

Miguel Ángel Busquets López

Jefe del Departamento Jurídico y Administrativo
Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno Balear

Javier Castro Raimóndez

Jefe de Sección del Departamento

Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

RESUMEN/ABSTRACT:

El presente estudio trata de analizar el régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y su relación con otras figuras afines, como los convenios de colaboración regulados en el artículo 4.1 c) del mismo cuerpo legislativo y las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, así como la delimitación de tales encomiendas con la figura tradicional de los trabajos realizados por la propia Administración, ofreciendo algunas soluciones a ciertas cuestiones con las que se enfrenta el aplicador del Derecho en esta materia y, en particular, los órganos de control interno y externo de las Administraciones Públicas, poco tratadas hasta la fecha por la doctrina científica y la jurisprudencia.

The purpose of this study is to analyse the legal system governing the management commissions or tasks delivered to 'own means' entities, as referred to in Articles 4.1 n) and 24 of the Spanish Public Contracts Act 30/2007 of 30 October 2007. The study also considers their relationship with other similar mechanisms, such as collaborative agreements regulated by Article 4.1 c) of the same Act, and the management commissions referred to in Article 15 of Act 30/1992 of 26 November, on the Legal System applicable to Public Administrations and Common Procedure, and the delimitations of such commissions considering the traditional mechanism of work executed by the Administration itself. Various solutions are offered to certain questions that those responsible for enforcing the law have to face in this respect, and, in particular, the internal and external control bodies of Public Administrations. To date, this subject has not been dealt with in sufficient measure by scientific doctrine and case-law.

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

ENCOMIENDA, ENCARGO, "IN HOUSE PROVIDING", CONTRATO, MEDIOS PROPIOS
COMMISSION, TASK, "IN-HOUSE PROVIDING", CONTRACT, OWN MEANS

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) ha generado algunas dudas respecto del alcance y régimen jurídico de las denominadas encomiendas o encargos de gestión, particularmente en algunos aspectos aparentemente tangenciales, pero de indudable calado práctico, sobre los que la doctrina apenas se ha pronunciado, centrada fundamentalmente en los presupuestos delimitadores del llamado contrato “*in house*” y en el análisis de la jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE).

En este sentido, pues, la finalidad del presente trabajo es ofrecer algunas pautas interpretativas que permitan al aplicador del Derecho, y particularmente a las administraciones públicas, dar una respuesta adecuada y suficientemente fundada a algunas cuestiones que se plantean habitualmente en la gestión pública ordinaria en esta materia. Más en concreto, y tras efectuar las consideraciones jurídicas precisas para ello, trataremos de extraer conclusiones concretas sobre las siguientes cuestiones:

1. En primer lugar, y al margen de la terminología utilizada por la LCSP para regular esta figura, ¿estamos ante una encomienda o encargo distinto de los previstos en la legislación general de régimen jurídico de las administraciones públicas (*vid.* artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), dado que los encargos regulados en dicha legislación no parten de una relación obligatoria sino estrictamente convencional?; ¿o el encargo de la LCSP también constituye un tipo de encomienda de gestión a los efectos de la aplicación, en lo que proceda, del artículo 15 de la Ley 30/1992?

2. Si no resulta aplicable el régimen jurídico establecido en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con independencia de la denominación que las partes otorguen al negocio y de la forma que se dé a estos encargos obligatorios, ¿la comunicación efectuada por la Administración que encarga una

actuación a alguno de sus medios propios, supone ya una orden que permite su iniciación efectiva o, por el contrario, la eficacia de dicha orden queda sujeta a la formalización y publicación de algún tipo de acuerdo o convenio entre las partes?

3. Los sistemas regulados en los artículos 4.1 n) y 24 de la LCSP, ¿constituyen figuras jurídicas distintas, con unos presupuestos y régimen jurídico propio para cada una de ellas, sin que sea posible conjugar ambas figuras para la ejecución de una misma prestación? Tal eventual distinción, ¿se basa en el alcance del encargo, de manera que en los casos en que el medio propio no vaya a ejecutar íntegra o sustancialmente la prestación debe aplicarse el artículo 4.1.n) y en caso contrario el artículo 24, sin perjuicio de la colaboración accidental de empresarios privados a que se refiere este segundo artículo?; ¿o se basa en la naturaleza jurídica del medio propio con independencia del grado de ejecución de la prestación por su parte?

4. En cualquiera de ambos casos, ¿que características detalladas presenta el régimen jurídico de los encargos de gestión obligatorios a medios propios, para cada una de las figuras o modalidades que se consideren?

5. Y, en su caso, ¿qué características o elementos comunes?

6. En particular, en aquellos casos en que no resulte aplicable el régimen jurídico establecido en los apartados 1 a 5 del artículo 24, y a la vista de la literalidad del artículo 4.1 n), ¿hay algún límite cuantitativo y/o cualitativo sobre los medios materiales y humanos a disposición del medio propio, o éste puede ejecutar íntegramente y sin ningún límite la prestación objeto de encomienda mediante su contratación con agentes externos? En este último caso, ¿no se estaría eludiendo la aplicación de un régimen jurídico más estricto (el que prevé la LCSP para los contratos administrativos), que se vería sustituido por un régimen de adjudicación mucho más liviano, especialmente en los contratos no sujetos a regulación armonizada?

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1. Planteamiento de la cuestión

El Derecho administrativo español, desde el siglo XIX, ha reconocido la figura por la que la Administración puede llevar a cabo y ejecutar actuaciones por medio de sus propios servicios sin la necesidad o la obligatoriedad de acudir necesariamente al mercado exterior o al sector privado. Tal y como afirma Manuel Rebollo Puig, la Administración no está obligada a contratar las prestaciones o actividades que pueda satisfacer con sus propios medios, materiales y personales. Incluso se podría considerar que es su deber ejecutar sus funciones y competencias con sus propios medios antes de contratar con un empresario privado.

El artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (a partir de ahora, LRJPAC) regula la figura jurídica de la encomienda o encargo de gestión, por medio del cual se constituye una relación jurídica bilateral entre órganos administrativos o entidades de derecho público, ya sean de la misma Administración o de otra Administración diferente, y cuyo objeto consiste en la realización de una prestación o actividad de carácter material, técnico o de servicios, por razones de eficacia o, simplemente, porque el encomendante no dispone de los medios necesarios para llevarlas a cabo.

En los últimos años, la normativa de contratos de las administraciones públicas también ha incluido de una manera tímida esta modalidad de técnica organizativa. De hecho, la redacción originaria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos, mantenía el criterio, ya establecido por la Ley de Contratos del Estado de 1965, de excluir de su ámbito subjetivo los convenios de colaboración que suscribieran las administraciones públicas entre sí o con otros entes públicos. No obstante, la diferencia era importante respecto de la regulación actual, ya que, si bien los convenios con particulares no podían incluir las prestaciones que caracterizan los típicos contratos



administrativos, no se decía nada en relación con los convenios entre las administraciones públicas y sus organismos. Por ello, la Comisión Europea denunció esta irregularidad debido a la incorrecta incorporación del Derecho comunitario a la sazón vigente. En concreto, un recurso de la Comisión ante el TJCE dio lugar a la Sentencia de 13 de enero de 2005, que confirmó el criterio de la Comisión Europea y condenó al Estado español por incumplimiento de las directivas comunitarias. A raíz de esta Sentencia, se modificó el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por medio del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que limitó la exclusión de la Ley relativa a los convenios entre administraciones públicas o entidades de derecho público a aquellos casos en que su objeto no constituyera alguna de las prestaciones propias de la Ley de Contratos, salvo que la cuantía de la contraprestación no superara los umbrales comunitarios (artículo 3.1 c del Texto refundido).

Asimismo, el citado Real Decreto Ley 5/2005 incorporó en una nueva letra l) del artículo 3.1 la figura de la encomienda (o encargo) de gestión, aun-

que sin definir ni delimitar de manera expresa su contenido, es decir, limitándose a excluir del ámbito de la Ley de Contratos los encargos a los que hacía referencia. Posteriormente, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, procedió a dar una nueva redacción a dicho artículo 3.1 l), incorporando expresamente los dos requisitos esenciales resultantes de la consolidación de la jurisprudencia comunitaria en esta materia (sobre los que abundaremos, luego, en el punto 2.4 del presente estudio). Por su parte, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) ha optado por una adaptación de la normativa europea mediante una regulación algo más confusa, por los motivos que se dirán (artículos 4.1 n) y 24), si bien más completa que las anteriores, y, curiosamente, sin adoptar exactamente el mismo *nomen iuris*; así, el artículo 4.1 n) de la vigente Ley hace una referencia genérica a “negocios jurídicos” y no ya simplemente a “encargos de gestión”. Esto ha generado una cierta confusión respecto al alcance y régimen jurídico de esta figura, puesto que tanto la LCSP como la doctrina han adoptado una terminología diversa, y no queda claro hasta qué punto se refieren a la misma figura o bien a figuras jurídicas diferentes; si bien es cierto que la teoría y la lógica jurídica recomiendan atender principalmente a los elementos que componen la naturaleza del negocio jurídico en cuestión, independientemente de la terminología utilizada, superando así la falta de claridad de algunos preceptos de la LCSP.

De esta manera, la figura del encargo de gestión presenta, de entrada, un doble problema, a saber, por un lado, la cuestión terminológica y, por otro, la definición y composición de los elementos que conforman la parte esencial de este negocio jurídico y, en su caso, de sus posibles modalidades. Con respecto a la primera cuestión, la delimitación legal de estos encargos (al menos a efectos de la LCSP) como “negocios jurídicos”, ya nos hace pensar que el legislador no los considera estrictamente “contratos” (es

decir, y de acuerdo con el Derecho común, negocios jurídicos entre dos partes o bilaterales, de contenido esencialmente económico); asimismo, se plantean dudas sobre la manera más precisa de denominar estos encargos (según los posibles perfiles o el alcance material de cada uno de ellos), y no ya con respecto a las expresiones verbales relativas a “encomendar” o “encargar”, que quieren decir exactamente lo mismo, sino por el objeto directo de la encomienda o encargo, que a veces se define como “de gestión”, pero también “de ejecución”, o “de trabajo”, entre otras denominaciones parecidas utilizadas comúnmente por la doctrina administrativista; terminología que, ciertamente, puede dar lugar a pensar que en unos casos la ejecución material del encargo no tiene por qué realizarse con recursos materiales y humanos pertenecientes a la entidad encomendaria (encargo de gestión), o, por el contrario, que tal ejecución ha de efectuarse materialmente por dicha entidad, al menos en una parte sustancial de la actividad (encargos de ejecución o de trabajo), aun cuando, a nuestro juicio, se trata normalmente de expresiones análogas, que no limitan ni condicionan, *per se*, el alcance del encargo con respecto a la mayor o menor utilización de recursos materiales y/o humanos integrados en la estructura del ente de que se trate en cada caso.

En cualquier caso, y a los efectos del presente trabajo, utilizaremos la expresión encomienda o encargo “de gestión”, como la expresión que recoge el negocio jurídico a que se refiere el artículo 4.1 n) en relación con el artículo 24.6 de la LCSP, y esto en todo caso, es decir, con independencia del grado de ejecución del encargo con recursos o medios “propios” (en sentido jurídico-formal) del ente, o, dicho en otras palabras, con independencia del grado de “subcontratación” de la actividad objeto de encomienda (subcontratación que, por otra parte y como veremos posteriormente, no puede calificarse realmente como tal).

Una vez delimitada la cuestión terminológica, para definir y acotar el ámbito subjetivo y objetivo de esta figura del “encargo de gestión” a que se refie-

re la LCSP, resulta necesario, ante todo, diferenciarla de otros negocios jurídicos parecidos o similares que implican igualmente formas de ejecución de actividades públicas, y ello con la finalidad de evitar algunas confusiones, provocadas sin duda por la concurrencia de determinados elementos coincidentes entre esos diversos negocios jurídicos y, por qué no decirlo, por ciertas imprecisiones legales. Así, en el Derecho administrativo nos encontramos, principalmente, con tres figuras cuya diferenciación, debido a sus características comunes, ha sido objeto de múltiples interpretaciones e, incluso, de una infructuosa polémica que sólo ha servido para diversificar las opiniones entre los administrativistas. Ello, a su vez, ha provocado en unos casos una interpretación excesivamente restrictiva por parte de los órganos que han de aplicar estas normas y, en particular, por los órganos de control interno y externo de la Administración, pero también, en otros, a una aplicación particularmente oportunista por algunos operadores jurídicos, obviando de este modo la aplicación de los pilares básicos de la contratación pública, como puedan ser los principios de publicidad, concurrencia e igualdad.

En concreto, podemos considerar que las figuras o los negocios jurídicos con características comunes a los efectos del presente estudio son:

- a) Los convenios de colaboración de las letras c) y d) del artículo 4.1 de la LCSP;
- b) Las encomiendas o encargos de gestión del artículo 15 de la LRJPAC; y
- c) Los encargos a entes instrumentales de los artículos 4.1 n) y 24 de la LCSP.

2.2. Los convenios de colaboración y su relación con los encargos de gestión

El actual artículo 4 de la LCSP incorpora, en esencia, el contenido del artículo 3 del ya derogado Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP; modificado, entre otras leyes, por el Real Decreto Ley 5/2005, antes citado), y lo hace con una serie de matices nuevos, tanto de contenido material como terminológicos.

En este sentido podemos afirmar, en primer lugar, que con el antiguo TRLCAP era relativamente sencillo delimitar el ámbito propio de un convenio de colaboración en relación con la Ley de Contratos, ya sea en función de si se superaba o no determinados límites cuantitativos, con independencia de su objeto material (para los convenios entre administraciones públicas o entidades de derecho público sujetas al Derecho administrativo; artículo 3.1 c), o bien en función de si el objeto del convenio estaba comprendido o no en el ámbito objetivo de la Ley de Contratos (para los convenios entre administraciones públicas y personas sujetas al Derecho privado; artículo 3.1 d). La entrada en vigor de la LCSP ha mantenido en sus mismos términos la exclusión de este segundo tipo de convenios, pero ha introducido una nueva forma de delimitar el ámbito natural de los primeros, que, superando el simple criterio de la cuantía, ahora se basa en la “naturaleza” de la relación jurídica, aunque no, estrictamente, en las características intrínsecas del “objeto” o prestación. Esta novedad, sobre la cual no podemos extendernos en un trabajo como el presente (pero que, a nuestro juicio, incorpora un interesante matiz a los efectos de excluir de la Ley de Contratos determinados negocios jurídicos entre administraciones o instituciones públicas que presentan ciertas características que los alejan del sentido o la razón de ser propia de una licitación pública con empresarios particulares, aunque, aparentemente, por su objeto, constituyan “contratos”, en el sentido de negocios jurídicos bilaterales de contenido económico) ha hecho visible, todavía más, un problema preexistente en nuestro ordenamiento jurídico, a saber, la incomprensible ausencia de una definición legal o, incluso, de un concepto doctrinal consolidado y aceptado de manera general que delimite claramente los elementos que conforman el “convenio de colaboración”.

Retomando el contenido del citado artículo 4, éste agrupa, bajo la denominación genérica de “negocios jurídicos y contratos” excluidos, todas las relaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito de aplicación



de la LCSP; algunas, porque no tienen la consideración de contratos, y otras, por una simple decisión del legislador. Esta relación no constituye un grupo homogéneo e incluye, pues, figuras tan diferentes como la relación de servicio de los funcionarios públicos o los diversos tipos de convenios que pueden suscribir las administraciones o los entes públicos entre sí o con personas sujetas al Derecho privado. En todo caso, los negocios excluidos por el artículo 4 de la LCSP objeto ahora de nuestra atención son:

- Los convenios de colaboración entre administraciones públicas o entidades de derecho público no sujetas a Derecho privado (artículo 4.1 c).
- Los convenios de colaboración entre una administración y una persona física o jurídica sujeta a Derecho privado (artículo 4.1 d).
- Los encargos de un poder adjudicador a entes instrumentales que tengan la consideración de medio propio (artículo 4.1 n).

La enumeración y diferenciación de estas tres figuras, tal y como la conocemos hoy, se incorporó por primera vez en la Ley de Contratos a raíz de la modificación efectuada por el citado Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, como consecuencia, a su vez, de la Sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, también mencionada anteriormente, que obligó al Estado español a adaptar correctamente los

principios y criterios europeos en materia de contratación pública. Esta adaptación tuvo una serie de consecuencias, puesto que declaró sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determinados contratos onerosos (calificados tradicionalmente como convenios de colaboración) entre un poder adjudicador y una persona jurídica distinta y autónoma de la anterior, desde el punto de vista de la adopción de decisiones, esto es, en todos los casos en que no existiera una relación de dependencia entre el poder adjudicador y el ente en cuestión que permitiera a la Administración (o poder) imponer (con carácter obligatorio) la realización de la prestación contractual. Pero otra importante consecuencia de esta misma adaptación era la conclusión que se derivaba *a sensu contrario*, puesto que ya no quedaban sujetos a la Ley de Contratos los negocios jurídicos entre una Administración (o poder adjudicador) y un ente sobre el que la entidad que efectúa el encargo ejerce un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios (con la condición adicional, como veremos luego, de que el ente en cuestión lleve a cabo la parte fundamental de su actividad para la Administración o entidad que la controla).

Por lo tanto, ¿qué diferencia hay entre los “convenios de colaboración” y los “encargos de gestión” desde el punto de vista de la Ley de Contratos?

Antes de delimitar la frontera que separa ambas figuras, conviene recordar que la delimitación del concepto y del ámbito propio de un convenio de colaboración presenta importantes consecuencias de orden práctico, pues la ya comentada inexistencia de una definición legal clara ha dado lugar a que, en no pocas ocasiones, se instrumenten como convenios de colaboración ciertos negocios jurídicos que, realmente y atendiendo a los elementos y características concurrentes, constituyen negocios típicos o habituales de la actividad administrativa (como puedan ser subvenciones, contratos o conciertos), pretendiendo de este modo que la mera formalización del negocio bajo la denominación de “convenio” evite la aplicación plena del régimen legal ordinario propio de tales actividades.

Pues bien, como acertadamente afirma José Pascual García, los convenios de colaboración presentan (o deben presentar), como principal nota diferenciadora respecto de los contratos, la necesidad de un acuerdo de voluntades (libre o en pie de igualdad) que persiga la consecución de un interés común, a diferencia de los contratos, que se caracterizan por la contraposición de intereses (esencialmente económicos) entre ambas partes (en el sentido más estricto de “parte”, propio del Derecho común). Asimismo, los convenios de colaboración también se diferencian de los “encargos de gestión” a que se refiere la LCSP, en el sentido de que, en estos últimos, no hay un acuerdo de voluntades de naturaleza contractual *stricto sensu*, ya que un acuerdo o negocio bilateral de este tipo, por definición, es consecuencia de la libre declaración de voluntad de las partes, mientras que en los encargos de gestión, como ya se ha avanzado anteriormente, una de las partes (la Administración matriz o entidad que efectúa el encargo) controla la voluntad del ente que, obligatoriamente, tiene que satisfacer la prestación objeto de encargo.

Así pues, parece razonable defender el criterio que parte de la doctrina y el Tribunal de Cuentas presentan como residual, y que considera que los elementos que conforman la figura del convenio de

colaboración son, en esencia, los dos siguientes: por una parte, la necesidad de un acuerdo bilateral de voluntades que implique la persecución de una finalidad que represente el interés común de las partes que intervienen y, por tanto, de una actuación conjunta con una finalidad en común; y por otra parte, la necesidad de que el objeto o contenido material de la actividad conveniada no constituya alguno de los contratos onerosos a que alcanza la LCSP, de manera que la ejecución de la actividad en cuestión no constituya una prestación susceptible, por naturaleza, de licitación pública, de conformidad con las reglas generales de la LCSP.

2.3. Las encomiendas o encargos de gestión del artículo 15 de la LRJPAC en relación con los encargos de gestión de la LCSP.

Resulta interesante, también, analizar la figura de la encomienda o encargo de gestión del artículo 15 de la LRJPAC en relación con los negocios jurídicos a los que se refiere el artículo 4.1 n) y 24 de la LCSP, pues la concurrencia de dos regímenes jurídicos distintos potencialmente aplicables a figuras aparentemente similares, en los que la ley no ha fijado expresamente la relación existente entre los mismos, ha generado igualmente muchas dudas a la hora de aplicar los citados preceptos legales. Efectivamente, la LRJPAC, que entró en vigor en el año 1992, regula esta figura en el artículo 15, dentro del régimen legal general relativo al ejercicio de la competencia por los órganos de las administraciones públicas. No obstante, más que una regulación completa de la encomienda o encargo de gestión, dicho precepto se limita a enunciar un tipo de relación jurídico-pública de carácter bilateral que permite que los actos materiales (que no, por tanto, actos “administrativos”) inherentes al ejercicio de una competencia puedan ser realizados por un órgano o entidad distinto al órgano competente, sin necesidad de delegación, abriendo así la puerta a la posibilidad de que dicha relación se realice a título oneroso, es decir, mediante la oportuna contraprestación económica, lo que, a su vez, nos conduce a una relación de

naturaleza materialmente contractual, y no tanto a una actuación conjunta motivada por intereses comunes propia de los convenios de colaboración. En todo caso, las características que presenta esta figura son, fundamentalmente, las siguientes:

- Constituye una relación jurídica bilateral de carácter voluntario entre órganos administrativos y/o entes de derecho público que pertenecen a la misma Administración o a otra diferente.
- El objeto del encargo puede ser una actividad material o técnica o la prestación de un servicio.
- No supone la transferencia de la competencia por parte de quien realiza el encargo hacia quien lo recibe, ni tampoco de su ejercicio.
- El encargo entre órganos o entidades de una misma Administración territorial se perfecciona y formaliza mediante la conjunción de los acuerdos expresos respectivos, y debe publicarse en el boletín oficial que corresponda, sin que despliegue efectos hasta dicha publicación (artículo 15.3 LRJPAC). En cambio, el encargo de gestión entre diferentes administraciones públicas se perfecciona y formaliza mediante convenio y surte efectos desde entonces, sin perjuicio de la publicación, meramente declarativa, en el boletín o boletines oficiales que correspondan (artículo 15.4 LRJPAC, que ha de ponerse en relación con el artículo 8.2 de la misma Ley).

Es evidente, pues, que, en principio, el ámbito material del artículo 15 de la LRJCAP puede comprender tanto las relaciones jurídicas cuyo objeto no está integrado por prestaciones propias de los contratos administrativos (como por ejemplo las actividades que se realicen por cuenta de otra Administración a título esencialmente gratuito, es decir, sin contraprestación), como aquellos otros negocios jurídicos que presentan un contenido claramente contractual desde el punto de vista de la LCSP. De este modo, podemos afirmar que, si bien el artículo 15 de la LRJCAP tiene un alcance material u objetivo

más amplio que el que regula la LCSP, hay una cierta coincidencia o solapamiento entre los encargos de gestión regulados por ambas leyes, circunstancia que provoca una doble regulación con connotaciones y requisitos diferentes que cumple analizar con cuidado, para así poder determinar el régimen jurídico aplicable a cada caso y los argumentos jurídicos que lo fundamenten.

Así pues, y comenzando por el ámbito objetivo del encargo del artículo 15 de la LRJCAP, acabamos de señalar que, aparentemente, es más amplio que el regulado en la LCSP, puesto que su literalidad permite incluir actividades o prestaciones de carácter material, técnico o de servicios propios de los contratos administrativos, además de otras actividades ajenas a los contratos onerosos. En efecto, parece inevitable llegar a esta conclusión si tenemos en cuenta los términos empleados por el legislador en relación con el objeto del encargo, puesto que son literalmente iguales, desde el punto de vista gramatical y material, que los empleados para determinados tipos de contratos incluidos en la LCSP. En este sentido, es evidente que la finalidad del legislador de la LRJCAP era proporcionar una herramienta más a la Administración para conseguir una gestión más eficaz, ofreciéndole un mecanismo o técnica organizativa que le permitiera canalizar determinadas relaciones o actividades estrictamente materiales, ya sean interadministrativas o entre órganos o entes de una misma Administración territorial, sin los inconvenientes y el rigor de los procedimientos establecidos en las leyes sectoriales (básicamente, la Ley de Contratos). En consecuencia, puede advertirse el carácter polivalente de este tipo de encargo o encomienda de gestión, diseñado en su día para dar cobertura a múltiples relaciones jurídicas (materialmente contractuales o no) entre administraciones públicas dependientes o independientes entre sí.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de los encargos de gestión del artículo 15 de la LRJCAP, dicho ámbito viene condicionado por el hecho de que se trata de actividades materiales vinculadas directa-

mente al ejercicio de una “competencia”, de manera que tales encargos sólo caben entre órganos administrativos o entes de derecho público, bien de una misma Administración territorial (acuerdos intraadministrativos), bien de administraciones diferentes (convenios interadministrativos), con exclusión, por tanto, de las personificaciones jurídico-privadas, aunque formen parte del sector público. Todo ello, sin embargo, con absoluta independencia de la existencia (o no) de un control efectivo del órgano o entidad que propone el encargo sobre quien lo recibe, análogo al que ejercería sobre sus propios servicios (tal y como la LCSP exige actualmente como consecuencia de su adaptación a la normativa y jurisprudencia comunitaria), que la LRJPAC no requiere sin embargo ni para los acuerdos intraadministrativos.

Como consecuencia del carácter estrictamente administrativo de estos encargos (íntimamente relacionados, como acaba de decirse, con la actividad material inherente al ejercicio de una competencia), el apartado 5 del artículo 15 de la LRJPAC prohíbe expresamente la posibilidad de formalizarlos con personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho privado, remitiendo dichas relaciones a la Ley de Contratos. Llegados a este punto resulta conveniente matizar esta remisión, pues de su análisis se desprenden varias interpretaciones posibles, como la de Ávila Orive, que mantiene la tesis de que dicha remisión sólo afecta a las entidades de derecho privado (en el sentido de personificaciones jurídico-privadas) no integradas en el sector público (es decir, empresarios particulares *stricto sensu*), y no, por tanto, a las entidades públicas empresariales ni, incluso, a las sociedades mercantiles de capital público (aun cuando, en ambos casos, sujeten su actividad al derecho privado), en contra de lo que afirma, por ejemplo, Miguel Ángel Bernal, que entiende que la remisión a la Ley de Contratos se hace, justamente, pensando en las sociedades mercantiles de capital público.

Dejando de lado esta última cuestión (que, en cualquier caso y como veremos después, viene abo-

cada a perder su incidencia práctica desde la entrada en vigor de la nueva LCSP), el adecuado análisis del sentido y alcance de estos encargos “administrativos” del artículo 15 de la LRJPAC requiere tener en cuenta que, desde la redacción de la LRJPAC en el año 1992, la Administración y su organización han ido evolucionando conjuntamente con las normas administrativas, lo que ha dado lugar a la incorporación y mejora en la delimitación de conceptos relativamente nuevos, como, especialmente, el de “sector público” (*vid.* por ejemplo, la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), e incluso a la ampliación, a determinados efectos, del ámbito subjetivo propio de ciertas normas públicas, limitado tradicionalmente a las “administraciones públicas” (*vid.*, por ejemplo, y además del artículo 3 de la LCSP, la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). Esta extensión del alcance subjetivo de algunas normas integrantes del Derecho administrativo y del Derecho financiero se ha hecho particularmente evidente en el ámbito de la legislación de contratos, tras la incorporación paulatina de las diversas directivas comunitarias (y la interpretación amplia del concepto de “organismo de derecho público” contenido en las mismas efectuado por el TJCE) en materia de encargos de gestión y, en general, de contratación pública, que han incidido en las relaciones entre las administraciones públicas españolas y sus entes instrumentales de una manera ciertamente desconocida por el legislador al tiempo de la redacción de la LRJPAC.

Por otra parte, los encargos de gestión previstos en el artículo 15 de la LRJPAC presentan unas características formales particulares, que se concretan en los apartados 3 y 4 de dicho artículo y que, como veremos posteriormente, no son extrapolables a los negocios jurídicos del artículo 4.1 n) de la LCSP. En efecto, y como ya sabemos, el artículo 15 distingue los encargos entre órganos o entidades de derecho público de la misma Administración territorial matriz, de los encargos entre administraciones de dife-

rente ámbito territorial. A su vez, el encargo se perfecciona y formaliza en virtud de sendos acuerdos de los respectivos órganos o entidades, en el primer caso (intraadministrativo), y por medio de un convenio, en el segundo (interadministrativo). Respecto de la publicidad en el diario oficial correspondiente, tan sólo constituye un requisito de eficacia en los encargos intraadministrativos, a diferencia del convenio interadministrativo, que resulta plenamente eficaz desde la fecha de su formalización, sin perjuicio de que también deba publicarse en los diarios oficiales que correspondan en los términos que prevé el artículo 8.2 de la LRJPAC, y sin perjuicio, claro está, de las condiciones o términos que puedan establecerse en el propio convenio a los efectos de diferir o, incluso, anticipar sus efectos, de conformidad con las reglas generales del artículo 57 de la LRJPAC (toda vez que el convenio no deja de ser, también y para cada una de las partes, un acto administrativo).

En todo caso, tanto la necesidad de “acuerdo bilateral” (en los encargos intraadministrativos) como la forma de “convenio” (en los interadministrativos) nos conduce a una reflexión interesante, puesto que si es comúnmente aceptado que el convenio es también un acuerdo bilateral y, por tanto, libre de voluntades, podemos llegar fácilmente a la conclusión de que los encargos de gestión de la LRJPAC y los encargos de gestión de la LCSP son figuras diferentes, en la medida que estos últimos encargos, por definición, constituyen un mandato obligatorio, debido a la inexistencia de voluntad propia y autónoma de quien recibe el encargo respecto de quien lo ordena, lo que les acerca a un negocio jurídico “unilateral” (que no, por tanto, bilateral), que parece del todo incompatible con la naturaleza del encargo administrativo del artículo 15 de la LRJPAC.

En efecto, una vez analizada la figura del encargo de gestión de la LRJPAC, es el momento de concretar definitivamente las relaciones entre esta figura y la de los negocios jurídicos previstos en el artículo 4.1 n), y 24.6, de la LCSP. Pues bien, la reciente Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado,

que recoge un informe previo de 26 de noviembre de 2008, llega a la conclusión de que las relaciones entre ambos regímenes, o mejor dicho, los problemas que genera la incompatibilidad de los mismos (atendida la existencia de un conflicto evidente entre dos normas jurídicas que regulan la misma figura con requisitos diferentes), debe resolverse, básicamente, con base en los principios generales del derecho (una de cuyas funciones es facilitar la interpretación del ordenamiento jurídico), como el principio de *lex posterior* y, cabe añadir, el de ley especial respecto ley general. A su vez, para elaborar una teoría interpretativa fundamentada en principios generales del derecho, hemos de atender, ante todo, al momento de promulgación de la LRJPAC, el año 1992 (anterior, por tanto, a la LCSP, promulgada en el año 2007) y analizar, asimismo, el contexto general en el que se redactaron ambas leyes y los motivos teleológicos que impulsaron a la redacción y regulación de esta figura jurídica en esos dos momentos diferentes.

Pues bien, como acertadamente afirma el abogado del Estado autor del informe antes citado, parece razonable pensar que el legislador de 1992 difícilmente podía prever la figura del encargo de gestión como excepción a la Ley de Contratos de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, que es la que realmente ha ido perfilando la figura de los contratos *in house providing*, y que no tuvo su primer reflejo directo en el Derecho interno español sino hasta la introducción del artículo 3.1 l) del ya derogado TRLCAP (consolidado, ahora, en los artículos 4.1 n) y 24.6 de la actual LCSP). La conclusión más importante de esta doctrina jurisprudencial, que afecta específicamente a la materia contractual, es, fundamentalmente, que el encargo de gestión constituye una excepción a las reglas generales del Derecho comunitario en esta materia, cuya finalidad es garantizar los principios de igualdad, transparencia en los procedimientos de licitación pública, no-discriminación y concurrencia.

Por ello, si la LCSP, en aplicación de las directrices resultantes de esa doctrina interpretativa de



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

De esta manera, y como conclusión final en relación con el alcance del artículo 15 de la LRJPAC, queda claro que, con la entrada en vigor de la nueva LCSP, su aplicación ha quedado circunscrita a materias o actividades no estrictamente contractuales, por los motivos y argumentos que se han expuesto

anteriormente. Esto quiere decir que la virtualidad del artículo 15 en cuestión se limita, a día de hoy, a actuaciones ajenas al ámbito subjetivo y objetivo de la legislación de contratos, o dicho de otra manera, que su objeto no puede incluir prestaciones propias de los contratos administrativos a cambio de una contraprestación dineraria equivalente al valor de la prestación. Con esta doctrina, pues, deben entenderse definitivamente superadas las conclusiones anteriores de la misma Abogacía del Estado contenidas en la Instrucción 2/2005, de 21 de julio (a la que nos remitimos), y a tenor de las cuales se debía cohonstar la regulación de los encargos del artículo 3.1 l) del TRLCAP con la del artículo 15 de la LRJPAC, llegando a afirmar, incluso, que desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, debía entenderse modificado tácitamente el apartado 5 del meritado artículo 15 a los efectos de dar cabida a las encomiendas de gestión a sociedades públicas y demás entes del sector público sujetos a Derecho privado.

2.4. Los encargos de gestión de los artículos 4.1 n) y 24 de la LCSP

2.4.1 Aproximación a su naturaleza jurídica

El artículo 3.1 l) del ya derogado TRLCAP también denominó encomiendas (o encargos) de gestión a determinados negocios excluidos de la Ley de Contratos, sin ofrecer una definición clara y definida de los mismos. Como ya se ha indicado anteriormente, la nueva LCSP incorpora esta figura en el artículo 4.1 n), y en el 24, adaptando la doctrina del TJCE mediante una regulación más completa que la de las leyes de contratos precedentes, pese a que pueda parecer más confusa, y sin adoptar el mismo *nomen iuris*. Esto hace suponer que el artículo 4.1 n) engloba cualquier negocio por el que una Administración (o poder adjudicador) encarga a un ente instrumental la realización de una prestación de naturaleza contractual. Además, como ya hemos comentado antes, y pese a que no lo diga expresamente la LCSP, este negocio jurídico parece que ha de considerarse como un negocio “unilateral”, en la medida que su per-

fección o existencia no requiere del concurso de la voluntad de la persona afectada por la declaración de voluntad manifestada por la Administración que efectúa el encargo. Concretamente, el artículo 4.1 n) de la LCSP excluye de la Ley:

“n) Los negocios jurídicos en virtud de los cuales se encargue a una entidad que, en conformidad con el que señala el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de este, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y su tipo y cuantía, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros las cuantías de los cuales superen los umbrales establecidos a la sección 2a del capítulo II de este título preliminar, las entidades de derecho privado han de observar para su preparación y adjudicación las reglas que establecen los artículos 121.1 y 174.”

Esta técnica autoorganizativa, que ha sido ampliamente tratada por el Derecho comunitario, recibe el nombre de contratación *in house*, o *in house providing contracts*, *contracts maison* o simplemente contratos con medios propios. La regulación actual de esta figura no se puede entender sin recordar la evolución de la doctrina del TJCE, mencionada anteriormente, y sin tener en cuenta las razones subyacentes que motivaron determinadas sentencias que han perfilado, de manera decisiva, la configuración actual de este tipo de negocios jurídicos.

Como afirma José Amoedo Souto, estos “contratos” *in house* son encargos de trabajo que las administraciones, consideradas por las directivas sobre contratación como “poderes adjudicadores”, imputan a sus servicios internos, organizaciones especializadas y segregadas en régimen de descentralización funcional para llevar a cabo determinadas funciones

de interés general. Estas entidades (normalmente de naturaleza jurídico-privada) no se consideran, a estos efectos, personas jurídicas independientes, pues no disfrutan de una verdadera autonomía de la voluntad. Por este motivo, el TJCE considera que este “encargo de gestión” no es un auténtico contrato *inter partes*, sino una convención interna entre servicios. De hecho, no son actos administrativos *ad extra* con efectos sobre terceros, sino verdaderas órdenes de servicio por medio de las cuales los órganos administrativos organizan y dirigen la actividad de sus órganos o entes dependientes, pese a que estos últimos puedan tener, formalmente, una personalidad jurídica diferente.

A nuestro juicio, estos negocios jurídicos unilaterales (u órdenes de servicio), pese a que en los casos en que se dirigen a entidades instrumentales con personalidad jurídica propia (particularmente si se trata de entidades de derecho privado) no se corresponden exactamente con las contempladas en el artículo 21.2 de la LRJPAC (puesto que el alcance de esta norma se limita a los órganos o servicios internos de una misma Administración, jerárquicamente dependientes), sí que, en todo caso, cuando son dictadas por poderes adjudicadores que sean administraciones públicas a los efectos de la LRJPAC, se pueden considerar como actos administrativos, si bien, con efectos *ad intra*, que deben adoptar la forma inherente a estos actos, según se trate de órganos unipersonales o colegiados (resolución, acuerdo, etc), deben ser comunicados al ente destinatario del acto, y deben considerarse ejecutivos de acuerdo con las reglas generales de la LRJPAC, todo ello sin perjuicio de las particularidades inherentes al posible régimen de recursos contra tales actos administrativos, cuestión sobre la que no nos podemos extender en un trabajo como el presente (*vid.*, en todo caso, el artículo 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el cual, sin embargo, tan sólo se refiere a entidades de derecho público y no, por tanto, a entidades del sector público de derecho privado).

2.4.2 Evolución, características y requisitos del contrato *in house* o encargo de gestión

Ciertamente, la legislación española de contratos siempre ha admitido la posibilidad de que la propia Administración lleve a cabo obras, suministros o servicios, cuando disponga de los medios técnicos y materiales necesarios para ello. Es lo que la legislación del siglo XIX (y buena parte del siglo XX) denominaba ejecución “por administración”, en lugar de la “contrata” ejecutada por un empresario privado. Sin embargo, durante los últimos años y debido a la imposición generalizada de los contratos públicos por parte de las directivas europeas con la finalidad de conseguir someter a licitación pública dichos contratos, y, por tanto, promover un procedimiento más transparente de selección del contratista, determinados empresarios privados, al amparo de esta normativa europea, comenzaron a interponer recursos ante los tribunales de justicia sobre los negocios, adjudicaciones y encargos a favor de organismos públicos, exigiendo la oportunidad de licitar en este tipo de contratos. Es fácil deducir el interés de estos empresarios, pues el importante volumen de negocios jurídicos de este tipo conlleva abundantes prestaciones económicas. De ello, resulta evidente la contraposición de intereses; por una parte, la voluntad de regular y poner fin al desmesurado aumento de sociedades y entes instrumentales motivado por la más pura tradición escapista de los rigores de la Ley de Contratos y que, en muchos casos, impide una licitación pública con garantías de concurrencia pública y no-discriminación respecto del contratista privado; y, por otra parte, el respeto a una manifestación de la libre potestad autoorganizativa de la Administración para conseguir una gestión más eficaz. En todo caso, a raíz de tales reclamaciones, el TJCE tuvo que pronunciarse sobre estos conflictos, admitiendo ya desde un principio la posibilidad de excluir de las directivas comunitarias de contratación determinados negocios entre las administraciones y sus entes dependientes o medios propios. Luego, a lo largo de estos últimos años, y

como consecuencia de la necesidad de una mayor precisión y concreción de esta doctrina, el meritado Tribunal ha matizado e introducido nuevos valores y criterios que regulan las relaciones entre las administraciones públicas y sus entes dependientes. Así pues, el régimen jurídico de esta técnica de adjudicación ha sido completado y perfeccionado por la vía de la jurisprudencia del TJCE.

La primera sentencia importante, o *leading case*, fue la famosa sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, en la que el TJCE admitió la posibilidad de excluir de la normativa contractual pública los encargos de gestión en los que el ente territorial ejerza efectivamente sobre quien recibe el encargo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y siempre que, este último desarrolle la parte esencial de su actividad con el ente que ordene el encargo. Estos dos requisitos aparecen ya recogidos en el artículo 24.6 de la nueva LCSP, al que se remite el artículo 4.1 n) para determinar el ámbito subjetivo y objetivo de los encargos de gestión. De este modo, el nuevo artículo 24 de la LCSP viene a regular, por un lado y en sus apartados 1 a 5, el régimen específico de las ejecuciones directas de obras, fabricación de bienes muebles o ejecución de servicios con medios propios sin personalidad jurídica propia (en términos prácticamente idénticos a la figura tradicional de los “trabajos realizados por la propia Administración”, contenida en todas las leyes de contratos precedentes), y, por otro, en su apartado 6, que constituye la auténtica novedad de la Ley en este punto y que ha de ponerse en relación con el artículo 4.1 n) anterior, los requisitos impuestos por las directivas y la jurisprudencia europeas para excluir de la Ley de Contratos los encargos de gestión (en el sentido más amplio del término) a entes instrumentales con personalidad jurídica propia, los cuales también se consideran “medios propios” en el sentido acuñado por la jurisprudencia comunitaria.

Pues bien, al margen ahora de la dimensión que pueda tener esta consideración común de “medio propio” sobre las características del régimen jurí-

dico aplicable a los encargos efectuados a servicios u órganos sin personalidad (o medios propios tradicionales), por un lado, y a los encargos efectuados a entidades con personalidad jurídica (también, por lo dicho, “medio propios”), por otro, cuestión sobre la que volveremos luego en el siguiente epígrafe, lo cierto es que tal consideración refuerza la teoría de que los encargos de gestión a entes instrumentales a los que hace referencia la doctrina *in house* y los artículos 4.1 n) y 24.6 de la actual LCSP no son “contratos” *stricto sensu*, puesto que, más allá de la personalidad jurídica formal del ente encomendatario, no hay una verdadera autonomía de la voluntad en la recepción del encargo, y, como ya se ha dicho antes, supone una auténtica manifestación de la potestad autoorganizativa de la Administración. En concreto, y por lo que se refiere a los requisitos establecidos en el artículo 24.6 respecto de los encargos a medios propios con personalidad jurídica, cumple destacar lo siguiente:

1º. Respecto al control que debe ejercer quien ordena el encargo sobre quien lo recibe, análogo a sus propios servicios, la Ley, en el segundo párrafo del artículo 24.6, especifica que “En todo caso, se entiende que los poderes adjudicadores tienen sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden

conferirles encargos de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien hace el encargo y la retribución de los cuales se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la cual dependan”. Una interpretación superficial y restrictiva de este precepto tendría como consecuencia la exigencia automática de los dos últimos requisitos para considerar a un ente como medio propio; esto es, instrucciones fijadas unilateralmente por quien ordena el encargo y existencia de tarifas aprobadas previamente por la Administración de la que depende quien recibe el encargo.

Esta cuestión, que tiene mucha incidencia práctica, presenta el problema, demasiado habitual en la LCSP, de una cierta vaguedad a la hora de precisar el alcance de determinados conceptos. Sin embargo, de su redacción se desprende a nuestro juicio una presunción *iuris et de iure* cuando dice, al principio del segundo párrafo del artículo 24.6, “*en todo caso*”, sin perjuicio de que dicha expresión ponga de manifiesto, también, la posibilidad de otras formas de acreditar el referido control análogo (como así ha advertido algún autor y, en particular, el profesor José Pascual García). Así, es evidente que una Administración que, por ejemplo, posee el 100 % de las acciones de una sociedad mercantil anónima, normalmente estará en condiciones de ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios sin personalidad, y esto independientemente de la aprobación de tarifas o instrucciones unilaterales, puesto que esa sociedad no gozará de una verdadera autonomía de voluntad en relación con la Administración matriz. Además, en la práctica, es habitual y lógico que los máximos órganos colegiados y unipersonales de administración y dirección de la sociedad estén integrados por autoridades o funcionarios de la Administración titular de las acciones, circunstancia que, evidentemente, garantiza la sumisión de la sociedad a los objetivos y directrices de la Administración de la que depende.

2º. Por otra parte, el requisito relativo a la nece-



sidad de que quien recibe los encargos lleve a cabo la parte esencial de su actividad, como entidad, para quien los ordena se confirma como un requisito elemental. Así, para que el contrato sea “doméstico”, la actividad debe quedar “en casa”. Si el ente que recibe el encargo es una sociedad que interviene en el mercado, mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil y revela exteriormente su condición de empresario, debe reconocerse ese rol comercial y tratarlo como al resto de operadores de ese mercado. O, dicho de otro modo, el resto de empresarios podría exigir el mismo trato que esa sociedad de capital público de clara vocación empresarial. Ahora bien, el hecho de que quien recibe el encargo deba ejecutar la parte esencial de su actividad para quien lo ordena no quiere decir que, necesariamente, deba llevar cabo, por sí mismo, esa actividad objeto de encargo, pudiendo (sub)contratar con terceros la ejecución material. Esta posibilidad, salvo para el caso específico de TRAGSA (*vid.* el segundo párrafo del apartado 6 de la disposición adicional trigésima de la LCSP), no ha sido limitada con carácter general por la LCSP, ni cuantitativamente ni cualitativamente, sin perjuicio de la sujeción ordinaria a la Ley de esas (sub)contrataciones posteriores, según la cuantía del contrato y la naturaleza jurídica de la entidad, y de la regla específica contenida a estos efectos en el artículo 4.1 n) *in fine*, de la que se desprende que en todas las (sub)contrataciones que superen los umbrales comunitarios debará aplicarse, como mínimo, el régimen propio de los poderes adjudicadores (aunque el ente encomendatario, *per se*, no sea poder adjudicador sino que, por ejemplo, simplemente forme parte del sector público), todo ello con la finalidad esencial de garantizar el cumplimiento de los principios y normas comunitarias sobre concurrencia pública, no-discriminación y publicidad.

Esta es, ciertamente, una cuestión criticada por buena parte de la doctrina científica (aun cuando resulta indiscutible en sus términos, atendida la claridad de la Ley en este punto, que se limita a

exigir, en todo caso, el régimen propio de las directivas comunitarias), puesto que puede constituir una puerta abierta al fraude de ley (*vid.* artículo 6.4 del Código Civil) en aquellos casos en los que, por ejemplo, la entidad encomendante encarga, sin justificación suficiente, una actividad o prestación a un ente instrumental, el cual, a su vez, se limita a (sub)contratar toda o la mayor parte de la actividad encargada; y ello con la única finalidad de huir del rigor y de los requisitos, sin duda más rígidos, de los procedimientos que prevé la Ley de Contratos para las administraciones públicas *stricto sensu*.

Por este motivo, y atendido el régimen jurídico actual de la LCSP, en el que no se fija ningún límite para las (sub)contrataciones que puedan concertar estos entes instrumentales con personalidad jurídica propia, entendemos que tan sólo queda el análisis, caso por caso, de cada encargo de gestión, con el fin de comprobar la existencia efectiva de una causa justa para el encargo, lo que se verificará siempre que la intermediación del ente instrumental aporte efectivamente algún tipo de valor añadido a la prestación final (por razones de su especial conocimiento del sector de mercado correspondiente, de una mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, etc), valor que, de algún modo, ha de ser evaluable o susceptible de apreciación en términos de eficacia, eficiencia o economía. Corresponde así a los operadores jurídicos y, en particular, a los órganos encargados de velar la legalidad de estos encargos, la valoración de estos conceptos jurídicos indeterminados, pronunciándose en cada caso sobre su concurrencia real o no.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta a los dos requisitos esenciales a los que hemos hecho referencia (esto es, el control sobre el ente y la realización de la parte esencial de su actividad a favor de quien efectúa los encargos), cumple recordar que éstos son exigibles, en todo caso y de forma acumulativa, pero si el ente que recibe la orden o encargo es, en concreto, una sociedad, se exige además un tercer requisito, a saber, que la totalidad de su ca-

pital sea de titularidad pública. En este punto es importante advertir que la Ley no exige que esta titularidad corresponda, exclusivamente, a una única Administración, admitiendo así supuestos de titularidad compartida entre varias administraciones, lo que, a su vez, puede dificultar, aparentemente, la concurrencia efectiva de los dos primeros requisitos antes citados. Ahora bien, precisamente aquí es donde despliega todo su sentido la presunción *iuris et de iure* antes comentada a los efectos de verificar el requisito relativo al control análogo (como así ocurre, por ejemplo, en el caso de TRAGSA). Y respecto del segundo requisito, la jurisprudencia europea ha aceptado expresamente que, cuando son diversos los entes territoriales que controlan la empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si la empresa realiza la parte esencial de su actividad con el conjunto de entes territoriales considerados en su conjunto, y no necesariamente con el ente que, en su caso, ostente la mayoría del capital (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei). Éste también ha sido siempre el criterio de la Abogacía del Estado, que, mediante la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, y obviando la literalidad del antiguo artículo 3.1 l) del TRLCAP, ya admitió esta posibilidad de cotitularidad de la sociedad que recibe el encargo, si las administraciones titulares tenían competencias concurrentes y participaban directa o indirectamente en el capital de la sociedad constituida como medio propio. En España, el ejemplo más evidente de esta doctrina es el que afecta a la sociedad TRAGSA (que no obstante se somete a un régimen específico, establecido en la disposición adicional trigésima de la LCSP), sobre la que se ha pronunciado recientemente el TJCE en su Sentencia de 19 de abril de 2007, reconociendo expresamente a TRAGSA y sus filiales como medios propios y servicios técnicos de la Administración General del Estado y de las administraciones de las Comunidades Autónomas (y sus entes dependientes), la cual, con carácter exclusivo, debe ejecutar los encargos de todas estas administraciones de las que constituye, *ex lege*, medio propio.

Ahora bien, conviene advertir que este requisito relativo a la íntegra propiedad pública de las acciones o participaciones de una sociedad no es predicable de otras personificaciones de derecho privado, como pueda ser el caso de las fundaciones cuyo capital (o mejor dicho, dotación) sea mayoritariamente, pero no totalmente, público. Y esto es así no ya sólo por razón de la literalidad del artículo 24.6 de la LCSP (que tan sólo se refiere a las sociedades), sino por las limitaciones legales inherentes a la propia forma fundacional, que provocan que todos los patronos que colaboren (incluso los privados) no puedan obtener, en caso alguno, un lucro económico. Este hecho constituye, pues, la diferencia sustancial para que las sociedades tengan un tratamiento diferente, toda vez que, como ha tenido ocasión de declarar el propio TJCE, si en una sociedad de mayoría de capital público participara un empresario privado, aunque fuera minoritariamente, éste se podría beneficiar de dicha condición de partícipe y aprovecharse, sin esfuerzo alguno, de las ventajas de pertenecer a un ente que recibe encargos directamente sin necesidad de acudir a licitaciones públicas. En suma, y de acuerdo con José Amoedo Souto, no puede entenderse como una discriminación o alteración de la concurrencia el hecho de que un particular acceda al patronato de una fundación del sector público, siempre que la Administración o administraciones matrices mantengan la titularidad de la mayoría de la dotación patrimonial de la fundación y el dominio del patronato.

Pero la LCSP, además de incorporar los requisitos esenciales resultantes de la jurisprudencia comunitaria, ha establecido, en los artículos 4.1 n) y 24.6, algunas otras reglas adicionales al régimen de encargos a medios propios con personalidad jurídica propia; así, en primer lugar, los entes instrumentales no pueden participar en las licitaciones públicas promovidas por las administraciones o entidades de las que sean medios propios; en segundo término, los contratos que formalicen los entes instrumentales para ejecutar las prestaciones objeto de los encargos

deben someterse a la LCSP, de acuerdo, eso sí, con la naturaleza del ente y las cuantías de los contratos (todo ello teniendo en cuenta la norma especial que se contiene en el artículo 4.1 n) *in fine*, antes mencionada, en orden a la necesidad de aplicar, como mínimo, las normas contenidas en los artículos 121.1 y 174 de la LCSP, esto es, las normas propias de los poderes adjudicadores, siempre que esos contratos superen los umbrales comunitarios); en tercer lugar, se exige que la condición de medio propio tenga un reconocimiento en los estatutos o en la norma de creación del ente instrumental, de forma que ya el propio régimen estatutario del ente reconozca expresamente ese carácter, independientemente de la presunción *iuris et de iure* antes mencionada.

Pues bien, este último requisito, excesivamente riguroso y formal, no parece que esté en sintonía con la jurisprudencia y las directivas comunitarias, que tanto han incidido en estas cuestiones. Así, no parece razonable exigir el cumplimiento de los requisitos derivados del Derecho comunitario (como el meritado control análogo y la realización de la parte esencial de la actividad a favor de la entidad o entidades que controlan al ente, e, incluso, en el caso de sociedades, la titularidad pública del 100 % de sus acciones, participaciones o cuotas), y que, además, se exija en todo caso un reconocimiento formal en los estatutos o en la norma fundacional, sin que, por otra parte, la LCSP haya regulado un régimen transitorio para las entidades instrumentales creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En este punto es interesante destacar la conclusión a la que llega la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 26/2008, de 3 de noviembre, y que considera que este requisito, puramente formal, tan sólo debe exigirse realmente a las entidades creadas con posterioridad a la LCSP. Para el caso, sin embargo, de entidades instrumentales preexistentes, este requisito puede entenderse cumplido cuando el carácter de medio propio pueda desprenderse materialmente de cualquier otro modo, sin perjuicio de que estas

entidades opten por adaptar sus estatutos a la nueva regulación.

2.4.3 Distinción entre el régimen aplicable a los trabajos realizados por la propia Administración y los encargos de gestión

Para acabar, y en relación con su ámbito estrictamente subjetivo, cabe reseñar que las previsiones del artículo 24.6 de la LCSP están claramente dirigidas a todos los entes instrumentales con personalidad jurídica, ya sean administraciones públicas *stricto sensu* (por ejemplo, un organismo autónomo) o no (una sociedad mercantil, una fundación, etc.). Esto contrasta con el ámbito subjetivo de los cinco primeros apartados del mismo artículo, que sí se dirigen sólo a las administraciones públicas *stricto sensu*, sin que a nuestro juicio pueda entenderse lo contrario, tanto por el sentido literal del precepto como por la coherencia necesaria para interpretar y entender su relación con los artículos 4.1 n) y 24.6. Así, los cinco primeros apartados del artículo 24 (de carácter no básico) regulan un régimen jurídico no excluido de la Ley de Contratos, al contrario que el artículo 4.1 n), y que se limita a los supuestos en los que, quien reciba el encargo, sea un órgano de la misma Administración que lo ordena o, incluso, una entidad con personalidad jurídica propia que, a los efectos de la LCSP (artículo 3.2), deba considerarse como “Administración pública” *stricto sensu*, si dispone efectivamente de órganos o servicios con los medios necesarios (como pueda ser el caso de determinados organismos autónomos o, incluso, consorcios interadministrativos, entre otros posibles); en tal caso, esta última entidad (“Administración”), que habría recibido un encargo conforme a los artículos 4.1 n) y 24.6, se colocaría en una posición originaria a los efectos de los apartados 1 a 5 del artículo 24, aplicando entonces el régimen jurídico establecido en dichos apartados. Pero, en cualquiera de ambos casos, estos servicios u órganos (sin personalidad) o administraciones (con personalidad), a diferencia de los encargos formalizados a entes instrumentales (con personalidad) que no sean admi-

nistraciones públicas, deben contar, en todo caso, con los medios necesarios para llevar a cabo toda o buena parte de la actividad objeto de encargo, pudiendo realizar contratos puntuales con empresarios colaboradores, en el marco de los apartados 1 a 5 del artículo 24 y mediante licitación pública, para completar la actividad o prestación en que consista el encargo.

Efectivamente, el hecho de que el artículo 24 (apartados 1 a 5) se refiera siempre a la Administración y el hecho de que el apartado 4 de este mismo artículo presuponga, en todo caso, que los contratos formalizados con empresarios colaboradores tienen el carácter de contratos administrativos especiales constituye buena prueba del alcance y ámbito subjetivo de los apartados 1 a 5 en cuestión, de manera que, respecto de los encargos efectuados a entes instrumentales con personalidad jurídica propia que no sean Administración pública a los efectos del artículo 3.2 de la LCSP, las eventuales (sub)contrataciones que celebren estos entes no se encuentran sometidas en ningún caso a las reglas de los apartados 1 a 5 del artículo 24, sino, simplemente, a las normas generales de la LCSP en función de la naturaleza del ente instrumental y las cuantías de los contratos en cuestión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 n).

Abunda, si cabe, todavía más en lo anterior, el análisis de la evolución del Proyecto de la LCSP en lo que respecta al artículo 4.1 n) y, especialmente, el artículo 24.6. Así, la redacción inicial de este segundo precepto decía, literalmente, que las fundaciones, entidades y sociedades que se encuentren en el caso previsto en el artículo 4.1 n) se considerarán medios propios de la Administración a los efectos de la letra a) del apartado 1 de este artículo. De esta redacción inicial, duramente criticada por la doctrina, y, en particular, por el profesor Amoedo Souto, podía interpretarse el carácter alternativo de ambos sistemas (para los encargos que verificasen el resto de requisitos objetivos o materiales inherentes a los apartados 1 a 5 del artículo 24) o, incluso, el

carácter prevalente del régimen contenido en estos apartados sobre el régimen previsto en el artículo 4.1 n). Pero esta redacción que, para los casos en que conduzca a la aplicación del régimen de los apartados 1 a 5 del artículo 24, tan sólo tendría sentido (al menos en lo que respecta a sociedades, fundaciones e, incluso, entidades públicas empresariales) si se obvia absolutamente la existencia de personalidad jurídica de dichos entes, fue modificada finalmente, en los términos que resultan, ahora, de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre. Y ni que decir tiene que si este precepto ha sido modificado en un sentido que no dice lo que decía antes, suprimiendo toda referencia a sociedades y fundaciones, carece de sentido una interpretación que nos lleve a aquello que, precisamente, se ha modificado.

Por otra parte, y respecto de todos estos entes instrumentales que no sean Administración pública a efectos de la LCSP, conviene aclarar también que en ningún caso resulta aplicable a los mismos el régimen propio de los “empresarios colaboradores” (contenido en los apartados 1 a 5 del artículo 24), puesto que, como ya se ha dicho antes, la Ley considera que la relación con estos empresarios colaboradores tiene la naturaleza de contrato administrativo especial y constituye una relación no excluida de la Ley de Contratos, sometida a las reglas generales de licitación pública, régimen que sería incompatible con la norma del artículo 24.6 que impide en todo caso a los entes instrumentales participar en las licitaciones públicas promovidas por las administraciones de las que sean medio propio.

Así pues, a nuestro juicio, en ningún caso han de aplicarse los apartados 1 a 5 del artículo 24 de la LCSP cuando el ente instrumental al que se ordena el encargo constituye un ente con personalidad jurídica propia que no tiene la consideración de Administración pública a los efectos de la LCSP. De este modo, ha de rechazarse cualquier interpretación que, al amparo de la remisión que efectúa el artículo 24.6 a sus apartados 1 a 5 anteriores, pretenda la aplicación del régimen contenido en estos

apartados a aquellos casos en que el ente instrumental dispone efectivamente de los recursos necesarios para ejecutar por sí mismo toda o buena parte de la prestación, reservando el ámbito propio de la exclusión del artículo 4.1 n) (al que también se remite el artículo 24.6) únicamente a los casos en que esto no es así y el ente instrumental, por no disponer realmente de recursos propios, ha de (sub)contratar toda o la mayoría de la prestación. Entendemos que tal eventual interpretación no se ajusta a la LCSP, en la medida en que, insistimos, los apartados 1 a 5 del artículo 24 sólo alcanzan a las administraciones públicas *stricto sensu* y en ningún caso a las entidades públicas empresariales, sociedades y fundaciones del sector público. De este modo, la remisión del artículo 24.6 a esos apartados sólo tiene sentido cuando el ente instrumental con personalidad jurídica propia sea, a su vez, una Administración pública a efectos de la LCSP.

Efectivamente, ya desde hace muchos años, se ha considerado que la figura de los “trabajos realizados por la propia Administración” no se ajusta a los casos en los que el encargo se hace a un ente con personalidad jurídica propia (*vid.* los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 54/1978, de 13 de marzo, y 40/1984, de 28 de febrero). Esto dio lugar, precisamente, a que se utilizara la figura del convenio de colaboración como instrumento jurídico de canalización de los encargos (al amparo de las anteriores leyes de contratos y, desde el año 2000, de la redacción inicial del artículo 3.1 c) del TRLCAP), hasta que el Real Decreto Ley 5/2005 introdujo la exclusión específica del artículo 3.1 l), de una forma totalmente separada de los artículos 152 y del resto de preceptos concordantes del TRLCAP que regulaban los trabajos realizados por la propia Administración (*vid.*, en este sentido, el Informe 5/2005, de 9 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, al que nos remitimos); sin que, por su parte, la evolución de la doctrina comunitaria haga pensar que el legislador de la LCSP

haya querido cambiar de criterio en este punto (al menos, una vez rectificado el Proyecto de ley en este punto, en los términos comentados anteriormente). Así, si bien es cierto que la doctrina comunitaria, a la hora de exigir el mencionado control análogo y la realización de la parte esencial de la actividad del ente para quien ordena el encargo, da prioridad al aspecto funcional o relación de instrumentalidad material del ente (que no, por tanto, a la aparente o potencial actividad externa e independencia formal del mismo por el simple hecho de gozar de personalidad jurídica propia), no podemos obviar en este punto la naturaleza jurídica del ente instrumental ni la naturaleza jurídica de las relaciones entre la Administración matriz y el medio propio con personalidad jurídica, puesto que esta relación es inalterable e independiente de la posterior, en su caso, (sub)contratación por parte del ente instrumental. Además, si la consideración de la personalidad jurídica de quien recibe el encargo fuera absolutamente indiferente, ello afectaría al sentido y coherencia de la exclusión del artículo 4.1 n) de la Ley de Contratos y su remisión, específica, al apartado 6 del artículo 24.

En suma, y a los efectos de dar alguna explicación a la remisión que efectúa el artículo 24.6 a los apar-



tados 1 a 5 del mismo precepto legal, ya hemos dicho que tal remisión tiene un cierto sentido, a saber, el caso en que el ente con personalidad jurídica al que se ordena el encargo constituye, por naturaleza, una Administración pública a los efectos del artículo 3.2 de la LCSP, y, además, esta entidad dispone efectivamente de los recursos materiales y/o humanos necesarios para la ejecución de las actividades a que se refieren los indicados apartados 1 a 5 (junto, si procede, con los empresarios colaboradores que se requieran). En cualquier otro caso, pues, debe seguirse el régimen previsto en el artículo 4.1 n), al que también se remite el artículo 24.6, de acuerdo con la naturaleza jurídica del ente en cuestión. Es decir, tanto si el encargo de gestión se efectúa a una entidad que es “Administración” pero que, a su vez, no dispone de los medios suficientes para poder ejecutarlo en los términos de los apartados 1 a 5 del artículo 24, como, en todo caso, si el encargo se efectúa a un ente instrumental que no sea “Administración pública” (entidades públicas empresariales, sociedades, etc.), más allá, en este segundo caso, del alcance material del encargo y de las necesidades de (sub)contratación del ente instrumental con agentes externos para la adecuada ejecución de la prestación final, no cabe duda de que sólo resultan aplicables los artículos 4.1 n) y 24.6 de la LCSP.

3. CONCLUSIONES

Atendidas las consideraciones jurídicas expuestas, y teniendo en cuenta, por orden, las seis cuestiones concretas planteadas en la introducción del presente trabajo, podemos extraer, en esencia, las siguientes conclusiones:

1. Los encargos de gestión regulados en los artículos 4.1 n) y 24.6 de la LCSP no se rigen por lo dispuesto en el artículo 15 de la LRJPAC, sino por las normas establecidas en la propia LCSP, y, a estos efectos, deben considerarse negocios jurídicos unilaterales, que han de adoptar la forma oportuna de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el órgano concreto que efectúe el encargo. En particular, en el supuesto de que el encargo lo ordene una Admi-

nistración pública a los efectos de la LRJPAC (*vid.* artículo 2), este negocio jurídico unilateral constituye un auténtico acto administrativo (si bien con efectos *ad intra*), con todas las consecuencias que ello implica.

2. La notificación o comunicación del encargo al ente instrumental que deba gestionarlo o ejecutarlo determina el momento en que dicho encargo despliega sus efectos, de acuerdo, evidentemente, con el contenido de la declaración de encargo (la cual, ciertamente, puede fijar un plazo inicial o una condición suspensiva), sin que, en consecuencia, se precise la formalización (ni, por tanto, la publicación) de ningún convenio o acuerdo bilateral entre la entidad que ordena el encargo y la entidad destinataria del mismo.

3. Los sistemas regulados en el artículo 4.1 n) y en el artículo 24 (apartados 1 a 5) constituyen figuras jurídicas distintas, sin perjuicio de que las reglas contenidas en el apartado 6 del artículo 24 (que se remite tanto al artículo 4.1 n) como a los apartados 1 a 5 del mismo artículo 24) sean comunes a ambos tipos de negocios, siempre que el encargo se efectúe a un ente con personalidad jurídica propia. La posibilidad de aplicar a un mismo encargo, alternativamente, una u otra figura, a nuestro juicio (y del profesor Amoedo Souto), no tiene sentido, ni tampoco se desprende de la correcta interpretación de los preceptos en cuestión, de manera que debe entenderse que la remisión del artículo 24.6 al artículo 4.1 n) se hace para unos casos y la remisión a los apartados 1 a 5 del mismo artículo para otros. Y el criterio delimitador del alcance de ambas remisiones no es tan sólo el hecho de disponer o no de los recursos materiales y humanos necesarios para la ejecución material de la prestación, sino, ante todo, la naturaleza del ente que debe gestionar el encargo, Administración pública o no, de acuerdo con las consideraciones jurídicas expuestas anteriormente a este respecto, a las que nos remitimos.

4. Así pues, los encargos de la LCSP a medios propios pueden ser, en esencia, de dos tipos: 1) los

encargos que se efectúen a órganos sin personificación integrados en una Administración pública, a los que se refiere el artículo 24 de la LCSP en los apartados 1 a 5 (y que se corresponden con la figura tradicional de los trabajos realizados por la propia Administración); y 2) los encargos que se realicen a entidades con personalidad jurídica propia, a los que se refieren los artículos 4.1 n) y 24.6 de la LCSP. A su vez, dentro de este segundo bloque, todavía podemos diferenciar dos grandes subtipos: 2.1) los encargos efectuados a entidades que sean “Administración pública” a los efectos de la LCSP (artículo 3.2), como por ejemplo, un organismo autónomo, y en los que, además, se verifiquen todas las previsiones de los apartados 1 a 5 del artículo 24 de la LCSP, es decir, en esencia, que se trate de alguna de las prestaciones que se describen en los apartados 1 a 3 y que la entidad (“Administración”) que haya de ejecutar el encargo disponga de los recursos materiales suficientes para cumplir con las prescripciones contenidas a lo largo de los apartados 1 a 4 del artículo en cuestión; tan sólo en este caso tiene sentido la remisión del artículo 24.6 a los apartados anteriores de este mismo artículo; 2.2) el resto de encargos que se efectúen a entidades con personalidad jurídica propia, esto es, a entidades que sean formalmente administraciones en los casos en que no se verifique lo dicho en el punto 2.1) anterior, por un lado, y, en todo caso, a entidades que no sean administraciones (básicamente, entidades públicas empresariales, sociedades y fundaciones), con independencia del grado de ejecución que, por sí misma, realice o deba realizar la entidad (no-Administración) que debe cumplir con el encargo, es decir, al margen de las necesidades de (sub)contratación para la ejecución efectiva del mismo; en ambos casos, pues, adquiere plena virtualidad la remisión del artículo 24.6 al artículo 4.1 n), sin que resulten de aplicación los apartados 1 a 5 del artículo 24.

5. Obviando los encargos a órganos sin personalidad jurídica, a día de hoy residuales o prácticamente inexistentes, entre otras razones por la supresión de

las ventajas o facilidades que en la legislación anterior a 1995 se daban a la subcontratación con empresarios colaboradores (*vid.*, en este punto, el artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado, primero, por el Decreto 3354/1967 y, después, por el Decreto 3410/1975), que había dado lugar a ciertos abusos, y que, al menos desde la Ley 53/1999 de modificación de la Ley 13/1995, ya se estableció que debían regirse por las normas generales de licitación, las principales características comunes de los encargos a entidades con personalidad jurídica propia, son, fundamentalmente, las siguientes: 1) la consideración del encargo como un negocio jurídico unilateral (que no bilateral) y, por tanto, distinto de un “contrato”, que despliega efectos desde el momento en que se pone en conocimiento del destinatario del encargo la declaración de voluntad (en los términos comentados en las conclusiones 1 y 2 anteriores); 2) la aplicación, en todo caso, de las normas y reglas contenidas en el artículo 24.6 de la LCSP (ya analizadas en profundidad a lo largo de las consideraciones jurídicas anteriores, a las que nos remitimos); y 3) todos los negocios de encargo (excluidos, como ya se ha dicho, del ámbito de aplicación de la LCSP de acuerdo con el artículo 4.1 n) determinan, para el ente que debe cumplirlos en cada caso, que dicho ente se coloque, a su vez, en una posición originaria desde el punto de vista de la Ley de Contratos con respecto a los contratos (que no ya, pues, subcontratos) que pueda o deba celebrar con terceras personas para el cumplimiento efectivo del encargo.

Por ello, si este ente es una Administración pública *stricto sensu* quizás se encontrará en condiciones de aplicar los cinco primeros apartados del artículo 24 de la LCSP, pero también puede no ser así, en cuyo caso simplemente deberá someterse a todos los preceptos de la LCSP aplicables a los contratos que hayan de suscribir las administraciones públicas. Por otro lado, si se trata de un poder adjudicador que no sea, estrictamente, Administración pública (artículo 3.3), deberá cumplir con las normas apli-

cables a estas entidades (como así haría igualmente para la generalidad de los contratos que, normalmente, deba contratar por cuenta propia). Y finalmente, si se trata de un ente integrado en el sector público (artículo 3.1), pero sin constituir Administración pública ni poder adjudicador a los efectos de la LCSP, deberá cumplir (de acuerdo con la previsión del artículo 4.1 n) *in fine*) con las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174 (es decir, con las mismas reglas aplicables a los poderes adjudicadores) para los contratos que sobrepasen los umbrales comunitarios, y, de lo contrario, simplemente, con las normas aplicables a estos entes del sector público (*vid.* artículo 176 LCSP). De esta manera, el legislador estatal se asegura al menos que, en última instancia, los encargos no puedan dar lugar a una vulneración de las normas que integran el Derecho comunitario en la materia, aceptando, no obstante y como acabamos de ver, una cierta alteración en el régimen legal interno aplicable inicialmente a la contratación propia de los entes que ordenan los encargos (particularmente cuando estos entes sean administraciones públicas).

En todo caso, de esta tercera característica común se desprende que, en los encargos de la LCSP, el ente que debe cumplir el encargo, aun cuando no actúa por cuenta o en interés propio, sino por cuenta del ente que hace el encargo, sí que lo hace, formalmente, en nombre propio, de tal manera que las relaciones jurídicas con terceras personas que puedan nacer como consecuencia de la ejecución del encargo se establecen entre estas personas y el ente que gestiona o ejecuta el encargo (y no, por tanto, con el ente que lo ordena), por lo que, en definitiva, este tipo de encargos o mandatos no constituyen, *per se*, un supuesto de representación voluntaria.

6. Atendido el carácter excepcional de estos encargos de gestión a entidades instrumentales atribuido por la jurisprudencia del TJCE, todos los encargos deben estar justificados y, atendido el contenido esencialmente económico de los mismos (alternativo, por definición, a la licitación pública con empre-

sarios privados), esta justificación debe responder a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo, es decir, a una mejor ejecución de la prestación, de forma que su atribución a un ente instrumental al margen de las normas generales de licitación y adjudicación previstas en la LCSP implique, realmente, algún tipo de valor añadido, susceptible de apreciación o evaluable cuantitativa y/o cualitativamente. En este sentido, la falta de recursos humanos y materiales suficientes con los que poder cumplir materialmente todo o una parte sustancial del encargo constituye, sin duda, un indicio de la posible falta de justificación del encargo, pero no un dato definitivo, pues no podemos rechazar *a priori* que en determinados casos la intervención del ente instrumental pueda suponer un beneficio en la ejecución del encargo, en los términos antes indicados de economía, eficacia o eficiencia.

Esta causa justa debe verificarse, particularmente o con más intensidad, en los casos en que, por razón del encargo, se vea alterado el régimen jurídico aplicable a los contratos que pueda subscribir la entidad que debe cumplir el encargo respecto de las normas que, en principio, habría de aplicar la entidad ordenante del mismo si no lo hubiera hecho (en el sentido indicado en la conclusión 5 anterior); aun cuando, en pura teoría, y aunque sólo sea por el carácter excepcional de todos los encargos atribuido por el TJCE, esta causa justa también debe tener lugar, en alguna medida, en los supuestos en que no se produzca aquella alteración (como por ejemplo, en aquellos casos en que tanto el ente que ordena el encargo como el ente que debe cumplirlo son poderes adjudicadores distintos de las administraciones públicas *stricto sensu*). Corresponde a cada operador jurídico y, evidentemente, a los órganos que tengan atribuidas funciones de control o tutela sobre estos entes y negocios jurídicos, comprobar, analizar y fiscalizar, de acuerdo con sus atribuciones o competencias, y caso por caso, la concurrencia efectiva de esta causa justa, con las consecuencias que en Derecho procedan en cada caso.