



## CONSULTA 3/2010.

### INFORME DE LA I.G.A.C. DE 8 DE ABRIL DE 2010.

- **Se resuelve consulta formulada por la Dirección General de Desarrollo e Innovación Tecnológica en relación a la propiedad de los elementos resultantes de contrataciones realizadas vía encomienda de gestión.**

#### I. Antecedentes normativos.

La cuestión planteada exige tomar como premisa de partida el marco jurídico de las encomiendas de gestión a fin de considerar tanto su naturaleza como sus fines. En concreto, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, existe una legislación propia: la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuyo artículo 46 se refiere a las encomiendas de gestión de la siguiente manera:

“1.La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicio de la competencia de los órganos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria o de las entidades de derecho público de ellos dependientes, podrá ser encomendada a otros órganos o entidades públicas de la misma o distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios idóneos para su desempeño.

6. También se podrán llevar a cabo encomiendas de gestión a sociedades y demás entidades de derecho privado, en los términos previstos en la legislación de contratos de las administraciones públicas. La encomienda de gestión deberá articularse mediante convenios de colaboración salvo que mediante Ley se prevea otro instrumento.

7. La encomienda de gestión de actividades y servicios que sean competencia de otras Administraciones públicas en favor de órganos o entes públicos pertenecientes o dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, requerirá la previa aceptación del Gobierno y será formalizada mediante la firma del correspondiente convenio.

8. Para su efectividad, el instrumento en el que se formalice la encomienda de gestión deberá ser publicado en el *Boletín Oficial de Cantabria*, con el contenido mínimo siguiente:

- a. Actividad o actividades a que se refiera.

- b. Naturaleza y alcance de la gestión encomendada.
- c. Plazo de vigencia y supuestos en que proceda la finalización anticipada de la encomienda o su prórroga.”

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 46.6 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, en concordancia con la Ley de Contratos del Sector Público, en nuestra Comunidad Autónoma las encomiendas de gestión que se realicen por la Administración a sociedades y demás entidades de derecho privado, en cuanto que entidades de carácter instrumental, y, que, por consiguiente, tengan atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de la misma, deben revestir la forma jurídica de Convenio de colaboración, salvo que por ley se haya previsto que puedan articularse mediante resolución del titular de la Consejería competente.

En la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 3.1. 1) del TRLCAP, tomando en consideración la doctrina del “in house providing”, en aplicación de la cual se dictó la sentencia del TJCE, de 13 de enero de 2005 (y para cuya ejecución se introdujeron en el citado texto legal por el Real Decreto-Ley 5/2005, determinados requisitos adicionales) excluía de la aplicación del Texto Refundido, aunque su objeto coincidiera con el de alguno de los contratos regulados en el propio texto refundido o en normas administrativas especiales y con independencia de su cuantía, “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública”.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente en vigor, sigue el mismo criterio y excluye de su ámbito de aplicación:

- n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. 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 el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Muy brevemente se debe recordar que el fundamento de la exclusión se encuentra en que nos encontramos ante relaciones instrumentales, y no contractuales, entre la Administración (poder adjudicador) y las entidades plenamente controladas por ella, como por otro lado, parece deducirse de la propia ubicación sistemática del apartado dentro del precepto 24 rubricado: “Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios



particulares”. Asimismo, se prevén las encomiendas entre otros poderes adjudicadores y los entes, organismos o entidades que sean medio propio y servicio técnico de aquellos para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades la ley exige que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Sin embargo, como novedad, se añade en el artículo 24.6 un requisito de índole formal que no se exigía por la regulación precedente y es el siguiente: que la condición de medio propio y de servicio técnico de las entidades que lo sean efectivamente, deberá establecerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que determinarán las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y habrán de precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

El artículo 24.6.es del siguiente tenor literal:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

Asimismo, cabe señalar que la Disposición Adicional Trigésima de la LCSP contiene el régimen jurídico de la “Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA), y de sus filiales.

## **II. Competencia**

La competencia para la celebración de los convenios de encomienda de gestión corresponde al Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de conformidad con el artículo 18.m de la Ley 6/2002.

## **III. Financiación**

En cuanto a su financiación, las encomiendas de gestión se financian con cargo al capítulo II o VI del presupuesto de gastos y, ello, por razón del objeto del encargo ya que si no se realizara la encomienda a una entidad instrumental, el poder adjudicador habría de celebrar un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público para la satisfacción de la necesidad pública que se persigue con su objeto. Y, evidentemente, el servicio (hardware y software, licencias, en el caso que motiva la presente consulta) o la obra contratada, una vez finalizada y recibida se integraría en el patrimonio de la Administración encomendada.

## **IV. Conclusión**

Como colofón de lo anteriormente expuesto se debe concluir que la titularidad dominical de los resultados materiales o inmateriales de las encomiendas de gestión se atribuye a la entidad encomendada y su uso deberá contar con su autorización expresa.

Santander a 8 de abril de 2010.  
LA INTERVENTORA GENERAL

Fdo.: Gema Uriarte Mazón