



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de septiembre de 2011

Informe 3/2011, de 30 de septiembre. Los encargos de gestión. El expediente del encargo: el informe jurídico

Antecedentes

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

Mediante informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears (informes 6/2009 y 1/2010) se han resuelto numerosas dudas relativas a la figura de los encargos de gestión regulados en los artículos 4.1 *n* y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En el último párrafo del punto 10 del Informe 1/2010, de la JCCA, que hace referencia al expediente administrativo previo al encargo de gestión se establece que “deben aplicarse las normas presupuestarias que regulan los expedientes de gasto, así como las normas de la LCSP que sean de aplicación directa, supletoria o analógica, como, por ejemplo, las normas que exigen la existencia de un acuerdo de inicio, la justificación de las necesidades que deben satisfacerse, la descripción de las prestaciones que son objeto del encargo y la emisión de un informe jurídico.”

Dado que han surgido dudas sobre cuándo debe emitirse un informe jurídico y el alcance de este en los expedientes administrativos previos a estos encargos de gestión, planteamos ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 15 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997, las siguientes cuestiones:

1. En qué casos debe emitirse informe jurídico en el expediente previo a un encargo de gestión de los regulados en los artículos 4.1 *n* y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
2. Cuál ha de ser el contenido de estos informes jurídicos.

Se adjunta, para cumplir el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa,



informe jurídico.

2. La Secretaria General de la Consejería de Salud y Consumo está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea dos cuestiones relacionadas con el expediente de los encargos de gestión que regulan los artículos 4.1 *n* y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP). La primera hace referencia a los casos en los que es necesario emitir un informe jurídico durante la tramitación del expediente y, la segunda, a cuál debe ser el contenido de este informe jurídico.

Antes de entrar en el análisis de ambas cuestiones, que se pueden contestar de forma conjunta, es necesario recordar brevemente el concepto de encargo de gestión y el contenido del informe de esta Junta Consultiva que se menciona en el texto de la consulta y que da lugar a esta solicitud de informe.

2. El denominado *contrato interno* o *in house providing* es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar la legislación contractual. Se trata de una manifestación de la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas por la cual el interés público se satisface mediante una actividad interna, y que se inspira en la doctrina y la práctica denominada en el mundo anglosajón *in house providing* (literalmente, 'suministro doméstico o interno'). Si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, es una excepción a la aplicación de las directivas comunitarias en materia de contratación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una importante doctrina en relación con los contratos denominados *in house* o *in house providing*. Esta doctrina permite realizar encargos, que no tienen la consideración de contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia siempre que



se cumplan los siguientes requisitos:

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

Esta Junta Consultiva ha analizado en diversas ocasiones esta figura, como por ejemplo en los informes 1/2006, 2/2007, 4/2009, 6/2009, 1/2010 y en el informe 4/2011, que se aprueba en esta misma sesión, a los que nos remitimos para una explicación más detallada sobre su configuración.

3. La Ley 30/2007 ha incorporado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en relación con los contratos *in house* en los artículos 4.1 *n* y 24.6, de forma que la LCSP contiene una regulación más completa que la de las leyes de contratos precedentes.

De acuerdo con el artículo 4.1 *n*, están excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, de conformidad con lo señalado en el artículo 24.6, tiene atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder adjudicador que hace el encargo, la realización de una determinada prestación.

Aunque la LCSP ha regulado esta figura con más detalle que la legislación anterior, el apartado 6 del artículo 24 sólo hace referencia a algunos aspectos de este negocio jurídico, como por ejemplo los requisitos que han de cumplir los entes, organismos y entidades del sector público para que puedan considerarse medios propios a efectos del artículo 4.1 *n*, pero no hace ninguna mención al expediente administrativo relativo al encargo de gestión.

El informe 1/2010 de esta Junta Consultiva realizó algunas consideraciones en relación con esta cuestión. En concreto, en este Informe se indicó, en relación con el régimen de los encargos de gestión, que de acuerdo con el apartado 2 del artículo 4 de la LCSP, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos del ámbito de aplicación de la Ley se regulan, además de por los preceptos específicos de la Ley que regulan los encargos de gestión, por sus normas especiales; que deben aplicarse los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse, y que en determinados casos puede haber aplicación analógica de la LCSP.



Hay que tener en cuenta que no hay ninguna norma especial en nuestro ordenamiento jurídico que regule el régimen jurídico aplicable a los encargos de gestión, salvo la disposición adicional trigésima de la LCSP, que establece el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales, y el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de esta entidad y sus filiales. Ciertamente, la Ley de Contratos contiene normas específicas dedicadas a los encargos de gestión, concretamente en los artículos 4.1 *n* y 24.6, pero no detalla el régimen jurídico aplicable a esta figura.

En consecuencia, a falta de normas especiales, para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse es necesario aplicar los principios de la LCSP, que son fundamentalmente los que se recogen en el artículo 1 de la Ley, si bien no todos estos principios son compatibles con la naturaleza de los encargos de gestión.

Así, el Informe 1/2010 destacó, entre los principios que son compatibles, los de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, y manifestó que la aplicación de estos principios puede ser diversa, dado que puede considerarse que hay un cierto margen de discrecionalidad y que no se trata de la aplicación directa de preceptos de la Ley.

Tal como se menciona en el texto de la consulta, este informe hizo algunas otras consideraciones en relación con el expediente administrativo del encargo de gestión en los siguientes términos:

En relación con el expediente administrativo previo al encargo de gestión, hay que tener en cuenta que deben aplicarse las normas presupuestarias que regulan los expedientes de gasto, así como las normas de la LCSP que sean de aplicación directa, supletoria o analógica, como, por ejemplo, las normas que exigen la existencia de un acuerdo de inicio, la justificación de las necesidades que deben satisfacerse, la descripción de las prestaciones que son objeto del encargo y la emisión de un informe jurídico.

Por tanto, dado que los preceptos de la Ley de Contratos directamente aplicables a los encargos de gestión no prevén su régimen jurídico ni hacen referencia al expediente administrativo del encargo, que no hay normas especiales aplicables y que la aplicación supletoria de los principios del artículo 1 de la LCSP no permite dar respuesta a la consulta planteada —determinar los casos en los que debe emitirse un informe jurídico en el expediente de un encargo



de gestión, y cuál ha de ser su contenido—, debe analizarse la posibilidad de acudir a la aplicación analógica de los preceptos de la LCSP que regulen las actuaciones preparatorias de los contratos y las actuaciones tendentes a la comprobación de la aptitud de los licitadores.

4. El artículo 4.1 del Código Civil prevé la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

Por tanto, para determinar si es posible aplicar por analogía a los expedientes de los encargos de gestión los preceptos de la Ley de Contratos que regulan las actuaciones preparatorias de los contratos y/o las actuaciones tendentes a la comprobación de la aptitud de los licitadores, debe verificarse la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un supuesto de hecho no regulado y la existencia de identidad de razón entre el supuesto regulado por la norma y aquel que no está previsto.

Existe abundante jurisprudencia sobre la aplicación analógica de las normas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 pone de manifiesto que «la analogía se configura en la doctrina como el procedimiento de aplicación del derecho por virtud del cual aplicamos la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencial igualdad que existe entre ambos. Responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta».

Además, esta Sentencia recoge la doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las sentencias de 10 de mayo de 1996, 21 de noviembre de 2000, 13 de junio de 2003, 28 de junio de 2004 y 18 de mayo de 2006, que exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- La existencia de una laguna legal respecto del caso analizado.
- Igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado.
- Que el legislador no haya prohibido la aplicación del método analógico.

A continuación, el Tribunal Supremo manifiesta que «Asimismo indica la jurisprudencia que se entiende que existe semejanza cuando en el supuesto de hecho no regulado están los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado (SS. 10 mayo 1996 y 21 noviembre 2000) y que debe



acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (SS. 20 febrero 1998 y 21 noviembre 2000), y es que, como enseña la mejor doctrina, “no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley”».

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 14 de julio de 1988, señala que «Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo».

5. Como hemos visto, la aplicación analógica a los encargos de gestión de los preceptos de la LCSP que regulan las actuaciones preparatorias de los contratos y las actuaciones tendentes a la comprobación de la aptitud de los licitadores exige que se cumplan los requisitos mencionados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto al primero de los requisitos, cabe señalar, como ya se ha indicado anteriormente, que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna regulación del régimen jurídico general aplicable a los encargos de gestión que prevén los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la Ley de Contratos, más allá de las previsiones del artículo 4.2 de esta Ley. Por tanto, no existe ninguna regulación sobre la emisión de informes jurídicos en el expediente del encargo de gestión.

En cuanto al segundo requisito, debe determinarse si hay identidad de razón entre el supuesto que da lugar a la consulta y que carece de regulación (el encargo de gestión) y el supuesto que sí que tiene una regulación en la Ley de Contratos (el procedimiento de contratación).

Parece evidente que entre ambos supuestos existe esta identidad de razón, dado que se trata de negocios jurídicos en los que una de las partes encarga a otra la realización de una determinada prestación incluida en el ámbito de aplicación objetivo de la LCSP, pero que se diferencian en virtud de la naturaleza de la relación que vincula a las partes, que en un caso es contractual, es decir, tiene lugar entre dos sujetos claramente independientes, y, en el otro, instrumental, derivada de la condición de medio propio y servicio técnico de la parte que recibe el encargo respecto de la parte que lo efectúa. De hecho, los encargos de gestión se configuran como una excepción a la aplicación de las directivas comunitarias y de la LCSP.



En consecuencia, una vez verificada la concurrencia de los requisitos exigidos, podemos concluir que parece que no hay ningún obstáculo para aplicar analógicamente a los encargos de gestión los preceptos de la LCSP que regulan las actuaciones preparatorias de los contratos y las actuaciones tendentes a la comprobación de la aptitud de los licitadores.

6. Pasemos a analizar a continuación las cuestiones que se plantean en la consulta.

Si bien es cierto, como se indica en el informe jurídico que acompaña la consulta, que la Ley de Contratos sólo prevé la emisión de un informe jurídico en dos preceptos, el artículo 99.6 en relación con los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y el artículo 195.2 en relación con la interpretación, modificación y resolución del contrato, no deja de ser cierto que durante la tramitación inicial del procedimiento no sólo se emite un juicio jurídico sobre el contenido de los pliegos, sino que también se lleva a cabo una valoración jurídica respecto de la capacidad y solvencia del empresario, con carácter general en el momento de analizar la documentación general en el seno de la mesa de contratación, a la que asiste obligatoriamente un representante de la asesoría jurídica, para determinar si reúne los requisitos de aptitud que exige la normativa para contratar con el sector público.

Con mucho más motivo por el carácter de excepción a la aplicación de la Ley de Contratos que tiene un encargo de gestión es imprescindible, con la finalidad de evitar el uso fraudulento de esta técnica organizativa, verificar *ex ante* que en el caso concreto se dan las circunstancias que facultan el órgano de contratación para hacer uso de esta exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la Ley. Esta verificación parece que ha de tener lugar mediante un análisis jurídico sobre si se cumplen en el caso concreto los requisitos establecidos en los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la LCSP, es decir, los requisitos que la jurisprudencia comunitaria exige para utilizar la figura del contrato *in house providing*. El Informe 4/2009 de esta Junta Consultiva contiene, en la consideración jurídica 4, un análisis detallado de estos requisitos.

Por tanto, esta valoración jurídica, que debe plasmarse en un informe, ha de contener, como mínimo, un pronunciamiento sobre las cuestiones que se indican a continuación:

- Si se cumplen los requisitos antes mencionados para utilizar esta figura.



- Si el objeto del encargo está incluido en el objeto social del ente instrumental.
- Si la norma que ha creado este ente o sus estatutos reconocen expresamente la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad que confiere el encargo y si se cumple en el caso el régimen de los encargos que prevén aquellos.

Se trata, por tanto, de un análisis de legalidad para comprobar que el negocio jurídico de que se trata está excluido de la Ley de Contratos y que reúne los requisitos legalmente establecidos para estar efectivamente excluido.

Así pues, debe analizarse si el ente instrumental que recibe el encargo es realmente un medio propio del ente que lo efectúa, con independencia de que así se manifieste en los estatutos. Como ya se indicó en el Informe 1/2010, “la simple mención en la norma de creación o en los estatutos de que una entidad tiene la condición de medio propio y servicio técnico de otra entidad sin que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, no convierte aquella entidad en un medio propio”.

En cuanto a la capacidad de ambas entidades para actuar y al objeto social de la entidad que tiene la condición de medio propio, en el Informe 1/2007, de 8 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se manifestó lo siguiente:

En todo caso, conviene recordar que por aplicación del Tratado de la Comunidad Europea resulta que las administraciones nacionales no pueden encomendar encargos a una persona jurídica que actúa como servicio propio instrumental para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, cuando dichos encargos no están relacionados con las responsabilidades públicas de dichas administraciones, o cuando la realización de estos encargos no está comprendida dentro de las tareas estatutarias y legales de la persona jurídica de que se trate. Sólo se permite una excepción cuando tal encargo está justificado por motivos objetivos, como catástrofes naturales o circunstancias extraordinarias similares.

En este sentido, hay que tener en cuenta el artículo 22 de la LCSP, que dispone que los entes, organismos y entidades del sector público no pueden celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. Este precepto debe entenderse aplicable también en el caso de los encargos de gestión.



Así pues, por un lado, el ente que efectúa el encargo sólo puede encargar una prestación que esté relacionada con sus fines institucionales y, por otro, el ente que lo recibe ha de estar amparado por su objeto social para ejecutarlo.

Finalmente, esta Junta Consultiva entiende que no es imprescindible que en el informe jurídico se verifique la justa causa que justifica el encargo a que se hacía referencia en la consideración jurídica 11 del Informe 1/2010 ya mencionado, y que se dijo que tenía que referirse a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución, ya que puede entenderse que, en principio, esta justa causa concurre cuando se verifican los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria en relación con la figura de los encargos de gestión, teniendo siempre en cuenta que esta relación jurídica puede considerarse una fórmula de cooperación interadministrativa vertical, es decir, una manifestación del principio de cooperación que prevé la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque, habitualmente, la entidad que recibe el encargo es un ente instrumental y, por tanto, no tiene carácter de administración pública a efectos de esta Ley. Así, esta cooperación entre sujetos públicos puede considerarse como una decisión organizativa dado que se enmarca en el ámbito organizativo.

De hecho, se trata de una manifestación de la capacidad autoorganizativa de las entidades públicas cuya finalidad es obtener la mayor eficiencia en los procedimientos de contratación. En este sentido parece razonable considerar que el principio de eficiencia, vinculado a la buena administración, aconseja que un poder adjudicador utilice los medios propios de que dispone para ejecutar una determinada prestación.

La utilización de este mecanismo de cooperación entre autoridades públicas ha sido admitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA*, y en la Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión/República Federal de Alemania*. En concreto, la Sentencia *Coditel* se expresa en los siguientes términos:

48 [...]. En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice 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 (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).



49 Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véase, en este sentido, la sentencia Asemfo, antes citada, apartado 65).

7. Si bien, como establece el párrafo tercero del artículo 24.6 de la Ley de Contratos, la norma que cree las entidades que tienen la condición de medio propio y servicio técnico de otro, o sus estatutos, tienen que precisar el régimen jurídico de los encargos, lo cierto es que, como ya consideró esta Junta Consultiva en el Informe 1/2010, es razonable entender que hay trámites que deben llevarse a cabo necesariamente en la tramitación del expediente del encargo de gestión, por aplicación de la LCSP, ya sea en virtud de una norma de aplicación directa, supletoria o analógica.

Así también lo ha entendido la Administración General del Estado en el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales, en el que se concreta el régimen de los encargos que un abanico muy amplio de sujetos, entre los cuales figuran las comunidades autónomas y los poderes adjudicadores de ellas dependientes, pueden conferir a TRAGSA. Esta norma regula, en el artículo 4, el régimen administrativo de actuación de TRAGSA y dispone en los apartados 1 y 2, respecto al expediente, lo siguiente:

1. Las actuaciones obligatorias que les sean encomendadas a TRAGSA o a sus filiales estarán definidas, según los casos, en proyectos, memorias u otros documentos técnicos y valoradas en su correspondiente presupuesto, conforme al sistema de tarifas a que se refiere el artículo precedente.

2. Antes de formular la encomienda, los órganos competentes aprobarán dichos documentos y realizarán los preceptivos trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto.

Por tanto, se deduce de esta disposición que se da por supuesta la existencia de unos trámites preceptivos en el marco del expediente de un encargo de gestión, que son ajenos al régimen específico de TRAGSA y, por tanto, de aplicación general.

De hecho, este mismo artículo prevé, en el apartado undécimo, la aplicación analógica de la normativa de contratación pública, mediante una cláusula de cierre, en los siguientes términos:



En todo lo no previsto en este artículo y no regulado expresamente en las encomiendas de gestión, se aplicará, analógicamente, lo dispuesto en la normativa de contratación pública para resolver las dudas y lagunas que surjan con relación a las incidencias de carácter técnico que se planteen en la ejecución de las encomiendas realizadas a TRAGSA y a sus filiales. En ningún caso serán de aplicación los aspectos que, por su propia naturaleza, sean incompatibles con el carácter instrumental de la relación.

Vistas todas estas consideraciones parece razonable concluir que en los expedientes de los encargos de gestión debe emitirse un informe jurídico con el contenido mínimo que se menciona en el párrafo cuarto de la consideración jurídica sexta de este Informe.

Conclusión

En los expedientes de los encargos de gestión debe emitirse un informe jurídico que debe pronunciarse, como mínimo, sobre los siguientes aspectos:

- Si se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la Ley de Contratos, interpretados de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, para utilizar esta figura.
- Si el objeto del encargo está incluido en el objeto social del ente instrumental.
- Si la norma que ha creado este ente o sus estatutos reconocen expresamente la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad que confiere el encargo y si se cumple en el caso el régimen de los encargos que prevén aquellos.