



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de març de 2010

Informe 6/09, de 30 de març de 2010. Els encàrrecs de gestió: distinció entre els encàrrecs de gestió de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i els de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Salut i Consum ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

1. La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, al seu article 15, regula la figura de l'encomana de gestió dient:

“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 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 el nostre àmbit autonòmic, la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, també regula la figura de l'encomana de gestió, al seu article 30, de la següent manera:

“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 les 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. Per altra banda, l'article 4.1 n) de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP) estableix que estan exclosos de l'àmbit d'aplicació 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 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”
4. Així, l'article 24.6 de la LCSP preveu 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 diverses ocasions s'han trobat publicacions al *Butlletí Oficial de les Illes Balears* d'encàrrecs de prestació (els anomenats contractes *in house providing*) com si fossin encomanes de gestió de la Llei 30/1992 o de la Llei 3/2003, fent referència al regim jurídic d'una i l'altra figura. A títol d'exemple tenim, en aquest darrer mes: la Resolució del secretari general de la Conselleria d'Agricultura i Pesca de 22 de setembre de 2009, per la qual es publica l'Acord d'encomana de gestió a TRAGSATEC (Tecnologies i Serveis Agraris, SA) de 22 de setembre de 2009, relatiu al 'Servei per al manteniment i desenvolupament de les aplicacions del sistema global d'informació pesquera'. MEPRO 2009/6271 (BOIB núm. 143 de 1-10-2009), la Resolució de la secretaria general de la Conselleria de Salut i Consum de dia 15 de setembre de 2009, per la qual es publica l'Acord d'encàrrec de gestió a l'empresa pública Multimedia de les Illes Balears, SAU, de 14 de setembre de 2009 (BOIB núm. 139 de 22-09-2009), o l'anunci de l'Acord d'encàrrec a l'entitat 'BITEL, Balears Innovació Telemàtica, SA' per dur a terme el servei de suport tècnic d'assistència telefònica pel desenvolupament del servei d'informació en matèria de demandes, intermediació en el mercat de treball i orientació laboral mitjançant el servei d'orientació 012 (BOIB núm. 133 del 12/09/2009).

Atès que han sorgit dubtes en l'aplicació dels encàrrecs de prestació de la Llei 30/2007 i, més concretament, sobre el procediment a seguir a l'hora de dur-los a terme en relació al procediment de les encomanes de gestió regulat a la Llei 30/1992 i a la Llei 3/2003, plantejem davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb l'article 15 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord de Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997, les següents qüestions:

- Són figures diferents l'encomana de gestió de la Llei 30/1992 o de la Llei 3/2003 i l'encàrrec de prestació de la Llei 30/2007?
- En cas afirmatiu, quin ha de ser el procediment a seguir per a la formalització d'un encàrrec de prestació o contracte *in house providing* de la Llei 30/2007?

S'adjunta, per acomplir amb el previst a l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, Informe jurídic al respecte.

2. La secretària general de la Conselleria de Salut i Consum està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pel tècnic del Servei Jurídic de la Conselleria de Salut i Consum, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els



requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja, com a qüestió principal, si la figura dels encàrrecs de gestió, regulada en l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú i, en l'àmbit autonòmic, en l'article 30 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i la figura dels encàrrecs de prestació, prevista en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, són figures iguals o diferents.

A més, en cas que aquesta Junta consideri que són figures diferents, es demana un pronunciament sobre quin és el procediment que cal seguir per formalitzar els encàrrecs que preveu la normativa reguladora dels contractes públics.

Passem a analitzar, separadament, la regulació de la figura dels encàrrecs que es fa a cadascuna de les lleis esmentades, per tal de determinar-ne, si s'escau, les possibles diferències.

Amb caràcter previ s'ha de fer una precisió terminològica, ja que la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) fa servir diverses expressions, que es poden considerar anàlogues, per la qual cosa en aquest informe es faran servir les expressions "encàrrec" o "encàrrec de gestió", que recullen els negocis jurídics a què es refereix l'article 4.1 *n* en relació amb l'article 24.6 de la LCSP.

2. L'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú regula la figura jurídica de l'encàrrec de gestió, per mitjà de la qual es constitueix una relació jurídica bilateral entre òrgans administratius o entitats de dret públic, ja siguin de la mateixa administració o d'una altra administració diferent, l'objecte del qual consisteix en prestacions o realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis, per raons d'eficàcia o quan el que fa l'encàrrec no disposa dels mitjans necessaris per dur-les a terme.

L'article 30 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, regula aquests encàrrecs en l'àmbit autonòmic en termes molt similars.



L'article 15 de la Llei 30/1992 regula els encàrrecs de gestió en els termes següents:

1. La realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans administratius o de les entitats de dret públic pot ser encarregada a altres òrgans o entitats de la mateixa administració o d'una altra de diferent, per raons d'eficàcia o quan no es tinguin els mitjans tècnics idonis per a dur-la a terme.

2. L'encàrrec de gestió no comporta una cessió de titularitat de la competència ni dels elements substantius del seu exercici, i, per tant, és responsabilitat de l'òrgan o entitat que l'ha fet dictar els actes o les resolucions de caràcter jurídic que hi donin suport o en els quals s'integri l'activitat material concreta objecte de l'encàrrec.

3. L'encàrrec de gestió entre òrgans administratius o entitats de dret públic que pertanyen a la mateixa administració s'ha de formalitzar en els termes que estableixi la seva normativa pròpia i, si no n'hi ha, per acord exprés dels òrgans o les entitats que hi intervenen. En tot cas, l'instrument de formalització de l'encàrrec de gestió i la seva resolució s'han de publicar, perquè tinguin eficàcia, en el diari oficial corresponent.

Cada administració pot regular els requisits necessaris per a la validesa d'aquests acords, que han d'incloure, almenys, la menció expressa de l'activitat o les activitats a què afectin, el termini de vigència i la naturalesa i abast de la gestió encarregada.

4. Quan l'encàrrec de gestió es faci entre òrgans i entitats d'administracions diferents, s'ha de formalitzar per mitjà de la signatura del conveni corresponent entre elles, llevat que es tracti de la gestió ordinària dels serveis de les comunitats autònomes per les diputacions provincials o, si escau, pels capítols o consells insulars, que s'ha de regir per la legislació de règim local.

5. El règim jurídic de l'encàrrec de gestió que regula aquest article no es pot aplicar quan la realització de les activitats enumerades en l'apartat primer hagi de recaure sobre persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, i aleshores cal atènyer-se, en allò que sigui procedent, a la legislació corresponent de contractes de l'Estat, sense que es puguin encarregar a persones o entitats d'aquesta naturalesa activitats que, segons la legislació vigent, s'hagin de realitzar amb subjecció al dret administratiu.

Per tal de donar resposta a la qüestió plantejada, és important delimitar tant l'àmbit subjectiu d'aplicació d'aquest article (qui està facultat per fer encàrrecs de gestió i a qui es poden fer els encàrrecs), com l'àmbit objectiu (quines



activitats poden ser objecte de l'encàrrec).

D'acord amb aquest article, els òrgans administratius o de les entitats de dret públic poden encarregar a altres òrgans o entitats de la mateixa administració o d'una altra de diferent, la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la seva competència, per raons d'eficàcia o quan no es tinguin els mitjans tècnics idonis per dur-les a terme, sense que es transfereixi la titularitat de la competència.

Quant a l'àmbit objectiu d'aquest article, és a dir, les activitats que poden ser objecte d'encàrrec, cal afirmar que l'expressió "la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis" pot incloure no sols activitats alienes a la contractació pública, sinó també activitats regulades en la legislació de contractes.

Així ho va entendre el legislador l'any 1992. De fet, atenent al sentit gramatical de l'expressió "la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis", no hi ha obstacle per entendre que el legislador considerà que incloïa les prestacions pròpies dels contractes d'obres, de subministrament i de serveis, atès que es podien —i es poden— qualificar com a activitats materials, tècniques o de serveis. A més, l'apartat 5 de l'article 15 de la Llei 30/1992 exclou del règim jurídic d'aquest article els encàrrecs a les persones físiques o jurídiques sotmeses al dret privat, i es remet a la normativa reguladora de la contractació pública, actualment la LCSP. Aquesta remissió reforça el fet que els encàrrecs de gestió podien, inicialment, tenir per objecte una prestació o un contingut contractuals (l'execució d'una obra, la realització d'un subministrament i la prestació d'un servei).

Per tant, de la lectura del precepte es dedueix que l'àmbit objectiu de l'encàrrec de l'article 15 de la Llei 30/1992 és més ampli que el que regula la LCSP, ja que la seva redacció permet entendre que inclou activitats o prestacions de caràcter material, tècnic o de serveis, ja siguin propis dels contractes administratius o no.

Quant a l'àmbit subjectiu, s'ha de dir que segons l'article 15 de la Llei 30/1992 els òrgans administratius o les entitats de dret públic poden fer encàrrecs de gestió a altres òrgans o entitats de la mateixa administració o d'una altra de diferent.

La Llei 30/1992 no conté una regulació completa de l'encàrrec de gestió, sinó que es limita a enunciar un tipus de relació juridicopública de caràcter bilateral



amb un contingut que en bona part dels casos podria tenir naturalesa contractual a causa de l'existència d'una contraprestació, diferent, per tant, dels convenis de col·laboració, que es caracteritzen per una actuació conjunta amb interessos comuns. En conclusió, les característiques que presenten aquests encàrrecs de gestió són, principalment, les següents:

- Constitueixen una relació jurídica bilateral de caràcter voluntari entre òrgans administratius i/o ens de dret públic que pertanyen a la mateixa administració o a una de diferent.
- L'objecte de l'encàrrec pot ser una activitat material, tècnica o la prestació d'un servei.
- No suposen la transferència de la competència per part de qui fa l'encàrrec a qui el rep, com tampoc del seu exercici.
- L'acord de l'encàrrec, si es formalitza entre òrgans o entitats de la mateixa administració —en els termes que estableixi la normativa pròpia o per acord exprés— s'ha de publicar en el butlletí oficial que correspongui i té efectes constitutius, això és, que de la publicació en depèn l'eficàcia. Aquesta exigència, en l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, es fa extensiva també als encàrrecs que es facin a altres administracions públiques. En canvi, d'acord amb l'article 15 de la Llei 30/1992, l'encàrrec entre òrgans o entitats de diferents administracions s'ha de formalitzar generalment amb la signatura d'un conveni.

3. La normativa reguladora dels contractes públics ha incorporat també la regulació d'aquesta modalitat de tècnica organitzativa. Passem a analitzar, pel seu interès, l'evolució del règim jurídic d'aquesta figura en la normativa de contractació.

El Decret 923/1965, de 8 d'abril, pel qual s'aprovà el text articulat de la Llei de bases de contractes de l'Estat, vigent en el moment de l'aprovació de la Llei 30/1992, no contenia cap referència als encàrrecs de gestió, si bé preveia la possibilitat d'execució d'obres per part de la mateixa Administració.

La Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques (en endavant, LCAP), va incorporar al dret espanyol les directives comunitàries i va establir, entre d'altres, les previsions següents:

- S'exclouen de l'àmbit d'aplicació de la LCAP els convenis de col·laboració que dugui a terme l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i les restants entitats públiques o qualsevol d'aquests entre si (article



3.1 c) i els convenis de col·laboració entre l'Administració i persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, llevat que el seu objecte estigui comprès en els contractes regulats en la LCAP o en normes administratives especials (article 3.1 d).

– S'autoritza l'execució d'obres i la fabricació de béns mobles per part de l'Administració en els casos en què tingui serveis tècnics aptes (articles 154 i 195, respectivament).

El Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP), va reproduir en els articles 3.1 c, 3.1 d, 152 i 194 les previsions de la Llei 13/1995 esmentades.

La regulació dels convenis de col·laboració en aquestes normes motivà que la Comissió Europea interposàs un recurs contra el regne d'Espanya per l'adaptació incorrecta de les directives comunitàries 93/36/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de subministrament, i 93/37/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres.

Com a conseqüència d'aquest recurs, la sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 13 de gener de 2005 (*Comissió/Espanya*) va condemnar l'Estat espanyol per incompliment de les directives comunitàries, entre altres motius, perquè el TRLCAP exclouïa de forma absoluta del seu àmbit d'aplicació, en l'article 3.1 c, els convenis de col·laboració entre les administracions públiques i la resta d'entitats públiques i, per tant, també els convenis que constitueixen contractes públics als efectes de les directives esmentades.

Arran d'aquesta sentència es va modificar l'article 3.1 del TRLCAP per mitjà de l'aprovació del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública, i es va adaptar així la legislació espanyola al contingut de la doctrina *in house providing* elaborada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea. La modificació es va fer en el sentit següent:

– Es varen restringir els convenis entre administracions públiques, organismes públics o ens de titularitat pública, als casos en què l'objecte del conveni no s'integri, per la seva naturalesa, en les prestacions a què fa referència la Llei de contractes. Així, es va donar una nova redacció a l'article 3.1 c, en virtut de la qual queden exclosos de l'àmbit d'aplicació del TRLCAP els convenis de



col·laboració interadministratius sempre que la matèria sobre la qual versin no sigui objecte d'un contracte d'obres, de subministrament, de consultoria i assistència o de serveis, o que sent objecte d'aquests contractes el seu import sigui inferior als llinars comunitaris.

– Es recull, en l'article 3.1 I, la figura de l'encàrrec gestió, malgrat que no en defineix ni en delimita de manera expressa el contingut, sinó que es limita a excloure de l'àmbit de la Llei de contractes els encàrrecs de gestió que es facin a entitats i societats el capital de les quals pertanyi totalment a la mateixa Administració pública.

Posteriorment, la Llei 42/2006, de 28 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2007, va donar una nova redacció a l'article 3.1 I i va incorporar expressament els requisits comunitaris de la doctrina *in house providing*. Així, es va exigir que els encàrrecs de gestió es confereixin a entitats i societats el capital de les quals sigui en la seva totalitat de titularitat pública i sobre les quals l'Administració que fa l'encàrrec tenguí un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, sempre que aquestes societats i entitats facin la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o entitats que les controlen.

4. El denominat *contracte intern* o *in house providing* és una relació jurídica en què un poder adjudicador encarrega la prestació d'una obra o d'un servei a un ens instrumental amb personalitat jurídica pròpia sense aplicar la legislació contractual. Es tracta d'una manifestació de la potestat autoorganitzativa de les administracions públiques per la qual l'interès públic se satisfà mitjançant una activitat interna, i que s'inspira en la doctrina i pràctica denominada en el món anglosaxó *in house providing* (literalment, 'subministrament domèstic o intern').

Si bé es tracta d'una modalitat de gestió admesa pel dret comunitari, es tracta d'una excepció i, per tant, fer encàrrecs de forma directa, sense licitació pública, a entitats dotades de personalitat jurídica pròpia però controlades pels ens contractants, ha estat, i és, font de conflictes, atès que pot afectar els principis comunitaris d'igualtat i de competència.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha elaborat una doctrina important en relació amb els contractes denominats *in house* o *in house providing*, primer amb la sentència de 18 de novembre de 1999, *Teckal*, dictada en l'assumpte C-107/98, i, posteriorment, en les sentències, *Stadt Halle*, *Comissió/Espanya*, *Parking Brixen* i *Comissió/Àustria*, de 2005, la sentència *Carbotermo*, l'any 2006, les sentències *TRAGSA* i *Aperymco* l'any 2007 i la sentència *Coditel* l'any 2008. Aquesta doctrina permet fer encàrrecs, que no tenen la consideració de contractes, a ens



instrumentals amb personalitat jurídica pròpia sempre que es compleixin els requisits següents:

- Que l'encàrrec es formalitzi entre una entitat adjudicadora i una entitat formalment diferent d'aquesta però sobre la qual exerceix un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis.
- Que l'ens instrumental dugui a terme la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o les entitats públiques que la controlen.
- Que el capital de l'ens instrumental sigui de titularitat totalment pública.

Aquesta Junta Consultiva ha analitzat en diverses ocasions aquestes qüestions, com per exemple en els informes 1/06 i 2/07 i, més recentment, en l'informe 4/09, de 27 de novembre, a la consideració jurídica quarta del qual ens remetem per a una explicació més detallada sobre la configuració dels contractes *in house providing*.

5. La LCSP, promulgada l'any 2007, ha incorporat la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justícia en relació amb els contractes *in house* en els articles 4.1 *n* i 24.6, de manera que la LCSP conté una regulació més completa que la de les lleis de contractes precedents.

L'article 4.1 *n* exclou de l'àmbit d'aplicació de la Llei de contractes els negocis jurídics següents:

Els negocis jurídics en virtut dels quals s'encarregui a una entitat que, de conformitat amb el que assenyala l'article 24.6, tingui atribuïda la condició de mitjà propi i servei tècnic d'aquest, la realització d'una determinada prestació. Amb tot, els contractes que hagin de subscriure les entitats que tinguin la consideració de mitjà propi i servei tècnic per a la realització de les prestacions objecte de l'encàrrec queden sotmesos a aquesta Llei, en els termes que siguin procedents d'acord amb la naturalesa de l'entitat que els subscriu i el seu tipus i quantia, i, en tot cas, quan es tracti de contractes d'obres, serveis o subministraments les quanties dels quals superin els llindars establerts a la secció 2a del capítol II d'aquest títol preliminar, les entitats de dret privat han d'observar per a la seva preparació i adjudicació les regles que estableixen els articles 121.1 i 174.

Per tant, l'article 4.1 *n* engloba qualsevol negoci per mitjà del qual un poder adjudicador encarrega a un ens instrumental la realització d'una prestació de naturalesa contractual. Tal com es dedueix de la Llei, aquest negoci jurídic sembla que s'ha de considerar com un negoci "unilateral", en la mesura que la



seva perfecció o existència no requereix del concurs de la voluntat de la persona a qui es fa l'encàrrec.

L'article 24.6 de la LCSP disposa que:

Als efectes que preveuen aquest article i l'article 4.1.n), els ens, organismes i entitats del sector públic poden ser considerats mitjans propis i serveis tècnics d'aquells poders adjudicadors per als quals realitzin la part essencial de la seva activitat quan aquests tinguin sobre aquells un control anàleg al que poden exercir sobre els seus propis serveis. Si es tracta de societats, a més, la totalitat del seu capital ha de ser de titularitat pública.

En tot cas, s'entén que els poders adjudicadors tenen sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si poden conferir-los encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a aquests d'acord amb instruccions fixades unilateralment per qui fa l'encàrrec i la retribució dels quals es fixi per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguin.

La condició de mitjà propi i servei tècnic de les entitats que compleixin els criteris esmentats en aquest apartat ha de ser reconeguda expressament per la norma que les creï o pels seus estatuts, que han de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició i precisar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir o les condicions en què se'ls poden adjudicar contractes, i ha de determinar per a aquestes la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels quals siguin mitjans propis, sens perjudici que, quan no hi hagi cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte de les licitacions.

L'article 24.6 incorpora els requisits de la jurisprudència comunitària, i fa referència a la possibilitat que el mitjà propi tingui personalitat jurídica diferent.

Pel que fa al control que ha d'exercir qui fa l'encàrrec sobre qui el rep, anàleg als seus propis serveis, la Llei, en el segon paràgraf de l'article 24.6, especifica quan s'ha d'entendre, en tot cas, que hi ha aquest control, i indica dos requisits per considerar un ens com a mitjà propi: l'existència d'unes instruccions fixades unilateralment per qui fa l'encàrrec i d'unes tarifes aprovades prèviament per l'Administració de la qual depèn qui rep l'encàrrec.

De la redacció d'aquest paràgraf es desprèn clarament una presumpció *iuris et de iure* quan fa servir l'expressió "en tot cas", ja que aquesta expressió implica, necessàriament, que permet altres tipus de situacions que acreditin el control anàleg esmentat.



Així doncs, la LCSP ha establert, en els articles 4 i 24.6, les referències següents per als mitjans propis amb personalitat jurídica pròpia:

– Els ens instrumentals no poden participar en les licitacions públiques –enteses en sentit ampli– promogudes per les administracions o entitats de les quals són mitjans propis.

– Els contractes que formalitzin els ens instrumentals per dur a terme les prestacions objecte dels encàrrecs s’han de sotmetre a la LCSP, d’acord, això sí, amb la naturalesa de l’ens i les quanties dels contractes. Cal tenir en compte la norma especial que es conté en l’article 4.1 *n in fine*, en virtut de la qual en els casos en què se superin els llindars comunitaris s’han d’aplicar, com a mínim, les normes dels articles 121.1 i 174 de la LCSP, això és, les regles pròpies dels poders adjudicadors.

– S’exigeix que la condició de mitjà propi tengui un reconeixement en els estatuts o la norma fundacional de l’ens instrumental de manera que l’ens en qüestió s’autolimiti via estatuts o norma de creació, independentment de la presumpció *iuris et de iure* abans esmentada.

Com que la LCSP no ha regulat un règim transitori de les entitats instrumentals creades amb anterioritat a la LCSP, és interessant destacar la conclusió a la qual va arribar la Junta Consultiva de Contractació de la Comunitat Autònoma d’Aragó en l’Informe 26/2008, de 3 de novembre, en què considera que aquest requisit s’ha d’exigir a les entitats creades amb posterioritat a la LCSP, i que per a les entitats creades amb anterioritat a l’entrada en vigor de la LCSP, es pot entendre complert quan es desprengui de les seves normes de creació, sense perjudici que aquestes entitats optin per adaptar els seus estatuts a la nova regulació. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears no s’ha pronunciat sobre aquesta qüestió.

– En relació amb l’àmbit subjectiu, les previsions de l’article 24.6 de la LCSP estan clarament adreçades a tots els poders adjudicadors, ja siguin administracions públiques *stricto sensu* o no. Això contrasta amb l’àmbit subjectiu dels cinc primers apartats del mateix article, que sí que s’adrecen només a les administracions públiques *stricto sensu*, i no es pot interpretar el contrari, tant pel sentit literal del mateix article com per la coherència necessària per interpretar i entendre la seva relació amb els articles 4.1 *n* i 24.6.



6. Atès tot el que s'ha explicat fins ara, cal considerar que la doctrina elaborada pel Tribunal de Justícia respecte dels contractes *in house providing* i els articles 4.1 *n* i 24.6 de la LCSP han incidit, necessàriament, sobre l'article 15 de la Llei 30/1992, i han modificat el seu contingut.

Així, l'encàrrec de gestió regulat en els articles 4.1 *n* i 24.6 de la LCSP és una relació de contingut materialment contractual (execució d'una obra, realització d'un subministrament o prestació d'un servei a canvi d'un preu) però que constitueix una excepció a les regles de les directives comunitàries en matèria de contractació. Aquesta relació és diferent de la que es produeix en els encàrrecs de gestió de l'article 15 de la Llei 30/1992.

Com s'ha dit abans, l'àmbit material de l'article 15 de la Llei 30/1992 comprèn, inicialment, tant les relacions jurídiques l'objecte de les quals no està integrat per prestacions pròpies dels contractes administratius (com ara les activitats que es facin per compte de l'altra administració a títol essencialment gratuït, és a dir, sense contraprestació), com els negocis jurídics l'objecte dels quals presenta un contingut clarament contractual des del punt de vista de la LCSP. Així doncs, es pot afirmar que si bé l'àmbit objectiu de l'article 15 de la Llei 30/1992 és més ampli que el que regula la LCSP, aparentment hi ha una certa coincidència o superposició entre els encàrrecs de gestió regulats per ambdues lleis.

De fet, mentre que en els casos dels encàrrecs interadministratius de la Llei 30/1992 se signa un conveni, és a dir, un acord bilateral i lliure de voluntats, els encàrrecs de la LCSP són un mandat obligatori a causa de la inexistència de voluntat pròpia i autònoma de qui rep l'encàrrec respecte de qui el fa, la qual cosa els apropa a un negoci jurídic unilateral, que pareix del tot incompatible amb la naturalesa de l'encàrrec "administratiu" de l'article 15 de la Llei 30/1992. Això permet arribar a la conclusió que els encàrrecs de gestió interadministratius de la Llei 30/1992 i els encàrrecs de gestió de la LCSP són figures diferents.

La diferenciació entre les figures de l'encàrrec de gestió en ambdues lleis ha estat analitzada per la Circular 6/2009 de l'Advocacia General de l'Estat, que arriba a la conclusió que els problemes que genera la incompatibilitat d'ambdós règims jurídics, a causa d'un conflicte positiu de les dues normes jurídiques que regulen la mateixa figura amb requisits diferents, s'ha de resoldre, bàsicament, amb els principis generals del dret, com són la doctrina de *lex posterior* i el principi de la llei especial respecte de la llei general. Així, l'advocat de l'Estat afirma el següent:



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 aquest cas és evident que hi ha dues normes amb rang de llei que coincideixen parcialment en la regulació d'una matèria i la regulen de forma diferent, per la qual cosa cal considerar que la llei posterior, que és la LCSP, ha derogat parcialment o ha modificat l'article 15 de la Llei 30/1992 en el sentit que aquest precepte ja no pot incloure encàrrecs de gestió de caràcter merament contractual, ja que el seu àmbit ha quedat circumscrit a les activitats o actuacions materialment alienes a la contractació pública.

A més de ser una norma posterior, la LCSP és una norma específica que regula la contractació. Per tant, si la LCSP, en aplicació de les directrius derivades de la doctrina i de les normes del dret europeu sobre l'adjudicació dels contractes públics, regula la figura dels encàrrecs de gestió com una excepció a l'aplicació de les normes sobre contractació pública, resultaria incomprensible que els encàrrecs de gestió l'objecte dels quals sigui de naturalesa contractual, això és, l'execució d'obres, la realització de subministraments o la prestació de serveis, no tinguessin com a règim jurídic aplicable el que estableix la LCSP, que, com ja s'ha dit abans, conforma un règim jurídic més recent i més específic que el de la Llei 30/1992. És a dir, a més de ser una norma posterior i més específica, l'aplicació d'un règim diferent que no sigui el que estableix la LCSP tendria, com a conseqüència no desitjable, una relaxació de l'aplicació dels requisits necessaris



per garantir els principis bàsics i essencials de la contractació pública en què tant ha incidit el dret comunitari.

D'aquesta manera, i com a conclusió final en relació amb l'abast de l'article 15 de la Llei 30/1992, queda clar que, amb l'entrada en vigor de la nova LCSP (i, fins i tot, abans), la seva aplicació ha quedat circumscrita a totes les matèries alienes a la contractació. Per tant, la virtualitat de l'article 15 en qüestió es limita, a dia d'avui, a actuacions o activitats alienes a l'àmbit de la legislació de contractes, és a dir, el seu objecte no pot incloure prestacions o actuacions pròpies dels contractes administratius a canvi d'una contraprestació dinerària equivalent al valor de la prestació.

Les conseqüències d'aquest fet són les següents:

– Un encàrrec de gestió de contingut materialment contractual s'ha de fer de conformitat amb els articles 4.1 *n* i 24.6 de la LCSP, és a dir, s'han de complir els requisits que exigeix l'article 24.6. En cas que no es compleixin, no es podrà dur a terme l'encàrrec de gestió per aquesta via ni, òbviament, per la via de l'article 15 de la Llei 30/1992.

– Els encàrrecs de gestió de la LCSP no exigeixen el compliment dels requisits formals que preveu l'article 15 de la Llei 30/1992, per la qual cosa és suficient que l'entitat que fa l'encàrrec notifiqui a l'entitat que rep l'encàrrec l'acord que ha adoptat.

7. Passem a analitzar, seguint el que s'acaba d'afirmar, quin és el procediment que cal seguir per formalitzar els encàrrecs de gestió previstos en la LCSP.

Com ja s'ha dit abans, els encàrrecs de gestió als quals fa referència la doctrina *in house* no són contractes *stricto sensu*, sinó que suposen una manifestació de la potestat autoorganitzativa de l'Administració, ja que no hi ha una autonomia de la voluntat per part de qui rep l'encàrrec.

Així, es tracta d'encàrrecs que els poders adjudicadors fan als seus serveis interns, com a organitzacions especialitzades i segregades en règim de descentralització funcional, que habitualment adopten una forma juridicoprivada. Atès que aquestes persones jurídiques no es consideren independents, el Tribunal de Justícia considera que aquest encàrrec de treball no és un autèntic contracte *inter partes*, sinó una convenció interna entre serveis. De fet, no són actes administratius *ad extra* amb efectes sobre tercers, sinó vertaderes ordres de servei per mitjà de les quals els òrgans administratius organitzen i dirigeixen l'activitat



dels seus òrgans o ens dependents, malgrat que aquests darrers puguin tenir una personalitat jurídica diferent.

Aquests negocis jurídics unilaterals o ordres de servei, tot i que en els casos en què s'adrecen a entitats instrumentals amb personalitat jurídica pròpia (particularment si es tracta d'entitats de dret privat) no es corresponen exactament amb les que preveu l'article 21.2 de la Llei 30/1992 (ja que l'abast d'aquesta norma es limita als òrgans o serveis interns jeràrquicament dependents), sí que, en tot cas, quan són dictades per poders adjudicadors que siguin administracions públiques als efectes de la Llei 30/1992, es poden considerar com a actes administratius, si bé amb efectes *ad intra*, que han d'adoptar la forma inherent a aquests actes (resolució, acord, etc), s'han de comunicar a l'ens destinatari de l'acte, i s'han de considerar executius d'acord amb les regles generals de la Llei 30/1992.

En definitiva, els encàrrecs de gestió han d'adoptar la forma oportuna d'acord amb la naturalesa de l'entitat i de l'òrgan concret que faci l'encàrrec. En particular, en el cas que l'encàrrec el faci una administració pública als efectes de la Llei 30/1992 (de conformitat amb l'article 2), aquest negoci jurídic unilateral constitueix un autèntic acte administratiu (tot i que amb efectes *ad intra*), amb les conseqüències que això implica.

La notificació o comunicació de l'encàrrec a l'ens instrumental que l'ha de complir determina el moment en què l'encàrrec desplega els seus efectes, d'acord, evidentment, amb el contingut de la declaració d'encàrrec (la qual certament pot fixar un termini inicial o una condició suspensiva), sense que, en conseqüència, sigui necessària la formalització ni, per tant, la publicació, de cap conveni o acord entre l'entitat que fa l'encàrrec i l'entitat destinatària d'aquest.

Conclusió

1. Els encàrrecs de gestió regulats en l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú i en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, són figures diferents.

Atès que ambdues normes jurídiques coincideixen parcialment en la regulació d'una matèria i ho fan de manera diferenciada, cal aplicar la doctrina de la *lex posterior* i el principi de la llei especial respecte de la llei general per resoldre el conflicte entre aquestes normes. Això permet concloure que la Llei de contractes



ha derogat parcialment o ha modificat l'article 15 de la Llei 30/1992 en el sentit que aquest precepte ja no pot incloure encàrrecs de gestió de caràcter merament contractual, ja que el seu àmbit ha quedat circumscrit a les activitats o actuacions materialment alienes a la contractació pública.

2. Els encàrrecs de gestió han d'adoptar la forma oportuna d'acord amb la naturalesa de l'entitat i de l'òrgan concret que fa l'encàrrec —en el cas que l'encàrrec el faci una administració pública als efectes de la Llei 30/1992 serà un acte administratiu— i s'han de comunicar a l'ens instrumental que l'ha de complir, sense que sigui necessària la formalització ni, per tant, la publicació, de cap conveni o acord entre l'entitat que fa l'encàrrec i l'entitat destinatària d'aquest.