

LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN: SU DELIMITACIÓN CON LA FIGURA DE LOS CONTRATOS *IN HOUSE*. LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS.

Carmen Alonso Higuera

Secretaría General del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

I. INTRODUCCIÓN

Los conceptos de encomienda de gestión y convenio de colaboración siempre han sido objeto de importantes discusiones doctrinales en nuestro derecho, debido a su casi inexistente regulación en el primer caso, y a su falta de distinción de otros conceptos jurídicos afines en el segundo, y esto ha generado una utilización de unos y otros que, en muchas ocasiones, no siempre coincidían con las que el legislador perseguía en su concepción original.

Efectivamente, las llamadas encomiendas de gestión reguladas inicialmente por la LRJPAC, no fueron objeto de una adecuada delimitación en cuanto a sus contornos jurídicos respecto de otras figuras afines o modalidades, como las contempladas en la legislación de contratos del sector público, ni tampoco de los convenios de colaboración que, carentes de un régimen jurídico concreto, han servido en muchas ocasiones de marco de negocios jurídicos plenamente contractuales, concertados al margen de la legislación contractual y, en una clara huída del régimen jurídico específico del contrato que constituía su objeto, al haber sido utilizados tanto para formalizar auténticas prestaciones encubiertas de servicios y/o ejecución de obras, como para efectuar transmisiones patrimoniales o comprometerse a efectuarlas, dando así el mismo tratamiento a un auténtico contrato que a un mero precontrato.

Esta situación, especialmente grave si tenemos en cuenta que como veremos más adelante, unos y otras, están excluidos en muchos casos del ámbito de aplicación de la legislación contractual, ha sido denunciada durante muchos años por la doctrina más autorizada, hasta que el Tribunal de Cuentas¹ puso de manifiesto la necesidad de definir cuidadosamente el régimen jurídico los convenios de colaboración y los supuestos en los que las relaciones entre Administraciones se podían canalizar mediante las encomiendas de gestión y su régimen jurídico y lo elevó a las Cortes en demanda de medidas que velaran por la correcta gestión de los fondos públicos, con una serie de propuestas concretas:

...

1^a. *Que se complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se*

¹ Dictamen núm. 878/2010, de 30 de noviembre.

suscriben con administrados, que se formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que se precisen sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido. Independientemente de ello, por lo que se refiere a los del primer tipo, sería deseable acometer el desarrollo reglamentario previsto en la disposición adicional 13^a "Régimen de suscripción de los convenios de colaboración" de la LRJ-PAC, y por lo que se refiere a los convenios con administrados, este Tribunal, como ha manifestado en diversos informes de fiscalización, entiende que, sin perjuicio de que se recojan sus aspectos esenciales en una norma de alcance general, en vista de la gran variedad de tipos de convenios que existen y sus distintas exigencias, debería considerarse la conveniencia de que cada Departamento ministerial elabore una normativa reguladora propia, dentro del expresado marco común, de modo semejante a lo establecido sobre las bases reguladoras de los distintos tipos de subvenciones públicas (art. 9.2 y 17 LGS) o en relación con el régimen de las encomiendas de gestión (art. 24.6 LCSP). Se dotaría así de un contenido preciso y seguro a la remisión que hace el art. 4.1.d) LCSP a sus "normas específicas" y quedaría resuelto el debatido problema sobre si es precisa la existencia de norma habilitadora para suscribir convenios.

- 2^a. Que se precise si a los convenios que se celebren por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras entidades o Administraciones Públicas les es de aplicación el régimen de los convenios interadministrativos (art. 4.1 c) LCSP) o el de los convenios con administrados (art. 4.1.d) LCSP).*
- 3^a. Que se precise en qué medida las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados a aquella pueden canalizarse mediante convenios de colaboración o si deben canalizarse mediante encomiendas de gestión, bien de las contempladas en el art. 4. n) LCSP, bien de las contempladas en el art. 15 LRJ-PAC.*
- 4^a. Que se adopten medidas eficaces en orden a la efectiva aplicación de los principios de la LCSP, en los casos de ausencia de normas especiales, según contempla su art. 4.2, teniendo en cuenta el distinto alcance que estos principios tienen en relación con los convenios interadministrativos y con los convenios con administrados.*
- 5^a. Que se delimiten con precisión, en los convenios que se suscriban, el objeto y las actividades a realizar por cada sujeto que conviene y, en su caso, la titularidad de los resultados, exigencia que ha de considerarse extensible a cualquier tipo de convenio: los interadministrativos y los convenios con administrados, incluidos los que tienen por objeto canalizar subvenciones públicas, aun en los casos en que sean nominativas.*
- 6^a. Que en los convenios en que la Administración haya de realizar aportaciones financieras, se fije con rigor su importe que, en ningún caso, debe rebasar el coste de la actividad a financiar ni su valor de mercado, exigiendo, si no fuera posible una cuantificación exacta en el momento de la suscripción, que se justifique por la parte gestora el gasto realizado con los fondos recibidos. En el caso de aportaciones patrimoniales no dinerarias deberá determinarse igualmente su valor real.*
- 7^a. Que se incluyan en el clausulado de los convenios las causas que pueden dar lugar a su modificación y resolución así como las consecuencias del incumplimiento de sus compromisos por alguno de los sujetos que lo suscriben.*
- 8^a. Que se definan y clarifiquen los criterios de imputación presupuestaria del gasto, teniendo en cuenta si la Administración que financia tiene las competencias de ejecución y, por consiguiente, la titularidad de los resultados, y ello tanto si el importe de la financiación se transfiere en efectivo, como si se destina a la realización de una inversión para su posterior entrega gratuita.*

9^a. Que se evite la contracción de compromisos de ejercicios futuros con cargo a créditos con asignación nominativa, ni aún condicionándolos a la futura concesión de otro crédito nominativo.

10^a. Que se evite la imputación automática de los saldos de compromisos no ejecutados del ejercicio anterior al presupuesto corriente sin una paralela modificación del plazo convenido, que lo armonice con la ejecución real y con su gestión presupuestaria, previa tramitación del correspondiente expediente, modificando a tal efecto incluso, en la medida en que resulte necesario, la regla 55 de la IOC.

11^a. Que se recabe la conformidad expresa de los suscriptores, bien directamente, bien a través de la comisión de seguimiento, sobre las actuaciones a realizar, cuando su concreción haya de tener lugar con posterioridad a la suscripción del convenio, así como en los casos de modificación de lo convenido u otras incidencias que surjan durante la vida del convenio y en relación con el cumplimiento de los compromisos asumidos por todos los intervinientes y con la liquidación final.

12^a. Que se atribuya a la comisiones de seguimiento o, en su caso, a un responsable del convenio, las facultades necesarias para supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de las actividades convenidas.

13^a. Que se justifique la ejecución del convenio mediante la comprobación material de las inversiones realizadas, tanto por el órgano gestor como por la intervención. Con respecto a la justificación en su vertiente financiera deberá comprender la acreditación de los gastos reales en que hubiera incurrido la parte responsable de la gestión, que en ningún caso deben rebasar su valor de mercado.

14^a. En aquellos casos en los que la delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA que se proponen colaborar presenta dificultades, resultaría sumamente beneficioso para la gestión pública que los extremos dudosos se clarificaran en los respectivos convenios, si todas o varias CCAA disponen de similares competencias, previo acuerdo de la conferencia sectorial en la suscripción generalizada, a fin de evitar conflictos y tratos desiguales.

15^a. Que se complete y amplíe la información sobre los convenios mediante un sistema registral que dé cumplida información de los que se celebren con todas las entidades públicas y con entidades sujetas al derecho privado.

16^a. Que la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público que se regula en el art. 29 LCSP y en los arts. 39 y 40 LFTCu, se haga extensiva con las necesarias adaptaciones a los convenios de colaboración.

...

Este dictamen dio lugar a la aprobación de la Resolución de 18 de diciembre de 2012 de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, que instaba al Gobierno Central a realizar esta labor, que se ha pretendido llevar a cabo con la LRJSP.

También el Consejo de Estado se había hecho eco de los problemas que se podían derivar de esta indefinición cuando, al dictaminar el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información pública y Buen Gobierno², recomendó y así se recogió en el texto finalmente aprobado, que se incluyera en la letra b) de su artículo 6 una previsión sobre la necesidad de hacer pública la información relativa a las

² Dictamen núm. 707/2012, de 19 de julio.

encomiendas de gestión y, muy singularmente, la relativa a su presupuesto, objeto, obligaciones económicas, tarifas de acuerdo con las cuales se establecen tales obligaciones y la realización, en su caso, de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, del procedimiento en virtud del cual tengan que tener lugar y de los importes de adjudicación, y todo ello por considerar que:

...

Una parte relevante de los servicios que pueden ser prestados a las entidades del sector público pueden canalizarse a través de entidades que tengan la condición de medio propio y Servicio técnico de las mismas, acudiendo a la figura de la encomienda de gestión (artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP) sin que sea infrecuente que tales entidades subcontraten, a su vez, todo o parte de las prestaciones que las corresponde ejecutar como terceras personas, ajenas al sector público; de este modo, puede ocasionalmente soslayarse el cumplimiento de algunas de las exigencias que en materia de publicidad impone lo ordenamiento jurídico a los entes integrantes del sector público o, al menos, atemperarse el rigor como que en otras circunstancias tales obligaciones deben ser atendidas.

...

Debido al hecho de que mientras las encomiendas interorgánicas sujetas al régimen jurídico de la LRJPAC tenían que ser objeto de publicidad, las interadministrativas y las reguladas por la legislación contractual no estaban expresamente sometidas a este requisito y se dudaba de la aplicabilidad a las mismas de esta previsión de la LRJPAC.

Señalado lo anterior a manera de introducción necesaria, realizaremos a continuación un análisis particularizado de las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico y en la legislación contractual, para pasar seguidamente al estudio de los convenios de colaboración.

II. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO

1. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN LA LRJPAC

La encomienda de gestión es una técnica por la que se transfieren por el órgano competente determinadas funciones relacionadas con el ejercicio de la competencia, manteniendo, en cambio, su titularidad y la responsabilidad derivada de la misma.

Esta técnica tuvo su origen en el artículo 5 de la Ley del Proceso Autonómico, que la contempló como forma de gestión de servicios autonómicos por parte de las Diputaciones provinciales por mandato de las CCAA y que, posteriormente, se recogió en los artículos 8 y 37.1 de la LRBRL, al prever que las CCAA podrían encomendar a las Diputaciones la gestión ordinaria de alguno de sus servicios, pero con sometimiento de estas últimas a las instrucciones que a estos efectos pudieran dictar las primeras.

Más tarde, fue la LRJPAC la norma que generalizó la utilización de esta técnica para todas las Administraciones públicas, al regularla, con carácter general, en su artículo 15, como técnica en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de

derecho público podían encomendar a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por razones de eficacia o cuando no se poseyeren los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Ahora bien, como señalaba expresamente el propio precepto, esta técnica no suponía ni la transferencia de la titularidad de la competencia, ni tan siquiera la de los elementos sustantivos de su ejercicio, o lo que es lo mismo, ni la decisión sobre la competencia, ni la responsabilidad de tal decisión, motivo por el que correspondía al órgano encomendante la responsabilidad de dictar los actos administrativos productores de efectos jurídicos derivados de la actividad material concreta objeto de encomienda, aunque no los de mero trámite³.

Estábamos, pues, ante una forma de mandato o encargo jurídico-público efectuada por una Administración, para que otra diferente gestionara servicios de su titularidad, en su nombre y bajo su responsabilidad, bajo una relación de tutela orgánica, cuya diferencia básica con la delegación consistía en que mientras con esta última el ente delegado ostentaba la capacidad de auto organización del servicio y actuaba en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, aunque sujeto a la tutela legal y material del órgano delegante, que se concretaba, tal como siempre ha establecido el artículo 27.2 de la LRBRL, en su capacidad de dirigir y controlar el servicio delegado, en la encomienda de gestión, por el contrario, la Administración encomendada actuaba como órgano de la encomendante, sujeta a su tutela orgánica y a sus instrucciones generales y particulares y sin capacidad de auto organización.

Nos encontrábamos, en consecuencia, ante una Administración que se colocaba en una situación de inferioridad respecto de la Administración encomendante que, como previó en su momento el artículo 6 de la Ley del Proceso Autonómico, podía fijar, respecto del servicio encomendado, módulos de funcionamiento y financiación y determinados niveles de rendimiento.

En la LRJPAC la encomienda de gestión se posibilitaba, tanto entre órganos y entidades de la misma Administración, como entre órganos y entidades de una Administración diferente, exigiéndose, en este último caso, la conformidad de ambas partes formalizada mediante la suscripción de un Convenio, que es la manifestación típica del libre acuerdo de voluntades propio de la existencia de diferentes personas jurídicas, con una única excepción, constituida por el supuesto específicamente previsto por el artículo 37 de la LRBRL, de gestión ordinaria de los servicios de las CCAA por las Diputaciones provinciales o, en su caso, por los Cabildos o Consejos Insulares, cuya regulación la LRJPAC remitía a la LRBRL.

Ciertamente, también en el caso de encomienda de gestión entre órganos administrativos o entidades de la misma Administración se requería una determinada formalidad y, por lo tanto, que esta se efectuara por escrito, en los términos que estableciera su propia normativa o, en su defecto, por acuerdo expreso de estos órganos o entidades, dado que la formalización escrita constituía un elemento

³ STS de 8 de octubre de 2013 (Ar. RC\2011\5847).

necesario para, posteriormente, poder cumplir el requisito que exigía la propia LRJPAC de publicar el instrumento de formalización de la encomienda en el Diario Oficial correspondiente - el Boletín Oficial de la Provincia, en el caso de producirse entre órganos o entidades del ámbito local -.

En este caso, a diferencia de lo que sucede con la delegación entre órganos locales, la publicación era un requisito determinante de su eficacia por imperativo de lo que disponía el artículo 15.3 de la LRJPAC, de lo que se desprende que el acuerdo de voluntades que con la encomienda de gestión se producía no era suficiente, aunque se formalizara debidamente en el instrumento correspondiente, pues su eficacia quedaba demorada hasta que se procediera a su publicación.

La LRJPAC contenía, además, una habilitación expresa, de carácter normativo, para que cada Administración y, por lo tanto, también la local, pudiera regular los requisitos necesarios para la validez de estos acuerdos, con los únicos límites que se derivaban de lo que se disponía en la propia Ley, entre ellos, la necesidad de incluir, como requisito mínimo, la obligación de que los acuerdos de encomienda incluyeran, como mínimo, la mención expresa de la actividad o actividades a las que afecta, su plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la actividad encomendada.

Cómo señaló en su momento Luis Ortega⁴, «... *lo encomienda de gestión supone una forma de gestión directa de actividades instrumentales al margen del recurso a la fórmula contractual...*». En otras palabras, lo que encargado al sector privado constituiría un contrato administrativo, encargado a órganos o entidades de las Administraciones públicas, constituía, siendo el mismo, una encomienda de gestión, precisamente por eso el legislador no consideraba viable la utilización de esta técnica respecto de personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, a las que remitía a la vía contractual, aunque con un grado importante de imprecisión, puesto que, a continuación inducía a confusión, cuando indicaba que no se podían encomendar a personas o entidades sujetas al derecho privado, actividades que, según la legislación vigente, tuvieran que realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Para Luis Ortega, el artículo 15.5 de la LRJPAC había que interpretarlo en el sentido de que lo que este precepto impedía era la utilización de la encomienda de gestión en los términos en que estaba regulada en la propia LRJPAC, es decir, para estas actividades concretas y bajo este régimen jurídico específico, respecto de personas físicas o jurídicas sometidas al derecho privado. En cambio, el último inciso había que entenderlo referido a otros tipos posibles de encomienda de gestión que pudiera regular la legislación sectorial en relación con otras actividades y bajo otro régimen jurídico diferente, respecto de los cuales el legislador estatal lo único que establecía era una norma básica de obligado cumplimiento para los legisladores sectoriales, consistente en imponer la prohibición de encomendar a este tipo de personas actividades sometidas al derecho administrativo, para evitar el uso desviado de estas técnicas con el objeto de evadir el sometimiento de una actividad esencialmente pública al derecho administrativo.

⁴ Editorial Tecnos. La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Obra dirigida por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón.

Esta prohibición era de fundamental importancia en el ámbito local, respecto de las sociedades privadas municipales, o sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal, en la medida en que, en tanto que personas de derecho privado, estarían incluidas dentro del ámbito de la prohibición a la que anteriormente nos hemos referido.

No opinaba así una parte importante de la doctrina⁵, en particular, Fernando GARRIDO FALLA y Elisenda MALARET Y GARCÍA. Para el primero, el encargo de gestión de actividades y servicios a entes instrumentales de la Administración sujetos a derecho privado, era una práctica jurídica habitual de la que citaba numerosos e importantes ejemplos, que era la que da sentido al ente instrumental, por lo que no consideraba aplicable tal prohibición a este tipo de sociedades públicas y entendía que estaba dirigida a las personas físicas y empresas mercantiles privadas. Para la profesora MALARET, por su parte, coincidiendo con la posición final del autor anteriormente citado, la prohibición que contenía el artículo 15.5 de la LRJPAC no era predictable de las Empresas de capital íntegramente público, pues para la aplicación de la legislación de contratos hacía falta que el sujeto de derecho privado en cuestión fuera un tercero, al considerar que todo el arsenal de prerrogativas públicas se convertía en innecesario cuando el capital era íntegramente público y la Administración podía, mediante su posición de *dominium*, determinar el comportamiento de la sociedad, sin que en estos casos fuera necesario el *imperium*.

Pero todo y la lógica aplastante de estas posiciones, en particular, el fundamento en que se basaba la última de ellas, en mi opinión⁶ hacía falta distinguir, por lo que a la Administración local se refería, el tipo de empresa pública a la que se hacía la encomienda, es decir, si nos encontrábamos ante un ente instrumental para la gestión directa de un servicio público o ante empresas públicas constituidas como instrumento para el ejercicio de actividades económicas.

En los dos casos, decíamos entonces, el objeto de estas empresas estaría delimitado por sus previsiones estatutarias respecto de su objeto social, es decir, la gestión de algún servicio público o el ejercicio de actividades económicas concretas, a la vista del contenido del expediente previamente tramitado, lo que, en principio, parecía impedir, sin un nuevo expediente administrativo previo, el encargo de ningún otro tipo de actividades no determinadas en sus estatutos.

Además, en el caso de las sociedades de servicio público, entendíamos también entonces, no existe una encomienda de gestión, sino que la propia empresa municipal constituye una forma de gestión a la que nada se encomienda, simplemente se crea como instrumento para gestionar un servicio público concreto que constituye su objeto social. Fueras de esto, que en mi opinión, no constituía una encomienda, nada más se le podía encomendar, si no era por la vía de ampliar su objeto social para la

⁵ Fernando Garrido Falla y José M^a Fernández Pastrana, en su obra conjunta *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas. Uno estudio de la Ley 30/1992*. Editorial Civitas. 1993. También la profesora Elisenda Malaret y García, en su obra *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Editorial Civitas. 1992.

⁶ Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal. Carmen Alonso Higuera. Editorial Atelier. Ed. 2002.

gestión de nuevos servicios públicos previamente establecidos por el Ayuntamiento cuando, respecto de su forma de gestión, se hubiera determinado que fuera directa, mediante una empresa de esta naturaleza que, en este caso, ya se encontraría constituida. En estos supuestos, el ente instrumental gestiona un servicio público globalmente considerado y no meras actividades materiales, técnicas o de determinados servicios, concepto este que no hay que confundir con el de servicio público, pues aquellas no son más que facetas parciales de una actividad municipal concreta.

Por el contrario, cuando se tratara de empresas públicas de capital íntegramente municipal, constituidas para el ejercicio, en régimen de libre concurrencia, de actividades económicas, considerábamos que estas empresas, además de constituirse para un fin determinado y no para el que eventualmente decidiera encargarle el Ayuntamiento por la vía de la encomienda de gestión, sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido para el ejercicio de la iniciativa en la realización de actividades económicas, tenían que actuar al mercado, con carácter general, desprovistas de potestades administrativas y en igualdad de condiciones que las restantes empresas privadas, por lo que, en la medida en que concertara con la Administración matriz una determinada actividad, salvo que constituyera la actividad económica para la que fue creada, tenía que ser, en mi opinión, por la vía contractual, siempre que tal actividad, además, formara parte de su objeto social, sin que pudieran encomendársele, dada su naturaleza y finalidad, otras actividades que, como la contratación de obras públicas o la gestión de servicios públicos, se tenían de realizar con sujeción al Derecho administrativo.

En apoyo de esta tesis, en la obra anteriormente anotada me manifestaba en los términos siguientes:

...

Respecto de los servicios públicos, el tema es meridianamente claro, porque si la sociedad tiene por objeto, únicamente, la realización de una actividad económica pura, que no constituya servicio público, quedaría claramente excluida esta posibilidad, puesto que en este caso estaríamos, no tanto ante una empresa pública de actividad económica, como ante una empresa pública como forma de gestión directa de servicios públicos.

Respecto de la gestión de obras públicas, por el contrario, cuando se tratara de obras ordinarias que no formen parte del proceso de urbanización ni se refieran a los sistemas locales previstos en el planeamiento a ejecutar por el sistema de expropiación, porque las de urbanización se pueden gestionar a través de una empresa pública municipal de servicio público, y quitando las fórmulas de colaboración con otras Administraciones —concierto o convenio— solamente se pueden ejecutar mediante contrato o por administración⁷, como se infiere claramente de lo que se dispone por el artículo 152 del TRLCAP.

En la ejecución de obras por Administración, estas obras se pueden verificar por los propios servicios del Ayuntamiento, a través de sus medios personales o reales, o bien con la colaboración de empresarios particulares, cuando su presupuesto sea inferior a 891.521.645

⁷ En Cataluña, el artículo 48 del ROAS previene expresamente que las obras públicas encomendadas únicamente se pueden ejecutar mediante contrato, por administración, por concesión mixta de obra y servicio o mediante consorcio o convenio con otras Administraciones públicas.

pesetas, o su equivalente en euros, IVA excluido, mediante un contrato de colaboración de carácter administrativo, que no constituirá un contrato de obras, y previa selección del empresario colaborador mediante los procedimientos y formas de adjudicación previstos por los artículos 73 y 74 del TRLCAP, a través de los sistemas de subasta y concurso, pero con el límite de que no se podrá encargar a la colaboración empresarial más del 50 por 100 del importe total del proyecto.

En este sistema tendría cabida, también, la actuación empresarial de la Administración, siempre que el Ayuntamiento tuviera constituida o constituyera una sociedad mercantil, como servicio técnico o industrial propio, pero esto sólo permitiría que la sociedad pública mercantil que se constituyera como servicio técnico o industrial propio del Ayuntamiento, ejecutara la obra por sus propios medios materiales o personales, o subscribiera un convenio de colaboración empresarial de los anteriormente mencionados, hasta un máximo del 50 por 100 del importe total de la obra, pero no que la empresa contratara con un tercero la totalidad de su ejecución, como ocurre en la práctica con cierta asiduidad.

En otras palabras, si seguimos el ejemplo de las obras públicas, no podría encargarse su ejecución a una empresa pública municipal por la vía de la encomienda de gestión, salvo que la empresa se haya constituido precisamente para ello, es decir, para gestionar, como empresa de servicio público, las obras municipales ordinarias o de urbanización, siempre que las ejecute directamente o mediante un convenio de colaboración empresarial respecto de una parte de las mismas, en este caso no habría encomienda de gestión, sino gestión directa de un servicio público municipal.

Mucho menos, por lo tanto, podría encomendarse a esta empresa lo que en la práctica es bastante habitual, que es la gestión de la contratación de obras públicas con terceros, de forma que en lugar de actuar como Administración contratante el Ayuntamiento, actúe la propia empresa, a través de una encomienda de gestión, por tratarse de una materia sometida al Derecho administrativo, concretamente al TRLCAP.

Se podrá decir que las empresas mercantiles de capital totalmente público también quedan afectadas por esta legislación, pero esto sería cierto sólo parcialmente, pues con independencia de que la legislación comunitaria así lo pretendiera, lo cierto es que la transposición que se ha hecho en nuestro derecho de la misma a través del TRLCAP dista mucho de tal solución, al no incluir a estas empresas en su ámbito subjetivo de aplicación, salvo para las obras a las que se refiere su artículo 2.2 y, únicamente, referirse a ellas en su Disposición Adicional sexta, que tan sólo exige que este tipo de empresas ajusten su actividad contractual a los Principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación administrativa, lo que no es exactamente lo mismo que aplicar la integridad del TRLCAP.

Por lo tanto, si la idea del legislador al redactar el artículo 15.5 de la LRJPAC era, según señala Garrido Falla en la obra ya anotada, «... evitar que los procedimientos de licitación pública y selección administrativa del contratista privado escapen a la normativa de la legislación específica sobre contratos públicos...», opinión que compartimos y se puede considerar generalizada en nuestra doctrina, no puede tener cabida esta posibilidad respecto de empresas municipales constituidas para finalidades diferentes —gestión de un servicio público diferente o realización de una actividad económica distinta— en particular por lo que a la ejecución de obras públicas se refiere, que es la materia en la que más tendencia a la encomienda de gestión se produce, pues, cómo hemos visto, el resultado que se conseguiría es, precisamente, el que intentó evitar el legislador.

Este era el estado de la cuestión en 2002 con la legislación entonces vigente que, como vemos, planteaba serios interrogantes respecto de la posibilidad de que esta técnica se utilizara con personas sujetas al derecho privado, incluso cuando fueran íntegramente públicas, en particular cuando de sociedades para el ejercicio de actividades

...

económicas se trataba, pues el Texto Refundido de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP en adelante, no se ocupaba entonces de esta cuestión, hasta que con la reforma operada en virtud del Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, se dio fin a las dudas que el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, suscitaba sobre la utilización de esta figura cuando de personas sujetas al derecho privado se trataba.

En consecuencia, a partir de ese momento, el régimen jurídico de las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC tan sólo resultaba aplicable a las Administraciones o a sus entes instrumentales sujetos a derecho público, como de forma tajante ha declarado posteriormente la Jurisprudencia⁸.

Y esto dio lugar a otra enconada discusión, sobre si se trataba de la misma figura o técnica jurídica o de otra diferente⁹ o, como entendió entonces el Tribunal Supremo, se trataba de una modalidad de la misma figura que tenía un régimen jurídico distinto.

También se suscitaba la duda de si, cuando esta encomienda se realizara al amparo de la LRJPAC con entes de otras Administraciones públicas sujetas al derecho público, su objeto podía ser coincidente con el de un contrato, cuestión en relación con la cual la Abogacía del Estado¹⁰ consideró que si bien inicialmente existía esta posibilidad, puesto que la legislación contractual no había regulado todavía la figura de los contratos *in house providing*, después, precisamente, la diferencia básica entre una y otra figura consistía en que mientras la encomienda de gestión de la LRJPAC resultaba aplicable a actividades o actuaciones ajenas a la legislación de contratación pública, las reguladas en esta última quedaban limitadas a la realización de prestaciones de contenido materialmente contractual, propias de los contratos de obras, suministros y servicios, y este era el motivo por el que no consideraba tampoco aplicable a estas últimas su deber de publicación y, en general, las formalidades reguladas por el artículo 15 de la LRJPAC.

2. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN LA LEY 26/2010, DE 3 DE AGOSTO, DE RÉGIMEN JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE CATALUÑA

En Cataluña, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, ayudó notablemente a avanzar en la distinción entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y encomiendas de gestión de la

⁸ STS de 1 de julio de 2015 (Ar. RJ\2015\3895), en la que se declara que en caso de personas o entes sujetos a derecho privado, como las fundaciones, la LRJPAC excluye esta transferencia competencial del régimen general de la encomienda, porque considera que la relación es contractual, y la remite a la legislación de contratos, en la que, como veremos seguidamente, se regula.

⁹ En la sentencia anteriormente anotada y en otras anteriores como la de 9 de diciembre de 2013 (Ar. RJ\2013\8174), el Tribunal Supremo entendió que la legislación contractual regulaba una modalidad de encomienda específica, llamada contratación doméstica, que suponía una excepción del régimen general de la contratación pública, en especial en cuanto al principio de concurrencia.

¹⁰ Circular 6/2009.

legislación contractual, al contemplar en su artículo 10, respecto de la legislación básica estatal y respecto de lo que la ley catalana denomina *encargos de gestión*, las precisiones y concreciones siguientes:

- a. En primer lugar, clarifica que los encargos de gestión sólo pueden recaer en organismos o entidades públicas, y declara, paralelamente y de forma expresa, que cuando el encargo de gestión tenga por objeto el propio de un contrato incluido en el ámbito de aplicación de los TRLCSP, no le resultará de aplicación el régimen jurídico contenido en el mencionado precepto.
- b. A la previsión anterior añade en segundo lugar que, de acuerdo con la legislación contractual, estos tipos de encargo sólo pueden hacerse a favor de Organismos o Entidades públicas que tengan la condición de medio propio de la Administración, Organismo o Entidad pública que la realiza.
- c. En tercer lugar concreta que la capacidad de cada Administración de regular sus encargos, se limita a los requisitos de formalización de los acuerdos, precisando que el instrumento para llevar a cabo esta regulación tiene que ser el reglamento.
- d. En cuarto lugar regula el contenido mínimo de los convenios mediante los cuales se formalicen los encargos de gestión interadministrativa, exigiendo en todo caso, como contenido mínimo, las precisiones siguientes:
 - El alcance y contenido de la actividad encomendada.
 - Las razones que justifican el encargo.
 - La fórmula de financiación de la actividad encargada, con indicación de los correspondientes créditos presupuestarios que se transfieren.
 - Las relaciones y las actuaciones a realizar para el seguimiento y control del encargo.
 - El plazo de vigencia del convenio.
- e. En quinto i último lugar, esta Ley precisa que el órgano, organismo o entidad pública que recibe el encargo puede gestionarlo directamente o por los medios previstos en la legislación pública de contratos y, en su caso, en la normativa de régimen local.

De este modo se clarifican algunos aspectos, principalmente, la separación existente entre dos figuras jurídicas diferentes, la encomienda de gestión prevista por la LRJPAC y la regulada al TRLCSP, lo que dio lugar a que una parte de la doctrina¹¹ considerara

¹¹ M. Vilalta Reixach, en su trabajo *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 de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña*, publicado a la Revista QDL núm. 28.

que se trataba de figuras que respondían a un mismo supraconcepto, con claros elementos comunes, pero con regímenes jurídicos diferentes.

3. NOVEDADES INCORPORADAS EN LA ENCOMANDA DE GESTIÓN POR LA LRJSP Y PREVISIONES CONTEMPLADAS EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En este estado de cosas, la promulgación de la LRJSP ha venido a aclarar algunos aspectos más, al incorporar las novedades siguientes:

- a. Reduce su objeto a actividades de carácter material o técnico, suprimiendo las de servicios, perfilando de esta manera un objeto más limitado, menos ambiguo y claramente indicador de actividades parciales.
- b. Suprime toda referencia a previsiones como las contenidas anteriormente en el apartado 5 del artículo 15 de la LRPAC¹² que tantas dudas había generado, y precisa en el primero de sus apartados, como ya había hecho la legislación catalana, que la encomienda tan sólo es posible a favor de entidades de derecho público.
- c. Neutraliza toda posibilidad de que las encomiendas que regula tengan por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en el TRLCSP, ya que en este supuesto, como ya había determinado la legislación catalana, su naturaleza y régimen jurídico se tiene que ajustar a sus previsiones, conservando, en consecuencia, su vigencia las determinaciones contenidas a los artículos 4.1.n) y 24.6 de este texto legal, que con un concepto más amplio, en lugar de actividades de carácter material o técnico, se refiere en general a prestaciones.
- d. Exige que se trate de órganos que entre sus competencias tengan atribuidas estas actividades.
- e. Atribuye al órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de datos de carácter personal a los que pueda tener acceso por razón del encargo, regulada por el artículo 3.g) de la LOPD y por el artículo 5 de su Reglamento de desarrollo¹³, resolviendo así situaciones en las que se había cuestionado esta posibilidad, al no transferirse con la encomienda ni la titularidad de la competencia ni la de los elementos sustantivos de su ejercicio.

¹² En este apartado la LRPAC excluía el régimen de aplicación de la encomienda a favor de personas, físicas y jurídicas sujetas a derecho privado a las que remitía a la legislación contractual, en particular respecto de actividades sujetas al derecho administrativo, sin distinguir entre las que formaran parte del sector público y las que no.

¹³ Este precepto define el concepto de encargado del tratamiento de datos de carácter personal, como la persona física o jurídica, pública o privada, o órgano administrativo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de una relación jurídica que lo vincula con este y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio, con la previsión de que también podrán ser encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.

f. Establece también la obligación de publicar los convenios en los que se formalicen los encargos entre órganos y entidades de derecho público de Administraciones diferentes, de la misma manera que era ya obligatorio para los que tengan lugar entre órganos y entidades de derecho público de la misma Administración, precisando el diario oficial en el que, en función de la naturaleza territorial del órgano encomendante, se tenga que efectuar.

Estas previsiones, acompañadas de la regulación que en su artículo 86 realiza la LRJSP respecto de los medios propios y los servicios técnicos de la Administración del Estado, a pesar de no resultar aplicable esta última al ámbito local, sirven para aclarar de una vez por todas, en la línea iniciada seis años antes por la legislación catalana, los diferentes supuestos en los que se aplica esta ley de aquellos en los que resulta aplicable el TRLCSP, ya que una y otra figura jurídica, aunque comparten nombre y, como ha señalado la doctrina¹⁴, responden a un mismo supraconcepto y tienen elementos comunes, en cambio disfrutan de regímenes jurídicos diferentes que, en consecuencia, dan lugar a dos figuras jurídicas distintas.

En el primer caso estamos ante supuestos de carácter excepcional que obedecen a la carencia de medios técnicos idóneos para su desarrollo o a razones de eficacia, aspectos ambos que tienen que quedar debidamente justificados y motivados en el expediente que sirve de cobertura para la toma de la decisión y, en consecuencia, ante un instrumento que nos permite, sin renunciar a la competencia ni transferir su ejercicio, superar carencias o insuficiencias de medios materiales o técnicos del órgano titular de la misma o lograr mayores niveles de eficiencia en su ejercicio, como medida organizativa y de gestión en el marco interno del sector público integrado por las Administraciones y los Organismos de derecho público.

En el segundo caso, el TRLCSP, al excluir las encomiendas de gestión a las que se refieren sus artículos 4.n) y 24.6 de su ámbito de aplicación, se está refiriendo a supuestos claramente contractuales, concretamente de autocontratación, de aquí la denominación que reciben en el lenguaje comunitario de contratos *in house*, es decir, de contratos domésticos. Estos son, por el contrario, negocios jurídicos de naturaleza ordinaria y no excepcional como los previstos a la LRJSP que, a diferencia de estos, no tienen limitado su objeto, sino que pueden contemplar todo tipo de prestaciones, y a los que, en consecuencia, no resultan de aplicación las formalidades y régimen jurídico contemplado a la LRJSP.

En el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que actualmente se encuentra en trámite, como veremos más adelante, esta distinción se acentúa algo más, ya que, por una parte, en su artículo 6.3, junto con los convenios interadministrativos o con sujetos de derecho privado cuyo contenido no esté referido al objeto de un contrato regulado por la propia Ley o por normas administrativas especiales, se excluyen de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión reguladas en la legislación en materia de régimen jurídico del sector público, no, en cambio, los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar en determinados supuestos a medios propios personificados, que se regulan en su artículo 32.

¹⁴ Veas la nota 11 anterior.

III. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Señalado lo anterior a manera de introducción necesaria, analizaremos ahora el marco legal actual de las encomiendas de gestión reguladas por la legislación contractual actual y, en consecuencia, los requisitos que según esta se manifiestan hoy como necesarios para que sea viable una encomienda de gestión, pues si bien los llamados contratos internos o *in house providing* que hay implícitos en las encomiendas de gestión no son una creación *ex novo* de la LCSP, precedente inmediato del TRLCSP, lo cierto es que es a partir de esta ley que estas encomiendas reciben una regulación mucho más matizada que la que se contendía en el artículo 3.1.I) del TRLCAP tras su modificación por el Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo.

Efectivamente, en la LCSP la regulación de las encomiendas de gestión fue mucho más matizada que en la legislación anterior, entre otras poderosas razones porque, como sucedía con otros muchos aspectos de esta ley, el legislador dio con ella cumplimiento o, cuanto menos, recogió muchos de los pronunciamientos judiciales que en relación con este extremo se habían ido generando por el Tribunal de Justicia europeo y por la doctrina más autorizada elaborada en torno a estos pronunciamientos de la justicia comunitaria, y esta es la razón que nos lleva a considerar necesario el análisis previo de los antecedentes legislativos y de los orígenes de esta institución, a fin de interpretar debidamente su regulación actual.

1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1.1. Las previsiones del TRLCAP

Cómo ya hemos dicho, la encomienda de gestión no siempre había sido objeto de atención por parte de la LCAP, pues en su redacción original no incorporó ninguna previsión al respecto, razón por la que las únicas referencias legales que teníamos en aquellos momentos en relación con este negocio jurídico eran las del artículo 15 de la LRJPAC que tanta problemática ha suscitado cuando la encomienda tenía que recaer en una personificación pública de derecho privado.

No fue hasta el año 2005 que se incorporó esta cuestión al TRLCAP, cuando en virtud de una reforma legislativa la reguló a su artículo 3.1.I), que estableció que quedaban fuera del ámbito de aplicación de aquella Ley las encomiendas de gestión que se realizaran a favor de entidades o de sociedades cuyo capital social perteneciera totalmente a la propia Administración pública.

Este texto estuvo vigente hasta que la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a este precepto, incorporando con efectos del día 1 de enero de 2007 la redacción que se mantuvo hasta la entrada en vigor de la LCSP, según la cual quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley:

...

las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectue la encomienda ostente 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

...

1.1.1. Evolución jurisprudencial del concepto

Esta evolución de nuestro derecho positivo fue producto, aunque tardío, de la evolución que también se fue paulatinamente produciendo en la jurisprudencia comunitaria en torno a la interpretación de este concepto dentro del marco de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que no contendía determinación específica al respecto, por lo que se partía, para ello, de la finalidad fundamental de esta norma comunitaria que se deduce de su considerando 4, según el cual de lo que se trata es de que:

...

los Estados miembros tienen que velar para que la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia respecto de los licitadores privados

...

De ello se desprende, a su vez, que el principio general respecto de los negocios jurídicos derivados de las relaciones entre poderes adjudicadores o de estos con otras personificaciones públicas, es el de su plena sujeción a la normativa comunitaria de contratos cuando se celebren a título oneroso y tengan por objeto alguno de los contratos que se regulan en la mencionada Directiva, pues como nos recuerda el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 18 de noviembre de 1999 y 11 de enero de 2005¹⁵, el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es abrir la contratación pública a la mayor competencia posible, a la libre circulación de los servicios y a la competencia no falseada en todos los estados miembros.

Y esta es la razón por la que, aunque es cierto que esta jurisprudencia comunitaria admitió la posibilidad de que una autoridad pública que es a la vez entidad adjudicadora pueda realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios y sin dar lugar a un contrato, mediante la utilización de la técnica de los llamados contratos internos o *in house providing*¹⁶, también es cierto que cualquier excepción a la obligación de aplicar las normas comunitarias de contratos, como esta de la contratación interna, tiene que ser

¹⁵ Asuntos ©-107-98, Teckal y otro y ©-26/2003, Stadt Halle y otro, respectivamente.

¹⁶ En la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de noviembre de 2012 (AR. JUR\2014\15229), al aplicar esta exclusión, se consideró que, en consecuencia, este tipo de encomiendas están excluidas del requisito de publicidad regulado en la legislación contractual.

interpretada de manera muy estricta y a la luz de cual es el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Vemos, pues, que el fundamento de esta institución descansa, no tanto en las normas comunitarias, como en la jurisprudencia que el Tribunal europeo ha ido dictando al interpretarlas, partiendo de la premisa esencial de la interpretación restrictiva de las excepciones a las normas comunitarias en materia de contratación. Es por ello que el estudio de la configuración jurisprudencial del régimen jurídico de las relaciones *in house* se manifiesta como esencial a la hora de determinar el alcance de esta figura en el derecho interno inmediatamente precedente, y por eso tenemos que tener en cuenta que esta configuración parte de la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107-98, Teckal), que fue la que configuró los requisitos esenciales, que fueron posteriormente objeto de numerosas interpretaciones por parte del Tribunal de Luxemburgo.

1.1.2. Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE

El fundamento de esta excepción radica en el vínculo existente entre el poder adjudicador y el ente sobre el que recae el encargo, que más que a la lógica contractual obedece a razones de pura organización interna del poder adjudicador, sin que el hecho de que ambos ostenten personalidad jurídica propia e independiente altere en absoluto esta lógica que, únicamente, juega a efectos formales pero no materiales, ya que la falta de auténtica autonomía del ente instrumental respecto del poder adjudicador se manifiesta como evidente.

Precisamente por ello, para esta primera sentencia es necesaria la concurrencia de dos requisitos básicos para que podamos hablar de relaciones *in house* que justifiquen la inexistencia de contrato, la falta de concurrencia competitiva y la inaplicación de la normativa comunitaria:

- En primer lugar, que el poder adjudicador encomendante ejerza sobre el ente encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- En segundo lugar, que el ente que recibe la encomienda realice la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que lo controlan.

1.1.2.1. Primer requisito: parámetro de control del poder adjudicador

Por lo que se refiere a este primer requisito, tal y como se desprende del informe de la IGAE de 5 de junio de 2006 y de los informes 1/2006, de 9 de febrero y 4/2007, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la jurisprudencia comunitaria posterior contenida en diferentes sentencias del Tribunal Europeo¹⁷ podemos extraer las conclusiones siguientes:

¹⁷ Sentencias del TJCE de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03, Stadt Halle), 21 de julio de 2005 (asunto C-231/03, CONAME), 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, Parking Brixen), 10 de noviembre de 2005 (asunto C-29/04, Comisión Europea contra la República de Austria), 6 de abril de 2006 (asunto C-410/04 ANAV) y 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04, Carbotermo).

- Que la participación, aun minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe también la entidad adjudicadora, excluye cualquier posibilidad de entender que esta última ejerce sobre la primera un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, razón por la que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a su artículo 3.1.I), incorporando de forma expresa y con rango de requisito la exigencia de que el capital de las entidades y sociedades en las que ha de recaer la encomienda sea en su totalidad de titularidad pública.
- Que una participación muy minoritaria y casi simbólica en el capital del poder adjudicador encomendante es insuficiente para permitir este control.
- Que el hecho de que el poder adjudicador posea la totalidad del capital, a título individual o junto con otros poderes públicos, supone un indicio, aunque no decisivo, de que este poder adjudicador puede ostentar este control análogo exigido por la jurisprudencia.
- Que si posteriormente a la encomienda de gestión el ente que la recibe, que originalmente era de capital íntegramente público, pasa a tener una participación privada, puede ser considerada una operación en fraude de ley que enmascara la adjudicación de un contrato a una empresa de economía mixta, perdiendo en todo caso la concurrencia del requisito de control.
- Que este control tiene que permitir una influencia real y determinante, tanto en sus objetivos estratégicos como en sus decisiones más trascendentales, razón por la que se puede presumir que no se ejerce este control análogo cuando en los estatutos de la entidad instrumental se confiere a sus administradores las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad, sin reservarse al poder adjudicador encomendante ninguna facultad de control ni ningún derecho de voto especial.

1.1.2.2. Segundo requisito: parámetro de actividad del ente que recibe el encomienda

Respecto de este segundo requisito y partiendo, también, tanto del informe de la IGAE de 5 de junio de 2006, como de los informes 1/2006, de 9 de febrero y 4/2007, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la jurisprudencia comunitaria posterior a 1999 contenida en la sentencia del Tribunal Europeo de 11 de mayo de 2006 (asunto ©-340/04, Carbotermo), podemos extraer las conclusiones siguientes:

- Que este requisito tiene por particular objeto garantizar que la normativa sobre contratos continúe siendo aplicable en caso de que un ente controlado por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado y pueda competir con otros entes o empresas.

- Que se puede considerar que el ente realiza la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que le controla cuando su actividad está destinada principalmente a este poder, de forma que el resto tenga un carácter meramente marginal.
- Que el volumen de negocios determinante para realizar esta medición es el que el ente realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el poder adjudicador que le controla, y las actividades de este a tomar en consideración son todas las que el ente que recibe la encomienda lleve a cabo dentro del marco de la adjudicación efectuada por aquél, con independencia de que vayan dirigidas al beneficio directo del poder adjudicador o al de los usuarios de los servicios de su competencia y de que esta actividad sea remunerada por el primero o por estos usuarios.
- En el supuesto de que sean varios los poderes adjudicadores que controlen al ente, el requisito de la actividad se analiza respecto de todos los poderes adjudicadores considerados en conjunto. De aquí que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, que dio una nueva redacción a su artículo 3.1.I), incorporara de forma expresa esta eventualidad, al referirse a ... *la entidad o entidades que los controlan* ...

1.1.3. Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)

Estos parámetros de interpretación del cumplimiento de los dos requisitos de los que hablaba la sentencia Teckal en 1999, que han sido una constante reiterada por el TJCE durante más de 7 años de jurisprudencia comunitaria, sufrieron en los últimos tiempos de vigencia del TRLCAP algunos cambios, que no han estado exentos de innumerables críticas doctrinales, como consecuencia de la sentencia de 19 de abril de 2007, dictada por el Tribunal de Luxemburgo a raíz de la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo mediante Auto de 1 de abril de 2005, a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 (Ar. 72968/2001) y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003 (Ar. 466/2004), respecto de la sociedad estatal TRAGSA¹⁸.

En esta sentencia, referida a la empresa pública española *Sociedad pública Transformación Agraria SA* (TRAGSA), que es una sociedad dominante de un holding

¹⁸ Esta problemática había sido también objeto del Informe 1/2006, de 9 de febrero de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que consideró que la aplicación de la doctrina comunitaria al caso de TRAGSA hacía inviable la instrumentación de las relaciones de la Administración de la Generalitat de Cataluña por la vía de encargos excluidos de la aplicación de la normativa contractual para entender que no se cumplía ninguno de los requisitos exigidos, en el primer caso porque en el caso de las CCAA no concurría una situación real de control objetivamente apreciada, a pesar de que las normas reguladoras de TRAGSA la calificarán como medio propio instrumental y servicio técnico de aquellas, puesto que las CCAA globalmente consideradas únicamente participaban con un 1% en su capital social. Respecto del segundo requisito, el referido a que TRAGSA realizará la parte esencial de su actividad tampoco se cumplía y, además, aunque el capital social de la sociedad matriz era íntegramente público, el de las restantes empresas del grupo, a las cuales se extendía la calificación de medio instrumental propio, tenía participación de capital privado al ser emprendidas de capital mixto.

público que estaba participada en un 99% por el Estado y en el 1% restante por cuatro CCAA, y era definida por su normativa reguladora¹⁹ como medio propio y servicio técnico instrumental del Estado y de las CCAA globalmente consideradas, se planteaban al Tribunal de Luxemburgo las cuestiones prejudiciales siguientes:

- a) Si es admisible en los términos del artículo 86 CE, apartado 1, que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin someterse al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas dictadas al respecto.
- b) Si un régimen jurídico parecido sería compatible con lo que se establece en las Directivas 93/36, 93/37, 97/52/CC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 y 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, de modificación de las anteriores, normativa posteriormente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
- c) Si las afirmaciones de la sentencia España/Comisión (TJCE 2003,122) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y si esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.

Respecto de las que resuelve en los términos siguientes:

- Respecto de la primera cuestión, después de señalar que según el artículo 86 del Tratado los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89 CE, ambos incluidos, el Tribunal europeo declara su inadmisibilidad a trámite por no contenerse en la resolución de remisión las indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de esta por parte de TRAGSA ni sobre la repercusión de la mencionada posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.
- Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, el Tribunal Europeo entiende que las Directivas 92/50/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y

¹⁹ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, posteriormente modificada por el artículo 76 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, también de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, **no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por las mencionadas Directivas, en tanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas**, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, la mencionada empresa realiza la parte esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

- Respecto de la última cuestión prejudicial el Tribunal Europeo considera improcedente responder, a la vista de la respuesta dada a la cuestión anterior.

Esta decisión, además, tal y como nos recuerda el Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, vino a añadir a los ya establecidos por la jurisprudencia comunitaria anterior, un nuevo elemento para evaluar la concurrencia del requisito de que la actividad del ente que recibe el encomienda está destinada esencialmente al poder adjudicador que la realizaba, consistente en el hecho de que la entidad vinculada esté obligada o no a realizar los trabajos que le encomienda el ente o entes que ejercen el control, de manera que no tenga libertad de decisión respecto de su aceptación ni tampoco en relación con el régimen de tarifas aplicables a sus prestaciones.

Esta decisión del Tribunal Europeo resolviendo las cuestiones prejudiciales sirvió de base para que el Tribunal Supremo dictara su sentencia de 30 de enero de 2008²⁰ (Ar. 645), por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001, que previamente había desestimado el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998, que desestimaba las pretensiones de ASEMFO, relativas al abuso de posición de dominio de TRAGSA por no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la legislación pública de contratos.

Pero, como ya hemos avanzado, la decisión del Tribunal Europeo no estuvo exenta de ciertas críticas de una parte de la doctrina que, como el profesor de la Facultad de Derecho de La Universidad de Zaragoza, Miguel A. Bernal Blay, entendía que con ella este Tribunal se apartaba de su consolidada doctrina anterior y abogaba, incluso, por entender que en ningún caso se tenía que interpretar como un cuestionamiento de aquella doctrina, sino como un mero error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que tenían que ser verificadas por el Tribunal Supremo, aunque lo cierto es que, como ya hemos visto, esta sentencia del TJCE sirvió

²⁰ Esta sentencia se dictó con los votos particulares de los Magistrados Eduardo Espín Templado y Manuel Campos Sánchez-Bordona, por considerar que era necesario plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal Europeo, ante la declaración de inadmisibilidad, por carencia de datos, de la primera de las cuestiones que se le habían planteado, a fin de que, introduciendo determinadas precisiones que completaran esta carencia, determinara los límites de los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio a la luz, no solamente del artículo 86 CE, sino también de los artículos 43 y 49 CE, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

de base al Tribunal Supremo para considerar ajustada a derecho la actividad de TRAGSA.

Las principales críticas doctrinales se centraron básicamente en los aspectos siguientes:

- En primer lugar al considerar que el hecho de que el capital fuera íntegramente público, aunque no de una única entidad, no era dato suficiente para determinar la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los servicios propios por parte de todas ellas, sino que se tiene que dar una situación de control efectivo por cada uno de estos entes, especialmente cuando de ellos, tan sólo 4 CCAA participan en su capital social, y de una manera simbólica, y el resto de CCAA simplemente pueden participar potencialmente.
- En segundo lugar por entender que aceptar como fundamento del control análogo que la norma interna obligue a realizar la prestación encomendada es erróneo, pues la previsión normativa no es la causa de la existencia del control sino una consecuencia del mismo.
- En tercer lugar porque el hecho de que una Administración pueda fijar de manera autónoma y unilateral la tarifa o precio del encargo puede significar la existencia de un control, pero no necesariamente que este control suponga una influencia determinante en sus objetivos estratégicos o en sus decisiones más importantes.
- En cuarto lugar, porque si bien TRAGSA es una empresa de capital íntegramente público, en cambio era sociedad matriz de un grupo en el que se integraban también sociedades de economía mixta, y estas también recibían encomiendas de gestión.
- Por último y por lo que se refiere al requisito de que el ente encomendado realice la parte esencial de su actividad para la entidad o entidades que efectúan la encomienda, por entender que no estaba limitado estatutariamente el porcentaje de actividad que TRAGSA podía realizar para otros entes diferentes del Estado y de las CCAA y, por tanto, podía oscilar en el tiempo.

Seguramente por eso la nueva LCSP introdujo en su Disposición Adicional Trigésima determinadas previsiones sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, en la que, aunque se reitera su naturaleza de medio propio instrumental y servicio técnico del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de unos y otros, matiza en cierto modo su alcance al dar tal consideración únicamente a las filiales de TRAGSA cuyo capital pertenezca íntegramente a esta sociedad pública, cerrando de este modo toda posibilidad de extender esta naturaleza a sociedades del grupo de capital mixto.

2. LAS PREVISIONES ACTUALES DEL TRLCSP Y SU ORIGEN

Partiendo de estos precedentes legislativos y jurisprudenciales, la LCSP también contempló la previsión de que los poderes adjudicadores pudieran, en determinados supuestos, efectuar encomiendas de gestión a otras entidades del sector público, y que estas encomiendas quedasen al margen de esta Ley, es decir, excluidas de su ámbito de aplicación y sometidas a su legislación especial, sin que les resultaran de aplicación los preceptos de esta norma, sino únicamente sus Principios orientadores²¹ a efectos de resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse.

Con estas previsiones, que son idénticas a las que contempla actualmente el TRLCSP, se excluyen del ámbito de aplicación del TRLCSP los negocios jurídicos en virtud de los cuales se encargue a una entidad del sector público que, conforme a lo que señala el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder o poderes adjudicadores, la realización de una determinada prestación, sin perjuicio de que los contratos que la entidad tenga que celebrar con terceros para la realización de las prestaciones objeto del encargo hayan de quedar sometidos al TRLCSP en los términos que resulten procedentes, de acuerdo con la naturaleza y según el tipo y cuantía del contrato 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 del Título preliminar del TRLCSP, observando en su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190 de esta Ley.

2.1. Requisitos necesarios por que sea posible el encomienda

Para que sea posible en este nuevo marco legal la encomienda de gestión, es necesario que así se haya previsto de forma expresa y de manera concreta y específica en la norma de creación de la entidad que recibe la encomienda o en sus Estatutos reguladores, y sólo respecto de aquellas entidades que, en su condición de ente encomendante o de ente que recibe la encomienda, cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

2.1.1. Que el ente encomendante tenga la condición de poder adjudicador

La respuesta a esta primera cuestión nos viene dada directamente por el TRLCSP, que en su artículo 3.3 considera poderes adjudicadores a todas las Administraciones públicas y, individualmente o asociados entre sí, al resto de entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que no tengan tal condición pero hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que tengan que ser considerados poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

2.1.2. Que la entidad que recibe la encomienda pueda tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante.

²¹ Publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Este segundo requisito exige, a su vez, que de acuerdo con el que establece el artículo 24.6 del TRLCSP concurran en la entidad que recibe la encomienda las circunstancias siguientes:

- En primer lugar, **que se trate de entes, organismos y entidades del sector público**, concepto que nos viene concretado en el artículo 3.1 del propio TRLCSP y que resulta previsible, en todo caso y entre otros entes, organismos y entidades, de las Administraciones públicas estatal, autonómica y local; de sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales; de las sociedades mercantiles y fundaciones participadas, directamente o indirectamente, en más de un 50% de su capital social en el caso de las primeras, o de su dotación inicial o patrimonio permanente, en el caso de las segundas, por entes del sector público; así como por los consorcios administrativos.
- En segundo lugar, que **la actividad esencial de los entes que tengan que ser considerados medios propios instrumentales se destine al poder o poderes adjudicadores que realizan la encomienda**²², o lo que es lo mismo, que globalmente considerada la actividad del ente, esté principalmente destinada a los poderes adjudicadores que le controlan, tomando para ello como base el volumen de negocios que realice en virtud de decisiones de adjudicación de aquellos.
- En tercer lugar que **los poderes adjudicadores que efectúen la encomienda ostenten sobre el ente que la recibe un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios**. En este caso, no obstante, la solución interpretativa nos viene dada no solo por la jurisprudencia que hemos analizado, sino también y especialmente por el propio TRLCSP, cuando establece que se entenderá en todo caso 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 por ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Con esta previsión y a pesar de las críticas doctrinales, el legislador incorpora a la norma la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA que, como ya hemos dicho anteriormente, incorporó un nuevo elemento de evaluación del criterio del control a los que ya había consolidado en su jurisprudencia anterior.

Nos encontramos, por tanto, ante la posibilidad de que sea la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores los que den cumplimiento a este requisito, mediante la introducción en su texto de las determinaciones precisas para hacer

²² Para el Tribunal de Justicia Europeo, según la postura que adoptó en su sentencia de 11 de mayo de 2006 – asunto ©-340/2003 Carbotermo SPA -, sólo se puede considerar que una empresa realiza la parte esencial de su actividad con el ente que la controla, cuando la actividad de esta empresa esté destinada principalmente a este ente, de forma que el resto de su actividad tenga un carácter meramente marginal.

realidad las premisas anteriores, en términos similares a lo que hace al propio TRLCSP con TRAGSA, en su Disposición Adicional 25^a.

Respecto de las tarifas que corresponde aprobar al ente que realiza la encomienda para establecer la retribución es importante efectuar las observaciones siguientes:

- a. Se tienen que establecer en base a criterios vinculados exclusivamente a los costes reales de producción o de realización de las prestaciones objeto de la encomienda. Por lo tanto, no cabe utilizar la denominación de presupuesto, ni incorporar ninguna cantidad en concepto gastos generales ni de beneficio industrial²³.
- b. Cuando una misma encomienda de gestión incluya dentro de las actuaciones definidas en la misma, entregas de bienes y prestaciones de servicios, cuando sea posible su delimitación como partidas independientes, las calificadas como prestaciones de servicios no estarán sujetas a IVA y las calificadas como entregas de bienes sí. Si por el contrario no es posible tal delimitación, se tendrá que tener en cuenta la naturaleza de la operación que tenga más relevancia económica, y estará sujeta a IVA en función de tal naturaleza dominante²⁴.
- c. Si bien en el caso de contratos y subvenciones y ayudas públicas sujetas a la LGS resulta posible adoptar el compromiso de gasto en un ejercicio anterior al del inicio de su ejecución, en concepto de gastos de tramitación anticipada, en el caso de las encomiendas de gestión y convenios de colaboración no se podrán formalizar ni tampoco subscribir aquellos cuya ejecución presupuestaria se inicie en un ejercicio posterior²⁵. En consecuencia, aunque se pueda iniciar la tramitación del expediente en un ejercicio anterior, su fiscalización previa y compromiso de gasto se tiene que realizar en el mismo ejercicio presupuestario en el que se vaya a formalizar y ejecutar presupuestariamente.

- En último lugar, que en el caso de las sociedades **la totalidad de su capital sea de titularidad pública**, lo cual acaba con el problema interpretativo que este extremo planteaba respecto de las Fundaciones del sector público, al no tener este tipo de entidades un elemento que pueda ser considerado análogo, y que dio lugar al Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en el que, respecto de este extremo, se llegó a las conclusiones siguientes:
 - Se descartaba toda posibilidad de que el requisito de capital íntegramente público no fuera exigible a las Fundaciones del sector público, desde el momento que la jurisprudencia comunitaria y el artículo 3.1 del TRLCAP hacía alusión a ... *entidades y sociedades* ..., aunque consideraba posible

²³ Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

²⁴ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V0681-15, de 27 de febrero.

²⁵ Circular de la IGAE de 18 de octubre de 2013.

interpretar que la presencia de entidades privadas sin ánimo de lucro en esta no alteraría los objetivos de interés público que persiguen los entes públicos que participan mayoritariamente.

- Se consideraba que el capital de una Fundación estaría integrado, tanto por la dotación fundacional inicial, como por las subvenciones públicas que ingresaran posteriormente.
- Se constataba que en el que entonces era proyecto de LCSP, a efectos del requisito del capital, ya no se hacía referencia a *entidades*, sino únicamente a *sociedades*.

En la actualidad, en consecuencia, este criterio no resulta exigible respecto de las Fundaciones privadas, que pueden tener la condición de medios propios instrumentales y servicios técnicos de uno o más poderes adjudicadores, siempre que se trate de las Fundaciones del sector público a las que se refiere el artículo 3.1.f) del TRLCSP²⁶ y cumplan los restantes requisitos materiales y formales que estamos analizando.

No obstante, respecto de esta segunda condición globalmente considerada de que el ente que recibe el encomienda pueda tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante, se había planteado una duda durante la vigencia del TRLCAP, respecto de si cabía la posibilidad de que los Ayuntamientos que integraban una Mancomunidad de municipios pudieran efectuar encomiendas de gestión, al amparo de aquella norma, a una sociedad mercantil cuyo capital perteneciera íntegra y exclusivamente a la referida Mancomunidad, que había sido objeto de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, quien en su Informe 15/2007, de 26 de marzo, con una interpretación muy literal y restrictiva de la ley, concluyó que no cabía tal posibilidad porque,

...

el capital de la Sociedad no pertenece a los Ayuntamientos sino a la Mancomunidad (artículos 2, 6 y siguientes de los Estatutos) ni del examen de esos últimos se desprende algún control efectivo de los Ayuntamientos sobre la sociedad, por lo que, incluso prescindiendo del requisito de que la mayor parte de la actividad se realice con los Ayuntamientos, no concurre el requisito de control efectivo idéntico al de sus propios servicios que exige la letra I) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para admitir acuerdos de encomiendas de gestión con régimen jurídico excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

...

Respecto de esta cuestión no acabamos de compartir la solución dada por este informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, por su carácter excesivamente restrictivo y literal, desde el momento que una Mancomunidad no deja de ser más que un conjunto de municipios que de manera asociada gestionan un servicio de su competencia, por lo que la sociedad mercantil no es otra cosa que el

²⁶ Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integrantes del sector público, o el patrimonio fundacional de las cuales, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

instrumento municipal para gestionarlo de forma directa y de manera asociada. En consecuencia, resulta evidente que los municipios, como titulares del servicio, no solamente tienen sobre la Mancomunidad un control efectivo idéntico al que ejercen sobre sus propios servicios, sino que se trata, efectivamente, de uno de sus propios servicios, respecto del cual ejercen un control colectivo a través de los órganos de la propia Mancomunidad, integrados de forma exclusiva y única por los representantes de los Ayuntamientos de los municipios asociados.

Cuestión diferente es la tratada por esta Junta Consultiva en dos informes posteriores²⁷. En el primero, negando la posibilidad de considerar como medio propio de las entidades locales de la provincia de Málaga a una sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente a la Diputación provincial como medio propio de esta, al entender que no pueden ejercer sobre la misma un control análogo al que ejercerían sobre sus propios servicios, salvo que entren en su capital social, en contra de lo que había dictaminado cuatro años antes la Junta Consultiva de Contratación Pública de Andalucía²⁸, que entendió que una sociedad de la Junta de Andalucía se consideraba medio propio instrumental de las entidades locales andaluzas con las que la Comunidad Autónoma formalice un convenio de colaboración, aunque no participen en su capital, en base a la doctrina jurisprudencial fijada respecto de TRAGSA, al considerar que la participación en el capital sólo constituye un indicio que no es decisivo, no constituyendo, por tanto, un requisito necesario para la existencia del control análogo.

En el segundo informe, la Junta Consultiva estatal niega la misma posibilidad a una empresa de un Ayuntamiento catalán respecto de otros Ayuntamientos con los que formalice un convenio en el que se pacte esta condición.

2.1.3. Que la norma de creación o los estatutos reguladores de la entidad que recibe la encomienda hayan determinado de forma expresa y específica lo siguiente²⁹:

- a) Esta condición de la entidad como medio propio y servicio técnico del poder adjudicador encomendante.**
- b) Las entidades respecto de las que tenga esta condición, precisando el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir y las condiciones en las que se les puedan adjudicar directamente contratos.**
- c) La imposibilidad de que estas entidades participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante, sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pueda este encargarles, mediante encomienda de**

²⁷ Informes núm. 2/2012, de 7 de junio y 24/2012, de 14 de diciembre.

²⁸ Informe núm. 13/2008, de 22 de diciembre.

²⁹ Motivo por el cual la Recomendación núm. 2/2009, de 22 de abril de la Comisión Consultiva de la Contratación Pública de Andalucía recomendaba que a efectos de dar cumplimiento al artículo 24.6 de la LCSP, las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía tenían que adaptar sus normas de creación o estatutos, con objeto de recoger tal previsión.

gestión, la ejecución de la prestación que constituya el objeto del contrato cuya licitación resulte desierta.

Respecto de este tercer requisito el TRLCSP introduce una medida de seguridad jurídica, puesto que no solo exige, como hacía el TRLCAP, que los entes que tengan que recibir encomiendas de gestión por parte de los poderes adjudicadores reúnan los requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitaria y por la normativa interna, sino que, además, establece la necesidad de que la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores contengan determinadas previsiones mínimas al respecto, que no dejen margen para ninguna duda, referidas básicamente al hecho de que el ente ostenta tal condición y los poderes adjudicadores respecto de los que la ostenta, así como el régimen jurídico de estas encomiendas y las condiciones en las que se les pueden adjudicar directamente contratos, así como, en todo caso, la prohibición de participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante³⁰, sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pueda este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituya el objeto del contrato cuya licitación quede desierta.

2.1.4. Régimen jurídico y limitaciones de la contratación externa

Para finalizar, el TRLCSP contempla un último requisito en relación con las encomiendas de gestión, que hace referencia al régimen jurídico de la actividad contractual del ente que la recibe, cuando para llevarla a cabo ha de acudir a la contratación externa, y que, en determinados supuestos, porta inherente algunas limitaciones, al establecer que cuando las prestaciones encomendadas generen la necesidad de subscribir contratos con terceros, estos contratos, que como ha señalado la Jurisprudencia³¹ únicamente son imputables al ente que recibe la encomienda y nunca al ente encomendante, han de quedar sometidos al TRLCSP de acuerdo con la naturaleza jurídica del ente receptor de la encomienda que, en muchos supuestos, generará la existencia de un contrato privado, y también de acuerdo con el tipo y cuantía del contrato, es decir, según se trate de contratos sujetos a regulación armonizada o no y según su cuantía supere o no los umbrales económicos que el TRLCSP establece.

Y cuando se trate de la ejecución de obras, la entidad no podrá contratar con terceros más del 50% de su importe, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP, al tratarse de la realización de obras por administración.

En relación con este aspecto se tienen que realizar dos consideraciones:

- a. La primera, y así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias³², esta posibilidad de contratar con terceros deriva

³⁰ Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (Informe núm. 4/2010m de 26 de marzo), esta imposibilidad de concurrir a licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del cual se constituye en medio propio, no enerva, lógicamente, su capacidad de concurrir a licitaciones convocadas por otros entes, organismos o entidades del sector público.

³¹ STS de 9 de diciembre de 2013 (Ar. RJ\2013\8174).

³² Informe núm. 2/2012, de 10 de abril.

del hecho de que la condición de medio propio o servicio técnico no requiere necesariamente que la entidad disponga de todos los medios necesarios para llevarla a cabo, por lo que puede contratar con terceros los recursos o medios complementarios que resulten necesarios, siempre y cuando estas contrataciones se lleven a cabo de acuerdo con el TRLCSP.

- b. La segunda, que se podría plantear la duda de si la previsión contenida en el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP nos resulta aplicable, al no tener este apartado del precepto naturaleza básica, pero lo cierto es que, al menos en mi opinión, mientras la legislación catalana no establezca otra cosa resulta indudable su aplicación supletoria, sin ninguna posibilidad de excepcionarla por vía de una mera previsión en contrario en los pliegos de cláusulas, ni tan sólo cuando estos tengan carácter general.

En este sentido entiendo que la legislación catalana podrá en su momento variar este porcentaje o no, pero nunca podrá eliminarlo, pues es evidente que si lo hiciera y el 100% de la obra fuera objeto de contratación externa, resultaría imposible ya hablar de ejecución de obras por administración, y que si no se trata de la ejecución de obras por administración, tampoco cabría la encomienda de gestión, pues tal y como establece el artículo 24.1.a) del TRLCSP, son obras por administración las que el poder adjudicador lleva a cabo utilizando exclusivamente medios propios o con la colaboración parcial de empresarios cuando, entre otros supuestos, la Administración disponga de servicios técnicos suficientemente aptos por su realización, lo que no es otra cosa que los medios propios y servicios técnicos de que habla el propio TRLCSP en su artículo 24.6 al regular los requisitos de las encomiendas de gestión.

De hecho, así lo ha considerado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.³³

En consecuencia, todas las encomiendas de gestión o contratos *in house* que no se ajusten a estas exigencias, constituirán una utilización anómala de esta figura que será contraria a la ley y que, a su vez, habrá generado una relación contractual vulnerando los principios comunitarios de publicidad y concurrencia. Incluso, en algunos casos, en función del objeto de la encomienda, ha generado que los Juzgados y Tribunales de lo Social consideren que con la utilización de esta técnica se ha producido una auténtica cesión ilegal de trabajadores³⁴ prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, ya que, en estos, el objeto de la encomienda consistía únicamente en proveer de mano de obra al ente encomendante, por lo que resolvieron en muchos casos declarar la condición de trabajadores indefinidos no fijos de los demandantes, respecto de la entidad que efectuaba la encomienda, al considerarla realizada en fraude de ley.

³³ Así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe núm. 13/2012, de 27 de septiembre.

³⁴ SSTSJ de Andalucía de 4 de mayo de 2010 y de Murcia, de 10 de diciembre del 2012 y 24 de junio de 2014 (Ar. AS\2010\1151, AS\2013\630 y AS\2014\2757).

3. LAS NUEVAS PREVISIONES DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

A diferencia de la anterior Directiva sobre contratación pública³⁵, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 que deroga la anterior y que se encuentra pendiente de transposición al Derecho interno, a pesar de haber pasado el plazo previsto para ello, regula en su artículo 12, por primera vez en el ámbito comunitario, los contratos públicos adjudicados entre entidades del sector público, después de declarar en su Considerando 31, que así lo aconsejaba la considerable inseguridad jurídica respecto de los supuestos en los que los contratos entre entidades del sector público tenían que quedar sometidos a las normas de contratación pública, ante las diferentes interpretaciones que se estaban produciendo de la Jurisprudencia comunitaria dictada al respecto entre los diferentes Estados de la Unión, incluso, entre los diferentes poderes adjudicadores.

Por eso, bajo el doble principio de que el mero hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí solo la aplicación de las normas de contratación, y que, sin embargo, la normativa comunitaria no tiene que interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público de su competencia utilizando sus propios recursos, incluidos los derivados de la cooperación interadministrativa, regula en su artículo 12 los contratos públicos entre entidades del sector público, asegurando que la cooperación entre entidades públicas no genere un falseamiento de la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una situación de ventaja respecto de sus competidores.

A tal fin, su artículo 12 regula **cuatro supuestos de contratos públicos** adjudicados entre entidades del sector público que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva que, tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, se concretan en las modalidades siguientes:

- **El contrato *in house* ordinario**, que es el que dio lugar a la jurisprudencia comunitaria y el que se recogió en el TRLCSP, en los términos que anteriormente hemos analizado.
- **El contrato *in house* inverso**, en el que es el medio propio o la entidad controlada quién contrata a la entidad controladora.
- **El contrato *in house* horizontal**, que es el suscrito entre dos entidades controladas por una misma entidad.
- **El contrato *in house* con una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores.**

³⁵ Directiva 2004/18/CE.

En todas estas modalidades es necesario que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a. Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de la que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, considerando que se da esta situación cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada, bien directamente, bien mediante otra persona jurídica controlada por el poder adjudicador.

En la última de las modalidades de contrato *in house*, es decir, en los suscritos con una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores, este control será conjunto entre todos ellos, circunstancia que se producirá en los supuestos siguientes:

- Cuando los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes, con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.
- Que estos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y
- Que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

- d. Que más del 80% por ciento de las actividades de esta persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador o poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por estos.

Para calcular este porcentaje se ha de tomar en consideración la media del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato, salvo que debido a la fecha de creación o del inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador o debido a la reorganización de sus actividades, estos datos no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia. En este caso será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

- e. Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, ni ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. No obstante, se prevé la posibilidad de que la legislación nacional, de conformidad

con los Tratados, imponga formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario³⁶.

A estas modalidades de contratos *in house* añade en su apartado 4, como negocio excluido, **la cooperación horizontal** o cooperación entre poderes adjudicadores para la prestación conjunta de servicios públicos, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a. Que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes, con el fin de garantizar que los servicios públicos que les incumban se prestan de forma que se logren los objetivos que tienen en común.
- b. Que el desarrollo de esta cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
- c. Que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de cooperación, calculado por el mismo procedimiento que en los supuestos anteriores.

Por último, y para finalizar, únicamente recordar que este precepto de la Directiva, como se recoge en el Informe núm. 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, ha sido considerado por la Abogacía del Estado, a efectos de su aplicación directa una vez transcurrido el plazo de transposición de la Directiva, en los términos siguientes:

...

esta norma del derecho de la Unión Europea establece en la materia que disciplina una regulación muy detallada que, por eso, hace innecesaria realmente la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su efectiva aplicación

...

Por esta razón lo consideraba aplicable, de acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE, incluso antes de que finalice el plazo de transposición de la Directiva, con la única excepción de la referencia a la participación de capital privado en el medio propio o la persona jurídica controlada contenida en los apartados 1.2) y 2 del propio precepto,

³⁶ La STC 103/2015, de 28 de mayo, se refiere a esta posibilidad, al señalar que las nuevas Directivas en materia de contratación:

... *han venido a despejar la inseguridad jurídica existente sobre cuándo los contratos celebrados entre entidades del sector público están o no sujetos a las normas de contratación pública, especificando que aun cuando, con carácter general, la encomienda de un poder adjudicador a una entidad del sector público controlado por éste, pero participada por los particulares, no puede ser objeto de encomienda directa, ya que ello otorgaría al operador económico una ventaja competitiva, ello no es predictable de los supuestos en los que una norma legal o administrativa de derecho interno, acorde con los Tratados, es la que encarga la prestación del servicio público a una organización en cuyo capital participan obligatoriamente operadoras privadas, siempre que esta participación no permita bloquear ni controlar la persona jurídica controlada –empresa mixta– ni les otorgue una influencia decisiva en las decisiones [considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE y arte. 12 c)].*

...

respecte de la cual, como el propio artículo indica, la imposición expresa de esta participación requiere disposición legal nacional.

4. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En este nuevo marco perfilado por las actuales Directivas comunitarias se sitúa en estos momentos el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que actualmente se tramita en las Cámaras que, tal y como el propio texto indica en su Disposición Final 3^a, tiene por objeto incorporar a nuestro Ordenamiento las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE y 2014/23/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y sobre adjudicación de contratos de concesión.

En este Proyecto, además de contemplarse en su Disposición Adicional 25^a un régimen jurídico específico para TRAGSA y su filial TRAGSATEC, bajo la denominación de «encargos a medios propios», se diferencia entre la encomienda de gestión regulada actualmente por la LRJSP, que excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 6.3, y los convenios interadministrativos y encargos a medios propios que, sin excluirlos, regula de forma específica en sus artículos 30 a 33, aunque, como veremos, no en todos los casos con carácter básico.

En estos preceptos, después de establecer en el artículo 31 un reconocimiento explícito de la potestad de auto organización y de los sistemas de cooperación pública entre entidades pertenecientes al sector público, tanto de naturaleza vertical, mediante sistemas de cooperación consistentes en el uso de medios propios personificados, como de naturaleza horizontal, mediante la formalización de convenios, en ambos casos de naturaleza no contractual, distingue entre la ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, que regula en su artículo 30, y los encargos a medios propios personificados, aplicando un régimen jurídico distinto según sean realizados por poderes adjudicadores o por entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

4.1. Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados

La ejecución directa de prestaciones por la Administración se regula en el artículo 30, aunque, según se deriva del número 3 de su Disposición Final 1^a, en calidad de legislación no básica.

Según estas previsiones, la ejecución directa de prestaciones por la Administración se puede instrumentar, bien con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios, siempre que no se trate de medios propios personificados, ya que en este caso el Proyecto de Ley nos remite al encargo de gestión, puede ir referida a la ejecución de obras o a la fabricación de bienes muebles, ya que, a diferencia de las previsiones actuales, la prestación de servicios ha de ser normalmente realizada por la propia Administración con sus propios medios, y solo cuando carezca de estos y previa

justificación en el expediente, mediante contratación externa, generando de esta manera un Principio de preferencia por la prestación directa, frente a la externalización, que en el caso de los servicios parece configurarse como fórmula residual.

4.1.1. Ejecución de obras por la Administración

Procederá esta fórmula respecto de la ejecución de obras por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, en los mismos supuestos que actualmente regula el TRLCSP, es decir, cuando se den los siguientes supuestos:

- a. Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
- b. Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
- c. Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
- d. Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la propia Ley.
- e. Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
- f. Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.
- g. Las obras de mera conservación y mantenimiento que define en su artículo 230.5.
- h. Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el régimen previsto en el artículo 145.6 del Proyecto, relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.

Con la previsión de que en los supuestos contemplados en las letras a), b), c), e) y f) se tendrá que redactar el correspondiente proyecto en los términos reglamentariamente previstos, y con la posibilidad de utilizar en todos los casos, como hasta ahora, la colaboración de empresarios particulares, siempre que esta no sobrepase, en los supuestos a) y b) el 60% del importe total del proyecto, con lo que se eleva el límite actual del 50%.

La relación contractual con estos empresarios, que deberá ir precedida de la autorización de la ejecución de las obras y, en su caso, de la aprobación del proyecto, por el órgano competente para la aprobación del gasto, será la de un contrato de obras que se adjudicará de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia Ley, con la excepción, como hasta ahora, de los supuestos de emergencia.

4.1.2. Fabricación de bienes muebles por la Administración

Procederá esta fórmula respecto de la fabricación de bienes muebles por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, cuando concurra alguno de los supuestos previstos para las obras en los apartados a), c), d) y e) anteriores, o en el supuesto previsto en el apartado b) cuando se obtenga un ahorro superior al 20% del presupuesto del suministro o una mayor celeridad en su ejecución, decantándose en este caso el Principio de preferencia por la externalización, frente a la fabricación directa, salvo que se refiera a la fabricación de bienes muebles que por razones de defensa o de interés militar, resulte conveniente ejecutar por la Administración.

En este supuesto, la relación contractual con estos empresarios, que deberá ir precedida de la autorización de la fabricación de los muebles por el órgano competente para la aprobación del gasto, será la de un contrato de suministro que, como en el caso de las obras, se adjudicará de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia Ley, con la excepción, como hasta ahora, de los supuestos de emergencia

4.2. Encargos a medios propios personificados

Por el contrario, cuando los encargos afecten a prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios o concesión obras o de servicios y se realicen a medios propios personificados, nos encontraremos ante los denominados contratos *in house* o encargos de gestión, que no tendrán la consideración jurídica de contrato y que únicamente quedan sujetos a un régimen jurídico específico, establecido con la condición de regulación básica, que será diferente según que el ente encomendante tenga la condición de poder adjudicador o sea simplemente una entidad del sector público que no tenga tal consideración³⁷.

4.2.1. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

³⁷ La propia Exposición de Motivos nos anuncia que ... *siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, se han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad...*

Cuando se trate de poderes adjudicadores del sector público que decidan ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios o concesión de obras o de servicios a través de medios propios personificados, se sujetarán al régimen establecido con carácter básico en el artículo 32 del Proyecto de Ley que venimos comentando

Según este precepto, no tendrá la consideración de contrato, sino la de encargo a medios propios realizados en ejercicio de su potestad de autoorganización, la ejecución directa por los poderes adjudicadores de prestaciones propias de los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios públicos por parte de los poderes adjudicadores, mediante un encargo a otra persona jurídica distinta que, con independencia de su sujeción al derecho público o al privado, tenga respecto del poder adjudicador encomendante la condición de medio propio, a cambio de una compensación económica de carácter tarifario.

Idéntico régimen jurídico se aplicará cuando la encomienda de gestión sea inversa o horizontal, es decir, cuando el medio propio o la entidad controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

A estos efectos, el Proyecto determina los requisitos que deben cumplir estas personas jurídicas para ostentar esta condición de medio propio, distinguiendo entre que se trate de medios propios de una única entidad del sector público o de varias:

- **Medio propio de un único poder adjudicador**

En este supuesto resulta necesario que se trate de personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan la totalidad de los requisitos siguientes:

- a. Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas, entendiéndose que se ostenta este control análogo cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controladas por él puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

En este caso la compensación económica se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado, aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes,

que se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

b. Que más del 80% de las actividades del ente que recibe el encargo se lleven a cabo por encargo del ente encomendante o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por este, calculándose este porcentaje, si es posible³⁸, con referencia a los tres ejercicios inmediatamente anteriores, a partir del promedio del volumen global de negocios, de los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o a partir de otro indicador alternativo de actividad que resulte fiable.

Pero con la obligación formal de que el cumplimiento efectivo de este requisito quede reflejado en la Memoria de las Cuentas Anuales del ente que recibe el encargo y sea, por tanto, objeto de verificación por el auditor de cuentas correspondiente.

c. Además, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente sujeto a derecho privado, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d. Que esta condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que lo efectúa figure de forma expresa en sus estatutos sociales o actos de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador correspondiente y previa verificación por parte de este de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, aspecto este último que se presume cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.

Con este objeto, los estatutos sociales o el acto de creación correspondiente deberán determinar los extremos siguientes:

- El poder adjudicador respecto del que tiene tal condición.
- El régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir.

³⁸ Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador encomendante o a la reorganización de sus actividades, el volumen global de negocios o, en su caso, otro indicador alternativo de actividad, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

- La imposibilidad de que estos entes puedan participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, salvo que no concurra ningún licitador, pues en este supuesto se les puede encargar la ejecución que constituye su objeto.

No obstante, de conformidad con la Disposición Final 7^a del Proyecto de Ley, este último requisito entrará en vigor de forma diferida, a los 10 meses de la publicación de la Ley en el BOE, aspecto que tenemos que entender referido a aquellos extremos del requisito que son de nueva incorporación, ya que con el TRLCSP ya resulta necesaria la previa determinación estatutaria de la condición de medio propio.

- **Medio propio de varios poderes adjudicadores**

Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan los requisitos previstos anteriormente para los supuestos de medios propios de un solo poder adjudicador, con las especialidades siguientes:

- a. Respecto del requisito de control, que los poderes adjudicadores encomendantes ejerzan sobre el ente que recibe el encargo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades, entendiéndose a estos efectos que existe este control conjunto cuando se cumplan la totalidad de las condiciones siguientes:
 - Que en los órganos decisarios del ente que recibe el encargo estén representados todos los poderes adjudicadores potencialmente encomendantes, pero con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios entes, incluso a todos.
 - Que los poderes adjudicadores encomendantes puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente que recibe el encargo.
 - Que el ente que recibe el encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes encomendantes.
- b. Respecto del requisito de actividad, que más del 80 por ciento de las actividades del ente que recibe el encargo, calculado de idéntica forma y con el mismo régimen jurídico que en el supuesto de un único poder adjudicador, se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por las entidades encomendantes o por otras personas jurídicas controladas por éstas.

Tanto en uno como en otro caso, **salvo que se trate de contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión de obras o de servicios**, estos encargos quedan sujetos al siguiente procedimiento y régimen jurídico:

- La previa publicación por el medio propio personificado en la Plataforma de Contratación correspondiente de su condición como medio propio personificado, con detalle de los poderes adjudicadores frente a los cuales la ostenta y de los sectores de actividad comprendidos en su objeto social respecto de los que puede ejecutar prestaciones susceptibles de este tipo de encargos.
- La formalización documental y su publicación en la Plataforma de Contratación correspondiente, cuando su importe sea superior a 50.000 euros, IVA excluido, serán objeto, así mismo, de publicación en el perfil de contratante.

La posibilidad de contratar con terceros, mediante contratos sometidos a la legislación de contratos del sector público de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos, prestaciones objeto del encargo hasta un máximo del 60% de su cuantía, salvo que se establezca otro límite en el encargo que, cuando sea superior, nunca podrá constituir la totalidad de la prestación objeto del encargo y se deberán acreditar por el poder adjudicador, mediante documento que se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con este, las razones que justifican acudir al medio propio en lugar de licitar el contrato directamente.

No obstante, el propio Proyecto de Ley contempla alguna excepción, cuando exime de realizar esta justificación cuando se acuda a esta fórmula de ejecución de las prestaciones por falta de licitadores en una en una licitación previa, en supuestos de emergencia, cuando como consecuencia de la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo, cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes, cuando se trate de obras de mera conservación y mantenimiento y, excepcionalmente, en los supuestos de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el régimen previsto en el artículo 145.6 del Proyecto, relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.

4.2.2. Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados

Cuando las entidades del sector público que actúen no tengan la condición de poder adjudicador también nos encontraremos con un contrato *in house* o encargo de gestión a un medio propio personificado que no tiene la condición de contrato y que se realiza a cambio de una compensación económica, pero, a diferencia del supuesto anterior, en este caso quien actúa en calidad de encomendante no es un poder adjudicador, sino una entidad del sector público que no tiene tal condición.

A esos efectos resulta necesario que la persona jurídica de la que se vale la entidad encomendante tenga la condición de medio propio personificado de ésta, con

independencia de que se encuentre sujeto a derecho público o a derecho privado, para lo cual resulta necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a. Control directo o indirecto de la entidad encomendante sobre el ente que recibe la encomienda en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio³⁹.
- b. Que el capital social o patrimonio del ente que recibe la encomienda sea de titularidad pública.
- c. Que más del 80% de sus actividades se lleven a cabo en virtud de encargos realizados por el ente encomendante que le controla o por otras personas jurídicas controladas por este, y así quede reflejado en la Memoria de sus Cuentas anuales y verificado por sus auditores con motivo de la auditoria anual de éstas.

³⁹ El texto literal de este precepto es el siguiente:

Artículo 42.

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.
3. La sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social.
4. La junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas.
5. Las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.
6. Lo dispuesto en la presente sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo.

Con la previsión específica para el sector público estatal, de que también resultará de aplicación este régimen a los encargos de gestión que se produzcan entre sus personificaciones jurídicas, cuando se de entre ellas una relación de control o una participación directa o indirecta en su capital.

De todo lo expuesto se deriva que el legislador español recoge en este Proyecto las previsiones de la Directiva de manera mucho más exhaustiva de lo que actualmente lo hace el TRLCSP, configurando este negocio jurídico no como un negocio excluido de la legislación de contratos del sector público, sino como un negocio excluido de la consideración de contrato, que, en cambio, regula de forma expresa dotándole de un régimen jurídico específico del que cabe realizar las reflexiones siguientes:

- Sigue manteniendo la presunción de la existencia de control análogo al que el poder adjudicador encomendante ostenta sobre sus propios servicios derivada de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA, por el mero hecho de que el poder o poderes adjudicadores encomendantes puedan conferirle encargos de ejecución obligatoria por así establecerlo sus estatutos o el acto de creación, a pesar de las críticas doctrinales que cuestionaban este modelo por considerar que solo constituía un indicio de este control y no garantizaba un control efectivo.
- La prohibición, aunque tímida, imprecisa y llena de excepciones difusas, de que el medio propio externalice íntegramente las prestaciones encargadas y la diferida exigencia de que cuente con los medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo de acuerdo con su objeto social, nos hacen concebir ciertas esperanzas sobre la correcta utilización de esta figura en el futuro, que permita superar su utilización actual en muchos casos desviada, con el único fin de utilizarla como mera vía de escape de la legislación contractual.
- La dicción literal del Proyecto impedirá la condición de las Fundaciones privadas como medio propio de poderes adjudicadores, desde el momento en que la prohibición de participación privada va referida no solo al capital sino también al patrimonio.
- Por último y también por lo que se refiere a la prohibición de participación privada en el ente que realiza el encargo, el Proyecto opta por no hacer uso de la posibilidad prevista en la Directiva de imponer formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario.

IV. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS Y LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS

Sí este es el estado de la cuestión respecto de la regulación de las encomiendas de gestión sujetas a la legislación de Régimen Jurídico del Sector Público y a la legislación

contractual, la situación de la regulación de los convenios de colaboración ha sido todavía más grave, al haber estado carente esta figura, salvo algunas excepciones relacionadas con los convenios urbanísticos, de una regulación concreta y unitaria de su régimen jurídico, pues no fue hasta que el Tribunal de Cuentas⁴⁰ puso de manifiesto esta cuestión proponiendo una serie de medidas, que se creó conciencia de esta situación, hasta el punto de que esta intervención del Tribunal de Cuentas ha sido determinante y ha actuado como motor del cambio y, por tanto, ha sido la causante de que la LRJSP contenga en estos momentos una regulación más amplia de los convenios, aunque todavía sea claramente insuficiente y parcial y, en general de las relaciones interadministrativas.

1. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN LA LRJSP.

Por lo que se refiere a las relaciones interadministrativas genéricamente consideradas, los artículos 140 a 154 y la Disposición Adicional 9^a de la LRJSP se refieren a esta cuestión, estableciendo los mismos Principios generales reguladores de las relaciones interadministrativa que anteriormente se contenían en los artículos 3 y 4 de la LRJPAC, con la única variación de incluir de forma expresa el Principio de adecuación a la orden de distribución de competencias establecido en la CE, en los Estatutos de Autonomía de las CCAA y en la normativa de régimen local, y de precisar que en las relaciones de la AGE y de las CCAA con el sector local, se estará a lo que disponga la legislación básica de régimen local.

En concreto y por lo que se refiere al deber de colaboración y de cooperación de las distintas Administraciones, la LRJSP introduce las siguientes particularidades:

1.1. Respeto de las relaciones de colaboración

- Matiza que se ha de facilitar información al resto de AAPP, también, cuando la precisen para que los ciudadanos puedan acceder de forma integral a la información relativa a una materia, especificando que no solo podrá denegarse cuando no se esté facultado para prestarla de acuerdo con su normativa específica, cuando no se disponga de los medios suficientes para ello o se causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tenga encomendada o al cumplimiento de sus funciones, sino también cuando la información tenga carácter confidencial o reservado.
- Se contempla la posibilitado de acordar que los gastos que genere este deber de colaboración sean repercutidos a la Administración que la solicita.
- Se incrementan las técnicas de colaboración, con la posibilidad de crear y mantener sistemas integrados de información administrativa, con el objeto de

⁴⁰ Dictamen núm. 878/2010, de 30 de noviembre.

disponer de datos actualizados, completos y permanentes en todo el territorio y con la precisión de que el deber de asistencia y auxilio recíproco es especialmente exigible cuando los efectos de su actividad administrativa se extienden fuera de su ámbito territorial.

1.2. Respecto de las relaciones de colaboración

- Se regulan de manera más detallada que en el artículo 5 de la LRJPAC, el deber y las técnicas de cooperación entre AAPP, en particular por el que se refiere a las técnicas orgánicas mediante órganos de cooperación multilateral o bilateral de ámbito general o especial, constituidos por representantes de las Administraciones afectadas para acordar voluntariamente actuaciones que mejoren el ejercicio de sus propias competencias e inscritos necesariamente en el Registro estatal correspondiendo cuando participe el Estado.
- Se regulan, como órganos de cooperación multilateral, la composición, funciones, régimen de funcionamiento y de sus decisiones de las Conferencias de Presidentes integradas por el Presidente del Gobierno central y los de los Gobiernos autonómicos, y las Conferencias sectoriales, Presididas por el miembro del Gobierno central competente por razón de la materia e integradas por los representantes correspondientes de los gobiernos autonómicos, así como las Comisiones sectoriales y grupos de trabajo, como órganos de trabajo y apoyo de las anteriores, las Comisiones bilaterales de cooperación y las Comisiones territoriales de coordinación.
- Regula en su Disposición Adicional 9^a la Comisión sectorial de Administración electrónica, dependiente de la Conferencia sectorial de Administración pública, en la que existe una representación de las EELL, con el fin de garantizar la compatibilidad e interoperabilidad de sistemas y aplicaciones empleados por las AAPP, de impulsar el desarrollo de la Administración electrónica y de asegurar la cooperación de las AAPP para proporcionar información clara, actualizada e inequívoca.

2. LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS: PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y REGULACIÓN EN LA LRJSP.

Dentro de este marco y como instrumentación no personificada de esta colaboración y cooperación, la LRJSP regula en sus artículos 47 a 53 y en su Disposición Adicional 8^a los convenios de colaboración, con la intención de incorporar por primera vez a nuestro Ordenamiento una regulación unitaria y acabada que los distinguiera de otras figuras jurídicas afines, pues como ya hemos apuntado al principio de este trabajo, nuestro Ordenamiento jurídico no establecía una regulación general aplicable a los convenios de colaboración, aunque si existían referencias concretas a ellos diseminadas en varias normas legales y reglamentarias y en regulaciones puntuales aplicables a algunos tipos concretos de convenios.

1.3. Precedentes legislativos a la LRJSP

Efectivamente, desde el punto de vista local, con anterioridad de la LRJSP tan sólo disponíamos, a nivel de legislación básica, de la regulación genérica contenida en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas, tanto general como local, y en la de contratos del sector público. Pero si prescindimos de la regulación de los convenios interadministrativos que se subscriven entre Administraciones o entes públicos, normalmente en materia de cooperación, que se contiene en el artículo 57 de la LRBRL, se trataba de una regulación muy puntual destinada a hacer un reconocimiento genérico de la posibilidad de que las Administraciones pudieran subscribir convenios entre ellas o con los particulares, como hace el artículo 88 de la LRJPAC; a determinar los órganos competentes para su aprobación, como hace el artículo 22.2.c) de la LRBRL respecto de los urbanísticos; o a excluirlos de la legislación contractual, como hace el TRLCSP en su artículo 4.1.d) al señalar el siguiente:

...

Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

- c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.*
- d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.*

...

Esta última Ley, en su artículo 4.2, también remite la regulación de los convenios a sus normas especiales, aunque con la previsión de que les serán aplicables los principios orientadores del TRLCSP para resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse⁴¹, de la misma manera que lo hacía el hoy derogado artículo 88 de la LRJPAC, cuando al regular la terminación convencional de los procedimientos, autorizaba a las Administraciones a celebrar convenios con personas de derecho público y de derecho privado, siempre que no fueran contrarios al Ordenamiento jurídico, no versaran sobre materias no susceptibles de transacción, tuvieran por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado y no supusieran alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos, regulando su contenido mínimo, para después establecer que el alcance, efectos y régimen jurídico específico de cada convenio sería el que en cada caso contemplara la disposición que lo regulara.

Pero lo cierto es que, como normas de carácter especial aplicables solamente a determinados convenios de colaboración, si prescindimos de los de carácter

⁴¹ Principios de publicidad y concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

urbanístico, únicamente podíamos mencionar, a título de ejemplo, las previsiones que se contenían en los artículos 6 y 8 de la LRJPAC respecto de los celebrados entre la Administración General del Estado y sus Organismos vinculados o dependientes, de una parte, y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, de otra, que eran normas referidas al contenido de los instrumentos de formalización de los convenios, a las competencias de los órganos mixtos de vigilancia y control que eventualmente se crearan, a la posibilidad de suscripción de Protocolos Generales, a la creación de consorcios u otras organizaciones comunes de gestión de los Convenios (art. 6, apartados 2 a 5) y a los efectos y publicidad de los Convenios (art. 8), normas que, por imperativo de lo dispuesto por el *artículo 9, in fine* de la propia LRJPAC, pero que resultaban de aplicación supletoria en el caso de Convenios de colaboración suscritos entre la Administración General del Estado o sus Organismos vinculados o dependientes y las Entidades locales.

En suma, de lo hasta ahora expuesto podemos concluir que hasta la LRJSP, si exceptuamos los convenios urbanísticos, los restantes convenios de colaboración que celebraran los entes locales se regían, en primera instancia, por las disposiciones generales aplicables a este tipo de negocios jurídicos (entre ellas, muy especialmente, por la previsión contenida en el artículo 4 del TRLCSP) y, además, por las normas especiales que en cada caso pudieran resultarles aplicables, como, por ejemplo, las contenidas en los artículos 6 y 8 de la LRJPAC, cuando en consideración a las partes intervenientes se encontraran entre los Convenios regulados en estas normas especiales.

En el caso de Cataluña, no obstante, como consecuencia de la regulación contenida en los artículos 108 a 112 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas catalanas, sí disponíamos antes de la LRJSP de una mínima regulación unitaria del régimen jurídico de los convenios administrativos.

Pero si prescindimos de la legislación autonómica, lo cierto es que hasta la LRJSP, carecíamos de una delimitación conceptual de esta figura que nos permitiera diferenciarla de los contratos, ya que ni el TRLCSP ni la LRJPAC proporcionaron en su momento definición alguna de los convenios de colaboración, a pesar de que, debido a sus características configuradoras, hacían difícil su distinción de otras figuras contractuales.

Por ello, esta falta de un precepto legal o reglamentario que definiera estos convenios dio lugar a dos concepciones doctrinales, una que manejaba un concepto estricto de convenio y consideraba que la figura del convenio tenía que limitarse a los supuestos en qué dos o más entes públicos asumían conjuntamente la gestión de un servicio que era de interés o titularidad común, mientras que en el contrato administrativo una de las dos partes colabora en la prestación de un servicio la titularidad del cual corresponde a la otra, de manera que una actúa como Administración contratante y otra como contratista o ejecutor de la prestación convenida en virtud de un precio. La otra concepción doctrinal, por el contrario, manejando un concepto más amplio, consideraba que en los convenios de colaboración se borraba la distinción, por razón

del objeto, entre estos convenios y los contratos regulados por el TRLCSP, de forma que unos y otros se conciben como técnicas alternativas utilizables discrecionalmente por la Administración.

Si prescindimos del concepto amplio de convenio de colaboración, ya que, como hemos visto, el TRLCSP excluye toda posibilidad de que las Administraciones Públicas territoriales y las entidades públicas dependientes de las mismas celebren convenios de colaboración que tengan por objeto el que es propio del contrato de obras, de suministro, de consultoría y de servicios, y acudiendo, por lo tanto, al concepto estricto de convenio de colaboración, podíamos afirmar que, aunque ambas figuras –convenio de colaboración y contrato– tuvieran en común la nota de ser actos o negocios jurídicos de carácter bilateral, resultado del concurso de la libre voluntad de las partes, su diferencia estribaba en la diferente posición y finalidad de las partes en el mismo y, a su vez y como consecuencia de ello, en la diferente instrumentación o articulación jurídica del contenido que se aprecia en el convenio de colaboración y en el contrato administrativo.

Así, si seguimos a la Abogacía del Estado, ... *el convenio de colaboración tiene como punto de partida un supuesto preciso, como es la existencia de dos (o más) partes que tienen competencias o funciones concurrentes, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es lo mismo, persiguen finalidades comunes cuya consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esta finalidad común, de la que resultan así ser cogestores, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido. Todo esto hace que la nota característica de esta figura sea, como lo denota su propia denominación, la cooperación o colaboración de las partes por razón precisamente de esta comunidad de finalidades...*

Por el contrario, según la Abogacía del Estado ... *en el contrato desaparece la idea de concurrencia de competencias o funciones sobre la misma realidad material y, por lo tanto, la idea de comunidad de fin, surgiendo la posición de cada parte como una posición independiente, tendente a la satisfacción de su propio interés, lo que tiene por consecuencia que la relación contractual gire en torno al principio de sinalgematicidad, es decir, la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones que se deben las partes y que resalta, al tratar de la causa de los contratos, el inciso inicial del artículo 1274 del Código Civil («En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o prometida de una cosa o servicio por la otra parte»)...*

Pero aplicar este criterio de distinción en cada caso al concreto supuesto que analizáramos, como recordaba la Abogacía del Estado, entrañaba una operación de calificación jurídica en la que, necesariamente, se tenía que tomar en consideración el conjunto total de las cláusulas, previsiones o estipulaciones del documento a calificar, aplicando el criterio general previsto en el artículo 1285 del Código Civil –

interpretación de las cláusulas de los contratos las unas por las otras- que ha sido confirmado por reiterada doctrina jurisprudencial⁴².

2. 2. Regulación de los convenios de colaboración en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña y en la LRJSP

Este estado de cosas se mantuvo en Cataluña hasta la promulgación de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña que, hasta la entrada en vigor de la LRJSP, ha venido regulando en sus artículos 107 a 112 los convenios de colaboración en solitario⁴³, en un intento de aportar una regulación unitaria de esta figura, avanzando de esta manera algunas de las previsiones que actualmente se contienen en la primera de estas normas, como seguidamente veremos.

En estos momentos, junto con la Ley catalana anteriormente mencionada y junto a las referencias contenidas en el artículo 57 de la LRBRL y correlativos de la legislación autonómica de régimen local, respecto de los convenios de cooperación interadministrativa, los convenios administrativos se encuentran regulados por los artículos 47 a 53 de la LRJSP, ya que, tal y como ya hemos avanzado, el artículo 4 del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación tanto los convenios de colaboración interadministrativa, como los que las Administraciones celebren con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado.

Actualmente la LRJSP realiza una detallada regulación del régimen jurídico de los convenios administrativos, a los que la LRJPAC únicamente dedicaba su art. 6, mediante la regulación de sus aspectos fundamentales, con la previsión explícita de que esta regulación no resulta aplicable a las encomiendas de gestión ni a los acuerdos de terminación convencional de procedimientos y con la obligación de adaptar en un plazo de 3 años los convenios vigentes suscritos con anterioridad a su entrada en vigor que, no obstante, se producirá de forma automática respecto de su vigencia y por un plazo máximo de 4 años más, a contar de la entrada en vigor de la Ley, respecto de aquellos que no la tengan establecida o estuvieran en situación de prórroga tácita por tiempo indefinido.

a. Definición y clases

La LRJSP define los convenios como acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las AAPP, Organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y Universidades, entre sí o con privados, para un fin común, limitando toda posibilidad de que tengan por objeto prestaciones propias de los

⁴² STS de 21 de abril de 1951, 24 de octubre de 1963, 19 de noviembre de 1965, 2 de febrero de 1975, 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 5320) y 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4017)

⁴³ En la Ley catalana se regulan las características generales de los convenios -concepto y exclusiones- con una habilitación general a las Administraciones públicas para suscribirlos, su régimen jurídico, forma y contenido, el procedimiento y expediente a tramitar con carácter previo a su suscripción y su eficacia y publicidad.

contratos⁴⁴ y excluyendo de forma expresa de este concepto los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intenciones o expresen la voluntad de actuar con un objetivo común, en términos similares a lo que hizo en su momento el artículo 108 de la Ley catalana, que precisaba su sujeción a derecho público, e incorporaba el principio general de que el nombre no hace la cosa, cuando establece que con independencia de su denominación, se considerará convenio toda relación jurídica que se ajuste a su definición.

En la Ley catalana se precisa, además, otros extremos que en algún caso se pueden considerar obvios, como que los convenios tienen carácter voluntario y deben estipularse en términos de igualdad de las partes.

A estos efectos la LRJSP realiza una clasificación de los convenios que la doctrina considera incompleta, en los tipos siguientes:

- Convenios interadministrativos entre Organismos públicos y Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de distintas AAPP, para el ejercicio de competencias propias, exceptuando los que puedan suscribirse entre CCAA para la gestión y prestación de servicios propios.

Dentro de estos convenios se incluyen los de cooperación interadministrativa entre entes de la Administración local y las Administraciones estatal y/o Autonómica, ya sea directamente o mediante sus entes instrumentales, que según la legislación de régimen jurídico tienen carácter voluntario, pueden ir referidos tanto a servicios locales como a asuntos de interés común, se tienen que comunicar al resto de Administraciones interesadas no firmantes del convenio y tienen que mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

- Convenios intraadministrativos entre AAPP o entre Organismos públicos y Entidades de derecho público vinculados o dependientes de la misma Administración.
- Convenios entre AAPP u Organismos y Entidades de derecho público y un sujeto de derecho privado, dentro de los cuales entiendo que se integran los suscritos con sujetos de derecho público del sector público.

⁴⁴ Este carácter no contractual y su exclusión del ámbito de aplicación del TRLCSP se pone de manifiesto en la Ley catalana, cuando en su artículo 109.1 establece que no serán de aplicación las prerrogativas que la legislación de contratos del sector público atribuye a los órganos de contratación.

- Convenios entre AAPP y órganos, Organismos o Entes de un sujeto de derecho internacional, no constitutivos de Tratado internacional ni de acuerdo internacional administrativo o no normativo.

b. Requisitos de validez

Los convenios, que según la Ley catalana obligan desde su firma, salvo que en ellos se disponga otra cosa, y que de acuerdo con la LRJSP se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes, previa aprobación por el órgano competente y posterior formalización en documento administrativo, ya que como exige el artículo 110.1 de la Ley catalana, se formalizan por escrito, se han de circunscribir al ámbito de competencias de los sujetos públicos firmantes, sin comportar la cesión de su titularidad. En el caso municipal, por tanto, ya se ostenten estas competencias en calidad de competencias propias o delegadas o se trate de las competencias distintas de las anteriores a las que se refiere el artículo 7 de la LRBRL, si se ha dado cumplimiento a las exigencias formales que en el mismo se regulan.

Además, estos convenios han de mejorar la eficacia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con sujeción llena a la legislación presupuestaria.

Para ello han de ser financieramente sostenibles y no han de contener compromisos superiores a los gastos derivados de su ejecución, y todos estos aspectos han de quedar justificados en una Memoria justificativa⁴⁵ única para todas las partes, en la que se analicen los aspectos siguientes:

- Su necesidad y oportunidad, justificando que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48.3 de la LRJSP mejora la eficiencia de la gestión pública, facilita la utilización conjunta de medios y servicios públicos y/o contribuye a la realización de actividades de utilidad pública. Además, de servir de instrumento a una subvención, se tiene que justificar, también, que cumple con lo previsto por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y restante normativa aplicable, tal y como de forma expresa exige la LRJSP y, anteriormente, el artículo 109.3 de la Ley catalana. De tener por objeto una delegación de competencias de otras Administraciones a favor de entidades locales, se ha de justificar, además, que cumple con las determinaciones de la legislación de régimen local.
- La concreción de la competencia con la que cada parte actúa y que sirve de marco al convenio.

⁴⁵ El artículo 111.3 de la Ley catalana solo la contempla respecto de los convenios que suscriba la Administración autonómica y sus entes dependientes, junto con un proyecto de convenio, sus antecedentes, una memoria económica y los correspondientes informes jurídico y del Interventor, así como el del Departamento que ostenta la responsabilidad del Registro de convenios.

- Su impacto económico, justificando que el convenio cumple con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que las aportaciones financieras que se comprometen no son superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio y, más concretamente, que las partes firmantes tienen capacidad para financiarlas durante la vigencia del convenio.
- El carácter no contractual de su objeto, puesto que tal y cómo determina el artículo 47.1 de la LRJSP, no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos.
- Su adecuación a las restantes previsiones de la LRJSP.

c. Contenido

La LRJSP exige el siguiente contenido mínimo de los convenios:

- Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con la que actúan, extremo al que el artículo 110. 2.c) añade la referencia expresa a la aprobación por el órgano competente cuando resulte preceptivo.
- La competencia en la que se fundamenta la actuación.
- Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada una de las partes, indicando, si procede, la titularidad de los resultados obtenidos.
- Obligaciones y, en su caso, compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto por la legislación presupuestaria.
- Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, si procede, los criterios para determinar las posibles indemnizaciones derivadas de este.
- Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, a fin de resolver los problemas de interpretación⁴⁶ y cumplimiento que se puedan plantear.
- Régimen de modificación del convenio.

⁴⁶ A estos efectos el artículo 109.2 de la Ley catalana establece que los convenios se rigen por sus cláusulas, por la propia Ley catalana, a la que tenemos que añadir la LRJSP, por la legislación de régimen local o por la correspondiente legislación sectorial, y, para resolver sus dudas y lagunas, por los Principios del TRLCSP, lo que supone una aplicación directa de lo previsto en el número 2 del artículo 4 de esta última Ley.

- Plazo de vigencia del convenio, que no podrá exceder de 4 años, salvo en los supuestos en los que una norma específica así lo contemple expresamente, que se tendrá que justificar a la Memoria, sin perjuicio de su posible prórroga antes de la finalización del plazo de duración, cuando medie acuerdo unánime de las partes y hasta un máximo de cuatro años adicionales⁴⁷.

A estos efectos, por imperativo de lo previsto en la Disposición Adicional 8^a de la LRJSP, todos los convenios vigentes que tengan un plazo de duración superior a 4 años se tendrán que adaptar al plazo máximo legal antes del próximo día 2 de octubre de 2019, salvo los que tengan un plazo de duración indefinida o tengan establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido, pues en este supuesto la adaptación se produce de forma automática y, por ministerio de la Ley, finalizarán el día 2 de octubre de 2020.

A estas previsiones, la Ley catalana añade la relativa a la determinación de los órganos y procedimientos a los que se someten las diferencias que puedan surgir sobre la interpretación y el cumplimiento del convenio, sin perjuicio de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y un contenido aproximativo de los extremos típicos de los convenios que se pueden contener en los Protocolos, excluyendo sólo todo aquello que supone un carácter obligacional.

d. Trámites preceptivos para su suscripción y efectos.

Según la Ley catalana, la suscripción de un convenio ha de ir precedida de la instrucción del procedimiento que resulte aplicable, del referido informe previo de la Intervención u órgano económico financiero competente en función de la naturaleza del ente, cuando comporte gastos específicos con cargo al presupuesto, y aunque la LRJSP no lo prevé de forma expresa, es evidente que idénticos requisitos procedimentales se derivan de la legislación general de procedimiento administrativo y de la económico-presupuestaria.

En la LRJSP los convenios se tienen que comunicar electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano autonómico correspondiente, cuando sus compromisos económicos superen los 600.000 €, así como sus prórrogas, variaciones, alteración de los compromisos económicos asumidos y extinción, sin perjuicio de las facultades de estos órganos fiscalizadores de reclamar los datos y documentos que estime pertinentes.

Estas previsiones del artículo 53 de la LRJSP han sido desarrolladas para el sector público local mediante la Resolución de 2 de diciembre de 2016 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el acuerdo del Pleno de este órgano de 24 de noviembre de 2016, que aprobó la Instrucción relativa a la remisión

⁴⁷ En la Ley catalana la prórroga solo tenía de ser expresa si el convenio comportaba compromisos de gasto económico.

telemática al Tribunal de convenios y de relaciones anuales de los celebrados por las entidades del sector público local.

Según esta Instrucción, la obligación de las entidades del sector público local⁴⁸ de enviar información sobre los convenios al Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de las facultades de este Tribunal para reclamar información adicional, se concreta en los aspectos siguientes:

- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas, dentro de los tres meses siguientes a su suscripción, los convenios suscritos cuyos compromisos económicos superen los 600.000 €, mediante la remisión de una copia del convenio acompañada de la correspondiente memoria justificativa.
- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se produzcan, los documentos de aprobación y de formalización de las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, la alteración de los importes de los compromisos económicos asumidos y la extinción de los convenios previstos al apartado anterior.
- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas los convenios suscritos cuyos compromisos económicos no superen inicialmente los 600.000 €, pero que como consecuencia de modificaciones posteriores, aisladamente o conjuntamente, eleven los compromisos económicos asumidos por encima de los 600.000 €. Esta obligación se tiene que llevar a cabo dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se produzca la variación, mediante la remisión de una copia del convenio acompañada de la correspondiente memoria justificativa, y otra de los documentos de aprobación y de formalización de las modificaciones.
- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas, con carácter anual y dentro de los dos primeros meses de cada año, una relación certificada comprensiva de todos los convenios formalizados durante el ejercicio inmediatamente anterior por los entes locales y, en este caso, **también, por su sector público institucional vinculado o dependiente, con independencia del régimen jurídico público o privado al que estén sometidos.**

Esta obligación resulta vigente a contar del ejercicio 2017, por el que la primera comunicación se tendrá que realizar antes de que finalice el mes de febrero de 2018.

⁴⁸ A efectos de esta obligación en el ámbito local, de lo dispuesto por el artículo 2 de la LRJSP se deriva que resulta de aplicación a las entidades que integran la Administración local y a su público institucional, integrado por los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de los entes locales.

A estos efectos la propia Resolución determina qué se entiende por compromisos económicos asumidos el importe total de las aportaciones financieras que se comprometan a realizar el conjunto de sujetos que subscriven el convenio, con independencia de la aportación que corresponda a cada parte.

La comunicación y remisión de información se ha de llevar a cabo, dentro de los plazos indicados, por procedimiento telemático mediante la Plataforma de *"Rendición de Cuentas de las Entidades Locales"* www.rendicioncuentas.es, aportando la documentación exigida y formalizando los datos básicos que se requieran en la Plataforma.

A estas previsiones se añaden las relativas a la publicidad de los convenios, contempladas en el artículo 112 de la Ley catalana, y en los artículos 8.1.b) y 14, respectivamente, de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno y de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno de Cataluña.

Según la primera de estas leyes, en Cataluña los convenios que afecten a terceras personas, los que comporten una alteración del ejercicio de las competencias de las Administraciones, organismos o entidades públicas, o de los órganos administrativos, y los demás convenios en que así se establezca por ley o por reglamento, sólo son eficaces si, una vez firmados, son publicados íntegramente en los correspondientes diarios o boletines oficiales de las Administraciones implicadas.

Según la ley estatal de Transparencia, han de ser objeto de publicidad activa, además de las encomiendas de gestión, la relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas, detalle al que la legislación de Transparencia catalana añade la fecha del convenio y de sus posibles modificaciones.

e. Extinción y liquidación.

Los convenios se extinguirán por su cumplimiento o en los supuestos siguientes:

- Vencimiento.
- Acuerdo unánime de las partes.
- Incumplimiento, previo requerimiento, con o sin indemnización.
- Decisión judicial declaratoria de su nulidad, o
- Cualquier otra causa prevista al convenio o a las leyes.

Y ello exigirá su previa liquidación, a fin de determinar las obligaciones y compromisos de las partes y, cuando de estos convenios se deriven compromisos financieros, para efectuar esta liquidación se ha de atender a las reglas siguientes:

- Si el importe de las actuaciones ejecutadas por alguna de las partes fuera inferior a los fondos recibidos del resto para financiarlo tendrá que reintegrar el exceso en el plazo máximo de un mes desde la liquidación y, en su caso, los intereses de demora correspondientes.
- Si este importe es superior, las restantes partes, en el mismo plazo, le tendrán que abonar la diferencia, con el límite de los compromisos económicos asumidos.

Este nuevo marco jurídico de los convenios no ha estado exento de críticas de la doctrina, por su parcialidad e insuficiencia, y en este sentido coincido con A. Menéndez Reixach⁴⁹, en que el legislador podría haber aprovechado para definir y diferenciar, a nivel conceptual, el significado de los convenios y su distinción con los contratos; la tipología de convenios se incompleta y puramente descriptiva o retórica, ya que no distingue regímenes jurídicos diferentes o especialidades; y la regulación resulta insuficiente y tendría que haber previsto un desarrollo reglamentario, como hizo la LRJPAC.

Ello me lleva a una concluir que, a pesar de que puede resultar un avance, hubiera sido deseable una regulación más matizada en cuanto a la naturaleza jurídica del convenio respecto del contrato, y más completa, mediante la regulación de los convenios a partir de tres ideas fundamentales:

- a. La regulación de los aspectos comunes de todos los Convenios, tanto los regulados por la LRJSP como los regulados por la legislación especial, de forma que vincularan al legislador sectorial sus determinaciones.
- b. La regulación de los tipos de convenios específicos que contempla la propia LRJSP, como por ejemplo los de terminación convencional de los procedimientos o los convenios en los que se formalizan las encomiendas de gestión sujetas a la LRJSP, con la definición de sus particularidades.
- c. La remisión a la legislación sectorial para regular otros tipos de convenios especiales como, por ejemplo, los urbanísticos.

10 de marzo de 2017

⁴⁹Ángel Menéndez Reixach. *Encomiendas de gestión y convenios*. Cuadernos de Derecho Local núm. 41. 2016.

