

¿Son admisibles las encomiendas de gestión interadministrativas retribuidas?

Por [Severiano Fernández Ramos](#)

Como es sabido, durante años la legislación española utilizó el mismo *nomen iuris* de «*encomienda de gestión*» para denominar dos figuras diversas: de una parte, las encomiendas «*de carácter puramente administrativo*», reguladas inicialmente en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y actualmente por el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); y, de otro lado, las encomiendas o encargos de prestaciones de naturaleza contractual realizados por los poderes adjudicadores y otras entidades del sector público a las entidades integrantes del sector público institucional consideradas como medios propios, figura introducida en 2005 en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y más tarde recogida en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007.

Asimismo, también es conocido que la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), asumió la sugerencia formulada desde distintas instancias (como el Tribunal de Cuentas o la Abogacía del Estado) de diferenciar la denominación legal de ambas figuras para evitar confusiones: la técnica de la LCSP para a llamarse encargos a medios propios de la LCSP –arts. 32 y 33-, y las encomiendas de gestión de la LRJSP quedan expresamente excluidas del ámbito de la LCSP –art. 6.3-.

De este modo, en principio, encomiendas de gestión y encargos a medios propios serían dos figuras jurídicas diversas. Así, desde el punto de vista subjetivo, las encomiendas de gestión pueden ser intrasubjetivas o intersubjetivas, mientras que los encargos son siempre a medios propios personificados («*valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos*», dice el art. 32.1 LCSP), si bien, como es sabido, la entidad que ejecuta el encargo carece de independencia real frente a la que lo formula. Asimismo, en caso de encomienda intersubjetiva, ésta se debe realizar a una Entidad de Derecho Público –art. 11.1 LRJSP-, mientras que puede obtener la consideración de medio propio tanto una persona jurídica de derecho público como de derecho privado –art. 32.1 LCSP-.

De otro lado, desde el punto de vista objetivo, la LRJSP –art. 11.1- establece: «*Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta*».

Y, en fin, existirían otras diferencias de régimen jurídico entre ambas figuras: la encomienda constituye un negocio bilateral, ya sea simple acuerdo o convenio –art. 11.3 LRJSP-, mientras que el encargo a medio propio presenta un carácter unilateral; o bien las encomiendas de gestión deben publicarse, para su eficacia, en el diario oficial correspondiente –art. 11.3 LRJSP-, mientras que el encargo a medio propio debe publicarse en el perfil del contratante y, en su caso, en la Plataforma de Contratación correspondiente –arts. 32.6 y 63.6 LCSP-; o, en el caso de la encomienda de gestión, no existe un límite legal expreso a que el órgano o entidad pública

que recibe la encomienda pueda gestionarlo directamente o externalizarlo mediante contrato (así, expresamente, la Ley 26/2010, de 3 agosto, Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña –art. 10.6-), mientras que en el caso de los encargos existe un límite general del 50% –art. 32.7.b) LCSP-.

Sin embargo, entre encomienda de gestión y encargo a medio propio existe un ámbito de posible confluencia: es el de las encomiendas intersubjetivas, cuando, además, la encomienda, sea retribuida, pues únicamente son «*contratos públicos*» los contratos onerosos –art. 2.1.5 Directiva 2014/24/UE-. Debiendo tenerse en cuenta que el TJUE tiene declarado que el carácter oneroso de un contrato público no excluye que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (STJUE 10-9-2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, apartados 25 y 26).

Pues bien, cuando se dan ambas condiciones, esto es, la encomienda es intersubjetiva y retribuida, la distinción con el encargo a medio propio se centra exclusivamente en el objeto de ambas figuras, pues el resto de diferencias son corolarios de esta. Y ¿cuál es ese objeto de la encomienda de gestión diverso de las prestaciones propias de los contratos públicos?: según la LRJSP –art. 11.1-, «*La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia*» del órgano o entidad que recibe la encomienda. Precizando, además, la LRJSP –art. 11.2-: «*La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda*».

Ahora bien, aun cuando el artículo 11 de la LRJSP omite intencionadamente la palabra «servicios» del objeto de la encomienda de gestión, y que sí contenía expresamente el precedente artículo 15 de la Ley 30/1992 (lo cual era muy expresivo de su objeto), lo cierto es que si se dan los condicionantes indicados (la encomienda es intersubjetiva y onerosa), es realmente difícil concebir una «*actuación material o técnica*», de la que la ley excluye expresamente la producción de actos jurídicos (art. 11.2 LRJSP), y que no pueda ser considerada objeto de un contrato de servicios, una vez que éste, tras la LCSP 2017, ha pasado a alcanzar un carácter residual y omnicompreensivo de cualquier actividad económica, en el sentido de retribuida (STJUE 14-7-2022, ASADE, C-436/20, apartado 63).

Es decir, si bien en el régimen anterior de la LCSP 2007, dado el ámbito limitado del contrato de servicios, podía mantenerse la dualidad de figuras, en la actualidad es muy dudoso. De hecho, la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, declara que la Administración pública autonómica recurrirá a las *encomiendas de gestión interadministrativas* para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos, organismos y entidades de su sector público –art. 12.1-.

De este problema parece ser consciente la reciente Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, que regula de forma diferenciada la encomienda de gestión intrasubjetiva (art. 29) y la intersubjetiva (art. 37), y exige para esta, no para la primera, que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) «*Que el órgano que realice la actividad encomendada lo haga a título gratuito*» Como se ha señalado, en este caso no hay contrato público.

b) «Que la entidad que vaya a desarrollar la actividad encomendada pueda ser considerada, en el uso de esta técnica administrativa, como medio propio o servicio técnico de la entidad encomendante». Pero en tal caso la figura se confunde con el encargo a medio propio, lo que estimamos contradice el art. 11.1 LRJSP, así como el art. 32 LCSP. Es decir, la Administración no es libre para utilizar la encomienda o el encargo, sino que, si procede el encargo, por tratarse de una prestación propia de los contratos públicos, la operación debe regirse el régimen de los encargos.

c) «Que, por su objeto, su causa u otra circunstancia jurídicamente relevante, no tenga la naturaleza de contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público». Pero aquí es, justamente, donde se produce la dificultad antes señalada.

De otro lado, podrá decirse que la encomienda está excluida de la legislación de contratos por tratarse de una operación de redistribución interna de competencias, protegida por el artículo 4.2 TUE. Y, ciertamente, la Directiva 2014/24 (artículo 1.6) dispone: «Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva».

Ahora bien, obsérvese que se exige que no se dé una retribución por la ejecución de la actividad. Además, el precepto habla de «la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas», pero es muy dudoso que la encomienda pueda entrar en esta exclusión, pues su objeto no es la transferencia de competencias jurídicas, sino la actividad de apoyo material a las mismas. Así, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del TJUE de 21-12-2016, asunto C-51/15, *Remondis*, para que una transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas entre entidades públicas pueda considerarse un acto de organización interna excluido de la Directiva de contratos es necesario que la autoridad pública ejerza dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad, de modo que dispone de autonomía decisoria y financiera (apartados 51 y 55). Y esto es justamente lo que excluye la LRJSP –art. 11.2- de la encomienda de gestión, al declarar que no supone cesión de los elementos sustantivos del ejercicio de la competencia, «siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda».

En definitiva, teniendo presente que, para el Derecho de la Unión, son irrelevantes tanto la denominación que el Derecho interno dé a los negocios u operaciones (p. ej., la terminología de la LRJSP de “encomienda de gestión”, “acuerdo”, “convenio”), o la calificación jurídica que establezca (como la exclusión expresa de estos negocios del ámbito de la LCSP contenida en su art. 6.3), las encomiendas de gestión intersubjetivas retribuidas, aunque su retribución se ciña al reembolso de los gastos soportados por prestar la actividad, constituyen materialmente un contrato público de servicios, el cual no puede ser excluido de las normas de contratación por la vía de su consideración como una operación de redistribución interna de competencias, de modo que la única posibilidad es que puedan considerarse un encargo a medio propio, para lo cual deberán regirse necesariamente por el régimen de esta figura. Por esta razón, de *lege ferenda*, se sugiere limitar expresamente las encomiendas de gestión intersubjetivas a aquellas que no sean retribuidas.