



## **Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de marzo de 2010**

**Informe 6/09, de 30 de marzo de 2010. Las encomiendas o encargos de gestión: distinción entre las encomiendas o encargos de gestión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público**

### **Antecedentes**

1. La Secretaria General de la Consejería de Salud y Consumo ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

1. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 15, regula la figura de la encomienda de gestión diciendo:

“1. 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 de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la



naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.”

2. En nuestro ámbito autonómico, la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears también regula la figura de la encomienda de gestión, en su artículo 30, de la manera siguiente:

“1. Las actividades de carácter material, técnico o de servicios de los órganos de la Administración de la comunidad autónoma podrán encomendarse a otros órganos de la misma administración, incluidos otros entes públicos dependientes de ésta, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos apropiados para llevarlas a cabo. La encomienda de gestión se formalizará por acuerdo expreso de los órganos o de las entidades que intervengan.

2. La Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears podrá encomendar la gestión de determinadas funciones materiales, técnicas o de servicios, que tenga atribuidas como propias o por delegación, a otra administración, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en la normativa básica estatal y en la normativa reguladora de cada administración.

3. La eficacia de la encomienda de gestión queda condicionada a su íntegra publicación en el Butlletí Oficial de las Illes Balears.

4. La encomienda de gestión no implicará la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos para su ejercicio, y es responsabilidad del órgano o de la entidad encomendante dictar los actos o las resoluciones que den apoyo a la actividad material concreta objeto de la encomienda o en los que se integre esta actividad.



5. La encomienda de gestión no podrá implicar facultades de resolución sobre las materias que hayan sido encomendadas. No obstante, se podrán dictar los actos de instrucción que sean necesarios para ejecutar las resoluciones derivadas de la encomienda, siempre que no se trate de actos de trámite susceptibles de recurso.”

3. Por otra parte, el artículo 4.1.n) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.”

4. Así, el artículo 24.6 de la LCSP prevé que “A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la



ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

En diversas ocasiones se han encontrado publicaciones en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* de encargos de prestación (los llamados contratos *in house providing*) como si fueran encomiendas de gestión de la Ley 30/1992 o de la Ley 3/2003, haciendo referencia al régimen jurídico de una y otra figura. A título de ejemplo tenemos, en este último mes: la Resolución del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Pesca de 22 de septiembre de 2009, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión a TRAGSATEC (Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A.) de 22 de septiembre de 2009, relativo al 'Servicio para el mantenimiento y desarrollo de las aplicaciones del sistema global de información pesquera'. MEPRO 2009/6271 (BOIB núm. 143 de 1-10-2009), la Resolución de la Secretaria General de la Consejería de Salud y Consumo de día 15 de septiembre de 2009, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión a la empresa pública Multimedia de les Illes Balears, SAU, de 14 de septiembre de 2009 (BOIB núm. 139 de 22-09-2009), o el anuncio del Acuerdo de encargo a la entidad 'BITEL, Balears Innovació Telemàtica, S.A.' para llevar a cabo el servicio de soporte técnico de asistencia telefónica para el desarrollo del servicio de información en materia de demandas, intermediación en el mercado de trabajo y orientación laboral mediante el servicio de orientación 012 (BOIB núm. 133 del 12/09/2009).

Dado que han surgido dudas en la aplicación de los encargos de prestación de la Ley 30/2007 y, más concretamente, sobre el procedimiento a seguir a la hora de llevarlos a cabo en relación al procedimiento de las encomiendas de gestión regulado en la Ley 30/1992 y en la Ley 3/2003, planteamos ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 15 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997, las cuestiones siguientes:

- ¿Son figuras diferentes la encomienda de gestión de la Ley 30/1992 o de la Ley 3/2003 y el encargo de prestación de la Ley 30/2007?
- En caso afirmativo, ¿cuál debe ser el procedimiento a seguir para la formalización de un encargo de prestación o contrato *in house providing* de la Ley 30/2007?

Se adjunta, para cumplir con lo previsto en el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe jurídico al respecto.

2. La Secretaria General de la Consejería de Salud y Consumo está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 del su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de



octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico emitido por el técnico del Servicio Jurídico de la Consejería de Salud y Consumo, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

### **Consideraciones jurídicas**

1. El escrito de consulta plantea, como cuestión principal, si la figura de las encomiendas o encargos de gestión, regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en el ámbito autonómico, en el artículo 30 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y la figura de los encargos de prestación, prevista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, son figuras iguales o diferentes.

Además, en el caso de que esta Junta considere que son figuras diferentes, se solicita un pronunciamiento sobre cuál es el procedimiento a seguir para formalizar los encargos que prevé la normativa reguladora de los contratos públicos.

Pasemos a analizar, separadamente, la regulación de la figura de los encargos que se efectúa en cada una de las leyes mencionadas, para determinar, en su caso, las posibles diferencias.

Con carácter previo debe hacerse una precisión terminológica, ya que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) utiliza diversas expresiones, que se pueden considerar análogas, por lo que en este informe se utilizarán las expresiones “encargo” o “encargo de gestión”, que recogen los negocios jurídicos a los que se refiere el artículo 4.1 *n* en relación con el artículo 24.6 de la LCSP.

2. El artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regula la figura jurídica de la encomienda o encargo de gestión, mediante la cual se constituye una relación jurídica bilateral entre órganos administrativos o entidades de derecho público, ya sean de la misma administración o de otra administración diferente, cuyo objeto consiste en prestaciones o realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por razones de eficacia o cuando quien realiza el encargo no dispone de los medios necesarios para



llevarlas a cabo.

El artículo 30 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears regula estos encargos o encomiendas en el ámbito autonómico en términos muy similares.

El artículo 15 de la Ley 30/1992 regula los encargos o encomiendas de gestión en los siguientes términos:

1. 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 de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formación de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se registrará por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que



puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Para dar respuesta a la cuestión planteada es importante delimitar tanto el ámbito subjetivo de aplicación de este artículo (quién está facultado para hacer encomiendas o encargos de gestión y a quién se pueden hacer los encargos), como el ámbito objetivo (qué actividades pueden ser objeto del encargo).

De acuerdo con este artículo los órganos administrativos o de las entidades de derecho público pueden encomendar a otros órganos o entidades de la misma administración o de otra diferente, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de su competencia, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para llevarlas a cabo, sin que se transfiera la titularidad de la competencia.

En cuanto al ámbito objetivo de este artículo, es decir, las actividades que pueden ser objeto de encomienda, cabe afirmar que la expresión “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios” puede incluir no sólo actividades ajenas a la contratación pública sino también actividades reguladas en la legislación de contratos.

Así lo entendió el legislador en el año 1992. De hecho, atendiendo al sentido gramatical de la expresión “la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios”, no hay obstáculo para entender que el legislador consideró que incluía las prestaciones propias de los contratos de obras, de suministro y de servicios, dado que se podían –y se pueden– calificar como actividades materiales, técnicas o de servicios. Además, el apartado 5 del artículo 15 de la Ley 30/1992 excluye del régimen jurídico de este artículo los encargos a las personas físicas o jurídicas sometidas al derecho privado, y se remite a la normativa reguladora de la contratación pública, actualmente la LCSP. Esta remisión refuerza el hecho de que los encargos o encomiendas de gestión podían, inicialmente, tener por objeto una prestación o un contenido contractuales (la ejecución de una obra, la realización de un suministro y la prestación de un servicio).

Por tanto, de la lectura del precepto se deduce que el ámbito objetivo de la encomienda del artículo 15 de la Ley 30/1992 es más amplio que el que regula la LCSP, ya que su redacción permite entender que incluye actividades o prestaciones de carácter material, técnico o de servicios, ya sean propios de los contratos administrativos o no.



En cuanto al ámbito subjetivo, debe decirse que según el artículo 15 de la Ley 30/1992 los órganos administrativos o las entidades de derecho público pueden efectuar encomiendas de gestión a otros órganos o entidades de la misma administración o de otra diferente.

La Ley 30/1992 no contiene una regulación completa de la encomienda de gestión, sino que se limita a enunciar un tipo de relación jurídico-pública de carácter bilateral con un contenido que en buena parte de los casos podría tener naturaleza contractual a causa de la existencia de una contraprestación, diferente, por tanto, de los convenios de colaboración, que se caracterizan por una actuación conjunta con intereses comunes. En conclusión, las características que presentan estas encomiendas de gestión son, principalmente, las siguientes:

- Constituyen una relación jurídica bilateral de carácter voluntario entre órganos administrativos y/o entes de derecho público que pertenecen a la misma administración o a una diferente.
- El objeto del encargo puede ser una actividad material, técnica o la prestación de un servicio.
- No suponen la transferencia de la competencia por parte de quien hace el encargo a quien lo recibe, como tampoco de su ejercicio.
- El acuerdo de la encomienda, si se formaliza entre órganos o entidades de la misma administración —en los términos que establezca la normativa propia o por acuerdo expreso— debe publicarse en el boletín oficial que corresponda y tiene efectos constitutivos, esto es, que de la publicación depende su eficacia. Esta exigencia, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se hace extensiva también a las encomiendas que se efectúen a otras administraciones públicas. En cambio, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 30/1992, la encomienda entre órganos o entidades de diferentes administraciones debe formalizarse generalmente con la firma de un convenio.

3. La normativa reguladora de los contratos públicos ha incorporado también la regulación de esta modalidad de técnica organizativa. Pasemos a analizar, por su interés, la evolución del régimen jurídico de esta figura en la normativa de contratación.

El Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de bases de Contratos del Estado, vigente en el momento de la aprobación de la Ley 30/1992, no contenía ninguna referencia a los encargos de gestión, si bien preveía la posibilidad de ejecución de obras por parte de la misma





Administración.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LCAP), incorporó al Derecho español las directivas comunitarias y estableció, entre otras, las siguientes previsiones:

- Se excluyen del ámbito de aplicación de la LCAP los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, sus respectivos Organismos Autónomos y las restantes Entidades Públicas o cualquiera de ellos entre sí (artículo 3.1 *c*) y los convenios de colaboración entre la Administración y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, salvo que su objeto esté comprendido en los contratos regulados en la LCAP o en normas administrativas especiales (artículo 3.1 *d*).
- Se autoriza la ejecución de obras y la fabricación de bienes muebles por parte de la Administración en los casos en que tenga servicios técnicos aptos (artículos 154 y 195, respectivamente).

El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de octubre (en lo sucesivo, TRLCAP), reprodujo en los artículos 3.1 *c*, 3.1 *d*, 152 y 194 las previsiones de la Ley 13/1995 citadas.

La regulación de los convenios de colaboración en estas normas motivó que la Comisión Europea interpusiera un recurso contra el Reino de España por la incorrecta adaptación de las Directivas comunitarias 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

A consecuencia de este recurso, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005 (*Comisión/España*) condenó al Estado español por incumplimiento de las Directivas comunitarias, entre otros motivos, porque el TRLCAP excluía de forma absoluta de su ámbito de aplicación, en el artículo 3.1 *c*, los convenios de colaboración entre las administraciones públicas y el resto de entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyen contratos públicos a los efectos de las Directivas citadas.



A raíz de esta sentencia se modificó el artículo 3.1 del TRLCAP mediante la aprobación del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, adaptándose así la legislación española al contenido de la doctrina *in house providing* elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La modificación se realizó en el siguiente sentido:

– Se restringieron los convenios entre administraciones públicas, organismos públicos o entes de titularidad pública, a los casos en que el objeto del convenio no se integre, por su naturaleza, en las prestaciones a que hace referencia la Ley de Contratos. Así, se dio una nueva redacción al artículo 3.1 c, en virtud de la cual quedan excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP los convenios de colaboración interadministrativos siempre que la materia sobre la que versen no sea objeto de un contrato de obras, suministro, consultoría y asistencia o servicios, o que siendo objeto de estos contratos su importe sea inferior a los umbrales comunitarios.

– Se recoge, en el artículo 3.1 l, la figura del encargo o encomienda de gestión, aunque no define ni delimita de manera expresa su contenido, sino que se limita a excluir del ámbito de la Ley de Contratos los encargos de gestión que se efectúen a entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la misma Administración pública.

Posteriormente, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, dio una nueva redacción al artículo 3.1 l e incorporó expresamente los requisitos comunitarios de la doctrina *in house providing*. Así, se exigió que los encargos de gestión se confieran a entidades y sociedades cuyo capital de las cuales sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las cuales la Administración que efectúa el encargo tenga un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan.

4. El denominado *contrato interno* o *in house providing* es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la prestación de una obra o de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar la legislación contractual. Se trata de una manifestación de la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas por la cual el interés público se satisface mediante una actividad interna, y que se inspira en la doctrina y práctica denominada en el mundo anglosajón *in house providing* (literalmente, ‘suministro doméstico o interno’).



Si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, se trata de una excepción y, por tanto, realizar encargos de forma directa, sin licitación pública, a entidades dotadas de personalidad jurídica propia pero controladas por los entes contratantes, ha sido, y es, fuente de conflictos, dado que puede afectar a los principios comunitarios de igualdad y de competencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una doctrina importante en relación con los contratos denominados *in house* o *in house providing*, primero con la sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, dictada en el asunto C-107/98, y, posteriormente, en las sentencias, *Stadt Halle, Comisión/España*, *Parking Brixen* y *Comisión/Austria*, de 2005, la sentencia *Carbotermo*, en el año 2006, las sentencias *TRAGSA* y *Aperymco* en el año 2007 y la sentencia *Coditel* en el año 2008. Esta doctrina permite efectuar encargos, que no tienen la consideración de contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta pero sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan.
- Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública.

Esta Junta Consultiva ha analizado en diversas ocasiones estas cuestiones, como por ejemplo en los informes 1/06 y 2/07 y, más recientemente, en el Informe 4/09, de 27 de noviembre, a cuya consideración jurídica cuarta nos remitimos para una explicación más detallada sobre la configuración de los contratos *in house providing*.

5. La LCSP, promulgada en el año 2007, ha incorporado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en relación con los contratos *in house* en los artículos 4.1 *n* y 24.6, de manera que la LCSP contiene una regulación más completa que la de las leyes de contratos precedentes.

El artículo 4.1 *n* excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los siguientes negocios jurídicos:

Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que,



conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Por tanto, el artículo 4.1 *n* engloba cualquier negocio mediante el cual un poder adjudicador encarga a un ente instrumental la realización de una prestación de naturaleza contractual. Tal como se deduce de la Ley, parece que este negocio jurídico debe considerarse como un negocio “unilateral”, en la medida que su perfección o existencia no requiere del concurso de la voluntad de la persona a quien se efectúa el encargo.

El artículo 24.6 de la LCSP dispone que:

A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de



que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

El artículo 24.6 incorpora los requisitos de la jurisprudencia comunitaria, y hace referencia a la posibilidad de que el medio propio tenga personalidad jurídica diferente.

En cuanto al control que debe ejercer quien realiza el encargo sobre quien lo recibe, análogo a sus propios servicios, la Ley, en el segundo párrafo del artículo 24.6, especifica cuándo debe entenderse, en todo caso, que existe este control, e indica dos requisitos para considerar un ente como medio propio: la existencia de unas instrucciones fijadas unilateralmente por quien efectúa el encargo y de unas tarifas aprobadas previamente por la Administración de la cual depende quien recibe el encargo.

De la redacción de este párrafo se desprende claramente una presunción *iuris et de iure* cuando utiliza la expresión “en todo caso”, ya que esta expresión implica, necesariamente, que permite otros tipos de situaciones que acrediten el control análogo mencionado.

Así pues, la LCSP ha establecido, en los artículos 4 y 24.6, las siguientes referencias para los medios propios con personalidad jurídica propia:

- Los entes instrumentales no pueden participar en las licitaciones públicas — entendidas en sentido amplio— promovidas por las administraciones o entidades de las que son medios propios.
- Los contratos que formalicen los entes instrumentales para llevar a cabo las prestaciones objeto de los encargos deben someterse a la LCSP, de acuerdo, eso sí, con la naturaleza del ente y las cuantías de los contratos. Es necesario tener en cuenta la norma especial que contiene el artículo 4.1 *n in fine*, en virtud de la cual en los casos en que se superen los umbrales comunitarios deben aplicarse, como mínimo, las normas de los artículos 121.1 y 174 de la LCSP, esto es, las reglas propias de los poderes adjudicadores.
- Se exige que la condición de medio propio tenga un reconocimiento en los estatutos o la norma fundacional del ente instrumental de manera que el ente en cuestión se autolimite vía estatutos o norma de creación, independientemente de la presunción *iuris et de iure* citada anteriormente.



Como quiera que la LCSP no ha regulado un régimen transitorio de las entidades instrumentales creadas con anterioridad a la LCSP, es interesante destacar la conclusión a la que llegó la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 26/2008, de 3 de noviembre, en que considera que este requisito debe exigirse a las entidades creadas con posterioridad a la LCSP, y que para las entidades creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, puede entenderse cumplido cuando se desprenda de sus normas de creación, sin perjuicio de que estas entidades opten por adaptar sus estatutos a la nueva regulación. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears no se ha pronunciado sobre esta cuestión.

– En relación con el ámbito subjetivo, las previsiones del artículo 24.6 de la LCSP están claramente dirigidas a todos los poderes adjudicadores, ya sean administraciones públicas *stricto sensu* o no. Esto contrasta con el ámbito subjetivo de los cinco primeros apartados del mismo artículo, que sí se dirigen sólo a las administraciones públicas *stricto sensu*, y no se puede interpretar lo contrario, tanto por el sentido literal del mismo artículo como por la coherencia necesaria para interpretar y entender su relación con los artículos 4.1 *n* y 24.6.

6. Visto todo lo explicado hasta ahora, hay que considerar que la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia respecto de los contratos *in house providing* y los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la LCSP han incidido, necesariamente, sobre el artículo 15 de la Ley 30/1992 y han modificado su contenido.

Así, el encargo de gestión regulado en los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la LCSP es una relación de contenido materialmente contractual (ejecución de una obra, realización de un suministro o prestación de un servicio a cambio de un precio) pero que constituye una excepción a las reglas de las Directivas comunitarias en materia de contratación. Esta relación es diferente de la que se produce en las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992.

Como se ha dicho anteriormente, el ámbito material del artículo 15 de la Ley 30/1992 comprende, inicialmente, tanto las relaciones jurídicas cuyo objeto no está integrado por prestaciones propias de los contratos administrativos (como son las actividades que se realicen por cuenta de la otra administración a título esencialmente gratuito, es decir, sin contraprestación), como los negocios jurídicos cuyo objeto presenta un contenido claramente contractual desde el punto de vista de la LCSP. Así pues, se puede afirmar que si bien el ámbito objetivo del artículo 15 de la Ley 30/1992 es más amplio que el que regula la LCSP, aparentemente hay una cierta coincidencia o superposición entre los



encargos de gestión regulados por ambas leyes.

De hecho, mientras que en los casos de las encomiendas interadministrativas de la Ley 30/1992 se firma un convenio, es decir, un acuerdo bilateral y libre de voluntades, los encargos de la LCSP son un mandato obligatorio a causa de la inexistencia de voluntad propia y autónoma de quien recibe el encargo respecto de quien lo hace, lo que los acerca a un negocio jurídico unilateral, que parece del todo incompatible con la naturaleza del encargo o encomienda “administrativa” del artículo 15 de la Ley 30/1992. Esto permite llegar a la conclusión de que las encomiendas de gestión interadministrativas de la Ley 30/1992 y los encargos de gestión de la LCSP son figuras diferentes.

La diferenciación entre las figuras del encargo de gestión en ambas leyes ha sido analizada por la Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado, que llega a la conclusión de que los problemas que genera la incompatibilidad de los dos regímenes jurídicos, a causa de un conflicto positivo de las dos normas jurídicas que regulan la misma figura con requisitos diferentes, debe resolverse, básicamente, con los principios generales del Derecho, como son la doctrina de la *lex posterior* y el principio de la ley especial respecto de la ley general. Así, el abogado del Estado afirma lo siguiente:

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



En este caso es evidente que hay dos normas con rango de ley que coinciden parcialmente en la regulación de una materia y la regulan de forma diferente, por lo que cabe considerar que la ley posterior, que es la LCSP, ha derogado parcialmente o ha modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992 en el sentido de que este precepto ya no puede incluir encomiendas de gestión de carácter meramente contractual, ya que su ámbito ha quedado circunscrito a las actividades o actuaciones materialmente ajenas a la contratación pública.

Además de ser una norma posterior, la LCSP es una norma específica que regula la contratación. Por tanto, si la LCSP, en aplicación de las directrices derivadas de la doctrina y de las normas del derecho europeo sobre la adjudicación de los contratos públicos, regula la figura de los encargos de gestión como una excepción a la aplicación de las normas sobre contratación pública, resultaría incomprensible que los encargos de gestión cuyo objeto sea de naturaleza contractual, esto es, la ejecución de obras, la realización de suministros o la prestación de servicios, no tuvieran como régimen jurídico aplicable el que establece la LCSP, que, como ya se ha dicho anteriormente, conforma un régimen jurídico más reciente y más específico que el de la Ley 30/1992. Es decir, además de ser una norma posterior y más específica, la aplicación de un régimen diferente que no sea el que establece la LCSP tendría, como consecuencia no deseable, una relajación de la aplicación de los requisitos necesarios para garantizar los principios básicos y esenciales de la contratación pública en que tanto ha incidido el Derecho comunitario.

De esta manera, y como conclusión final en relación con el alcance del artículo 15 de la Ley 30/1992, queda claro que con la entrada en vigor de la nueva LCSP (e, incluso, antes) su aplicación ha quedado circunscrita a todas las materias ajenas a la contratación. Por tanto, la virtualidad del artículo 15 en cuestión se limita, a día de hoy, a actuaciones o actividades ajenas al ámbito de la legislación de contratos, es decir, su objeto no puede incluir prestaciones o actuaciones propias de los contratos administrativos a cambio de una contraprestación dineraria equivalente al valor de la prestación.

Las consecuencias de este hecho son las siguientes:

– Un encargo de gestión de contenido materialmente contractual debe hacerse de conformidad con los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la LCSP, es decir, deben cumplirse los requisitos que exige el artículo 24.6. En caso de que no se cumplan, no se podrá llevar a cabo el encargo de gestión por esta vía ni, obviamente, por





la vía del artículo 15 de la Ley 30/1992.

— Los encargos de gestión de la LCSP no exigen el cumplimiento de los requisitos formales que prevé el artículo 15 de la Ley 30/1992, por lo que es suficiente que la entidad que hace el encargo notifique a la entidad que recibe el encargo el acuerdo que ha adoptado.

7. Pasemos a analizar, siguiendo lo que se acaba de afirmar, cuál es el procedimiento que debe seguirse para formalizar los encargos de gestión previstos en la LCSP.

Como ya se ha dicho anteriormente, los encargos de gestión a los que hace referencia la doctrina *in house* no son contratos *stricto sensu* sino que suponen una manifestación de la potestad autoorganizativa de la Administración, ya que no hay una autonomía de la voluntad por parte de quien recibe el encargo.

Así, se trata de encargos que los poderes adjudicadores hacen a sus servicios internos en cuanto organizaciones especializadas y segregadas en régimen de descentralización funcional, que habitualmente adoptan una forma jurídico-privada. Dado que estas personas jurídicas no se consideran independientes, el Tribunal de Justicia considera que este encargo de trabajo no es un auténtico trabajo *inter partes* sino una convención interna entre servicios. De hecho, no son actos administrativos *ad extra* con efectos sobre terceros sino verdaderas órdenes de servicio mediante las cuales los órganos administrativos organizan y dirigen la actividad de sus órganos o entes dependientes, si bien estos últimos pueden tener personalidad jurídica diferente.

Estos negocios jurídicos unilaterales u órdenes de servicio, a pesar de que en los casos en que se dirigen a entidades instrumentales con personalidad jurídica propia (particularmente si se trata de entidades de derecho privado) no se corresponden exactamente con las previstas en el artículo 21.2 de la Ley 30/1992 (ya que el alcance de esta norma se limita a los órganos o servicios internos jerárquicamente dependientes), sí que, en todo caso, cuando son dictadas por poderes adjudicadores que sean administraciones públicas a efectos de la Ley 30/1992, se pueden considerar como actos administrativos, si bien con efectos *ad intra*, que deben adoptar la forma inherente a estos actos (resolución, acuerdo, etc.), deben comunicarse al ente destinatario del acto y deben considerarse ejecutivos de acuerdo con la reglas generales de la Ley 30/1992.

En definitiva, los encargos de gestión deben adoptar la forma oportuna de acuerdo con la naturaleza de la entidad y del órgano concreto que haga el



encargo. En particular, en el caso de que el encargo lo haga una administración pública a efectos de la Ley 30/1992 (de conformidad con su artículo 2), este negocio jurídico unilateral constituye un auténtico acto administrativo (si bien con efectos *ad intra*), con las consecuencias que ello implica.

La notificación o comunicación del encargo al ente instrumental que lo debe cumplir determina el momento en que el encargo despliega sus efectos, de acuerdo, evidentemente, con el contenido de la declaración de encargo (la cual ciertamente puede fijar un plazo inicial o una condición suspensiva), sin que, en consecuencia, sea necesaria la formalización ni, por tanto, la publicación, de ningún convenio o acuerdo entre la entidad que efectúa el encargo y la entidad destinataria de este.

## Conclusión

1. Los encargos o encomiendas de gestión regulados en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, son figuras diferentes.

Dado que ambas normas jurídicas coinciden parcialmente en la regulación de una materia y lo hacen de manera diferenciada, es necesario aplicar la doctrina de la *lex posterior* y el principio de la ley especial respecto de la ley general para resolver el conflicto entre estas normas. Esto permite concluir que la Ley de Contratos ha derogado parcialmente o ha modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992 en el sentido de que este precepto ya no puede incluir encargos de gestión de carácter meramente contractual, ya que su ámbito ha quedado circunscrito a las actividades o actuaciones materialmente ajenas a la contratación pública.

2. Los encargos de gestión deben adoptar la forma oportuna de acuerdo con la naturaleza de la entidad y del órgano concreto que efectúa el encargo —en el caso de que el encargo lo haga una administración pública a efectos de la Ley 30/1992 será un acto administrativo— y tienen que comunicarse al ente instrumental que lo debe cumplir, sin que sea necesaria la formalización ni, por tanto, la publicación, de ningún convenio o acuerdo entre la entidad que efectúa el encargo y la entidad destinataria de éste.