

## ***Diferencia entre las encomiendas de gestión a otras administraciones y las encomiendas de gestión a medios propios y servicios técnicos.***

### **Antecedente normativo**

#### *Cita:*

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

### **1. Planteamiento**

El artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) regula las encomiendas de gestión a otras Administraciones Públicas para la realización de actividades de carácter material o técnico, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Estas encomiendas no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público.

Por su parte, el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en su artículo 24.6, regula las encomiendas de gestión a entidades que tengan la condición de medios propios y servicios técnicos para realizar determinadas prestaciones, si bien las excluye de su ámbito de aplicación (artículo 4.1.n).

¿Cuál es la diferencia existente entre ambas figuras?

### **2. Consideraciones jurídicas**

La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo o una entidad del sector público (encomendante), encarga a otra Administración o a otra entidad del sector público (encomendatario) la realización de una determinada actividad o prestación sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

Esta forma de gestión se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa para la provisión de bienes y servicios, y presenta ciertas afinidades con otras figuras administrativas como los convenios de colaboración (artículos 47 a 53 de la LRJSP), o la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares (apartados 1 a 5 del artículo 24 del

TRLCSP).

Las encomiendas de gestión fueron en origen objeto de regulación general en el artículo 15 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que habilitó la posibilidad de llevarlas a cabo para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público, a favor de otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño.

El propio artículo 15 de la LRJPAC limitó el recurso a esta figura exclusivamente al marco administrativo, al excluir la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de derecho privado, debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos. En la actualidad, regula este tipo de encomiendas puramente administrativas el artículo 11 de la LRJSP, que mantiene en esencia las mismas características y requisitos definitorios ya establecidos en la legislación precedente.

Por su parte, la legislación de contratos ha ido modulando a lo largo del tiempo, con distinto grado de precisión, la exclusión de su ámbito de aplicación de las encomiendas encargadas a entidades pertenecientes a las propias Administraciones Públicas, dando lugar, en su evolución, al concepto actual de medio propio o servicio técnico.

La primera referencia expresa en este sentido fue introducida en el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por medio del artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que excluyó del ámbito de aplicación del TRLCAP a *“las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”* (letra l del artículo 3.1), pero sin identificar ni establecer el régimen jurídico aplicable a las mismas, que, según el apartado 2 del artículo 3 del TRLCAP, debían configurar sus normas especiales de aplicación.

Más adelante, la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, modificó la referida letra l del artículo 3.1 del TRLCAP, restringiendo el ámbito de la mencionada exclusión a *“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 efectúa 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”*.

Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cambió la conceptualización, el alcance, e incluso parcialmente la denominación de esta figura rediseñándola como *“negocio jurídico en cuya virtud*

se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”, con unos perfiles emparentados, pero ya claramente diferenciados, con respecto a la encomienda de gestión regulada por el entonces vigente artículo 15 de la LRJPAC, en los términos que desarrollaron los artículos 4.1.n) y 24.6 de la citada LCSP, y que mantienen actualmente los mismos artículos del TRLCSP, de nuevo sin referenciar ni establecer las normas especiales que serían de aplicación a este supuesto con arreglo al artículo 4.2 del propio TRLCSP, más allá de la mencionada remisión al artículo 24.6.

Esta regulación introducida en nuestra legislación contractual pública ha venido a plasmar en nuestro derecho la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (significativamente a partir de la conocida Sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, asunto Teckal) en torno a los denominados “contratos domésticos” o “*in house providing*” calificados en el propio TRLCSP como encargos o encomiendas a entes propios. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, el recurso a esta figura tiene carácter excepcional y los requisitos para actuar conforme a ella han de interpretarse en sentido estricto.

Así, con arreglo a los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, lo decisivo para que una operación pueda calificarse como encomienda de gestión a medios propios, y ser por ello excluida de la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública, es el tipo de relación que se establece entre el poder adjudicador que hace el encargo y el ente del sector público que lo recibe, que debe ser una relación de dependencia materializada en el cumplimiento de una serie de requisitos, establecidos en el artículo 24.6 del TRLCSP, y que son los siguientes:

- a) Que el poder adjudicador que realiza la encomienda ostente sobre el encomendatario un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. A este respecto, el TRLCSP establece que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.
- b) Que el encomendatario debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que realiza la encomienda.
- c) Que si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan estos requisitos de fondo debe, además, ser reconocida formal y expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán establecer las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los

que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Por su parte, la LRJSP, en su artículo 86, ha mantenido estos requisitos y condiciones para la consideración de una entidad como medio propio, efectuando para ello una remisión al TRLCSP, y ha añadido la necesidad de acreditar que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o resulte necesario, por razones de seguridad pública o de urgencia, disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

De esta suerte, la evolución de este régimen regulador de las encomiendas, paulatinamente introducido y desarrollado en el ámbito de la legislación de la contratación pública, ha dado lugar al nacimiento de una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, emparentada por su origen con la encomienda de gestión inicialmente contemplada en el artículo 15 de la LRJPAC y actualmente regulada por el artículo 11 de la LRJSP, pero hoy nítidamente diferenciada en cuanto a su naturaleza, requisitos, régimen regulador y funcionalidad.

Así, el ámbito de las encomiendas de gestión reguladas por el artículo 11 de la LRJSP ha quedado en la práctica reducido al puramente interadministrativo, limitado a actuaciones objetiva y subjetivamente ajenas al ámbito de la legislación de contratos, y ligadas estrechamente al ejercicio de las competencias propias de los órganos administrativos.

Por su parte, la celebración de encomiendas con contenido materialmente contractual (provisión de bienes o servicios a cambio de una contraprestación dineraria), pero excluidas de la legislación de contratos, ha encontrado en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRCLSP un cauce legal de expansión, actualmente en pleno desarrollo.

En este contexto, no puede dejar de tenerse en cuenta que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, incorpora algunos aspectos novedosos que afectan a los requisitos que han de reunir los medios propios para ser considerados como tales y se encuentra en proceso de transposición al ordenamiento jurídico español con la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

### **3. Conclusiones**

Las encomiendas de gestión reguladas por el artículo 11 de la LRJSP tienen un ámbito puramente interadministrativo, limitado a actuaciones objetiva y subjetivamente ajenas al ámbito de la legislación de contratos, y ligadas estrechamente al ejercicio de las competencias propias de los órganos administrativos.

En cambio, las encomiendas de gestión a medios propios y servicios

técnicos que regula el artículo 24.6 del TRLCSP tienen un contenido materialmente contractual (provisión de bienes o servicios a cambio de una contraprestación dineraria), pero están excluidas de la legislación de contratos en virtud del artículo 4.1.n) del TRLCSP.

[www.lasclavesdelderecho.com](http://www.lasclavesdelderecho.com)