante, sin perjuicio de ello, para precisar el ámbito subjetivo de la encomienda de gestión se nos plantea una duda elemental: ¿qué debemos entender por “órgano administrativo”? ¿Y por “entidades de Derecho público”?

3.1. La noción de “órgano administrativo”

Como es sabido, la noción de “órgano administrativo”, aunque viene siendo utilizada de forma habitual en nuestro Derecho público, queda lejos de tener un significado claro e inequívoco, pues su definición ha sido objeto de múltiples y complejas interpretaciones doctrinales.⁵

Así, sin poder entrar ahora más detalladamente en este debate, entendemos, con SANTAMARÍA PASTOR, que la LRJPAC (artículo 11) ha optado por utilizar una noción funcional de órgano administrativo, mediante la cual se designarían como tales las diferentes unidades de actuación con capacidad para actuar de forma jurídicamente eficaz en las relaciones frente a terceros a través de las que se organizan las Administraciones Públicas. Ahora bien, ¿a qué Administraciones Públicas se refiere el artículo 15.1 LRJPAC? ¿Se refiere únicamente a los órganos propios de las Administraciones territoriales o se extiende también a la organización de las llamadas Administraciones institucionales? Y es que en este punto no podemos olvidar que el artículo 2.2 LRJPAC reconoce a las entidades de Derecho público la condición de Administraciones Públicas, por lo que, en rigor, estas se organizarían internamente también mediante “órganos administrativos”.

Para salvar este escollo terminológico, debemos acudir a una interpretación sistemática de la Ley, que nos llevará a la conclusión de que la noción de “órgano

4. Podemos citar, entre otros, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, *La encomienda de gestión*, Colegio Universitario de Segovia, 1998, p. 131; MESEGUER YEBRA, Joaquín, “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, *Revista Galega de Administración Pública* (REGAP), núm. 38, Septiembre – Diciembre 2004, p. 129, o SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José, “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, *op. cit.*, p. 235-236.

Sobre esta cuestión puede verse también con más detalle VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, *op. cit.*, p. 102-103.

5. Sobre la discusión teórica en torno a la noción de órgano administrativo pueden verse, entre otros, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 20-57; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41, 1984, p. 43-55, o SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, volumen I, Ed. Iustel, Madrid, 2004, p. 403-413.

administrativo” que maneja el artículo 15.1 LRJPAC se limita solamente a las unidades funcionales a través de las cuales se estructuran las Administraciones Públicas de carácter territorial. En efecto, si partimos de la idea de que, como decíamos anteriormente, la voluntad del artículo 15.1 LRJPAC es reconocer una doble titularidad activa de la encomienda de gestión, permitiendo encomendar la realización de determinadas actividades tanto a “órganos administrativos” como a “entidades de Derecho público”, no tendría ningún sentido destacar tal diferenciación en su tenor literal si pudiera entenderse fácilmente que las segundas –las entidades de Derecho público– pueden ya subsumirse dentro de los primeros –órganos administrativos–.

Por lo tanto, debemos considerar que la noción de “órgano administrativo” del artículo 15.1 LRJPAC se utiliza, precisamente, para diferenciar a estos “órganos” de las “entidades de Derecho público”. De este modo, y de forma coherente con la propia redacción del artículo 2 LRJPAC, llegaríamos a la conclusión de que cuando se refiere a los “órganos administrativos” la Ley nos está remitiendo a aquellas Administraciones Públicas que no tengan la consideración de entidades de Derecho público. Por lo tanto, nos remite a las Administraciones Públicas territoriales a las que se refiere el artículo 2.1 LRJPAC.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo con el artículo 2.1 LRJPAC, la condición de encomendante se reconocería genéricamente a los diferentes órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las comunidades autónomas, así como de las entidades que integran la Administración local. En este último caso, y según el artículo 3 de la Ley de bases del régimen local de 1985, deberíamos incluir como tales no solo a los municipios, provincias e islas (artículo 3.1 LBRL), sino también a las entidades inframunicipales constituidas por las comunidades autónomas, a las comarcas, en aquellas comunidades autónomas que las hayan instituido, a las áreas metropolitanas y a las mancomunidades de municipios, pues a todos ellos se les reconoce también la condición de entidades locales (artículo 3.2 LBRL).

3.2. La noción de “entidades de Derecho público”

Junto con la anterior, la determinación de qué debemos entender por “entidades de Derecho público”

no se nos plantea tampoco como una tarea menos problemática ni confusa, si bien es cierto que, a diferencia de la noción de órganos administrativos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sí que contiene algunas previsiones generales que pueden ayudarnos a delimitar más fácilmente qué entidades se incluyen dentro en esta categoría. Así, si volvemos nuestra mirada nuevamente al citado artículo 2.2 LRJPAC, comprobaremos cómo para que pueda hablarse de una “entidad de Derecho público” la Ley exige la concurrencia simultánea de tres requisitos definitorios: en primer lugar, la existencia de una organización dotada de personalidad jurídica propia y, por lo tanto, susceptible de ser titular de derechos y obligaciones; en segundo lugar, su constitución con arreglo a las formas previstas por el Derecho público, y, finalmente, su vinculación o dependencia de una Administración Pública.

3.2.1. La exclusión de las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público

De la observancia de los dos primeros requisitos del artículo 2.2 LRJPAC –personalidad jurídica propia y forma de personificación de Derecho público– podemos extraer ya una primera consecuencia importante: y es que quedarían fuera de la posibilidad de constituirse como parte activa de la encomienda de gestión no solo todas aquellas organizaciones jurídicas no personificadas, sino también todas aquellas entidades del sector público constituidas de acuerdo con formas jurídico-privadas. Lo que supone dejar fuera del ámbito de aplicación de la encomienda de gestión a las “sociedades mercantiles públicas” y también a las “fundaciones del sector público”.

Siguiendo este razonamiento, ni las sociedades mercantiles públicas ni las fundaciones del sector público podrían encomendar la gestión material de las competencias que tengan asignadas a otras entidades públicas a través del artículo 15 LRJPAC. La razón de esta exclusión la encontraríamos, inicialmente, en un simple elemento formal: su personificación jurídico-privada, que quedaría fuera de la definición de “entidades de Derecho público” prevista por la LRJPAC –que, como hemos visto, se fundamenta en el dato de la personificación pública–. Pero a pesar de que, desde un punto de vista práctico, la anterior afirmación nos resultaría del todo suficiente para entender la exclusión de dichas entidades, dogmáticamente, nos

resulta poco convincente. Por ello, en otro momento nos hemos planteado si sería posible encontrar otras razones de fondo que pudieran explicar el porqué de esta separación; y la conclusión a la que hemos llegado es que sí que es posible encontrar un argumento sólido que justificaría dicha exclusión.⁶

Como prevé el artículo 15.2 LRJPAC, la encomienda de gestión se caracteriza por no suponer la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones jurídicas den soporte o en los que se integre la actividad material objeto de encomienda. De ahí que, con acierto, se haya afirmado que la posición de encomendante solamente podrían asumirla aquellos órganos o entidades con capacidad para dictar actos administrativos.⁷ Desde esta perspectiva, y en términos estrictamente jurídicos, teniendo presente que tanto la Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) como el artículo 46.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, impiden a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones del sector público ejercer potestades administrativas que supongan autoridad –sometiendo, con carácter general, su régimen jurídico al ordenamiento privado–, podríamos identificar claramente un límite a su capacidad para constituirse como parte activa de la encomienda de gestión, puesto que dichas entidades no estarían habilitadas para dictar las resoluciones jurídicas necesarias para articular la relación de encomienda.⁸ Por lo que, más allá de impedimentos de carácter formal, podríamos encontrar también una limitación jurídica a la posibilidad de constituirse como parte activa de la encomienda de gestión.

Ahora bien, si la determinación en negativo de qué instituciones quedan fuera de la posibilidad de actuar la encomienda de gestión puede parecer más asequible, la precisión de aquellas a las que sí debe reconocerse dicha titularidad resulta un poco más compleja, puesto que la Ley nos remite a una amplia tipología de entes instrumentales al servicio de las Administraciones Públicas que se caracterizan por la diversidad de sus regímenes jurídicos y por la dificultad de reconducirlos a categorías dogmáticas unitarias. Aun así, y a efectos de clarificar nuestra exposición, tomaremos como punto de referencia el modelo organizativo de la Administración General del Estado, a partir del cual intentaremos identificar aquellas entidades públicas a las que podría resultar de aplicación la figura de la encomienda de gestión.

3.2.2. La aplicación de la encomienda de gestión a los organismos públicos

La anteriormente citada LOFAGE, con la voluntad de ordenar y sistematizar el régimen jurídico de las diversas entidades públicas en las que se había organizado tradicionalmente la Administración estatal y cuya regulación se encontraba dispersa en diferentes normas legales (especialmente, en la Ley de entidades estatales autónomas de 1958 y en la Ley general presupuestaria de 1977), acuñó un nuevo concepto o categoría organizativa –la de los “organismos públicos”– que, según su artículo 1, comprende todas aquellas “entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta”. Categoría general que, posteriormente, la propia LOFAGE subdivide en tres tipos concretos de organismos: los organismos autónomos,

6. Nuevamente debemos referirnos a VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 106-108.

7. En este sentido se expresan, entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Las encomiendas de gestión”, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1995*, volumen I, Institut de Dret Públic, Barcelona, 1996, p. 672, o HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, *La encomienda de gestión*, op. cit., p. 131.

8. Debemos añadir, sin embargo, que la práctica administrativa a menudo nos ofrece ejemplos en los que se flexibiliza dicha prohibición o incapacidad, encontrando numerosos casos en los que, por ejemplo, las sociedades mercantiles realizan funciones que suponen ejercicio de autoridad pública. En este sentido, pueden verse CUETO PÉREZ, Miriam, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2008, p. 45-91; CANALS AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Ed. Comares, Granada, 2003; GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens – Ayuntamiento de Madrid, Barcelona, 2010, o MONTROYA MARTÍN, Encarnación, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, quien, ante tal situación, ha llegado a proponer una interpretación amplia del artículo 2.2 LRJPAC que incluyera también a las sociedades mercantiles (p. 487).

las entidades públicas empresariales y las agencias estatales (artículo 43.1 LOFAGE).

Sin poder entrar más detalladamente en el régimen jurídico de cada uno de ellos, nos interesa solamente destacar la definición de organismo público establecida por la LOFAGE, por cuanto de ella se desprende con claridad que en cada uno de estos tres supuestos (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias) nos encontramos ante organizaciones personificadas, que adoptan una forma propia del Derecho público y que, además, se hallan ligadas por una relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración General del Estado. Por lo que, en principio, al cumplir con los tres requisitos del artículo 2.2 LRJPAC, no habría muchas más dudas sobre su consideración como "entidades de Derecho público". De hecho, el artículo 1 de la propia LOFAGE así nos lo confirma expresamente, puesto que al fijar su ámbito de aplicación define a estos organismos, precisamente, como "entidades de Derecho público".

De manera que, en nuestra opinión, no habría inconveniente para reconocer a los tres tipos de organismos públicos previstos por la LOFAGE, en cuanto que Administraciones Públicas (artículo 2.2 LRJPAC), la posibilidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión.⁹

Podría plantearse, quizá, si el hecho de que las entidades públicas empresariales deban someter su régimen jurídico al Derecho privado (artículo 53.2 LOFAGE) tiene alguna incidencia de cara a su posible acceso a la figura de la encomienda de gestión, pero consideramos que no. En nuestra opinión, la propia LOFAGE establece límites muy notables a la aplicación del Derecho privado por parte de dichas entidades, afirmando que cuando estas ejerzan potestades administrativas deberán ajustarse a lo previsto por el

ordenamiento jurídico-público (artículo 53.2 y 54 LOFAGE). De este modo, cuando las entidades públicas empresariales actúan en ejercicio de funciones públicas lo hacen en su calidad de Administraciones Públicas y, en consecuencia, con sujeción plena al Derecho Administrativo.

Por consiguiente, podríamos entender que en estos supuestos las entidades públicas empresariales no solo estarían plenamente habilitadas para dictar actos administrativos, sino también para acudir a los mecanismos de colaboración que nuestro ordenamiento jurídico diseña para el conjunto de Administraciones Públicas. Y entre ellos, obviamente, también la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC. Más cuando ya la propia LOFAGE declara aplicables a dichas entidades –en cuanto que organismos públicos– la delegación y la desconcentración de sus competencias (Disposición adicional decimotercera LOFAGE), así como los principios de organización y funcionamiento previstos en el Título I de dicha Ley (artículo 44.2 LOFAGE), entre los que se incluyen el principio de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, y, sobre todo, la cooperación y coordinación con las otras Administraciones Públicas; principios todos ellos previstos en el artículo 3 de la LOFAGE.¹⁰

Sin embargo, en nuestra opinión, resulta necesario realizar una valoración crítica de la posible extensión de la utilización de la figura de la encomienda de gestión a los organismos públicos. Y es que si, como se afirma habitualmente, la creación de dichas entidades responde verdaderamente a un supuesto de descentralización funcional de la Administración Pública, que se justifica principalmente en razones de eficacia

9. La inclusión de dichos organismos públicos en el ámbito de aplicación de la encomienda de gestión, según Lucas Murillo de la Cueva, estaría plenamente justificada, ya que su creación obedece a una opción organizativa prevista en las leyes como alternativa a las unidades administrativas típicas y, de hecho, ejercen funciones de la Administración. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, "Órganos de las Administraciones Públicas (artículos 11 a 29)", en PENDAS GARCÍA, Benigno (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (Comentario sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común)*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 245.

10. Sobre estas cuestiones se ha pronunciado Menéndez Rexach, quien entiende que la previsión del artículo 54.1 LOFAGE –que establece que "las potestades atribuidas a las entidades públicas empresariales solo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de estas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad"– no debe entenderse como una exclusión de las entidades públicas empresariales de acudir a la delegación o desconcentración de sus funciones públicas, sino como la reafirmación del principio de irrenunciabilidad de las competencias previsto en el artículo 12 LRJPAC y el establecimiento del criterio de que, en virtud de la presunción de que dichas entidades actúan en régimen de Derecho privado, la atribución de competencias administrativas no se presume, sino que tiene que venir expresamente determinada en los estatutos. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "La aplicación de la Ley 30/1992 a las entidades públicas empresariales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 1997, p. 47-48.

y de especialización,¹¹ resulta cuanto menos discutible reconocerles la posibilidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión. Y es que, a nuestro entender, no resulta del todo compatible o explicable la naturaleza instrumental con la que se configuran legalmente estos organismos con el hecho de que, a su vez, puedan encontrarse en la situación de falta de medios materiales o de insuficiencia de capacidad de gestión que exige el artículo 15.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como presupuesto esencial para acudir a la figura de la encomienda de gestión.¹²

En efecto, si realmente la justificación teórica de la existencia de dichos organismos se basa en la voluntad de incrementar la eficacia o la flexibilidad en la gestión pública, lo que correspondería en el supuesto de que concurrieran efectivamente las circunstancias de falta de capacidad de gestión o de mejora de la eficacia previstas en el artículo 15 LRJPAC, no sería el recurso a la figura de la encomienda de gestión, sino un completo replanteamiento de la propia existencia de dichas entidades y de los medios humanos y materiales puestos a su disposición para el ejercicio de sus funciones públicas.

De este modo, podríamos concluir afirmando que el papel principal de los organismos públicos en relación con la encomienda de gestión no debería buscarse tanto en su papel como entidades encomendantes, sino todo lo contrario, como posibles receptores de los encargos efectuados por otras entidades públicas. Es aquí donde la especialización y singularidad de estos organismos puede alcanzar una mayor aplicación práctica, puesto que podrían aportar a las Administraciones territoriales los conocimientos técnicos o los me-

dios humanos y materiales concretos de los que, quizá, aquellas se encuentren desprovistas.

3.2.3. La extensión de la encomienda de gestión a las llamadas entidades públicas de régimen singular

A pesar del esfuerzo realizado por el legislador estatal por agrupar bajo determinadas categorías homogéneas los diferentes organismos públicos existentes en nuestro ordenamiento, la enorme diversidad de sujetos en los que se organiza nuestra Administración Pública ha hecho que la LOFAGE, en sus disposiciones adicionales sexta a décima, haya tenido que regular un conjunto de entidades que, aunque se caracterizan por su creación bajo una forma de personificación pública y por regirse principalmente por un estatuto jurídico-público, a diferencia de los organismos públicos “nominados” o “típicos” (organismos autónomos, entidades públicas empresariales o agencias, así como sus equivalentes autonómicos y locales), se dotan de un régimen jurídico singular, en el que los preceptos reguladores de los organismos públicos no les son directa y primariamente aplicables, sino a título supletorio.¹³

Ciertamente resulta difícil explicar los motivos que justifican la singularidad de su régimen jurídico, puesto que junto con las estructuras organizativas integrantes de la Seguridad Social nos encontramos, por ejemplo, con las llamadas Administraciones independientes; de modo que su posición responde a fundamentos muy diversos. Es por ello que, sin entrar en un análisis más detallado, no interesa simplemente poner de relieve que, en nuestra opinión, puede hacerse extensible también a

11. En este sentido, se ha afirmado que la llamada Administración institucional no es más que un simple instrumento de actuación en manos de la Administración para la gestión de un servicio que le es propio, a través del cual se pretende compensar el aumento constante de funciones administrativas, evitando así la congestión paralizante de las organizaciones administrativas territoriales y mejorando la eficacia en la prestación de dichos servicios. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, undécima edición, Madrid, 2002, p. 399-400 y 409.

12. De hecho, la propia LOFAGE articula medidas concretas para evitar que se puedan producir dichas situaciones, previniendo el sometimiento de los organismos públicos a controles de eficacia, con la finalidad de verificar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados. Véanse los artículos 51 y 59 LOFAGE. En el caso de las agencias estatales es aún más evidente, por cuanto la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, prevé que la actuación de las agencias debe producirse de acuerdo con su plan de acción anual y de acuerdo con el contrato plurianual de gestión, que, entre otros aspectos, debe concretar los recursos materiales, humanos y presupuestarios necesarios para la consecución de sus objetivos (artículo 13 Ley 28/2006, de 18 de julio).

13. Entre dichas entidades podemos encontrar, por ejemplo, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Disposición adicional novena de la LOFAGE), la Comisión del Mercado de Valores o la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (Disposición adicional décima de la LOFAGE). Con carácter general, sobre el régimen jurídico de dichas entidades pueden verse, entre otros, MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, colección Estudios, Madrid, 2000, y BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

estos organismos la posibilidad de actuar la encomienda de gestión. No solo su forma de personificación jurídico-pública o su creación dirigida a la satisfacción de los intereses generales ampararía dicha extensión, sino que, como ha señalado López Ramón, la exigencia normativa de que se trate de entidades de Derecho público “vinculadas o dependientes” de las Administraciones territoriales no excluiría estas últimas entidades del ámbito de aplicación del artículo 2.2 LRJPAC, puesto que todas, aun las que puedan haber merecido cierto grado de “independencia”, están vinculadas, siquiera solo financieramente, a alguna Administración territorial.¹⁴ De ahí que, desde una perspectiva jurídico-formal, estas organizaciones puedan ser consideradas plenamente como Administraciones Públicas a efectos de la LRJPAC.

4. El encomendado

Una vez delimitadas las entidades que pueden actuar como sujetos encomendantes, debemos pasar ahora a analizar la figura del “encomendado”. Cuando hablamos del encomendado nos referimos a aquel sujeto que, mediante la formalización de la encomienda de gestión, se compromete a llevar a cabo, en nombre del encomendante, la actuación material que constituye el objeto de la relación de encomienda. En este caso, como el anterior, la determinación de quiénes pueden actuar en esta posición jurídica debemos buscarla nuevamente en el artículo 15.1 LRJPAC, cuya redacción resulta, también en este punto, ambigua y carente del rigor técnico necesario.

Si partimos del tenor literal de este precepto podemos comprobar cómo, al señalar que la realización de las actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de las Administraciones Públicas puede encomendarse a “otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración”, la Ley nos está diferenciado otra vez un doble ámbito de aplicación subjetivo de la encomienda: referido, por un lado, a los “órganos”, y por otro, a las “entidades”. Por lo que, como en el caso anterior, a continuación

trataremos de averiguar a qué se refiere la LRJPAC con dichas denominaciones.

4.1. Órganos administrativos... no relacionados jerárquicamente

En primer lugar, el artículo 15.1 LRJPAC señala que la encomienda podrá realizarse en favor de “otros órganos [...] de la misma o de distinta Administración”. Por lo tanto, se está refiriendo, como en el apartado anterior, a la noción de órgano administrativo que ya hemos examinado. De este modo, podemos hacer extensivas las consideraciones que exponíamos en el epígrafe anterior sobre el significado concreto que debíamos dar a dicha terminología. En resumen, si el artículo 15.1 LRJPAC prevé de forma expresa que la encomienda de gestión pueda recaer sobre entidades de Derecho público, siguiendo el razonamiento que exponíamos anteriormente, debemos entender también que los órganos a los que se refiere en este momento son solamente aquellos órganos de las Administraciones Públicas territoriales, puesto que las encomiendas realizadas a las entidades de Derecho público –o, más concretamente, a los órganos de estas que pudieran resultar competentes– podrían encuadrarse ya dentro de la previsión específica del artículo 15.1 LRJPAC referida a dichas entidades.

Ahora bien, en este punto podríamos añadir que, como ha recalcado mayoritariamente la doctrina, la encomienda de gestión debería recaer normalmente sobre órganos administrativos no vinculados por una relación de jerarquía. Aunque es verdad que el artículo 15.1 LRJPAC no se opone expresamente a que la encomienda de gestión pueda realizarse incluso entre órganos jerárquicamente dependientes, en estos casos el recurso a la figura de la encomienda de gestión puede resultar del todo artificioso y forzado, por cuanto la realización de las actividades materiales que pretenden encomendarse podría articularse fácilmente a través de una orden del superior sobre el inferior en los términos del artículo 21 LRJPAC.¹⁵

14. Véase LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, p. 116.

15. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, *op. cit.*, p. 148. En el mismo sentido se expresan también unánimemente otros muchos autores, por ejemplo PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 118, o MESSEGUER YEBRA, Joaquín, “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, *op. cit.*, p. 133-134.

Como es sabido, la emanación de órdenes e instrucciones de servicio constituye una regla de funcionamiento típica de la relación de jerarquía a través de la cual se estructura una determinada organización administrativa, por lo que a través de estos instrumentos se puede ordenar fácilmente el funcionamiento interno de los servicios sin necesidad de acudir a la figura de la encomienda de gestión; no requiriéndose tampoco, por lo tanto, declaración alguna de voluntad por parte de los órganos implicados en la relación de encomienda.¹⁶ La opción contraria, como se ha afirmado, supone admitir que el órgano superior negocie con el inferior la realización de determinadas actividades, y que sería irrelevante la hipotética negativa del inferior a asumir tales tareas o la modulación de su contenido, puesto que el principio de jerarquía colocaría siempre al órgano superior en situación de imponer su parecer.¹⁷

4.2. Las “entidades de la misma o distinta Administración”. La discusión acerca de la aplicación de la encomienda de gestión a las personas sujetas al Derecho privado

La determinación de qué otros sujetos –junto a los órganos administrativos– pueden ser receptores de la encomienda de gestión, resulta esta vez mucho más confusa y problemática. Al referirse a la figura del encomendado, el artículo 15.1 LRJPAC prevé que la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios podrá ser atribuida a otras “entidades de la misma o distinta Administración”, por lo que parecería que, más allá de la mera exigencia de personalidad jurídica propia y la vinculación a una Administración Pública, no se añadiría ningún otro requisito a su concreto régimen jurídico.

No obstante, dicha apariencia no resulta del todo cierta, porque cuando se regulan las encomiendas de gestión en el seno de una misma organización administrativa (las que podríamos denominar como enco-

miendas “intradministrativas”) se habla nuevamente de “entidades de Derecho público” (artículo 15.3 LRJPAC); mientras que, por su parte, el artículo 15.5 LRJPAC viene a excluir de forma expresa del ámbito de aplicación de dicho precepto los supuestos en que la realización de las actividades objeto de encomienda de gestión haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, cuya regulación se remite entonces a lo establecido, en lo que proceda, en la legislación contractual. Por lo tanto, como en el apartado anterior, se nos plantea una duda fundamental: cuando el artículo 15.1 LRJPAC habla de “entidades de la misma o distinta Administración”, ¿a qué está haciendo referencia? ¿Se refiere solamente a las entidades jurídico-públicas previstas en el artículo 2.2 LRJPAC o debemos entender que abarca también a las personas jurídicas constituidas de acuerdo al Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración?

La respuesta a esta pregunta no resulta nada fácil, no solo por la propia dificultad jurídica derivada de la evidente incoherencia de la Ley, sino también por el hecho de que la determinación de su ámbito de aplicación subjetivo resulta un elemento muy importante tanto para explicar y justificar el particular régimen jurídico de esta figura, como para evitar su uso fraudulento. En cualquier caso, teniendo esto muy presente, entendemos que la resolución de esta problemática debe partir de una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación subjetivo de la encomienda de gestión, que nos llevará a limitar el uso de esta figura solamente a las personas jurídico-públicas, en sentido estricto. Por las razones siguientes.

Como hemos tenido ocasión de analizar más detalladamente en otro lugar,¹⁸ con la introducción de la figura de la encomienda de gestión lo que se pretendía era dotar al sistema administrativo –entendido como un todo funcional dirigido a la satisfacción de unas mismas finalidades de interés general– de una herramienta ágil y flexible con la que poder reaccionar ante supuestos de falta de medios o de capacidad de ges-

16. Sobre estas cuestiones pueden verse, por ejemplo NIETO GARCÍA, Alejandro, “La jerarquía administrativa”, en *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo 1992, p. 11-64, o GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, op. cit., p. 27-29.

17. En este punto, recordar simplemente que entre los principios de conducta que se imponen a los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público encontramos, precisamente, el de obedecer “las instrucciones y ordenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico [...]” (artículo 54.3 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).

18. VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 129-134.

tión en el cumplimiento de sus objetivos. Partiéndose de una visión casi organicista, se quería dotar al conjunto de Administraciones Públicas de un instrumento más que permitiera colmar las posibles insuficiencias gestoras, o que les permitiera desarrollar sus funciones de un modo más eficaz; sin que fuera necesario, para ello, alterar la distribución de competencias establecida en nuestro ordenamiento, ni acudir al mercado o a la colaboración con terceros particulares. Sería la propia Administración Pública, en definitiva, la que a través de esta técnica organizativa, fundada sobre el principio de eficacia y colaboración, podría afrontar directamente la gestión de todas las actividades de interés público que le hubieran sido asignadas.¹⁹

Así, la lógica contractual o de mercado a la que responden principalmente las entidades jurídico-privadas que, con sus respectivos intereses económicos individuales, operan en el tráfico mercantil en concurrencia con los empresarios particulares, podría resultar completamente ajena a la voluntad de colaboración administrativa que caracterizaría la encomienda de gestión. Y es que la posible extensión de la encomienda de gestión a una sociedad mercantil, aunque de capital público, se tornaría extraña en cuanto que, como decimos, la encomienda tomaría solo en consideración la realización más eficaz de las competencias administrativas, pero no los intereses privados del mercado en los que se mueve esta última; en consecuencia, en cuanto que institución ajena a la lógica del mercado y a los intereses mercantiles, su utilización debería recaer solamente respecto de aquellas entidades que, de forma ordinaria, se sitúan fuera de la órbita del sector privado. Toda vez que ello contribuiría a evitar también que mediante la atribución de dichos encargos a empresas o instituciones privadas se pudiera alterar el juego de la libre competencia, u otorgar una posición de preferencia a una determinada entidad por encima del resto de particulares y sin sujetarse a los principios de objetividad, transparencia e igualdad que rigen la contratación pública.

Por lo tanto, nuestra argumentación se justificaría en atención a una interpretación finalista del artículo 15 LRJPAC, que nos llevaría a interpretar la referencia a las “entidades de la misma o distinta Administración” prevista en el artículo 15.1 LRJPAC como limitada únicamente a las Administraciones Públicas a las que se refiere el artículo 2 LRJPAC. En efecto, si como decíamos la encomienda de gestión se nos presenta como un instrumento de auxilio para garantizar la coherencia y eficacia del sistema administrativo, es solamente a las Administraciones Públicas integrantes de dicho sistema organizativo a quienes debería corresponder su ejercicio.

De tal manera, según esta interpretación, sería posible reconocer la condición de encomendado tanto a las Administraciones territoriales (ya sean de carácter estatal, autonómico o local) como a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de dichas Administraciones reguladas por la LRJPAC. Como hemos visto más arriba, estas últimas entidades se consideran, a todos los efectos de la LRJPAC, como Administraciones Públicas (artículo 2.2 LRJPAC), por lo que no solo podemos configurarlas como titulares activos de la encomienda de gestión, sino también, y sobre todo, como potenciales receptores de los encargos efectuados por las Administraciones Públicas territoriales a las que se vinculan. En este sentido, hay que precisar que en esta categoría podríamos incluir tanto a los organismos públicos típicos existentes en nuestro ordenamiento jurídico (es decir, a los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias reguladas por la LOFAGE; así como a sus equivalentes autonómicos y locales) como a las entidades de régimen singular a las que nos referíamos anteriormente. Como hemos visto, y a pesar de la singularidad de su régimen jurídico, su consideración como Administraciones Públicas queda fuera de toda duda.

Asimismo, esta interpretación que proponemos a partir de una visión finalista de la Ley nos permitiría dotar de un significado coherente la regulación de esta figura,²⁰ y muy especialmente al artículo 15.5 LRJPAC,

19. Se refiere también al carácter de gestión *directa* que podría suponer la figura de la encomienda de gestión, por ejemplo, ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, “Órganos de las Administraciones Públicas”, en LEGUINA VILLA, JESÚS y SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (dirs.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 77-78.

20. Y es que, por ejemplo, si optáramos por una interpretación más literal del precepto analizado, ¿cómo podría justificarse que, cuando la encomienda de gestión se formaliza en el seno de una misma organización administrativa, el artículo 15.3 LRJPAC prevea que solamente puede realizarse entre personas de Derecho público, mientras que cuando la encomienda de gestión se concluye entre dos Administraciones Públicas diferenciadas su ámbito de aplicación se amplía y esta puede celebrarse incluso respecto de personas jurídico-privadas?

debiendo entender que la referencia a “personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado” se refiere no solo a los particulares en sentido estricto, sino que alcanza a todas las entidades constituidas con formas de personificación privada. Como hemos visto anteriormente y como se ha apuntado por la doctrina, es el carácter de gestión “directa” por la propia organización administrativa implícito en la encomienda de gestión lo que nos llevaría a excluir la posibilidad de aplicar su régimen jurídico a una relación de prestación de servicios en la que interviniera una persona jurídico-privada, ajena a la organización pública.²¹

De ahí que, como resultado, debamos dejar fuera del régimen jurídico de la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones del sector público. Remitiendo, en su caso, los posibles encargos que estas entidades puedan recibir de las Administraciones Públicas a lo establecido por la legislación contractual.

Y, como veremos a continuación, resulta muy importante remarcar esta segunda idea, por cuanto debe quedar claro que la limitación de la posible utilización de la figura de la encomienda de gestión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a las personas jurídico-públicas que estamos defendiendo, no implica, en ningún caso, que las Administraciones Públicas no puedan atribuir la realización de algunas de las tareas que tengan asignadas a otras personas con forma jurídico-privada, sino que supone simplemente que el régimen jurídico de dicha atribución no debe buscarse en el artículo 15 LRJPAC.

En efecto, a diferencia de lo que en algunas ocasiones se ha afirmado,²² el artículo 15 LRJPAC en ningún momento prohíbe la posibilidad de encomendar la realización de determinadas tareas materiales de la competencia de las Administraciones Públicas a las entidades jurídico-privadas. Al contrario, el propio artículo 15.5 LRJPAC parece presuponer su existencia, si bien excluye dichas relaciones del régimen jurídico, y

en especial de la posibilidad de adjudicación “directa” que diseña la LRJPAC; debiéndose de someter entonces a lo que corresponda según la legislación de contratos. En este sentido, cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual ha venido previendo históricamente, y al margen de la figura de la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC, diferentes mecanismos a través de los cuales encargar la realización de actividades materiales de la competencia de las Administraciones Públicas a personas jurídico-privadas, algunos de los cuales también han discurrido tradicionalmente al margen de los procedimientos de adjudicación competitiva. Sería el caso, por ejemplo, de los convenios de colaboración que las Administraciones Públicas pueden celebrar con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado de acuerdo con el artículo 4.1 d) 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 adelante, TRLCSP); de la gestión de servicios públicos mediante la creación de sociedades privadas de titularidad totalmente pública (artículo 8.1 TRLCSP), o, sobre todo, de los negocios jurídicos que puedan celebrarse con entidades –especialmente entidades jurídico-privadas– que tengan la consideración de medios propios a efectos del artículo 4.1 n) TRLCSP.

Otra cosa es que –y de ahí derivan buena parte de los problemas que se plantean en la actualidad– en ocasiones algunos de los mecanismos a través de los cuales se ha venido a encargar directamente a personas jurídico-privadas la realización de determinadas tareas administrativas hayan recibido –si no incorrectamente, sí de forma técnicamente poco rigurosa– la denominación de “encomiendas de gestión”.²³ Planteándose, entonces, serias dudas en torno a qué figura se está haciendo referencia y acerca de cuál debiera ser su régimen jurídico.

Como ha puesto de relieve la doctrina,²⁴ aunque ciertamente la encomienda de gestión del artículo 15

21. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, “Órganos de las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, p. 78.

22. ÁVILA ORIVE, José Luis, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 103-123.

23. La aprobación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, por el que se modificaba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, explica, en buena medida, el porqué de esta confusión. Dicho Real Decreto-ley, a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento el régimen jurídico de los encargos de tareas contractuales a entidades instrumentales de la Administración derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vino a utilizar una terminología (en concreto la expresión “encomienda de gestión”) que ya venía siendo empleada para denominar una institución jurídico-administrativa específica.

24. En este sentido, por ejemplo, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del

LRJPAC y los negocios jurídicos contractuales con personas jurídico-privadas responden a un mismo supraconcepto y pueden tener elementos comunes, nos encontraríamos ante dos figuras distintas, con presupuestos y requisitos diferenciados. En efecto, no solo el carácter excepcional que justifica la utilización de la encomienda de gestión –limitándose solamente a los supuestos de carencia de medios materiales o de falta de eficacia en la gestión (artículo 15.1 LRJPAC)– nos permite diferenciar esta institución de las figuras contractuales anteriores, que se prevén como supuestos ordinarios de contratación, sino que la posibilidad de que la encomienda de gestión recaiga sobre simples órganos de una misma Administración Pública (artículo 15.3 LRJPAC), la limitación de la encomienda de gestión únicamente a la realización de actividades de carácter meramente material (artículo 15.2 LRJPAC), o la exigencia de determinados requisitos de forma para la conclusión de la relación de encomienda –como, por ejemplo, la necesidad de publicar los acuerdos de encomienda de gestión “intradministrativos” (artículo 15.3 LRJPAC), o la exigencia de celebrar un convenio entre las diferentes Administraciones Públicas intervinientes (artículo 15.4 LRJPAC)–, se nos presentan como límites subjetivos, objetivos y formales no previstos expresamente para los posibles encargos que se realicen respecto de personas jurídico-privadas al amparo del TRLCSP, y que, por lo tanto, nos pueden servir para distinguir jurídicamente ambos supuestos.

En definitiva, sin poder detenernos más en estas cuestiones, debemos concluir este apartado afirmando que la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC solamente sería aplicable a los encargos realizados a entidades jurídico-públicas; excluyendo, de este modo, de su ámbito de aplicación no solo a los particulares, sino también a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones del sector público, cuyo régimen jurídico se remitiría a la legislación contractual. En consecuencia, es también a partir de estas constataciones que debemos pasar ahora a analizar la legislación autonómica catalana y, en particular, cuál ha sido la concreción que la mencionada Ley 26/2010, de 3 de

agosto, ha hecho del ámbito subjetivo del “encargo de gestión”.

5. La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña

Una de las consecuencias de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006 (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) es la paulatina –pero necesaria– adaptación del ordenamiento catalán a las nuevas competencias estatutarias asumidas por la Generalitat. Uno de los ámbitos en los que, de momento, dicha adaptación se ha hecho más evidente, ha sido el de la organización y funcionamiento de la Administración Pública. Como ya hemos avanzado anteriormente, la aprobación de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, ha supuesto un primer intento de establecer un régimen jurídico común al conjunto de Administraciones Públicas catalanas, concretando, por ejemplo y entre otros muchos aspectos de interés, las especialidades procedimentales y organizativas propias de la Administración catalana, o abordando la regulación de las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas existentes en Cataluña.²⁵

Sin embargo, como ya hemos avanzado en la Introducción, de entre las muchas novedades previstas por la Ley 26/2010, de 3 de agosto, a nosotros nos interesa solamente un aspecto muy concreto de ella: el relativo a la figura del “encargo de gestión” y, más específicamente, el del ámbito subjetivo de aplicación de esta institución. Así, para aproximarnos a todas estas cuestiones tomaremos como referencia el mismo esquema expositivo que hemos venido utilizando hasta ahora, analizando separadamente, en primer lugar, cuáles son los operadores jurídicos que la legislación catalana habilita para hacer uso de esta figura, para pasar, en segundo lugar, a examinar qué órganos o entidades pueden ser susceptibles de recibir un encargo de gestión.

TRLCAP”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, enero-mayo 2006, p. 79-80; AMOEDO SOUTO, Carlos, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto 2006, p. 270-272, o PASCUAL GARCÍA, José, *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, Estudios Jurídicos 13, Madrid, 2010, p. 94-97.

25. Un estudio general y exhaustivo de la nueva Ley catalana puede verse en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel (en preparación).

5.1. El encomendante

Mencionábamos hace un instante cómo el artículo 10.1 LRJCat, al regular la figura del encargo de gestión, señalaba que podía ser objeto de encargo de gestión la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia “de los órganos administrativos, los organismos o entidades públicas”. Si hacemos una lectura rápida de este precepto podríamos llegar a la conclusión de que la voluntad del legislador catalán ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la encomienda de gestión, puesto que, junto a la referencia a los órganos administrativos, la utilización del término “organismos y entidades públicas” resultaría mucho más abierta que la noción de “entidades de Derecho público” utilizada por la LRJPAC, a la vez que prescindiría de cualquier referencia a la personalidad jurídica, pública o privada, de los entes de que se tratara, con lo que podríamos pensar que admitiría también la formalización de encomiendas de gestión respecto de personas constituidas con arreglo al Derecho privado.

No obstante, más allá de esta primera impresión, creemos que no resulta posible mantener esta interpretación por una razón muy simple. Como apuntábamos más arriba, el artículo 15.2 LRJPAC limita la capacidad para ocupar la posición activa de la encomienda de gestión únicamente a aquellos órganos o entidades de Derecho público con capacidad suficiente para dictar actos o resoluciones jurídicas con eficacia *ad extra*, susceptibles de modificar la posición subjetiva de la Administración Pública; capacidad que, por ejemplo, no puede predicarse de las sociedades mercantiles ni las fundaciones del sector público.

Esta previsión básica de la LRJPAC se recoge y se reitera expresamente también en la Ley catalana, señalando que es responsabilidad del órgano, organismo o entidad pública que haya realizado el encargo “dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico lo apoyen o en los que se integre la actividad material concreta objeto del encargo” (artículo 10.2 LRJCat), por lo que tendríamos que admitir que en dicha Comunidad Autónoma sería posible también llegar a la misma conclusión que manteníamos entonces. Considerando, por lo tanto, que solo las personas jurídico-públicas resultan habilitadas activamente para hacer uso de la figura del encargo de gestión.

Para ahondar aún más en nuestra argumentación, si acudimos al Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana, podremos comprobar cómo –a pesar de que se sigue previendo la misma tipología de entidades instrumentales existente en la Ley 11/1977, de 4 de enero, general presupuestaria– el Estatuto de la empresa pública catalana solamente atribuye el ejercicio de potestades administrativas a las entidades constituidas mediante formas de personificación de Derecho público (ya sean entidades autónomas administrativas o entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado).²⁶ En este sentido, podríamos entender que el hecho de que el legislador catalán haya optado por esta terminología más amplia –incluyendo no solo a los órganos administrativos, sino también a “organismos y entidades”– responde a la voluntad de dar cabida a la “atipicidad” propia de este ordenamiento jurídico, que sigue ordenándose al margen de las categorías “típicas” previstas en la LOFAGE.

26. El cuadro de entidades que delimita el ámbito de aplicación del Estatuto de la Empresa Pública catalana lo integran: a) las “entidades autónomas” de la Generalitat que realicen operaciones o presten servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero; b) las empresas de la Generalitat, que se subdividen, por un lado, entre las “entidades de Derecho público” con personalidad jurídica propia sometidas a la Generalitat, pero que deben ajustar su actividad al ordenamiento jurídico-privado, y, por el otro, las “sociedades civiles o mercantiles” con participación mayoritaria de la Generalitat, de sus entidades autónomas o de las sociedades en las que la Generalitat o las mencionadas entidades posean también participación mayoritaria; y, finalmente, c) las “sociedades civiles o mercantiles” vinculadas a la Generalitat. Dentro de este complejo organizativo, como decíamos, solamente se reconocen a las entidades autónomas de la Generalitat y a las entidades de Derecho público la disposición de potestades administrativas y la capacidad para dictar actos administrativos. Véanse los artículos 6, 22 y 43, a *sensu contrario*, del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana. Igualmente, artículo 4 del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña.

Sobre la organización institucional en Cataluña, FONT I LLOVET, Tomàs, “La Administración institucional de las comunidades autónomas: notas sobre la Generalitat de Cataluña”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, 1980, p. 313-340; PITA GRANDAL, Ana M.^a, “L’empresa pública en l’ordenament jurídic de Catalunya”, en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 2-3, 1985, p. 70-84, o, más recientemente, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis e YSA FIGUERES, Tamiko, *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*, EAPC, segunda edición, Barcelona, 2003.

A la vez que mediante esta denominación, y de forma similar a lo que ocurre con los organismos públicos previstos en las disposiciones adicionales de la LOFAGE, se podrían incluir también dentro del ámbito de aplicación de la encomienda de gestión una gran variedad de entidades públicas existentes en Cataluña, con muy variadas denominaciones, y que, aunque caracterizadas por gozar de personalidad jurídica propia, por someter su actuación al Derecho Administrativo y por el hecho de atribuírseles la gestión de tareas de interés público, su régimen jurídico resulta notablemente heterogéneo (como, por ejemplo, la *Agència de Suport a l'Empresa Catalana*, prevista en la Ley 9/2009, de 30 de junio, o el *Institut Superior de les Arts*, regulado en la Ley 12/2009, de 10 de julio).

Finalmente, por lo que se refiere a la noción de “órganos administrativos” utilizada por el artículo 10.1 LRJCat, podríamos incluir en ella no solo a los órganos administrativos integrados dentro de la estructura organizativa de la Generalitat catalana, sino también a los órganos de las entidades que integran la Administración local en Cataluña [artículo 3 b) LRJCat], esto es, a los municipios, provincias y comarcas (artículo 3 Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, en adelante TRLMRLC) y a las entidades municipales descentralizadas, las entidades metropolitanas y mancomunidades de municipios (artículo 2 TRLMRLC).²⁷

5.2. El encomendado

En segundo lugar, siguiendo con nuestra argumentación, debemos referirnos a la posición jurídica del encomendado, que, como en el caso anterior, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, parece regular con mayor amplitud que la prevista en el artículo 15 LRJPAC. Así, en Cataluña se prevé que el encargo de gestión puede recaer no solo sobre los órganos administrativos, sino

también sobre “otros órganos, organismos o entidades públicas de la misma o distinta Administración” (artículo 10.1 LRJCat).

En este caso, como ya hiciéramos en el apartado anterior, podríamos intentar forzar una interpretación de la Ley catalana que nos permitiera concluir que, efectivamente, la encomienda de gestión se refiere solamente a las entidades jurídico-públicas. De hecho esta sería la conclusión más coherente, puesto que si anteriormente entendíamos que la referencia a los “órganos, organismos o entidades públicas” prevista para el sujeto encomendante en el artículo 10.1 LRJCat se limitaba a las personas jurídico-públicas, no tendría mucho sentido que ahora modificáramos sustancialmente dicha interpretación para el encomendado, dando una lectura mucho más amplia a la misma expresión y admitiendo que esta pudiera englobar también a las personas jurídico-privadas.

Sin embargo, en este punto nos encontramos con una dificultad añadida, puesto que si anteriormente teníamos un argumento que nos parecía sólido para defender dicha hipótesis, ahora nos encontramos con que el tenor literal de la LRJCat nos lleva a la situación inversa. Y es que si acudimos al artículo 10.7 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, se nos dice: “Si el encargo de gestión tiene un objeto propio de un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, solo puede hacerse a organismos o entidades públicas que tengan la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública [...], de conformidad con lo dispuesto por dicha legislación”. En nuestra opinión, la referencia a las entidades que tengan la condición de medio propio, aun sin mencionarlas expresamente, nos remite claramente a la discusión sobre la posibilidad de encomendar actividades administrativas a sociedades mercantiles instrumentales. Por lo que parecería que el artículo 10.7 de la Ley catalana estaría abriendo la puerta a supuestos de encomienda de gestión realizados a personas jurídico-privadas.²⁸

27. No podríamos incluir en este ámbito, en cambio, las comunidades de municipios, por cuanto, como prevé el artículo 123.2 TRLMRLC, carecen de personalidad jurídica propia.

28. Obviamente, sería posible entender que la mención a los medios propios contenida en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, no hace referencia, necesariamente, a personas jurídico-privadas, pues tan instrumentales pueden llegar a ser aquellas entidades constituidas de acuerdo con el Derecho privado como aquellas constituidas con arreglo al Derecho público. Pero esta interpretación, aun siendo posible, nos alejaría de la realidad de la práctica administrativa, caracterizada por el recurso cada vez más habitual de las Administraciones Públicas a ese primer tipo de personificaciones, a la vez que demostraría un desconocimiento total de la problemática planteada en el ámbito comunitario en torno a esta cuestión. Por lo tanto, entendemos que una interpretación en este sentido no sería razonable.

El problema, sin embargo, es que, desde nuestro punto de vista, esta última afirmación no puede considerarse admisible. Por una razón fundamental, y es que no podemos olvidar que la LRJPAC se aprobó con carácter de legislación básica al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, es decir, como una norma dirigida a fijar un mínimo común denominador obligatorio, a partir del cual las diferentes comunidades autónomas pudieran establecer sus propias regulaciones particulares.²⁹ Desde esta perspectiva, si entendemos que, como decíamos anteriormente, la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC encuentra la justificación de su peculiar régimen jurídico en la expresa consideración “jurídico-pública” de los sujetos que intervienen en ella, no podemos más que deducir que el elemento subjetivo se configura entonces como un elemento esencial y definitorio de esta figura.

En consecuencia, si como hemos interpretado previamente la LRJPAC limita expresamente su ámbito de aplicación únicamente a las personas jurídico-públicas (artículo 15.5 LRJPAC), el hecho de que una Comunidad Autónoma prevea lo contrario no podría sino definirse como una vulneración de la legislación básica. De ahí que tuviéramos que concluir que la referencia a los “órganos, organismos o entidades públicas” prevista en la Ley catalana alude solamente a las personas jurídico-públicas a las que nos referíamos anteriormente; excluyéndose, nuevamente, la posibilidad de formalizar dichos encargos respecto de personas jurídico-privadas, como pudieran ser las sociedades mercantiles o las fundaciones del sector público.

Como decíamos entonces, ello no supone en ningún caso que las Administraciones Públicas catalanas no puedan atribuir la gestión de determinadas actividades administrativas de su competencia a las entidades con forma de personificación de Derecho privado, sino que implica simplemente que este encargo no puede articularse de forma directa a través del mecanismo previsto por el artículo 10 LRJCat, debiéndose de acudir en estos supuestos a lo establecido en la legislación contractual. En cualquier caso, creemos oportuno

destacar que lo que, en nuestra opinión, subyace en la regulación catalana, es la confusión que antes mencionábamos entre el desarrollo normativo de la figura de la encomienda de gestión prevista en la LRJPAC, y la voluntad del legislador catalán de positivizar también la capacidad de las Administraciones Públicas de dicha Comunidad Autónoma de realizar directamente encargos a sus propias entidades instrumentales privadas, tal y como admite también el TRLCSP. Como dijimos, ambas instituciones, aunque derivadas de un mismo supraconcepto, tienen un régimen jurídico y unos requisitos sustancialmente diferentes que, sin embargo, en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, se mezclan indistintamente. Efectivamente, de la redacción del precepto nos resulta difícil poder encontrar una interpretación jurídica alternativa que nos permitiera separar ambos supuestos y reconducir correctamente la aplicación de la norma, y es que la generalidad con la que se expresa el precepto parece hacer referencia indudablemente a una sola institución.

En este punto, debemos indicar que el artículo 178.1 de la recientemente aprobada Ley 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa (BOE núm. 12, de 14 de enero de 2012), ha modificado por completo la redacción inicial del artículo 10.7 LRJCat, estableciendo que el régimen jurídico del encargo de gestión no será de aplicación si el encargo tiene un objeto propio de un contrato del sector público; añadiéndose que: “De acuerdo con lo dispuesto por dicha legislación, el encargo solamente puede hacerse a organismos o entidades públicas que tengan la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública”. No obstante, la modificación introducida no altera nuestra conclusión anterior. Al seguir vinculando esta institución con la condición de medio propio, nuevamente, parece tener más en mente la discusión acerca de la problemática de los encargos de tareas contractuales realizados a entes instrumentales en forma privada, que la voluntad de precisar el régimen jurídico del encargo de gestión.

29. En este punto, debemos recordar la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2010, de 28 de junio, que, entre otros aspectos, ha venido a recordar que la regulación autonómica sobre las relaciones entre Administraciones Públicas –especialmente en el ámbito local– debe respetar, en todo caso, la normativa básica del Estado en esta materia. Sobre ello, más extensamente, GALÁN GALÁN, Alfredo y GRACIA RETORTILLO, Ricard, “Estatuto de Autonomía de Cataluña, Gobiernos locales y Tribunal Constitucional”, en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 12, 2011, p. 237-301, y GRACIA RETORTILLO, Ricard y VILALTA REIXACH, Marc, “Las relaciones interadministrativas de las Administraciones Públicas de Cataluña”, en *TORNOS MAS, Joaquín (coord.), Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel (en preparación).

Aun así, con la modificación de 2011 se nos plantean algunas dudas importantes: ¿Se refiere este precepto –como sucedía con la redacción anterior– a los supuestos de encomienda que tengan un objeto contractual, o, por el contrario, limita “toda” posible encomienda de gestión únicamente a los sujetos que tengan la consideración de medio propio? La redacción de este precepto, ciertamente, no resulta nada clara, toda vez que las consecuencias que podría tener en cuanto a su aplicación práctica no resultarían nada despreciables.³⁰

Pero, al mismo tiempo, la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, añade un nuevo apartado 8 a la regulación de la encomienda de gestión contenida en la LRJCat, previendo la posibilidad de que las diferentes Administraciones Públicas puedan delegar funciones a los colegios profesionales competentes por razón de la materia (artículo 178.2 Ley 10/2011, de 29 de diciembre). En este punto, las dudas surgen por la concreta terminología empleada por la Ley: “delegar”. ¿Por qué, a pesar de que los artículos 8 y 116.1 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, regulan específicamente la figura de la delegación de competencias, se introduce un apartado relativo a esta figura en el artículo regulador de la encomienda de gestión? ¿La opción prevista en dicho apartado estaba pensando realmente en la delegación de competencias o quería referirse, quizá, a la encomienda de gestión? Al mismo tiempo ello nos plantea la duda de si la encomienda de gestión resulta también aplicable a los colegios profesionales. Y ¿solo a los colegios profesionales? ¿Qué sucede con las restantes corporaciones de Derecho público representativas de intereses?

No nos resulta posible en este momento abordar detenidamente estas cuestiones, que requieren de un estudio mucho más detallado. Simplemente indicar que, como hemos analizado en otro momento,³¹ la

doctrina mayoritaria parece haber admitido el carácter público de los colegios profesionales y su sujeción al Derecho Administrativo cuando estos ejercen funciones públicas.³² De ahí que, siendo coherentes con las conclusiones a las que llegábamos al referirnos a las entidades públicas empresariales, podríamos considerar que, en la medida en que los colegios profesionales se configuran como personas jurídico-públicas que ejercen funciones de interés público, podrían acudir a los principios e instrumentos de organización y funcionamiento reconocidos por nuestro ordenamiento a las diferentes entidades públicas, y, entre ellos, a los mecanismos de colaboración administrativa como la encomienda de gestión.

6. Conclusión

Las afirmaciones anteriores nos sirven para poner punto y final a este trabajo, en el que hemos intentado poner de relieve cómo la determinación de qué entidades concretas resultan habilitadas en nuestro ordenamiento jurídico para hacer uso de la figura de la encomienda de gestión no resulta una cuestión nada fácil. Seguramente, la escasa atención doctrinal que ha merecido la figura de la encomienda de gestión, objeto normalmente de estudios muy amplios en el marco de los mecanismos de colaboración administrativa o de transferencia del ejercicio de las competencias, sea una de las razones que explicarían el porqué de esta indefinición; pero, sobre todo, el hecho de que se trate de una institución todavía con unos contornos normativos escasamente definidos, que se mueve en la estrecha frontera que separa la colaboración administrativa y la contratación pública, es otro de los motivos que contribuyen a dificultar al operador jurídico la tarea de delimitar con facilidad su régimen jurídico.³³

30. Piénsese, por ejemplo, en los convenios de encomienda entre dos Administraciones Públicas territoriales diferenciadas. La autonomía que se reconoce constitucional y estatutariamente a cada una de ellas haría ciertamente difícil poder atribuir a una de ellas el carácter de medio propio respecto de la otra; con la consiguiente imposibilidad –según una interpretación literal de dicho precepto– de formalizar una relación de encomienda entre ellas. Nuevamente, sobre todas estas cuestiones, VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 325-330.

31. VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 117-120.

32. En este sentido, por ejemplo, SALOM PARETS, Aina, *Los colegios profesionales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 83-113, o GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 398-400, quienes califican dichas corporaciones como Administración *secundum quid* en la medida de que sean titulares de funciones públicas.

33. Sobre estas cuestiones pueden verse, entre otros, GIMENO FELIU, José María, “Problemas actuales de la Administración municipal desde la perspectiva del Derecho comunitario: incidencia en la organización de las normas de contratación pública”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 71-72, 2008, p. 139-188, o VILALTA REIXACH, Marc, *La encomienda de gestión y los mecanismos de colaboración administrativa*, op. cit., p. 339-362.

En todo caso, como hemos visto a lo largo de nuestra exposición, la respuesta a las preguntas que nos planteábamos inicialmente ha partido siempre de una interpretación restrictiva de nuestro ordenamiento jurídico, que, justificándose en la consideración de la encomienda de gestión como un instrumento dirigido a garantizar la eficacia de la actuación pública y la necesaria colaboración entre el conjunto de Administraciones Públicas existentes para la satisfacción de los intereses generales (artículo 103.1 CE), nos ha llevado a limitar la aplicación de esta institución solamente a las personas jurídico-públicas. ■