



# Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Administracions Públiques  
Junta Consultiva  
de Contractació Administrativa

## Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de setembre de 2011

### Informe 3/2011, de 30 de setembre. Els encàrrecs de gestió. L'expedient de l'encàrrec: l'informe jurídic

#### Antecedents

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

Mitjançant informes de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears (informes 6/2009 i 1/2010) s'han resolt nombrosos dubtes relatius a la figura dels encàrrecs de gestió regulats en els articles 4.1 *n* i 24 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

En el darrer paràgraf del punt 10 de l'Informe 1/2010, de la JCCA, que fa referència a l'expedient administratiu previ a l'encàrrec de gestió s'estableix que "s'han d'aplicar les normes pressupostàries que regulen els expedients de despesa, com també les normes de la LCSP que siguin d'aplicació directa, supletòria o analògica, com, per exemple, les normes que exigeixen l'existència d'un acord d'inici, la justificació de les necessitats que s'han de satisfer, la descripció de les prestacions que són objecte de l'encàrrec i l'emissió d'un informe jurídic."

Atès que han sorgit dubtes sobre quan s'ha d'emetre un informe jurídic i l'abast d'aquest en els expedients administratius previs a aquests encàrrecs de gestió, plantegem davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb l'article 15 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord de Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997, les qüestions següents:

1. En quins casos s'ha d'emetre informe jurídic en l'expedient previ a un encàrrec de gestió dels regulats en els articles 4.1 *n* i 24 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.
2. Quin ha de ser el contingut d'aquests informes jurídics.

S'adjunta, per complir l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa,



informe jurídic.

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

### Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja dues qüestions relacionades amb l'expedient dels encàrrecs de gestió que regulen els articles 4.1 *n* i 24 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP). La primera fa referència als casos en què és necessari emetre un informe jurídic durant la tramitació de l'expedient i, la segona, a quin ha de ser el contingut d'aquest informe jurídic.

Abans d'entrar en l'anàlisi d'ambdues qüestions, que es poden contestar de manera conjunta, cal recordar breument el concepte d'encàrrec de gestió i el contingut de l'informe d'aquesta Junta Consultiva que s'esmenta en el text de la consulta i que dóna lloc a aquesta sol·licitud d'informe.

2. El denominat *contracte intern o in house providing* és una relació jurídica en què un poder adjudicador encarrega l'execució d'una obra o la prestació d'un servei a un ens instrumental amb personalitat jurídica pròpia sense aplicar la legislació contractual. Es tracta d'una manifestació de la potestat autoorganitzativa de les administracions públiques per la qual l'interès públic se satisfà mitjançant una activitat interna, i que s'inspira en la doctrina i la pràctica denominada en el món anglosaxó *in house providing* (literalment, 'subministrament domèstic o intern'). Si bé es tracta d'una modalitat de gestió admesa pel dret comunitari, és una excepció a l'aplicació de les directives comunitàries en matèria de contractació.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha elaborat una doctrina important en relació amb els contractes denominats *in house o in house providing*. Aquesta doctrina permet fer encàrrecs, que no tenen la consideració de contractes, a ens instrumentals amb personalitat jurídica pròpia sempre que es compleixin els requisits següents:



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

Aquesta Junta Consultiva ha analitzat en diverses ocasions aquesta figura, com per exemple en els informes 1/2006, 2/2007, 4/2009, 6/2009, 1/2010 i en l'Informe 4/2011, que s'aprova en aquesta mateixa sessió, als quals ens remetem per a una explicació més detallada sobre la seva configuració.

3. La Llei 30/2007 ha incorporat la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justícia en relació amb els contractes *in house* en els articles 4.1 *n* i 24.6, de manera que l'LCSP conté una regulació més completa que la de les lleis de contractes precedents.

D'acord amb l'article 4.1 *n*, estan exclosos de l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'LCSP els negocis jurídics en virtut dels quals s'encarregui a una entitat que, de conformitat amb el que assenyala l'article 24.6, té atribuïda la condició de mitjà propi i servei tècnic del poder adjudicador que fa l'encàrrec, la realització d'una determinada prestació.

Tot i que l'LCSP ha regulat aquesta figura amb més detall que la legislació anterior, l'apartat 6 de l'article 24 només fa referència a alguns aspectes d'aquest negoci jurídic, com ara els requisits que han de complir els ens, els organismes i les entitats del sector públic perquè es puguin considerar mitjans propis a l'efecte de l'article 4.1 *n*, però no fa cap esment a l'expedient administratiu relatiu a l'encàrrec de gestió.

L'informe 1/2010 d'aquesta Junta Consultiva va fer algunes consideracions en relació amb aquesta qüestió. En concret, en aquest Informe es va indicar, en relació amb el règim dels encàrrecs de gestió, que d'acord amb l'apartat 2 de l'article 4 de l'LCSP, els contractes, negocis i relacions jurídiques exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei es regulen, a més de pels preceptes específics de la Llei que regulen els encàrrecs de gestió, per les seves normes especials; que s'han d'aplicar els principis d'aquesta Llei per resoldre els dubtes i les llacunes que es puguin presentar, i que en determinats casos hi pot haver aplicació analògica de l'LCSP.



Cal tenir en compte que no hi ha cap norma especial en el nostre ordenament jurídic que reguli el règim jurídic aplicable als encàrrecs de gestió, llevat de la disposició addicional trentena de l'LCSP, que estableix el règim jurídic de l'Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), i de les seves filials, i del Reial decret 1072/2010, de 20 d'agost, pel qual es desplega el règim jurídic d'aquesta entitat i les seves filials. Certament, la Llei de contractes conté normes específiques dedicades als encàrrecs de gestió, concretament als articles 4.1 *n* i 24.6, però no detalla el règim jurídic aplicable a aquesta figura.

En conseqüència, a falta de normes especials, per resoldre els dubtes i les llacunes que es poden presentar és necessari aplicar els principis de l'LCSP, que són fonamentalment els que es recullen en l'article 1 de la Llei, si bé no tots aquests principis són compatibles amb la naturalesa dels encàrrecs de gestió.

Així, l'Informe 1/2010 va destacar, entre els principis que són compatibles, els de publicitat, transparència, estabilitat pressupostària, control de la despesa i eficiència en la utilització dels fons públics, i va manifestar que l'aplicació d'aquests principis pot ser diversa, atès que es pot considerar que hi ha un cert marge de discrecionalitat i que no es tracta de l'aplicació directa de preceptes de la Llei.

Tal com s'esmenta al text de la consulta, aquest informe va fer algunes altres consideracions en relació amb l'expedient administratiu de l'encàrrec de gestió en els termes següents:

Pel que fa a l'expedient administratiu previ a l'encàrrec de gestió, cal tenir en compte que s'han d'aplicar les normes pressupostàries que regulen els expedients de despesa, com també les normes de l'LCSP que siguin d'aplicació directa, supletòria o analògica, com, per exemple, les normes que exigeixen l'existència d'un acord d'inici, la justificació de les necessitats que s'han de satisfer, la descripció de les prestacions que són objecte de l'encàrrec i l'emissió d'un informe jurídic.

Per tant, atès que els preceptes de la Llei de contractes directament aplicables als encàrrecs de gestió no preveuen el seu règim jurídic ni fan referència a l'expedient administratiu de l'encàrrec, que no hi ha normes especials aplicables i que l'aplicació supletòria dels principis de l'article 1 de l'LCSP no permet donar resposta a la consulta plantejada —determinar els casos en què s'ha d'emetre un informe jurídic en l'expedient d'un encàrrec de gestió, i quin ha de ser el seu contingut—, s'ha d'analitzar la possibilitat d'acudir a l'aplicació analògica dels



preceptes de l'LCSP que regulen les actuacions preparatòries dels contractes i les actuacions tendents a la comprovació de l'aptitud dels licitadors.

4. L'article 4.1 del Codi civil preveu l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no prevegin un supòsit específic, però en regulin un altre de semblant entre els quals es consideri que hi ha identitat de raó.

Per tant, per determinar si és possible aplicar per analogia als expedients dels encàrrecs de gestió els preceptes de la Llei de contractes que regulen les actuacions preparatòries dels contractes i/o les actuacions tendents a la comprovació de l'aptitud dels licitadors, s'ha de verificar la concurrència de dos requisits: l'existència d'un supòsit de fet no regulat i l'existència d'identitat de raó entre el supòsit regulat per la norma i aquell que no hi està previst.

Hi ha jurisprudència abundant sobre l'aplicació analògica de les normes. Així, la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de maig de 2007 posa de manifest 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».

A més, aquesta Sentència recull la doctrina jurisprudencial manifestada, entre d'altres, a les sentències de 10 de maig de 1996, 21 de novembre de 2000, 13 de juny de 2003, 28 de juny de 2004 i 18 de maig de 2006, que exigeix la concurrència dels requisits següents:

- L'existència d'una llacuna legal amb relació al cas analitzat.
- La igualtat o similitud jurídica essencial entre el cas que es pretén resoldre i el ja regulat.
- Que el legislador no hagi prohibit l'aplicació del mètode analògic.

A continuació, el Tribunal Suprem manifesta 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 acudir 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 Sentència de 14 de juliol de 1988, assenyalava 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. Com hem vist, l'aplicació analògica als encàrrecs de gestió dels preceptes de l'LCSP que regulen les actuacions preparatòries dels contractes i les actuacions tendents a la comprovació de l'aptitud dels licitadors exigeix que es compleixin els requisits esmentats per la jurisprudència del Tribunal Suprem.

Quant al primer dels requisits, cal assenyalar, com ja s'ha indicat abans, que en el nostre ordenament jurídic no hi ha cap regulació del règim jurídic general aplicable als encàrrecs de gestió que preveuen els articles 4.1 *n* i 24.6 de la Llei de contractes, més enllà de les previsions de l'article 4.2 d'aquesta Llei. Per tant, no hi ha cap regulació sobre l'emissió d'informes jurídics en l'expedient de l'encàrrec de gestió.

Quant al segon requisit, s'ha de determinar si hi ha identitat de raó entre el supòsit que dóna lloc a la consulta i que manca de regulació (l'encàrrec de gestió) i el supòsit que sí que té una regulació en la Llei de contractes (el procediment de contractació).

Sembla evident que entre ambdós supòsits hi ha aquesta identitat de raó, atès que es tracta de negocis jurídics en els quals una de les parts encarrega a una altra la realització d'una determinada prestació inclosa en l'àmbit d'aplicació objectiu de l'LCSP, però que es diferencien en virtut de la naturalesa de la relació que vincula a les parts, que en un cas és contractual, és a dir, té lloc entre dos subjectes clarament independents, i en l'altre, instrumental, derivada de la condició de mitjà propi i servei tècnic de la part que rep l'encàrrec respecte de la part que el fa. De fet, els encàrrecs de gestió es configuren com una excepció a l'aplicació de les directives comunitàries i de l'LCSP.

En conseqüència, una vegada verificat que hi concorren els requisits exigits, podem concloure que sembla que no hi ha cap obstacle per aplicar analògicament als encàrrecs de gestió els preceptes de l'LCSP que regulen les



actuacions preparatòries dels contractes i les actuacions tendents a la comprovació de l'aptitud dels licitadors.

6. Passem a analitzar a continuació les qüestions que es plantegen a la consulta.

Tot i que és cert, com s'indica en l'informe jurídic que acompanya la consulta, que la Llei de contractes només preveu l'emissió d'un informe jurídic en dos preceptes, l'article 99.6 en relació amb els plecs de clàusules administratives particulars, i l'article 195.2 en relació amb la interpretació, la modificació i la resolució del contracte, no deixa de ser ver que durant la tramitació inicial del procediment no només s'emet un judici jurídic sobre el contingut dels plecs, sinó que també es duu a terme una valoració jurídica respecte de la capacitat i la solvència de l'empresari, amb caràcter general en el moment d'analitzar la documentació general en el si de la mesa de contractació, a la qual hi assisteix obligatòriament un representant de l'assessoria jurídica, per determinar si reuneix els requisits d'aptitud que exigeix la normativa per contractar amb el sector públic.

Amb molt més motiu pel caràcter d'excepció a l'aplicació de la Llei de contractes que té un encàrrec de gestió és imprescindible, amb la finalitat d'evitar un ús fraudulent d'aquesta tècnica organitzativa, verificar *ex ante* que en el cas concret es donen les circumstàncies que faculden l'òrgan de contractació per fer ús d'aquesta exclusió de l'àmbit objectiu d'aplicació de la Llei. Aquesta verificació sembla que ha de tenir lloc per mitjà d'una anàlisi jurídica sobre si es compleixen en el cas concret els requisits establerts en els articles 4.1 *n* i 24.6 de l'LCSP, és a dir, els requisits que la jurisprudència comunitària exigeix per utilitzar la figura del contracte *in house providing*. L'Informe 4/2009 d'aquesta Junta Consultiva conté, en la consideració jurídica 4, una anàlisi detallada d'aquests requisits.

Per tant, aquesta valoració jurídica, que s'ha de plasmar en un informe, ha de contenir, com a mínim, un pronunciament sobre les qüestions que s'indiquen a continuació:

- Si es compleixen els requisits abans esmentats per utilitzar aquesta figura.
- Si l'objecte de l'encàrrec està inclòs en l'objecte social de l'ens instrumental.
- Si la norma que ha creat aquest ens o els seus estatuts reconeixen expressament la condició de mitjà propi i servei tècnic de l'entitat que fa l'encàrrec i si es compleix en el cas el règim dels encàrrecs que s'hi preveu.



Es tracta, per tant, d'una anàlisi de legalitat per comprovar que el negoci jurídic de què es tracta està exclòs de la Llei de contractes i que reuneix els requisits legalment establerts per estar-ne efectivament exclòs.

Així doncs, s'ha d'analitzar si l'ens instrumental que rep l'encàrrec és realment un mitjà propi de l'ens que el fa, amb independència que així es manifesti en els estatuts. Com ja es va indicar en l'Informe 1/2010, "el simple esment en la norma de creació o en els estatuts que una entitat té la condició de mitjà propi i servei tècnic d'una altra entitat sense que es compleixin els requisits exigits per la jurisprudència comunitària, no converteix aquella entitat en mitjà propi".

Pel que fa a la capacitat d'ambdues entitats per actuar i a l'objecte social de l'entitat que té la condició de mitjà propi, en l'Informe 1/2007, de 8 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó es va manifestar el següent:

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 aquest sentit, cal tenir en compte l'article 22 de l'LCSP, que disposa que els ens, els organismes i les entitats del sector públic no poden subscriure altres contractes que els que siguin necessaris per al compliment i la realització dels seus fins institucionals. Aquest precepte s'ha d'entendre aplicable també en el cas dels encàrrecs de gestió.

Així doncs, d'una banda, l'ens que fa l'encàrrec només pot encarregar una prestació que estigui relacionada amb els seus fins institucionals i, de l'altra, l'ens que el rep ha d'estar emparat pel seu objecte social per executar-lo.

Finalment, aquesta Junta Consultiva entén que no és imprescindible que en l'informe jurídic es verifiqui la justa causa que justifica l'encàrrec a què es feia referència en la consideració jurídica 11 de l'Informe 1/2010 ja esmentat, i que es va dir que havia de referir-se a raons d'economia, eficàcia o eficiència en





l'execució, atès que es pot entendre que, en principi, aquesta justa causa hi concorre quan es verifiquen els requisits establerts per la jurisprudència comunitària en relació amb la figura dels encàrrecs de gestió, tot tenint en compte que aquesta relació jurídica es pot considerar una fórmula de cooperació interadministrativa vertical, és a dir, una manifestació del principi de cooperació que preveu la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, tot i que, habitualment, l'entitat que rep l'encàrrec és un ens instrumental i, per tant, no té caràcter d'administració pública a l'efecte d'aquesta Llei. Així, aquesta cooperació entre subjectes públics es pot considerar com a decisió organitzativa atès que s'emmarca en l'àmbit organitzatiu.

De fet, es tracta d'una manifestació de la capacitat autoorganitzativa de les entitats públiques la finalitat de la qual és obtenir la major eficiència en els procediments de contractació. En aquest sentit, sembla raonable considerar que el principi d'eficiència, vinculat a la bona administració, aconsella que un poder adjudicador utilitzi els mitjans propis de què disposa per executar una determinada prestació.

La utilització d'aquest mecanisme de cooperació entre autoritats públiques ha estat admès pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea, entre d'altres, en la Sentència de 13 de novembre de 2008, *Coditel Brabant SA*, i en la Sentència de 9 de juny de 2009, *Comissió/República Federal d'Alemanya*. En concret, la Sentència *Coditel* s'expressa en els termes següents:

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. Tot i que, com estableix el paràgraf tercer de l'article 24.6 de la Llei de contractes, la norma que creï les entitats que tenen la condició de mitjà propi i servei tècnic d'un altre, o els seus estatuts, han de precisar el règim jurídic dels encàrrecs, el cert és que, com ja va considerar aquesta Junta Consultiva en l'Informe 1/2010, és raonable entendre que hi ha tràmits que s'han de dur a terme necessàriament en la tramitació de l'expedient de l'encàrrec de gestió, per



aplicació de l'LCSP, ja sigui en virtut d'una norma d'aplicació directa, supletòria o analògica.

Així també ho ha entès l'Administració general de l'Estat en el Reial decret 1072/2010, de 20 d'agost, pel qual es desplega el règim jurídic de l'Empresa de Transformació Agrària, Societat Anònima i de les seves filials, en el qual es concreta el règim dels encàrrecs que un ventall molt ampli de subjectes, entre els quals figuren les comunitats autònomes i els poders adjudicadors que en depenen, poden conferir a TRAGSA. Aquesta norma regula, en l'article 4, el règim administratiu d'actuació de TRAGSA i disposa en els apartats 1 i 2, pel que fa a l'expedient, el següent:

1. Les actuacions obligatòries que els siguin encomanades a TRAGSA o a les seves filials han d'estar definides, segons els casos, en projectes, memòries o altres documents tècnics i valorades en el seu corresponent pressupost, conforme al sistema de tarifes a què es refereix l'article precedent.
2. Abans de formular l'encàrrec, els òrgans competents han d'aprovar els esmentats documents i han de fer els preceptius tràmits tècnics, jurídics, pressupostaris i de control i aprovació de la despesa.

Per tant, es dedueix d'aquesta disposició que es dóna per suposada l'existència d'uns tràmits preceptius en el marc de l'expedient d'un encàrrec de gestió, que són aliens al règim específic de TRAGSA i, per tant, d'aplicació general.

De fet, aquest mateix article preveu, en l'apartat onzè, l'aplicació analògica de la normativa de contractació pública, per mitjà d'una clàusula de tancament, en els termes següents:

En tot el que no preveu aquest article i no estigui regulat expressament en els encàrrecs de gestió, s'ha d'aplicar, analògicament, el que disposa la normativa de contractació pública per resoldre els dubtes i les llacunes que sorgeixin amb relació a les incidències de caràcter tècnic que es plantegin en l'execució dels encàrrecs realitzats a TRAGSA i a les seves filials. En cap cas són aplicables els aspectes que, per la seva pròpia naturalesa, siguin incompatibles amb el caràcter instrumental de la relació.

Ateses totes aquestes consideracions, sembla raonable concloure que en els expedients dels encàrrecs de gestió s'ha d'emetre un informe jurídic amb el contingut mínim que s'esmenta en el paràgraf quart de la consideració jurídica sisena d'aquest Informe.



## Conclusió

En els expedients dels encàrrecs de gestió s'ha d'emetre un informe jurídic que ha de pronunciar-se, com a mínim, sobre els aspectes següents:

- Si es compleixen els requisits establerts en els articles 4.1 *n* i 24.6 de la Llei de contractes, interpretats de conformitat amb la jurisprudència comunitària, per utilitzar aquesta figura.
- Si l'objecte de l'encàrrec està inclòs en l'objecte social de l'ens instrumental.
- Si la norma que ha creat aquest ens o els seus estatuts reconeixen expressament la condició de mitjà propi i servei tècnic de l'entitat que fa l'encàrrec i si es compleix en el cas el règim dels encàrrecs que s'hi preveu.