

# **INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS**

Beques per a la recerca sobre les autonomies polítiques territorials (Convocatòria 2010)

## **Treball de Recerca**

L'encàrrec de gestió i els mecanismes de col·laboració entre Administracions Públiques

**Marc Vilalta Reixach**  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)



# ÍNDIX

INTRODUCCIÓ: DELIMITACIÓ DEL OBJECTE D'ESTUDI	p. 7
---	------

## PRIMERA PART

### CAPÍTOL I. CONCEPTE I MARC NORMATIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ

1.- APROXIMACIÓ AL CONCEPTE D'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p.17
2.- MARC NORMATIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p. 27
2.1.- El principi d'eficàcia com a fonament constitucional de l'encàrrec de Gestió	p. 27
2.1.1.- <i>L'encàrrec de gestió des del punt de vista de l'organització Administrativa</i>	p. 30
2.1.2.- <i>L'encàrrec de gestió com a instrument al servei de la col·laboració Administrativa</i>	p. 33
2.2.- La regulació específica de l'encàrrec de gestió	p. 37
2.2.1.- <i>Antecedents normatius de l'encàrrec de gestió</i>	p. 39
2.2.2.- <i>De la Llei 30/1992, de 26 de novembre de Règim Jurídic de les Administracions Públiques...</i>	p. 55
2.2.3.- <i>...a les noves reformes estatutàries</i>	p. 64

### CAPÍTOL II. ELS MECANISMES DE TRANSFERÈNCIA DE FUNCIONS ADMINISTRATIVES A L'ORDENAMENT ITALIÀ. EL *AVVALIMENTO DEGLI UFFICI DEGLI ENTI LOCALI*

1.- LES RELACIONS ENTRE LES REGIONS I ELS ENS LOCALS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓ ITALIANA DE 1948	p. 68
2.- EL <i>AVVALIMENTO</i> A L'ORDENAMENT JURÍDIC ITALIÀ: CARACTERÍSTIQUES GENERALS	p. 74
3.- LA LLEI CONSTITUCIONAL 3/2001, DE 18 D'OCTUBRE.	p. 84
3.1.- El reconeixement de tots els nivells territorials com components de la República italiana	p. 85
3.2.- El principi de subsidiarietat en la distribució de les funcions administratives	p. 86

3.3. - L'autonomia estatutària i reglamentària dels ens locals	p. 88
3.4. - La superació dels controls sobre els ens locals	p. 90
3.5. - El nou sistema de distribució de competències	p. 91
4.-CONSIDERACIONS FINALS: L'AVVALIMENTO EN EL NOU SISTEMA REGIONAL ITALIÀ	p. 95

## SEGONA PART

### CAPÍTOL I. RÈGIM JURÍDIC DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ

1. - PRESSUPÒSITS HABILITANTS DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p. 103
1.1. - El caràcter restrictiu de l'encàrrec de gestió	p. 104
1.2. - El <i>deure</i> de motivar la utilització de l'encàrrec de gestió	p. 106
1.3. - El caràcter temporal de l'encàrrec	p. 108
2. - ÀMBIT SUBJECTIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p. 111
2.1. - L'encarregant	p. 112
2.1.1. - <i>La noció d'òrgan administratiu</i>	p. 113
2.1.2. - <i>La noció d'Entitats de Dret Públic</i>	p. 116
2.1.3. - <i>L'extensió del model bàsic a les Comunitats Autònomes</i>	p. 129
2.2. - L'encarregat	p. 133
2.2.1. - <i>Òrgans administratius no relacionats jeràrquicament</i>	p. 133
2.2.2. - <i>Les Entitats de la mateixa o diferent Administració.</i>	
<i>La discussió sobre l'aplicabilitat de l'encàrrec de gestió a les persones subjectes al Dret Privat</i>	p. 134
2.2.3. - <i>Els destinataris de l'encàrrec de gestió a la legislació autonòmica</i>	p. 147
2.2.4. - <i>L'exigència de mitjans tècnics i de gestió convenients</i>	p. 152
2.3. - Tipus d'encàrrec de gestió en funció dels subjectes	p. 153
3. - ÀMBIT OBJECTIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p. 161
3.1. - L'objecte immediat de l'encàrrec de gestió	p. 162
3.1.1. - <i>L'encàrrec de gestió com el reconeixement d'una habilitació derivada</i>	p. 163
3.1.2. - <i>El caràcter propi de les activitats encarregades</i>	p. 168
3.2. - L'objecte mediat de l'encàrrec de gestió	p. 170
3.2.1. - <i>L'encàrrec de gestió com a realització d'activitats de caràcter material</i>	p. 170
3.2.2. - <i>Contingut material de l'encàrrec de gestió</i>	p. 174
4. - EFECTES DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p. 184

4.1. - La posició jurídica de l'encarregat	p. 185
4.1.1. - <i>Compliment de l'encàrrec</i>	p. 185
4.1.2. - <i>Transferència de resultats i liquidació econòmica de l'encàrrec</i>	p. 187
4.2. - La posició jurídica del encarregat	p. 189
4.2.1. - <i>El dret a l'execució de la prestació material</i>	p. 190
4.2.2. - <i>El poder de direcció de l'activitat encarregada</i>	p. 192
4.2.3. - <i>La liquidació econòmica de l'encàrrec. Remissió</i>	p. 193

## CAPÍTOL II. L'ENCÀRREC DE GESTIÓ DES DEL PUNT DE VISTA CONTRACTUAL

1. - EL NOU MARC REGULADOR DELS CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC	p. 196
2. - L'ÀMBIT D'APLICACIÓ MATERIAL DE LA LCSP. POT L'ENCÀRREC DE GESTIÓ CONCEPTUAR-SE COM UN <i>CONTRACTE PÚBLIC</i> A EFECTES DE LA LCSP?	p. 199
2.1. - L'encàrrec de gestió com a <i>contracte</i>	p. 200
2.1.1. - <i>L'encàrrec de gestió com un acord de voluntats de caràcter bilateral</i>	p. 202
2.1.2. - <i>L'objecte contractual</i>	p. 215
2.1.3. - <i>La causa a l'encàrrec de gestió</i>	p. 216
2.2. - La possible consideració de l'encàrrec de gestió com a <i>contracte oneros</i>	p. 226
2.2.1. - <i>Breu referència a la gratuïtat o onerositat de les relacions contractuals</i>	p. 226
2.2.2. - <i>El caràcter oneros de l'encàrrec de gestió</i>	p. 227
2.3. - El possible encaix de l'encàrrec de gestió dins de l'àmbit subjectiu de la LCSP	p. 231
2.3.1. - <i>Breu referència a l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LCSP</i>	p. 233
2.3.2. - <i>L'encàrrec de gestió com a instrument al servei del sector públic</i>	p. 235
2.3.3. - <i>L'encarregat com a contractista de l'Administració Pública</i>	p. 236
2.4. – Recapitulació	p. 239
3. - EL TRACTAMENT CONTRACTUAL DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ	p. 240
3.1. - La limitació de l'àmbit objectiu de la LCSP: els negocis i contractes exclosos de la Llei	p. 241
3.2. - El caràcter <i>no contractual</i> dels encàrrecs de gestió entre òrgans administratius que pertanyen a la mateixa Administració Pública	p. 244
3.3. - Tractament contractual dels encàrrecs de gestió entre entitats públiques pertanyents a la mateixa Administració Pública.	
La doctrina de les relacions <i>in house providing</i> .	p. 246

<i>3.3.1. - Elements dels encàrrecs de gestió entre entitats públiques pertanyents a la mateixa Administració exclosos de la LCSP</i>	p. 248
<i>3.3.2. - L'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis Serveis</i>	p. 250
<i>3.3.3. - La realització de la part essencial de la seva activitat amb l'ens Adjudicador</i>	p. 257
<i>3.3.4. - Reconeixement formal de la condició de mitjà propi</i>	p. 261
<i>3.3.5. – Recapitulació</i>	p. 262
<b>3.4. - Tractament contractual dels encàrrecs de gestió formalitzats entre diferents Administracions Públiques</b>	p. 263
<i>3.4.1. - La difícil aplicació de l'article 4.1 n) de la LCSP a les relacions interadministratives</i>	p. 265
<i>3.4.2. - Els convenis d'encàrrec de gestió entre diferents Administracions Públiques a efectes de la LCSP</i>	p. 277
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	p. 293

## INTRODUCCIÓ

### DELIMITACIÓ DE L'OBJECTE D'ESTUDI

La recent evolució del nostre sistema jurídic-administratiu ha estat certament destacable. Ho ha estat tant des d'un punt de vista *funcional*, ja que l'activitat administrativa ha vist ampliar el seu àmbit d'actuació a noves realitats polítiques i socials abans desconegudes, veient-se ayesada així a una prestació massiva de serveis públics, però també des d'un punt de vista *organitzatiu*, a partir, sobretot, del nou context institucional de pluralisme polític instaurat per la Constitució de 1978.

En aquest sentit, davant del complex sistema d'administracions públiques instaurat a Espanya, les relacions interadministratives han anat cobrant una rellevància cada vegada més important, donant lloc a que els vincles entre les diferents instàncies de govern i administració territorial no es construeixin ja únicament sobre la base de conceptes com la jerarquia, la tutela o el control, sinó donant pas també a altres com la col·laboració, la subsidiarietat o la capacitat de gestió; tècniques l'objectiu de les quals no és altre que aconseguir la coherència de l'actuació pública, en la lògica dels principis de racionalitat i eficàcia administrativa.

Ha estat el propi Tribunal Constitucional, com veurem posteriorment amb més deteniment, el que, al analitzar les relacions entre l'Estat, les comunitats autònomes i els ens locals, ha afirmat l'existència d'un deure general de col·laboració entre elles, consubstancial al propi model d'organització territorial de l'Estat. Imposant al legislador la necessitat d'establir les fórmules o vies necessàries per articular les relacions entre les diferents entitats públiques en l'exercici de les seves respectives competències (Sentència del Tribunal Constitucional, núm. 27/1987, de 27 de febrer, ponent: Sra. Glòria Begué Cantón, F.J. 2). I és precisament en aquest punt on hem de situar el nostre objecte d'estudi, ja que partint d'aquesta perspectiva general, el nostre treball pretén centrar-se específicament en un dels mecanismes que el nostre ordenament jurídic preveu per donar compliment a aquest deure general de col·laboració interadministrativa: l'encàrrec de gestió (*encomienda de gestión*).

L'encàrrec de gestió apareix regulat amb caràcter bàsic a l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (d'ara endavant LRJPAC), en el que es preveu que “la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans administratius o de les Entitats de Dret Públic podrà ser encarregada a altres òrgans o a entitats de la mateixa o diferent administració per raons d'eficàcia o quan no es posseeixin els mitjans tècnics idonis per al seu compliment” (art. 15.1 LRJPAC).

D'aquesta manera, l'encàrrec de gestió s'ha configurat com un mecanisme racionalitzador de l'exercici de les competències administratives de gran utilitat, ja que permet -com assenyala FERNÁNDEZ FARRERES- compatibilitzar la irrenunciabilitat de les competències que tenen atribuïdes com a pròpies els diferents òrgans administratius amb la manca dels mitjans materials per al seu adequat exercici o per aconseguir una major eficàcia en la seva gestió<sup>1</sup>.

Tanmateix, malgrat l'àmplia utilització d'aquesta tècnica administrativa, l'anàlisi jurídica del seu règim jurídic presenta encara algunes llacunes importants, derivades principalment d'una regulació parca i no molt satisfactòria, però també de l'escassa atenció doctrinal que ha suscitat aquesta figura<sup>2</sup>. Alhora que, com succeeix en molts altres àmbits del nostre ordenament jurídic, l'imparable desenvolupament del procés d'integració europea i, en especial, de la consecució del mercat comú, entès aquest com la creació d'un espai econòmic sense fronteres en unes condicions anàlogues a les existents al mercat intern dels estats, ens pot plantejar també seriosos dubtes sobre la correcta aplicació d'aquesta figura en un nou context econòmic europeu caracteritzat per la supressió dels obstacles a la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals.

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, en *Anuario de Gobierno Local 1997*, Institut de Dret Públic – Marcial Pons – Diputació de Barcelona, Barcelona 1998, p. 148.

<sup>2</sup> En vista dels nombrosos i excel·lents treballs publicats últimament sobre els encàrrecs de gestió realitzats als ens instrumentals propis de les diferents administracions públiques i sobre la utilització dels anomenats *mitjans tècnics*, aquesta afirmació podria semblar completament equivocada. No obstant, aquests estudis se centren en aspectes molt concrets del seu règim jurídic, deixant de banda una caracterització més general d'aquesta figura. Tot i així, és possible trobar també algunes notables excepcions com, per exemple, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión*, Colegio Universitario de Segovia, 1998, MESEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 38, Septiembre – Diciembre 2004, p. 123-143 o SÁNCHEZ SAEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, p. 227-265.



En efecte, la inexcusable subjecció de la normativa espanyola a les llibertats comunitàries previstes al Tractat de la Unió Europea (d'ara endavant, TUE) i, de forma particular, als principis de no discriminació, publicitat i transparència derivats d'elles, ens planteja la necessitat d'examinar la compatibilitat de la regulació legal vigent de l'encàrrec de gestió, com a mecanisme relacional entre administracions públiques amb un important contingut econòmic, respecte a la normativa europea dirigida a la consecució d'un mercat interior a la Unió Europea.

És per això que la nostra exposició pretén dur a terme una anàlisi completa i detallada de l'encàrrec de gestió, a l'efecte de poder donar una resposta, el més concreta possible, a les següents preguntes: poden les administracions públiques espanyoles encarregar directament la realització d'una determinada activitat material, tècnica o de serveis a una altra entitat pública? I, en cas afirmatiu, a quin règim jurídic s'ha de sotmetre aquest encàrrec?

Segons la nostra opinió, i a diferència del que pogués semblar inicialment, la resposta a aquests interrogants no resulta gens fàcil, doncs, com dèiem, al costat de la regulació legal substantiva vigent al nostre ordenament coexisteixen un conjunt molt ampli de conceptes i principis jurídics d'àmbit europeu, de creació legal i jurisprudencial, que modulen de forma molt important el tradicional enteniment de la figura de l'encàrrec de gestió com un mecanisme de cooperació entre administracions públiques.

En definitiva, intentarem posar de relleu com la deguda aplicació del Dret de la Unió Europea pot afectar també àmbits d'actuació per als quals, en principi, no havia estat prevista, com el de l'organització i relació entre subjectes administratius. Havent de conjugar-se, en aquest cas, la necessitat de garantir el respecte a les normes d'aquest ordenament supraestatal amb les exigències derivades del bon funcionament del nostre sistema d'administracions públiques.

Per poder analitzar en profunditat els dubtes plantejats hem cregut convenient, a efectes també d'una clara exposició, estructurar el nostre treball a través de dues parts diferenciades, cadascuna de les quals, a la vegada, s'estructura en diferents capítols:

- A) En la primera part del treball portarem a terme una ràpida aproximació al fonament constitucional de l'encàrrec de gestió, que, segons la nostra opinió, s'ha de buscar principalment en dos elements: el principi de col·laboració administrativa i la potestat d'autoorganització que es reconeix a determinats subjectes públics.

En aquest sentit, tot i que la Constitució espanyola de 1978 no articula un sistema acabat de relacions entre els diferents nivells territorials de govern al nostre país, ni tampoc una regulació general de les relacions entre les diferents administracions públiques, com avançàvem anteriorment i d'acord amb la jurisprudència constitucional, sí que conté elements suficients per perfilar un estat autonòmic de tipus cooperatiu, havent de preveure's els mecanismes adequats per portar-lo a terme.

Igualment, l'autonomia que es reconeix als diferents ens territorials en els que s'organitza territorialment l'Estat suposa la necessària atribució a aquestes entitats d'aquelles potestats públiques sense les quals no seria possible parlar d'una actuació autònoma. I dintre d'aquestes potestats adquireixen una especial rellevància la d'organitzar la seva pròpia estructura de govern i administració, així com la manera de prestar els serveis públics.

És també en aquesta primera part en la que emmarcarem la tasca més estretament lligada al projecte de recerca presentat a l'Institut d'Estudis Autonòmics i que ens ha portat a la realització d'aquest treball. I és que per entendre millor el context en el que apareix l'encàrrec de gestió ens haurem de referir també a la influència que el Dret italià ha tingut en la introducció i desenvolupament d'aquesta figura al nostre ordenament jurídic. D'aquesta manera, dedicarem també unes pàgines a analitzar els mecanismes de cooperació entre Administracions Públiques vigents al Dret italià; prestant especial atenció a una institució que, molt sovint, ha estat citada per la doctrina espanyola com un dels antecedents més immediats del nostre l'encàrrec de gestió (ens referim a la figura del *Avvalimento degli uffici*)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Entre d'altres, SOSA WAGNER, Francisco i DE MIGUEL GARCÍA, Pedro: *Las competencias de las Corporaciones Locales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1985, p. 94; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio: "Un exponente de la problemática actual entre Comunidades Autónomas y Provincias: la gestión ordinaria de los servicios periféricos propios de la Comunidad Autónoma a través de las Diputaciones Provinciales", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 232, octubre-diciembre 1986, p. 710, o ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "Órganos de las Administraciones Públicas", en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.): *La nueva Ley*

En aquest sentit, cal dir que la beca de recerca concedida per l'Institut d'Estudis Autònoms ens ha permès aproximar-nos i analitzar una institució que, malgrat que molt sovint s'esmenta i s'utilitza com a referència per a emmarcar l'encàrrec de gestió o altres institucions similars al nostre ordenament jurídic, continua sent una gran desconeguda, ja que el seu règim jurídic no s'ha abordat mai amb un cert mínim de detall. Segurament per això, hem pogut constatar com, tot i que en ocasions la concepció que es té des del nostre País d'aquesta institució és la d'un mecanisme desfasat i d'escassa aplicació, això no sempre ha estat així. Com veurem més endavant, aquesta ha estat una figura àmpliament utilitzada tant per l'Estat com per les regions italianes – que ha portat, fins i tot, a alguns autors a parlar de l'èxit d'una institució menor<sup>4</sup> –, si bé, la recent evolució del sistema constitucional italià ha modificat alguns d'aquests plantejaments inicials, arribant-se a qüestionar avui dia la seva vigència.

De tota manera, podem ja avançar que la naturalesa jurídica d'aquesta institució, des del nostre punt de vista, s'aparta considerablement de la configuració institucional que la Llei 30/1992, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques, de 26 de novembre, sembla haver donat a la figura del encàrrec de gestió. Pel que, tot i que l'estudi del *Avvalimento* ens ha estat molt útil per avançar en l'estudi de l'encàrrec de gestió i plantejar-nos noves qüestions e hipòtesis relatives al seu règim jurídic – elements que tot i que no apareguin explicitades al text com a referències comparades sí que es troben en el fons del nostre plantejament expositiu – la translació o el possible reflex a casa nostra d'algunes de les propostes que s'han formulat sobre aquella institució ha de ser en tot cas limitada, ja que, com veurem, tot i que comparteixen un mateix fonament, responen a realitats molt diferents.

- B) En segon lloc, partint de les consideracions fetes en la primera part del treball, ens correspondrà centrar-nos ja en l'estudi del règim jurídic de l'encàrrec de gestió al nostre ordenament jurídic, en especial respecte aquells aspectes normatius relatius al seu àmbit objectiu i subjectiu. En aquest punt, abandonarem l'àmbit del Dret comparat per centrar-nos exclusivament en l'ordenament espanyol. La diferenciació

---

*de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 77.

<sup>4</sup> DELL'ANNO, Paolo: "Utilizzazione di Uffici (Avvalimento)", en CASSESE, Sabino (Dir.): *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. VI, Giuffrè Editore, Milan 2006, p. 6144.

substancial entre l'*Avvalimento* i el nostre encàrrec de gestió a la que ens referíem anteriorment, ens porta a que la nostra exposició hagi de continuar al marge d'aquella figura, si bé això no exclou que en algun punt puguem fer novament referència al Dret italià per emmarcar o justificar millor alguns dels nostres arguments.

En aquesta segona part, doncs, cobrarà especial importància la determinació de quin tipus d'entitats o òrgans administratius poden fer ús de l'encàrrec de gestió, així com aquells que poden ser subjectes passius de la mateixa. Posant-se ràpidament de relleu que no és possible parlar d'un únic tipus d'encàrrec de gestió, amb un únic règim jurídic general i uniforme, sinó que al nostre Dret coexisteixen diferents formes d'encàrrec de gestió, cada un amb les seves particularitats; i necessitats, per tant, d'un tractament específic i diferenciat.

Seguidament, una vegada exposats els principals trets del règim jurídic de l'encàrrec de gestió, ens interessarà també analitzar un aspecte concret del mateix: el relatiu a la seva naturalesa jurídica i el seu possible tractament contractual. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (d'ara endavant TJUE), mitjançant la Sentència de 13 de gener de 2005, assumpte C-84/03, *Comissió europea / Regne d'Espanya*, va posar ja de relleu el possible caràcter contractual de determinats convenis interadministratius, obligant a l'Estat espanyol a modificar l'àmbit d'aplicació del Text refós de l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques (d'ara endavant TRLCAP).

Des d'aquesta perspectiva, l'últim capítol d'aquesta segona part del treball de recerca el dedicarem a examinar si, a la llum dels principis legals i jurisprudencials europeus, la figura de l'encàrrec de gestió pot conceptuar-se com un autèntic "contracte públic" a efectes de les Directives europees sobre contractació. Havent de determinar, posteriorment i en cas de resposta afirmativa, quin seria el seu règim jurídic particular, tenint present, sobretot, la nova regulació espanyola dels contractes del sector públic, operada per la Llei 30/2007, de 30 d'octubre (d'ara endavant LCSP).

Finalment, i encara en relació amb la estructura de la nostra exposició, hem de destacar que aquest treball no finalitza amb un apartat final de conclusions o de valoració general. Aquest fet no ha de sorprendre al lector, ja que com ja vàrem mencionar al Projecte de recerca lliurat a l'Institut d'Estudis Autonòmics, aquest treball s'emmarca en un àmbit

material més ampli, encara per concloure, que pretén analitzar la incidència que la legislació europea de contractes públics ha tingut sobre alguns dels tradicionals mecanismes de col·laboració entre Administracions Públiques al nostre ordenament jurídic. Com anirem desgranant al llarg de la nostra exposició, la influència que les Directives europees poden haver tingut sobre aquesta matèria és, potser, una qüestió que avui dia cal encara analitzar amb detall, per poder valorar correctament si, de fet, i més enllà dels propòsits perseguits per aquesta normativa, en el fons el que s'està produint és una autèntica mutació de la forma d'entendre les relacions entre els diferents operadors públics.

Per últim, voldria acabar aquesta introducció agraint sincerament al Institut d'Estudis Autònoms, i molt especialment al seu Director, el Prof. Carles VIVER PI I SUNYER, la concessió d'una de les beques de recerca sobre les autonomies polítiques territorials que convoca anualment l'Institut i que m'ha permès poder desenvolupar part d'aquest treball. Certament, l'ajuda i el suport que determinades institucions, com el propi Institut d'Estudis Autònoms, dediquen desinteressadament i amb tanta decisió a la investigació i la recerca sobre la descentralització política i l'aprofundiment de l'autonomia al nostre País constitueix no sols un compromís digne de menció i reconeixement, sinó també un estímul constant a tots els investigadors per continuar amb esforç a la nostra tasca.

Per altre banda, voldria donar també les gràcies a la professora Claudia TUBERTINI i al professor Luciano VANDELLI, de la *Scuola di Specializzazione in Studi Sull'Amministrazione Pubblica* (SPISA), de la Universitat de Bolònia, que tan amablement m'han acollit durant els sis mesos que he tingut el privilegi de compartir amb ells en aquesta Universitat.

I, finalment, m'agradaria també mencionar especialment al professor Tomàs FONT I LLOVET i al professor Alfredo GALÁN GALÁN, de la Universitat de Barcelona, per la seva tasca de supervisió d'aquest treball i per la seva paciència i ajuda a l'hora de realitzar-lo.



## PRIMERA PART





## CAPÍTOL I

### CONCEPTE I MARC NORMATIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ

El punt de partida de la nostra exposició sobre el règim jurídic de l'encàrrec de gestió es situa en la definició del seu concepte i en l'estudi del seu concret marc normatiu. Segons la nostra opinió, una reflexió inicial sobre aquestes qüestions ens pot resultar molt útil per ubicar adequadament aquesta figura i així, posteriorment, poder analitzar millor el seu específic disseny institucional; alhora que ens ajudarà també a tenir una visió més àmplia en la resolució d'alguns dels aspectes problemàtics que, més endavant, haurem d'afrontar.

#### 1. - APROXIMACIÓ AL CONCEPTE DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.

No es tracta en aquest moment inicial de realitzar un examen complet i exhaustiu de tots els elements que conformen la figura de l'encàrrec de gestió - qüestió que abordarem més detalladament en la segona part de la nostra exposició - sinó simplement d'enunciar descriptivament què entenem per *encàrrec de gestió*. I és que quan utilitzem aquesta expressió en l'àmbit administratiu ens estem referint a una institució jurídica concreta, amb una regulació pròpia i amb la que es pretén donar compliment a unes determinades finalitats públiques, en el marc del nostre model social i polític d'Estat.

Tanmateix, el fet que el terme *encàrrec (encomienda)* sigui un vocable àmpliament utilitzat al nostre ordenament i amb el qual pugui al·ludir-se a realitats jurídiques molt diverses<sup>5</sup>, ha dificultat notablement l'estudi de la figura de l'encàrrec de gestió, que, amb freqüència, apareix designant fenòmens jurídics que, en rigor, poc tenen a veure amb aquesta institució administrativa. Per això hem considerat oportú començar el nostre treball delimitant a grans trets aquells elements que, segons la nostra opinió, caracteritzarien aquesta figura.

En primer lloc, hem d'assenyalar que ni el nostre text constitucional, ni tampoc els diferents estatuts d'autonomia, no han previst de forma expressa cap definició de la figura de l'encàrrec de gestió, de manera que per poder determinar el seu significat actual hem

---

<sup>5</sup> Per exemple, a més de l'encàrrec de gestió previst a l'àmbit jurídic-administratiu, aquest terme s'utilitza també, entre altres, per designar determinades condecoracions honorífiques, com l'Encàrrec previst a l'article 2 del Reial Decret 223/1994, de 14 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de la Real i Militar Ordre de San Hermenegildo o per identificar alguns dels serveis postals inclosos al Conveni de Buenos Aires de 14 d'octubre de 1960, d'Unió Postal de les Amèriques i Espanya.

d'acudir a l'àmbit legislatiu ordinari i, en concret, a la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú. Aquesta norma ens ofereix una definició general d'aquesta figura, establint, amb caràcter bàsic, el seu àmbit d'aplicació i els principals requisits del seu exercici, expressant-se de la manera següent:

“Artículo 15. Encomienda de gestión.

1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encargant dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente. Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo”.

És a partir de la lectura d'aquest precepte de la LRJPAC que hem d'intentar deduir els principals trets definatoris de *l'encàrrec de gestió* vigent al nostre ordenament jurídic. En aquest sentit, entenem que la caracterització d'aquesta figura podria articular-se en consideració a tres elements diferents: el seu àmbit subjectiu, el seu àmbit objectiu i la seva naturalesa jurídica.

#### A) *Element subjectiu.*

En primer lloc, l'encàrrec de gestió pressuposa necessàriament l'establiment d'una relació jurídica entre dos subjectes: *l'encarregant* i *l'encarregat* (en castellà, *encomendante* i *encomendado*). En efecte, l'article 15 de la LRJPAC ha configurat l'encàrrec de gestió com un mecanisme relacional, de caràcter bilateral, a través del qual s'atribueix a un determinat òrgan o entitat (al qual denominarem *encarregat*) la realització d'actuacions administratives concretes de la competència d'un altre (que designem com a *encarregant*).

Determinar en aquest moment inicial quins subjectes estan específicament legitimats per fer ús d'aquesta figura resulta força complex ja que la LRJPAC s'expressa en termes molt amplis i poc precisos, la qual cosa ha donat lloc a disparitat d'interpretacions sobre el seu àmbit subjectiu d'aplicació i, en concret, a la seva possible extensió a les persones jurídiques subjectes al Dret Privat. És per això que l'estudi específic d'aquesta qüestió l'abordarem amb major detall a la *Segona Part* del nostre treball, indicant ara simplement que la LRJPAC sí que ens permet distingir diferents tipus d'encàrrec de gestió en funció dels subjectes que hi participen.

Així, en primer lloc, podem diferenciar aquell encàrrec que es realitza entre òrgans administratius (i que denominarem encàrrec de gestió *interorgànic*) d'aquell que es realitza entre persones jurídiques diferents (al qual ens referirem com a encàrrec de gestió *intersubjectiu*). Però, al mateix temps, i en funció de l'adscripció orgànica d'aquests òrgans o entitats, podem parlar també de l'encàrrec de gestió *intraadministratiu*, que és aquell que es produeix al si d'una mateixa Administració Pública, o de l'encàrrec de gestió *interadministratiu*, quan es formalitza entre dues Administracions diferenciades.

#### B) *Element objectiu.*

En segon lloc, l'encàrrec de gestió es defineix també pel seu objecte, és a dir, pel seu contingut obligacional. Partint novament de la regulació prevista a la LRJPAC, podem afirmar que l'encàrrec de gestió suposa l'establiment d'una relació jurídica a través de la qual l'encarregat es compromet a realitzar una determinada actuació material per encàrrec d'un altre, sense que això suposi alteració de la titularitat de les competències assignades als diferents ens públics ni tampoc dels elements substantius del seu exercici (art. 15.2

LRJPAC). D'aquesta manera, l'encàrrec de gestió no suposa cap modificació de l'ordre objectiu de competències, ja que l'encarregat assumeix simplement l'execució material d'una determinada activitat administrativa aliena, per compte i sota la responsabilitat del subjecte encarregant.

Fora d'això, l'amplitud amb què s'expressa la LRJPAC a l'hora de fixar l'àmbit objectiu de l'encàrrec de gestió - permetent encarregar la realització de qualsevol activitat de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans administratius o de les Entitats de Dret Públic (art. 15.1 LRJPAC) - facilita que el possible objecte d'aquest encàrrec pugui ser realment molt variat, podent arribar a incloure no només activitats de caràcter burocràtic, sinó també activitats amb un evident contingut econòmic o empresarial. I és que, com veurem més endavant, en moltes ocasions es tracta d'actuacions la gestió de les quals no sols podria ser assumida per la pròpia organització administrativa, sinó que, en encaixar perfectament dins d'alguns dels tipus contractuals previstos al nostre ordenament jurídic, podria ser susceptible d'explotació per part d'empresaris particulars.

Tanmateix, ens interessa destacar en aquest punt que la LRJPAC sí que afegeix una important limitació al possible objecte de l'encàrrec de gestió, en afirmar-se que, en tot cas, serà responsabilitat de l'òrgan o entitat encarregant dictar tots aquells actes o resolucions jurídiques que donin suport o en els que s'integri l'activitat material objecte d'encàrrec (art. 15.2 LRJPAC). D'aquesta manera se subratlla el caràcter instrumental amb què es configura l'encàrrec de gestió, l'objecte del qual s'haurà de limitar a tasques de caràcter eminentment material, que no impliquin la transferència de potestats de caràcter resolutori.

Aquesta limitació objectiva constitueix, segurament, un dels aspectes més característics del nostre encàrrec de gestió i ens permetrà més endavant diferenciar aquesta figura d'altres tècniques translatives de l'exercici de competències administratives entre òrgans o ens públics actualment vigents com la delegació de competències (art. 13 LRJPAC), l'avocació (art. 14 LRJPAC) o la delegació de firma (art. 16 LRJPAC), en les quals no es preveuen aquestes cauteles.

Finalment, és necessari destacar també que, tal com preveu l'article 15.1 LRJPAC, l'atribució de funcions que suposa l'encàrrec s'ha de justificar en la finalitat de millorar l'eficàcia en la seva gestió o en l'absència dels mitjans necessaris per al seu correcte

desenvolupament. Pel que, almenys teòricament, la utilització d'aquesta figura no pot resultar completament discrecional per part de l'Administració Pública encarregant, sinó que, com veurem, s'hauria de fonamentar estrictament en la concurrència d'unes determinades circumstàncies organitzatives o materials.

### C) *Naturalesa jurídica.*

L'examen de la naturalesa jurídica de l'encàrrec de gestió és, segurament, una de les qüestions més complexes que haurem d'afrontar en el desenvolupament d'aquest treball i és que, com venim afirmant, l'amplitud amb què es defineix legalment aquesta figura fa certament difícil poder determinar *a priori* la seva correcta qualificació jurídica. Fins al punt que fins i tot la doctrina jurídica més especialitzada ha estat incapaç de conceptualitzar l'encàrrec de gestió d'una forma unívoca, plantejant-se hipòtesis molt diverses<sup>6</sup>. No obstant, sens perjudici del que més endavant afegirem, entenem que partint novament de la regulació general de l'encàrrec de gestió prevista a l'article 15 de la LRJPAC podem deduir ja algunes indicacions elementals que, almenys inicialment, poden ajudar-nos a caracteritzar aquesta concreta figura administrativa.

En primer lloc, tal com hem apuntat, l'encàrrec de gestió no suposa alteració de la titularitat de les competències assignades als diferents ens públics ni dels elements substantius del seu exercici (art. 15.2 LRJPAC). Per la qual cosa a través de la relació d'encàrrec només es conferiria a un altre subjecte el títol habilitant necessari per a dur a terme un encàrrec material determinat en un àmbit que inicialment li estaria vedat per correspondre a la competència d'una altra Administració Pública. Aquest títol habilitant es configuraria així no com una mera declaració d'intencions en el marc de la col·laboració entre Administracions Públiques, o com un pacte de caràcter polític o governamental, sinó com el nexa causal entre els subjectes intervinents que determinaria l'aparició d'una nova posició jurídica per a cada una de les parts.

---

<sup>6</sup> En aquest sentit, s'ha plantejat des de la consideració de l'encàrrec com un instrument de gestió directa de les pròpies competències a ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "Órganos de las Administraciones Públicas", Op. Cit., p. 77; a la seva equiparació amb els exhortos judicials a VÁZQUEZ IRAZUBIETA, Carlos: *Procedimiento Administrativo Común: Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, EDERSA, Madrid 1993, p. 49; citat per HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión*. Op. Cit., p. 127 o, fins i tot, com un supòsit susceptible de ser enquadrat dins de la categoria genèrica del mandat jurídic-públic. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001, p. 63 y 105 y sigs.

I, en segon lloc, molt lligat amb l'anterior, semblaria també que la relació jurídica que s'estableix a través de l'encàrrec de gestió es fonamentaria en el lliure acord entre les parts interessades. El propi article 15 de la LRJPAC així ens ho indicaria, en preveure que l'encàrrec es formalitzarà o bé per *acord exprés* dels òrgans o entitats intervinents, o bé mitjançant la firma del corresponent *conveni* entre ells; termes - *acord* i *conveni* - que ens remetent inequívocament a supòsits de lliure concurrència de voluntats.

Aquestes consideracions inicials, més enllà d'esbossar alguns trets característics de l'encàrrec de gestió, ens serveixen també per qualificar-lo dogmàticament com una tècnica de caràcter contractual<sup>7</sup>. El fet que, des d'un punt de vista genèric, puguem afirmar que en la seva formació es presenten les voluntats de dos subjectes formalment diferenciats (encarregant i encarregat), dirigides a la determinació del contingut d'una relació jurídica de caràcter obligatori entre ells, defineix aquest negoci jurídic i el condueix cap a la categoria dels acords contractuals<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En aquest cas ens referim a un concepte formal de contracte, com a supraconcepte jurídic aplicable a tots els camps del Dret; entenent com a tal, recordant la definició del professor Díez-PICAZO, “todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en constituir, modificar o extinguir una determinada relación jurídica”. Díez-PICAZO, Luís: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, Ed. Civitas, quinta edición, Madrid 1996, p. 76. En termes semblants s'expressen molts d'altres, com, per exemple, PUIG BRUTAU que afirma que el terme contracte pot emprar-se en un sentit ampli per designar a tot acord de voluntats mitjançant el qual es creen, modifiquen o s'extingeixen relacions obligatòries. PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Llibre II, volum I, tretzena edició, Ed. Bosch, Barcelona 1988, pàg. 9.

En l'àmbit jurídic-administratiu GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ s'han referit també a aquesta noció genèrica de contracte com a acord de dues o més voluntats en vista a la creació d'un vincle jurídic. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo i FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, onzena edició, Madrid 2002, pàg. 672-673.

<sup>8</sup> Són molts els autors que en analitzar la figura de l'encàrrec de gestió s'han referit al seu caràcter contractual. Per exemple, GONZÁLEZ PÉREZ i GONZÁLEZ NAVARRO consideren aquest element com a característic de l'encàrrec de gestió, definint-lo com una relació jurídica de caràcter bilateral que, pel seu implícit contingut econòmic, és, a més, contractual. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Vol. I, Ed. Civitas, 3era. Edició, p. 761. En el mateix sentit, AMOEDO SOUTO considera que l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC és un negoci jurídic translatiu, de caràcter sinal·lagmàtic. AMOEDO SOUTO, Carlos: “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto 2006, p. 271.

I en termes semblants podríem citar-ne molts altres com FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión” en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.): *Informe Comunidades Autónomas 1995*, volumen I, Institut de Dret Públic, Barcelona 1996, p. 674; HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 138 o BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra 1) del TRLCAP”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, enero – mayo 2006, p. 89.

Tanmateix, aquesta naturalesa a la que ens estem referint no ens ha d'ocultar un altre dels trets característics sobre els quals s'ha vingut construint aquesta figura a casa nostra (i que, en bona part, explicaria també el perquè de la seva àmplia utilització): la seva formalització al marge dels procediments d'adjudicació que regeixen en l'àmbit de la contractació pública.

Malgrat que resulta difícil trobar una justificació clara i expressa en aquest sentit, semblaria que l'encàrrec de gestió es configura per la LRJPAC com una forma de gestionar o executar directament les pròpies competències, si bé valent-se dels mitjans materials i personals d'un altre òrgan o entitat pública. En aquest sentit, quan l'encàrrec recau sobre òrgans o entitats de la mateixa Administració Pública (art. 15.3 LRJPAC) s'entendria que la relació de jerarquia o dependència que normalment existeix al si d'una mateixa organització administrativa modularia la naturalesa jurídica d'aquesta figura, impedit que pogués ser qualificada com un contracte. A la vegada, quan l'encàrrec de gestió es formalitza entre Administracions Públiques diferents, el fet que aquesta es fonamenti en una relació convencional i de caràcter *intuitu personae*, entre dues entitats jurídico-públiques dirigides a la consecució d'uns interessos generals comuns, portaria també a excloure l'aplicació a aquests supòsits de les regles ordinàries de contractació pública, interpretant que, en certa manera, ens trobem amb una forma d'autogestionar les necessitats que es generen al si de l'organització administrativa, aliena als principis d'igualtat, publicitat, transparència i lliure concurrència que caracteritzarien la contractació de les Administracions Públiques amb els particulars<sup>9</sup>.

---

Si bé, és cert que podem trobar també algun autor que s'ha expressat en contra d'aquest caràcter contractual. SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit., p. 241. Ara bé, en aquest cas no es nega que l'encàrrec de gestió es configuri com un negoci jurídic de caràcter bilateral, sinó que s'entén que aquest es troba mancat d'un dels elements essencials als contractes - el nexa causal entre les parts - pel que d'aquí derivaria la impossibilitat de qualificar-se com a tal. Més endavant haurem de fer referència novament a aquest element.

<sup>9</sup> En aquest punt hem de recordar algunes de les idees apuntades per HUERGO LORA sobre la *regla del contractista interposat*. Aquest autor, al analitzar la col·laboració preferent de les Administracions Públiques amb les empreses públiques, afirma que la llibertat d'empresa garantida al nostre text constitucional no inclou preceptivament un deure dels poders públics de garantir un determinat mercat als empresaris privats o un cert nivell de contractació. Al contrari, ja que la CE empara amb normalitat que l'Administració pugui auto-proveir-se a través dels seus propis mitjans. HUERGO LORA, Alejandro: “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001, p. 161. Sobre l'encàrrec de gestió com un instrument de gestió directa de les funcions administratives, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: “Órganos de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., pàg. 77-78.

Algunes referències ulteriors al tractament contractual de l'encàrrec de gestió poden veure's també, entre d'altres, SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit., p. 241-242;

Aparentment, aquesta és la idea que es desprèn també de l'article 15.5 de la pròpia LRJPAC (en *sentit contrari*), quan remet la regulació de l'encàrrec de gestió a la legislació contractual únicament quan la realització de les activitats materials, tècniques o de serveis de la competència de l'Administració Pública surt de la col·laboració entre entitats públiques i vol encarregar-se a persones subjectes al Dret Privat - que operen al mercat en concurrència amb els particulars -. Però, sobretot, aquesta és també la interpretació que va semblar confirmar-se posteriorment amb l'aprovació de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques (d'ara endavant, LCAP), que exclouïa de forma expressa del seu àmbit d'aplicació, els convenis de col·laboració que celebrés l'Administració General de l'Estat amb la Seguretat Social, les Comunitats Autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i les restants entitats públiques o qualsevol d'ells entre si [art. 3.1 c) LCAP]<sup>10</sup>.

Encara que sense esmentar-los específicament, l'enorme amplitud amb la que s'expressava aquest precepte, que incloïa qualsevol relació convencional entre entitats públiques, qualssevol que fos el seu objecte o naturalesa, permetia emparar també a aquells supòsits en els quals una Administració encarregava a una altra entitat pública la gestió de determinades activitats materials, tècniques o de serveis en els termes de l'article 15 de la LRJPAC<sup>11</sup>. Pel que, en definitiva, la formalització dels encàrrecs de gestió quedava al marge de les regles ordinàries de la contractació pública, remetent-se per complet al previst per les seves normes especials.

---

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, p. 101 y 339-340; ÁVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 2002, p. 158-176 o GIMENO FELIU, José María: *Contratos Públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Ed. Civitas, Madrid 2002.

<sup>10</sup> Si bé, aquest precepte troba el seu antecedent més immediat a l'article 2.4 de la Llei de Contractes de l'Estat de 1965 (a la redacció donada per la Llei 5/1973, de 17 de març), que, entre d'altres, exclouïa també del seu àmbit d'aplicació tots els convenis de cooperació que celebrés l'Administració de l'Estat amb les corporacions locals o altres ens de dret públic.

<sup>11</sup> Cal afegir que la completa exclusió de la nostra legislació contractual dels convenis de col·laboració entre entitats públiques s'ha mantingut pràcticament invariable al llarg de tots aquests anys, reproduint-se la mateixa redacció per part del Reial Decret 2/2000, de 16 de juny, pel que es va aprovar el Text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (d'ara endavant, TRLACP). No obstant, com veurem més endavant, aquesta qüestió va ser objecte de crítica per part del TJUE que, en la ja citada Sentència de 13 de gener de 2005, assumpte C-84/03, *Comissió de les Comunitats Europees / Regne d'Espanya*, va considerar aquesta exclusió com contrària a les Directives europees.



Tanmateix, com esmentàvem en la nostra *Introducció*, la influència del Dret europeu en aquesta matèria obliga a un complet replantejament d'aquesta figura. La preeminència del mercat i de la lliure competència que caracteritzen el sistema econòmic establert pel Tractat de la Unió Europea ens porta necessàriament a qüestionar si resulta encara possible continuar entenent l'encàrrec de gestió com un àmbit completament exclòs de l'aplicació de les normes sobre contractació administrativa. Els profunds canvis que el Dret de la Unió Europea ha introduït en la interpretació habitual de la nostra legislació contractual exigeixen un nou estudi d'aquesta figura que, com podem observar, es mou en l'estreta frontera que separa la llibertat organitzativa de l'Administració Pública i la idea de contracte. Per la qual cosa serveixi ara simplement deixar apuntades aquestes idees per reprendre-les posteriorment a la *Segona Part* del treball, en la que analitzarem específicament la naturalesa contractual de l'encàrrec de gestió i, en el seu cas, la incidència que les previsions de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, poden tenir sobre el seu règim jurídic.

Més enllà d'aquestes dues breus notes inicials, resulta complex en aquest moment inicial poder aprofundir més en la naturalesa jurídica de l'encàrrec de gestió. No obstant, és important retenir les anteriors consideracions, ja que el caràcter negocial i voluntari amb els que hem definit l'encàrrec de gestió sí que poden servir-nos per delimitar en negatiu aquesta figura, deixant fora del nostre concepte d'encàrrec aquells supòsits en els quals és una llei la que atribueix o imposa directament a un determinat òrgan o a entitat l'exercici de certes competències o la realització d'altres activitats de caràcter material. I és que, com ha assenyalat REBOLLO PUIG, en els supòsits en els quals és el propi ordenament jurídic el que atribueix directament la responsabilitat sobre un determinat sector de l'activitat administrativa a una altra entitat no ens trobem davant d'un supòsit d'encàrrec de gestió, sinó en un cas prototípic de descentralització funcional. En aquests casos es parteix d'una genèrica atribució de competències o tasques i, a partir d'aquí, l'entitat receptora les desenvolupa en la forma que considera més convenient; de manera que no és que aquesta entitat actui pròpiament per un encàrrec de l'Administració responsable de l'execució d'una determinada actuació material, sinó que ocupa a tots els efectes el paper i lloc d'aquesta Administració, assumint, no sols l'execució material, sinó la competència en qüestió<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> REBOLLO PUIG, Manuel: "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", en *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto 2003, p. 376.

*D) Recapitulació: definició de l'encàrrec de gestió.*

Arribats a aquest punt, resulta convenient recapitular les idees que hem anat aportant en els apartats precedents, conclouent amb una primera definició de l'encàrrec de gestió. Segons la nostra opinió, l'encàrrec de gestió seria aquell instrument jurídic a través del qual una entitat pública encarrega a un tercer, per raons d'eficàcia o idoneïtat tècnica, la realització de determinades activitats materials de la seva competència, sense que això suposi la transferència de la seva titularitat ni del seu exercici; actuant l'encarregat per compte i sota la responsabilitat de l'entitat encarregant.

Òbviament, som conscients que aquesta aproximació al concepte de l'encàrrec de gestió és massa general i imprecisa, i deixa sense determinar molts dels aspectes essencials del seu règim jurídic. Tanmateix, sí que ens permet fixar ja una noció funcional de l'encàrrec de gestió que ens servirà de punt de referència en la nostra exposició i que intentarem anar precisant amb més rigor al llarg del nostre treball, diferenciant-la d'altres institucions jurídiques similars.

## **2. - MARC NORMATIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.**

Una vegada establert un concepte inicial de l'encàrrec de gestió a partir del qual desenvolupar la nostra exposició, hem de passar ara a identificar les normes que desenvolupen el seu específic règim jurídic, tenint present que la determinació del marc normatiu en el qual situar l'encàrrec de gestió no resulta tampoc una tasca gens fàcil. Malgrat que la seva regulació bàsica es preveu actualment al ja citat article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, al llarg del nostre ordenament jurídic podem trobar moltes altres referències a aquesta figura administrativa; les quals, almenys aparentment, no sempre encaixen d'una manera correcta amb la regulació vigent de la LRJPAC, creant-se, d'aquesta manera, duplicitats i contradiccions difícils d'afrontar.

És per això que creiem oportú començar aquest epígraf amb una breu reflexió sobre el fonament constitucional de l'encàrrec de gestió, a l'efecte de destacar que, tot i que la Constitució no regula d'una manera singular aquesta figura, sí que preveu alguns principis generals sobre el nostre model d'Administració Pública que poden orientar-nos sobre la seva justificació i sobre quins són els pressupòsits essencials que han d'inspirar el seu exercici.

### **2.1. - El principi d'eficàcia com a fonament constitucional de l'encàrrec de gestió.**

Com s'ha assenyalat en moltes ocasions, la definició constitucional del nostre Estat com un Estat social i democràtic de dret (art. 1.1 CE) va suposar una profunda transformació del sistema de funcionament i organització del Poder Públic. La nova Constitució exigia als diferents nivells de govern i administració en els quals s'estructurava la divisió territorial de l'Estat, no només la submissió plena a la Llei i al Dret, sinó també una intervenció permanent en la realitat social i econòmica, a l'efecte d'adoptar totes aquelles mesures necessàries per garantir la llibertat i a la igualtat de l'individu.

D'aquesta manera, i tot i no poder entrar a analitzar amb més deteniment els principis estructurals de la Constitució espanyola i les seves implicacions jurídiques, sí que podem afirmar que l'Estat espanyol es va convertir en un Estat fonamentalment administratiu, el centre de gravetat del qual resideix en l'execució de les polítiques públiques formalitzades

legislativament<sup>13</sup>. En efecte, el text constitucional consagra el caràcter instrumental de l'Administració Pública, que es converteix en un ens prestacional, un mecanisme bàsic d'intervenció dels Poders Públics en la societat, participant decisivament en l'ordenació de l'economia i assegurant als ciutadans aquells serveis que es consideren essencials.

No obstant, i d'acord amb aquest paper central i la seva vocació de servei als interessos generals, la Constitució al seu Títol IV (*Del Govern i de l'Administració*) imposa també a l'Administració Pública una sèrie de condicionants que, alhora que pretenen assegurar el respecte als valors superiors del nostre ordenament jurídic, modulen per complet el conjunt del sistema jurídic-administratiu. Així, l'article 103.1 la Constitució afirma que “L'Administració serveix amb objectivitat els interessos generals i actua d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la Llei i al Dret”.

D'entre els diferents postulats generals que la Constitució imposa al conjunt d'administracions públiques ens interessa ara fer especial referència només a un d'ells, el *principi d'eficàcia*. Segons la nostra opinió, l'encàrrec de gestió - que constitueix l'objecte del nostre treball - se'ns presenta com una eina dirigida, principalment, a millorar l'organització i el funcionament de la gestió administrativa ordinària i, per això, entenem que aquesta institució guarda una especial relació amb aquest principi constitucional.

La importància de l'exigència d'una actuació eficaç de l'Administració Pública ha estat posada de relleu no només per la doctrina<sup>14</sup>, sinó també pel propi Tribunal Constitucional qui, entre d'altres, en la Sentència núm. 179/1989, de 2 de novembre (ponent: Sr. Álvaro Rodríguez Bereijo), ha subratllat que una de les conseqüències lògiques de la proclamació d'Espanya com un Estat social i democràtic de Dret ha de ser, sens dubte, la plasmació real dels seus valors en una organització pública que, legitimada democràticament, assegurui l'eficàcia en la resolució dels conflictes socials i la satisfacció de les necessitats de la

---

<sup>13</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, Septiembre-diciembre 2000, p. 220.

<sup>14</sup> En aquest sentit poden veure's, entre molts altres, PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública – Boletín Oficial del Estado, Madrid 1995 o ORTEGA ÁLVAREZ, Luís: “El reto dogmático del principio de eficacia”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994, p. 7-16.

col·lectivitat. Sent necessari per a això garantir l'existència d'unes administracions públiques capaces de complir amb els valors i els principis consagrats constitucionalment (F.J. 3).

En aquest sentit, la consideració de les finalitats de servei a l'interès general que es persegueixen passa a ser un element primordial en la regulació de l'àmbit d'actuació administratiu, configurant l'eficàcia com una qualitat o atribut general predicable de cada una de les Administracions Públiques singularment considerades, però també de totes les organitzacions públiques en el seu conjunt. Des d'aquesta perspectiva, podem identificar un doble àmbit d'aplicació d'aquest principi:

- En primer lloc, l'eficàcia tindria una dimensió individual, com a criteri determinant per a l'organització de cada una de les diferents persones jurídicopúbliques. Per tant, l'eficàcia es referiria inicialment a una qualitat subjectiva: la idoneïtat de cada entitat per aconseguir les finalitats assignades per l'ordenament a través de la seva pròpia actuació<sup>15</sup>.

Entre altres aspectes, això exigiria dotar l'Administració no només dels mitjans materials i de les potestats necessàries per al compliment de les seves finalitats, sinó també de la possibilitat de determinar la seva pròpia organització, a l'efecte que aquesta s'adeqüi d'una manera racional al compliment dels seus objectius.

- I, en segon lloc, com posàvem de relleu, el principi d'eficàcia suposaria també una exigència de funcionament del conjunt d'Administracions Públiques. Malgrat la seva pluralitat i diversitat, com ha assenyalat la doctrina constitucional, l'Administració Pública ha d'actuar com un sistema coherent i ordenat, dirigit a la satisfacció de les finalitats d'interès general que els han estat atribuïdes (STC núm. 27/1987, de 27 de febrer, ponent: Sra. Glòria Begué Cantón, F.J. 2).

La eficàcia es configura així com una càrrega per a l'Administració Pública en quan que instrument al servei de l'interès general, que implica assegurar no sols la mera actuació positiva de les seves funcions, sinó també una condició de qualitat, és a dir, un resultat coherent i efectiu.

---

<sup>15</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración, Tres Estudios*, Op. Cit., p. 105.

La formulació constitucional d'aquest principi ha fet patent la necessitat de revisar i actualitzar les eines a disposició de l'Administració Pública. La tan denunciada saturació de l'organització administrativa, així com el desequilibri existent entre els serveis a prestar pels diferents ens públics i els recursos de què es disposa, han servit d'estímul al legislador per iniciar processos de reforma i de modernització de l'administració pública, que han portat a la introducció de nous mecanismes jurídics que haurien de permetre la seva millor adequació a les noves exigències derivades del model d'Estat establert per la Constitució.

Segons la nostra opinió, la figura de l'encàrrec de gestió sorgeix amb aquesta específica finalitat. La seva configuració normativa com un instrument dirigit a racionalitzar l'excessiva rigidesa de l'exercici de les competències administratives pot contribuir a fer efectiu el valor de l'eficàcia, facilitant el correcte compliment de les finalitats d'interès general que s'atribueixen a l'Administració Pública en el seu conjunt. En aquest sentit, i per confirmar aquesta hipòtesi, podem prendre en consideració l'encàrrec de gestió des de les dues dimensions a què ens referíem anteriorment, per analitzar com aquest es concep no només com un mecanisme de caràcter organitzatiu, sinó que respon també a la idea d'assegurar el resultat de l'acció administrativa, mitjançant la necessària col·laboració entre diferents entitats públiques.

### ***2.1.1. - L'encàrrec de gestió des del punt de vista de l'organització administrativa.***

L'evolució del nostre sistema administratiu i la seva creixent complexitat han posat clarament de relleu la importància que, des del punt de vista jurídic, té una correcta estructuració de l'organització administrativa, en la mesura que es constitueix com un pressupòsit bàsic i essencial de tota actuació pública. En efecte, com ha assenyalat la ciència econòmica, qualsevol que siguin les finalitats o objectius atribuïts a una determinada organització, és evident que els factors organitzatius i de gestió es configuren sempre com elements decisius per assegurar el seu eficaç compliment.

Conscient d'això, la pròpia Constitució presta una especial atenció a aquesta dimensió organitzativa, a l'efecte d'assegurar l'existència d'unes Administracions Públiques capaces de complir amb els valors i principis consagrats constitucionalment. Així, al costat de la creació d'una sèrie d'estructures administratives bàsiques, el nostre text constitucional reconeix també als diferents ens públics en els quals s'organitza territorialment el nostre

Estat, tot i que sigui implícitament, una potestat autoorganitzadora, que els permet fixar, en el marc de la Constitució i de les lleis, aquelles estructures organitzatives que es considerin més eficaces per al compliment de les finalitats públiques que tenen assignades<sup>16</sup>.

El reconeixement d'aquesta potestat d'autoorganització queda vinculat directament amb la idea d'autogovern, arribant a afirmar-se que la capacitat de les diferents entitats públiques de dotar-se de l'organització que els resulti més adequada per a la gestió eficaç dels seus respectius interessos constitueix no només un *prius* sinó, alhora, un atribut lògic del propi concepte d'autonomia<sup>17</sup>. En aquest cas, com en l'anterior, la doctrina i la jurisprudència han identificat també dos àmbits fonamentals en els quals es concretaria l'exercici d'aquesta potestat d'autoorganització<sup>18</sup>:

- En primer lloc, una *potestat organitzativa interna*, que es concreta no només en la capacitat de crear, modificar o suprimir, en el marc de les Constitució i les lleis, els diferents òrgans administratius, sinó també la possibilitat de crear altres persones jurídiques que se situarien en l'àmbit de l'Administració Pública corresponent i que constitueixen, en sentit ampli, la seva Administració Instrumental.
- I, en segon lloc, una *potestat organitzativa externa*, o interadministrativa, que transcendeix el camp d'influència de la sola administració pública interessada per endinsar-se en l'esfera d'actuació d'altres administracions públiques. Per

---

<sup>16</sup> Vegeu, per exemple, la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 214/1989, de 2 de desembre, ponent: Sr. José Luis de los Mozos y de los Mozos (F.J 6).

<sup>17</sup> MARTÍN MATEO, Ramón: "El Gobierno municipal" en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 227, 1985, pág. 425. Per la seva banda, si bé referint-se també específicament als ens locals, FERNÁNDEZ FARRERES afirma que l'autoorganització es presenta com un aspecte consubstancial a l'autonomia, és a dir com una matèria típica que necessàriament queda remesa a l'àmbit de les decisions pròpies i autònomes. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "La potestad local de autoorganización: contenido y límites", en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, volumen I, Ed. Thomson – Civitas, Madrid 2003, p. 1068. En el mateix sentit, MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, volumen II, Ed. Civitas, Madrid 1982, p. 67 o CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: "Autoorganización autonómica y entidades locales", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* (REALA), núm. 270, abril-junio 1996, p. 309.

<sup>18</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano: "La potestad de autoorganización de la Administración Local", en *Documentación Administrativa*, núm. 228, Octubre-diciembre, 1991, p. 15-16 i LLISSET CANELLES, Annabel: "Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos", en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, Junio 1997, p. 1620.

tant, com ha destacat LUCIANO PAREJO, la potestat d'autoorganització comprendria no només el poder de determinar i configurar la seva estructura de govern i administració, tant directa com indirecta o instrumental, sinó també la possibilitat d'articular la intervenció pública en la vida econòmica i codeterminar, juntament amb altres administracions, les estructures derivades de la cooperació en l'àmbit de les tasques comunes o compartides<sup>19</sup>.

Aquestes dimensions organitzatives es troben plenament presents a la figura de l'encàrrec de gestió regulada en la LRJPAC. En efecte, amb l'encàrrec de gestió es pretén facilitar el compliment dels objectius d'interès general que el nostre ordenament atribueix a les diferents administracions públiques, sense necessitat de crear per a això noves estructures orgàniques ni realitzar costosos traspassos de personal o recursos materials. Així, l'encàrrec de gestió se'ns presenta com un instrument que permet, en supòsits puntuals de falta de mitjans o insuficient capacitat de gestió, una millor utilització dels elements orgànics i funcionals que integren el sistema administratiu, introduint correccions en la distribució de l'exercici competencial que permetin dotar de major eficàcia el funcionament del sector públic en el seu conjunt.

Des d'aquest punt de vista, els avantatges per al sistema són evidents, tant per als ciutadans (que poden constatar, ja sigui de forma directa o indirecta, el correcte funcionament dels serveis administratius) com per al Poder Públic (que, com dèiem, obté així un millor rendiment dels mitjans materials i humans que integren l'organització administrativa).

No obstant, hem de tenir també present que, malgrat que l'encàrrec de gestió pot considerar-se com un mecanisme molt útil per racionalitzar l'exercici de les competències administratives, la seva funcionalitat ha de ser necessàriament limitada. Com hem apuntat i com desenvoluparem posteriorment, la utilització d'aquesta figura es justifica per la

---

<sup>19</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano: “La potestad de autoorganización de la Administración Local” en *Documentación Administrativa*, núm. 228, octubre - diciembre 1991, pág. 15-16. Per la seva part, Tomàs FONT afirma: “[...] la Carta Europea da cobertura a una interpretación de la potestad de autoorganización municipal – específica expresión de la capacidad ordenadora y reguladora – con una decidida proyección de su contenido relacional externo, puesto que la capacidad de ordenar una parte importante de los asuntos público no debe encontrar limitaciones instrumentales en los medios organizativos, restringiéndose a los internos; antes al contrario, autonomía y autoorganización incluyen la necesaria proyección exterior mediante las relaciones de cooperación con otros entes locales y sus propios medios instrumentales”. Vegeu FONT I LLOVET, Tomàs: “La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los estatutos” en *Anuario de Gobierno Local 2003*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público, Barcelona 2004, pág. 33.



concurrència d'unes circumstàncies concretes, que giren al voltant de la manca dels mitjans necessaris per a l'adequat exercici de les competències. Circumstàncies que, a més a més, justifiquen també l'excepció a l'aplicació del principi d'irrenunciabilitat de les competències que suposa l'encàrrec de gestió.

### ***2.1.2.- L'encàrrec de gestió com a instrument al servei de la col·laboració administrativa.***

Una constant en la doctrina administrativista espanyola ha estat la consideració que la satisfacció de l'interès general no pot assumir-se per les diferents entitats públiques territorials d'una forma totalment autònoma i independent, sinó que el caràcter plural de la nostra organització territorial exigeix necessàriament l'establiment de mecanismes de col·laboració que, a més de contribuir a dotar d'unitat al sistema, garanteixin una gestió eficaç d'aquests interessos per part dels diferents nivells de govern i administració<sup>20</sup>.

En aquest sentit, davant de l'absència de determinacions constitucionals específiques que establissin un marc general i estable a partir del qual ordenar les relacions entre els diferents nivells de govern i administració, es va posar ràpidament de relleu la necessitat d'introduir pautes i mecanismes que, com un tercer pilar (al costat de la determinació constitucional de competències i dels principis d'unitat i autonomia), poguessin orientar les relacions que necessàriament s'havien d'establir entre les diferents instàncies públiques en l'exercici de les seves competències, assegurant així la coherència i eficàcia del sistema. D'altra banda, difícilment aconseguible sense l'establiment d'un sistema relacional administratiu<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Aquesta idea de vinculació directa entre l'eficàcia i les relacions administratives ha estat posada de relleu, entre molts altres, per RIVERO YSERN, Enrique: "Las relaciones interadministrativas", *Revista de Administración Pública*, núm. 80, mayo-agosto 1976, p. 41. Més recentment s'han referit també a aquesta idea MORELL OCAÑA, Luis: "Una teoría de la cooperación", en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre 1994, p. 52-53; MENÉNDEZ REXACH, Ángel: "La cooperación, ¿un concepto jurídico?", en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre, 1994, p. 16-17, MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 27 o GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos: *Los convenios interadministrativos de los entes locales*, Ed. Montecorvo, Madrid 2002, p. 34.

<sup>21</sup> En aquest sentit, per exemple i entre molts d'altres, podem citar el professor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA que subratllava amb molt encert l'oportunitat d'emprendre la construcció de l'Estat de les Autonomies a través de mecanismes de caràcter col·laboratiu. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "Estudio preliminar", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Coord.): *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1980, p. 26.

I com dèiem anteriorment així ha semblat entendre-ho també el propi Tribunal Constitucional, per exemple, en la citada Sentència núm. 27/1987, de 27 de febrer, on s'ha assenyalat que la unitat del sistema en el seu conjunt i el principi constitucional d'eficàcia fonamenten l'existència d'un criteri general d'actuació dels poders públics basat en la idea de la col·laboració, que es configura com un element consubstancial a l'estructura del nostre Estat de les Autonomies<sup>22</sup>.

Tot i això, l'absència d'una previsió específica al nostre text constitucional ha suposat que la determinació concreta del contingut d'aquest principi general de col·laboració no resulti gens fàcil<sup>23</sup>. Si bé podem afirmar que, prenent com referència el concepte de lleialtat federal (o *Bundestreue*) utilitzat al sistema constitucional alemany i que en les últimes dècades ha actuat com a criteri ordenador de les relacions que s'estableixen entre les diferents instàncies públiques en l'exercici de les seves competències en aquest ordenament jurídic<sup>24</sup>, la doctrina i la jurisprudència han identificat una doble dimensió del deure constitucional de col·laboració:

- *Dimensió negativa*: En primer lloc, s'afirma que el principi de col·laboració exigeix el respecte dels àmbits competencials propis dels diferents poders públics. Tal com s'afirma en la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 46/1990, de 15 de març (ponent: Sr. Vicente Gimeno Sendra), la vinculació dels poders públics

---

<sup>22</sup> Ni tan sols la pròpia denominació d'aquest principi constitucional no és del tot pacífica en la nostra doctrina, ja que alguns autors es refereixen a aquest com a *principi de cooperació*. Tanmateix, podem entendre que, malgrat la discordança, ens trobem davant d'una mera qüestió semàntica ja que, coincidint amb CARBALLEIRA RIVERA, en ambdós casos i amb ambdós termes, ens estaríem referint simplement a un principi bàsic d'actuació administrativa, que exigeix la necessària interrelació entre els diferents ens públics territorials existents al nostre ordenament, per la qual cosa, en aquest punt, podria resultar indiferent parlar de cooperació o col·laboració (fins i tot, afegeix aquesta autora, coordinació). Tot i això, per diferenciar correctament aquest principi general de les concretes tècniques jurídiques a través de les quals es plasma (i que, posteriorment, denominarem tècniques de cooperació i coordinació), considerem més adequat mantenir la denominació de principi de col·laboració. CARBALLEIRA RIVERA, M<sup>a</sup> Teresa: "La cooperación interadministrativa en la LBRL", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 257, enero-marzo 1993, p. 52-53.

<sup>23</sup> Sense que, d'altra banda, la jurisprudència del Tribunal Constitucional hagi contribuït en aquest punt a formular una doctrina general sobre el seu contingut essencial, ja que, com s'ha afirmat, la doctrina constitucional en aquesta matèria "ha sido puntual y dispersa, materializada en una serie de referencias breves y casi de pasada". CRUZ VILLALÓN, Pedro: "La doctrina constitucional sobre el principio de cooperación", en CANO BUESO, Juan (Coord.): *Comunidades Autónomas y instrumentos de cooperación interterritorial*, Parlamento de Andalucía – Ed. Tecnos, Madrid 1990, p. 119.

<sup>24</sup> Entre altres, MENÉNDEZ REXACH, Ángel: "La cooperación, ¿un concepto jurídico?", Op. Cit., p. 22 i ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: "Relaciones entre las Administraciones Públicas", en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid 1993, p. 42.

a la Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic implica un deure de lleialtat de tots ells en l'exercici de les seves pròpies competències, de manera que no s'obstaculitzi l'exercici de les competències alienes (F.J. 4).

- *Dimensió positiva:* junt amb l'anterior, el principi general de col·laboració té també una dimensió positiva que, segons ha expressat el Tribunal Constitucional, implica una actitud constructiva cap a les restants entitats públiques que, quan resulti necessari, els permeti fer viable i efectiu l'exercici de les seves competències (STC núm. 180/1985, de 4 de juliol, ponent: Sr. Francisco Rubio Llorente, F.J. 2). Per la qual cosa podem afirmar, des d'un punt de vista ampli, que aquest principi suposa el naixement d'un deure d'auxili recíproc o assistència activa que ha de presidir les relacions entre les diferents entitats públiques.

Més enllà d'aquest plantejament general, la concreció dels mecanismes jurídics a través dels quals articular les relacions entre els diferents òrgans i entitats administratives és una tasca que la Constitució no assumeix de forma expressa, remetent-se al legislador competent. Així, partint de la distribució de competències previstes a l'article 149.1.18 de la Constitució, ha estat el legislador bàsic estatal, a través de la citada Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu de 1992, el que s'ha ocupat d'ordenar, amb caràcter general i sistemàtic, el complex univers de les relacions entre les diferents administracions públiques, que, amb la notable excepció de la Llei de Bases de Règim Local de 1985, havien tingut fins aleshores una regulació fragmentària i sectorial<sup>25</sup>.

Sense poder entrar ara a analitzar en detall totes les novetats introduïdes per la LRJPAC, ens interessa simplement assenyalar que aquesta Llei, de forma coherent amb la interpretació realitzada pel Tribunal Constitucional, situa a la col·laboració entre les diferents entitats públiques en el centre del sistema jurídic-administratiu. La pròpia Exposició de Motius de la LRJPAC apunta en aquesta direcció, en considerar la col·laboració institucional com un element indispensable per al funcionament del conjunt d'administracions públiques. És per això que la Llei dedica nombrosos preceptes a

---

<sup>25</sup> Sobre la interpretació constitucional del títol competencial previst a l'article 149.1.18 de la Constitució (Règim jurídic de les administracions públiques), especialment en relació amb la inclusió en aquest de la competència estatal per regular les relacions entre les diferents Administracions Públiques, poden veure's, entre d'altres, la STC núm. 32/1982, de 28 de juliol, F.J. (ponent: Sr. Francisco Rubio Llorente); o la STC 76/1983, de 5 d'agost, F. J. 18 (ponent: Sra. Glòria Begué Cantón).

concretar el seu abast, preveient un conjunt de deures i mecanismes, tant de caràcter cooperatiu com de caràcter coordinador<sup>26</sup>, que tenen per finalitat assegurar en tot moment la coherència de l'actuació de les administracions públiques, evitant l'excessiva fragmentació del complex organitzatiu públic.

I és en aquest punt on, novament, hem de situar l'encàrrec de gestió. Si reprenem la definició d'aquesta figura que plantejàvem a l'inici de la nostra exposició, ens adonarem com l'article 15 de la LRJPAC configura a l'encàrrec de gestió com una eina dirigida principalment a facilitar l'adequat compliment de les responsabilitats administratives, permetent reconduir l'activitat pública, en supòsits d'absència dels mitjans tècnics necessaris o capacitat de gestió, a la consecució eficaç d'uns objectius generals i comuns, però sense alterar la titularitat de les competències pròpies. Efectivament, el fet que a través de l'encàrrec es permeti sol·licitar assistència per a l'execució de les pròpies competències quan aquestes no puguin dur-se a terme per raons materials, ens facilita, segons la nostra opinió, la seva concepció com una clara manifestació del deure d'auxili mutu entre administracions públiques que es desprèn del principi constitucional de col·laboració. D'aquesta manera, amb l'encàrrec de gestió es permetria superar el rígid principi de separació de competències, fent possible aconseguir una acció pública coherent i unitària.

D'altra banda, el caràcter negocial i voluntari sobre el que sembla construir-se el règim jurídic de l'encàrrec de gestió és un altre dels elements que ens ajuden també a situar aquesta figura dins de l'àmbit general de la col·laboració administrativa, perquè, com s'ha

---

<sup>26</sup> Tradicionalment, la distinció respecte als diferents mecanismes per fer efectiu el deure general de col·laboració s'ha articulada entorn de les notes de voluntarietat i igualtat de les parts que caracteritzaria a la *cooperació* davant els mecanismes de caràcter *coordinador* que comportarien un cert poder de direcció, conseqüència de la posició de superioritat en la qual es troba el subjecte que coordina respecte al coordinat. Tanmateix, la doctrina ha posat en relleu la fragilitat d'aquesta distinció i la imprecisió del nostre Dret Públic en aquesta matèria. Així, s'afirma que, des del moment en què la cooperació es configura com un deure genèric, resulta impossible, des d'un punt de vista lògic i jurídic, que les manifestacions d'aquest depenguin de la sola voluntat o arbitri de les parts, doncs això equivaldria a negar l'existència d'aquest deure. En aquest sentit, podem citar MENÉNDEZ REXACH, Ángel: "La cooperación, ¿un concepto jurídico?", Op. Cit., p. 20, i PAREJO ALFONSO, Luciano: "Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas", en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 182.

En termes similars, la doctrina ha identificat alguns supòsits en els quals la cooperació administrativa ve imposada directament per la Llei, constituint el seu incompliment una infracció legal. Pel que, en venir imposada directament per l'ordenament jurídic, estariem davant d'un supòsit de *cooperació* forçosa. MORELL OCAÑA, Luis: "Una teoría de la cooperación", Op. Cit., p. 65-70.

assenyalat, la col·laboració per antonomàsia entre dos ens públics és aquella que es concreta en un acord de voluntats lliurement expressat<sup>27</sup>.

Si, com hem dit, una de les característiques essencials que preveu la LRJPAC en regular l'encàrrec de gestió, tant entre òrgans com entitats que pertanyen a la mateixa o diferent administració pública, és la seva formalització mitjançant el corresponent acord o conveni (per tant, amb absència formal de coacció o obligació per una de les parts), se'ns posa en evidència que aquesta figura s'incardina en el marc general del principi de col·laboració. És veritat que, com hem apuntat i com veurem més endavant, en els encàrrecs de gestió *interorgànics* aquest element de voluntarietat pot posar-se en qüestió, ja que ens trobem en el marc d'una mateixa estructura administrativa jeràrquicament ordenada; però fins i tot en aquest cas, l'encàrrec pot veure's com una plasmació pràctica del deure que la Llei imposa als òrgans integrants d'una mateixa organització administrativa de cooperar en l'exercici de les seves competències (art. 18 LRJPAC).

En conclusió, podem afirmar que el nostre ordenament constitucional empara amb total naturalitat la creació de la figura de l'encàrrec de gestió. Tant el seu vessant organitzatiu com el seu caràcter de mecanisme al servei de la col·laboració administrativa ens serveixen per justificar l'existència d'aquesta institució. No obstant, més enllà que ens situï l'encàrrec de gestió en un determinat context, aquestes previsions constitucionals no ens serveixen per concretar el seu règim jurídic particular. Pel que, per completar aquesta qüestió, hem de fer un pas més i acudir a altres disposicions normatives que es refereixen específicament a aquesta institució.

## **2.2. - La regulació específica de l'encàrrec de gestió.**

Com hem vist anteriorment, la regulació de l'encàrrec de gestió es conté actualment a l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, que ens defineix aquesta figura, indicant-nos també els seus elements essencials. Per la qual cosa la nostra exposició necessàriament s'haurà de centrar en l'estudi d'aquest precepte concret.

---

<sup>27</sup> Vegeu, per exemple, PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, segona edició, Madrid 1999, p. 94 o MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 31.

Tanmateix, la determinació del règim jurídic específic aplicable a l'encàrrec de gestió no s'esgota només amb aquesta regulació sinó que per completar la nostra anàlisi haurem de fer també referència a moltes altres normes administratives, tant estatals com autonòmiques, que, tot i que no sempre de forma directa, es refereixen també a aquesta figura.

Certament, en el cas de l'encàrrec de gestió (o, en general, en relació amb els mecanismes de transferència de funcions entre entitats públiques previstos al nostre àmbit jurídic-administratiu) ens trobem en un d'aquests supòsits en què la complexitat i dimensió de l'ordenament és tal que el simple fet de determinar la legislació aplicable al cas concret resulta ja una tasca esgotadora<sup>28</sup>. Una possible explicació a tot això es troba, potser, en què, malgrat que la introducció de l'encàrrec de gestió s'ha considerat com una de les principals aportacions del Títol II de la LRJPAC<sup>29</sup>, si ens hi fixem amb atenció podrem comprovar com aquesta no resulta una figura completament aliena o desconeguda al nostre ordenament. Més enllà de la seva denominació i la regulació concreta prevista en la Llei 30/1992, de 26 de novembre - que, en efecte, sí que constitueixen una novetat important - l'actual encàrrec de gestió pot veure's com una derivació o tecnificació d'altres institucions jurídiques similars que havien estat ja previstes tradicionalment al Dret Públic espanyol o, fins i tot, en països del nostre entorn cultural i jurídic més proper. Institucions que, amb el temps, s'han anat superposant, confonent-se en categories no sempre utilitzades correctament i que han anat diluint la necessària coherència i claredat del nostre ordenament jurídic.

---

<sup>28</sup> GONZÁLEZ NAVARRO es refereix també a aquesta circumstància en analitzar la regulació vigent de la delegació intersubjectiva. Així, davant de les aparents incompatibilitats entre la LRJPAC i la LOFAGE en aquesta matèria, afirma: “¿Qué es lo que esta pasando aquí? Sencillamente: no sabemos dónde andamos, estamos perdidos en un ordenamiento cuyas claves de intelección se van haciendo cada vez más confusas como resultado de una legislación que no respeta las reglas elementales de funcionamiento de un ordenamiento jurídico”. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: “De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, volumen I, Ed. Civitas, segona edició, Madrid 2003, p. 332.

<sup>29</sup> Per exemple, entre d'altres, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: “Órganos de las Administraciones Públicas (Artículos 11 a 29)”, en PENDAS GARCÍA, Benigno (Coord.): *Administraciones Públicas y ciudadanos (Comentario sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 243 o GARRIDO GALLA, Fernando i FERNÁNDEZ PASTRANA, José M<sup>º</sup>: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Ed. Civitas, tercera edició, Madrid 2000, p. 97.

És per això que, abans d'avançar en l'examen detallat de l'específic règim jurídic de l'encàrrec de gestió, començarem aquest apartat amb una breu exposició d'aquells que, segons la nostra opinió, poden ser els seus antecedents normatius més immediats. L'anàlisi d'aquests antecedents, a més de permetre'ns conèixer una mínima evolució històrica d'aquest mecanisme, ens ajudarà també a detectar alguns dels principals problemes que ens planteja la vigent regulació legal de l'encàrrec de gestió: en particular, la dificultat de diferenciar aquesta figura d'altres mecanismes translatius de les competències administratives similars en què, en part, s'ha inspirat.

### ***2.2.1. - Antecedents normatius de l'encàrrec de gestió.***

Malgrat que s'ha assenyalat que la figura de l'encàrrec de gestió trobaria els seus antecedents més remots en les *Encomiendas* previstes al nostre Dret indià<sup>30</sup>, considerem més convenient situar l'origen de l'actual encàrrec de gestió en un moment temporal molt més proper. Segons la nostra opinió, més enllà d'una denominació similar i del fet que aquesta *encomienda* històrica podia desenvolupar també una funció instrumental al servei de l'Administració Reial, els pressupòsits i objectius que podia perseguir difícilment encaixarien amb els que s'atribueixen actualment a l'encàrrec de gestió en el marc d'un modern estat democràtic i de Dret com el nostre.

Partint d'aquesta premissa general, entenem que els antecedents normatius més pròxims a l'encàrrec de gestió s'han de buscar en els mecanismes jurídics de transferència de funcions o competències administratives que han vingut regulant-se tradicionalment al nostre Dret Públic. En aquest sentit, si analitzem l'evolució més recent del nostre ordenament ens serà possible identificar diferents supòsits que, en diferents moments i amb diferents denominacions, s'han preocupat d'ordenar la planta administrativa espanyola, caracteritzant-se per suposar l'assumpció per part d'una determinada entitat pública,

---

<sup>30</sup> JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ i JESÚS GONZÁLEZ NAVARRO ens assenyalen l'aparició d'aquesta figura l'any 1493, quan el Papa encomana als Reis Catòlics la tasca d'impulsar i dirigir l'evangelització de les terres que havien estat descobertes per Cristòfor Colom. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Op. Cit., p. 760. En el mateix sentit, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión*, Colegio Universitario de Segovia, Segovia, 1998, p. 121.

normalment d'àmbit local<sup>31</sup>, de l'exercici de certes funcions o competències pròpies de l'Estat, sense que això suposés cap modificació de la seva titularitat.

Malgrat que el règim jurídic d'aquests supòsits presenta, com no pot ser d'altra manera, diferències molt substancials amb l'actual encàrrec de gestió, creiem que és possible establir entre ells una certa unitat funcional, ja que comparteixen alguns dels seus elements més característics. Així, com veurem a continuació, aquestes institucions coincideixen no només en el fet que suposen un trasllat efectiu de la gestió de determinats serveis o funcions públiques cap a un altre subjecte sense afectar la seva titularitat, sinó també en la seva consideració com instruments jurídics d'auxili en l'exercici de determinades tasques de caràcter eminentment material. De manera que, com en el cas de l'encàrrec, no es varen configurar com a mecanismes dirigits a afavorir la descentralització permanent de competències plenes cap a altres entitats més properes als ciutadans, sinó preferentment com a solucions de caràcter tècnic-jurídic dirigides a racionalitzar l'exercici de les competències administratives, a l'efecte d'aconseguir una millor gestió dels assumptes públics<sup>32</sup>.

Seguidament analitzarem algunes d'aquestes institucions, a l'efecte de posar de relleu aquesta continuïtat conceptual a què ens referíem anteriorment:

1. - *L'encàrrec del servei recaptador*. El primer referent històric de l'encàrrec de gestió que volem esmentar ens remunta a l'Estatut Provincial de 20 de març de 1925, en què, junt amb altres mesures descentralitzadores, es preveia específicament la possibilitat *d'encarregar* a les Diputacions Provincials la recaptació de les contribucions de l'Estat (art. 107 i 112 de l'Estatut Provincial 1925).

---

<sup>31</sup> Noteu que també en aquesta matèria, i tal com ocorre amb moltes altres institucions jurídiques actualment vigents, la legislació de règim local hauria servit per introduir i desenvolupar figures que després, en ampliar el seu objecte i àmbit d'aplicació, han estat plenament assumides pels altres nivells de govern i administració existents al nostre ordenament.

<sup>32</sup> En aquest sentit s'expressava, per exemple, Juan Luis DE LA VALLINA I VELARDE en analitzar els diferents mecanismes de transferència de funcions administratives existents al nostre ordenament, destacant que la decisió sobre la utilització d'aquests instruments de transferència normalment no es basava en criteris de necessitat, sinó simplement per raons d'oportunitat, en considerar-se que amb la translació a un altre òrgan d'una funció pròpia s'aconseguia un millor funcionament de la gestió administrativa. DE LA VALLINA Y VELARDE, Juan Luis: *Transferencia de funciones administrativas*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1964, p. 43-44.



Aquests encàrrecs, segons el segons el Reial Decret de 28 de desembre de 1928, pel qual es va aprovar el *Estatuto de Recaudación*, comprenien el mandat de recaptar totes les quotes i dèbits, confiscar i administrar les finques adjudicades a Hisenda, així com auxiliar a l'Administració econòmica, si bé continuava corresponent al Ministre competent la inspecció, direcció i organització del servei (art. 13 i 18 de l'Estatut de la Recaptació de 1928). No va ser, tanmateix, fins a l'aprovació de la Llei d'11 d'abril de 1942 que es va generalitzar l'assumpció de la funció recaptadora de les contribucions i impostos estatals per part de les Diputacions Provincials, ja que, malgrat que algunes Diputacions havien assumit ja la gestió d'aquest servei<sup>33</sup>, el fet que l'Estatut de la Recaptació de 1928 exigís per a l'encàrrec d'aquest servei la prestació d'una fiança “en metàl·lic o efectes de Deute Públic”, va limitar notablement l'accés de moltes d'elles a aquest servei. Amb la Llei de 1942 es va restablir novament la preferència de les Diputacions Provincials en la prestació de la funció recaptadora dels tributs estatals, suavitzant els seus requisits i generalitzant el sistema que, ara sí, va ser assumit per la majoria de les Diputacions espanyoles. Més endavant, la generalització d'aquesta funció provincial va ser també plenament assumida per la legislació de règim local franquista. Així, el Decret de 16 de desembre de 1950, pel que es va aprovar el Text articulat de la Llei de Règim Local de 1945 (d'ara endavant LRL), contemplava expressament el supòsit d'encàrrec del servei recaptador a les Diputacions<sup>34</sup>.

Sens perjudici de les particularitats que presenta l'evolució normativa de l'encàrrec del servei recaptador, ens interessa destacar aquest supòsit perquè, a més de la seva específica denominació, es configura d'una manera similar a l'actual encàrrec de gestió, com una atribució de funcions estatals, de caràcter essencialment material, en favor d'un determinat tipus d'ens local. Atribució que, d'altra banda, no operava d'una manera automàtica i general sinó que requeria la prèvia sol·licitud de la Diputació Provincial interessada. De manera que, com s'ha assenyalat, aquesta atribució deixava de ser considerada merament com una càrrega o conjunt de deures de prestació establerts unilateralment per l'Estat o una obligació imposada per la Llei, per

---

<sup>33</sup> Per exemple, la Diputació Provincial de Barcelona a través del Reial Decret 822/1927, de 29 d'abril (Gaceta de Madrid núm. 124, de 4 de maig de 1927), o, entre moltes d'altres, les Diputacions Provincials de Madrid i Burgos, mitjançant el Reial Decret 2338/1929, de 5 de novembre (Gaceta de Madrid núm. 732, de 6 de novembre de 1929).

<sup>34</sup> En particular, l'article 271 de la LRL assenyalava que “en las zonas de la Provincias respectivas, Las Diputaciones podrán realizar el servicio de recaudación de las contribuciones del Estado [...]”.

constituïr-se com una mesura de col·laboració entre entitats públiques més àgil i menys costosa per als interessos locals<sup>35</sup>.

Aquest esquema inicial, amb majors o menors modificacions, perviu fins a la promulgació de la Constitució espanyola de 1978. Malgrat que les reformes tributàries subsegüents a l'aprovació del nostre text constitucional van operar una modificació total tant del sistema tributari local com estatal, el nostre ordenament jurídic va continuar preveient encara alguns supòsits de col·laboració entre Administracions Públiques en matèria de gestió tributària que, segons la nostra opinió, podrien ser reconduïbles a la figura de l'encàrrec de gestió.

És el cas, per exemple, de l'article 106.3 de la LBRL i de l'article 7.1 del vigent Text Refós de la Llei d'Hisendes Locals, aprovat mitjançant el Reial Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març (d'ara endavant LRHL) que preveuen expressament la possibilitat d'encarregar la gestió tributària municipal a les comunitats autònomes o altres entitats locals, mitjançant la *delegació* de les facultats de gestió, recaptació, liquidació i inspecció tributàries. Sobre aquesta qüestió tornarem més endavant, examinant detalladament l'abast material d'aquests supòsits i plantejant-nos si, efectivament, poden encaixar dins del concepte jurídic de l'encàrrec de gestió.

2. - *La col·laboració de les entitats locals en l'exercici de competències de l'Estat: la delegació de funcions administratives.* En segon lloc, l'actual encàrrec de gestió trobaria també un específic element de referència en els instruments a través dels quals durant el règim polític anterior s'havia vingut articulant la col·laboració de les entitats locals en la realització d'obres o serveis de l'Estat. Encara que la legislació administrativa vigent durant la Dictadura, pel seu caràcter centralista i autoritari, prestava escassa atenció a les relacions entre les diferents administracions públiques existents en aquell moment, sí que en l'àmbit local es van articular alguns mecanismes jurídics a través dels quals, prenent com a referència l'Estatut Provincial de 1925, s'assignava als municipis i a províncies una funció d'auxili en l'exercici de determinades competències estatals.

---

<sup>35</sup> MORELL OCAÑA, Luis: *La delegación entre entes públicos en el Derecho español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1972, p. 70-71.

En molts casos aquesta funció col·laboradora dels ens locals es reduïa a actuacions d'escassa entitat des del punt de vista jurídic - però amb una indubtable càrrega financera - com, per exemple, la realització de determinades operacions d'allistament per al servei militar obligatori, o l'execució de notificacions d'actes dictats per l'Administració de l'Estat. Tanmateix, junt als anteriors, l'ordenament jurídic franquista ens ofereix també alguns supòsits que, agrupats doctrinalment sota una noció àmplia de delegacions de competències de l'Estat cap als ens locals<sup>36</sup>, es configuren amb un abast objectiu sensiblement més ampli, podent reconèixer-los una funcionalitat similar a la perseguida avui en dia per la tècnica de l'encàrrec de gestió.

Un primer exemple podria ser l'anomenada delegació de funcions administratives prevista a l'article 243, apartat o), del Text articulat de la Llei de Règim Local de 1945. En aquest supòsit, sobre la base d'un deure general dels ens locals de col·laborar en l'exercici dels serveis estatals (art. 5 LRL), es preveia la possibilitat que l'Estat atribuís a les Diputacions Provincials determinades funcions relatives a l'execució d'obres, la prestació de serveis o l'exercici d'altres tasques administratives.

A diferència de l'encàrrec del servei recaptador que esmentàvem anteriorment, en la figura de la delegació de funcions administratives la voluntat de la Diputació afectada era irrellevant, ja que ni es requeria la seva prèvia sol·licitud ni la no acceptació de la delegació podia tenir cap efecte. Tanmateix, al igual que l'encàrrec, l'objecte de la delegació es limitava a l'exercici de certes funcions de caràcter material (com establia el propi article 243 de la LRL: l'execució d'obres, la prestació de serveis o l'exercici d'altres funcions administratives), el contingut de les quals era fonamentalment de gestió. Alhora que, mitjançant aquesta figura, no s'operava cap canvi en el sistema objectiu de distribució de competències, ja que l'Estat continuava mantenint la titularitat de les competències transferides, podent dictar les instruccions oportunes, així com rescindir la delegació en qualsevol moment<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Per exemple, entre molts d'altres, MORELL OCAÑA, Luis: *La delegación entre entes públicos en el Derecho español*, Op. Cit., p. 55 i sigs. o DE LA VALLINA Y VELARDE, Juan Luis: *Transferencia de funciones administrativas*, Op. Cit., p. 133 i sigs.

<sup>37</sup> Segons la nostra opinió, aquestes limitacions objectives no s'han de confondre amb el caràcter obligatori amb què es regulava la prestació de personal local a favor de l'Administració de l'Estat prevista a l'article 327 de la LRL. En aquest cas, malgrat que aquest precepte es refereix a l'encàrrec als funcionaris locals de treballs que no fossin específicament de l'Administració local, estem davant d'un supòsit molt diferent a la translació de l'exercici de funcions administratives entre òrgans o ens públics, ja que aquest encàrrec es tractaria simplement d'una càrrega o deure de prestació imposat amb caràcter

Malgrat la novetat que va suposar la introducció i generalització d'aquesta tècnica jurídica en el Text refós de la Llei de Règim Local de 1945, que es diferenciava de la tradicional assignació als ens locals de comeses estatals en concepte de càrregues, la veritat és que la seva aplicació va ser gairebé nul·la, quedant simplement en una possibilitat normativa però sense cap actuació a la pràctica<sup>38</sup>. Tot i així, la potencialitat d'aquestes figures no va passar completament desapercebuda pel legislador estatal que, en afrontar la reforma de la normativa de règim local anterior, va tornar a destacar el protagonisme que podien assumir les tècniques de delegació de funcions per part de l'Estat en favor dels ens locals, preveient alguns supòsits en els quals tornava a entrar en joc novament aquesta figura delegatòria.

És precisament en un d'aquests supòsits on podem trobar, potser, un dels antecedents més propers a l'actual encàrrec de gestió. En concret, si acudim a la Base 48 de la Llei 41/1975, de 20 de novembre, de Bases de l'Estatut de Règim Local, en la que es regulava la “Colaboración de las entidades locales en la realización de servicios del Estado”, observarem com es preveu, amb caràcter general, la possibilitat que la realització d'obres, l'execució de serveis i l'exercici d'altres funcions de la competència de l'Estat poguessin transferir-se a favor de les entitats locals. Afegint-se en l'apartat segon de la citada Base 48 el següent:

“Dos. El Estado podrá encomendar a las Entidades Locales, individualmente o vinculadas entre sí y siempre que cuenten con los medios técnicos y de gestión convenientes, la realización de funciones, obras o servicios, a título de delegación. El acuerdo de delegación se adoptará previa petición de la Entidad o Entidades Locales interesadas y preverá la oportuna dotación económica con cargo a los presupuestos del Estado”.

---

forçós i que tindria com a únic efecte el fet que el personal incorporat als serveis estatals adquiriria temporalment una doble relació orgànica. MORELL OCAÑA, Luis: *La delegación entre entes públicos en el Derecho español*, Op. Cit., p. 185-186.

<sup>38</sup> JAVIER SALAS subratllava, precisament, aquesta circumstància, denunciant l'escassa aplicació d'aquests mecanismes i la seva idoneïtat en quant al plantejament de les relacions de col·laboració entre l'Estat i les entitats locals. SALAS, Javier: “El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre la Administración local y la del Estado”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.): *Descentralización administrativa y organización política*, tomo II, Ed. Alfaguara, Madrid 1973, p. 589-590. En el mateix sentit, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Administración española: estudios de ciencia administrativa*, Ed. Civitas, 6ta. Edición, Madrid 1999, p. 110.

D'aquesta manera, sota un concepte ampli de delegació, es dissenyava un mecanisme d'atribució - o, com diu el propi precepte, de *encomienda* - del simple exercici de determinades funcions executives estatals en favor dels ens locals, que prenia com a pressupòsit per a la seva eficàcia els mitjans tècnics o la capacitat de gestió dels mencionats ens locals. La plasmació real d'aquest mecanisme, no obstant, no es va concretar fins a l'aprovació posterior del Reial Decret 3046/1977, de 6 d'octubre, pel qual es va articular parcialment la Llei 41/1975 de Bases de l'Estatut del Règim Local, pel que fa als funcionaris públics i altres extrems, al Títol IV de la qual (*Otras disposiciones comunes a la Administración Provincial y Municipal*) s'ocupava de desenvolupar, precisament, les bases estatals referides a la col·laboració de les entitats locals a la realització dels serveis de l'Estat.

Tanmateix, en aquest Títol IV del Reial Decret 3046/1977 ja no s'utilitzarà la noció d'encàrrec sinó que, al regular-se la transferència en favor de les entitats locals de la realització d'obres, execució de serveis i, en general, l'exercici d'activitats pròpies de l'Estat, se substituirà pels termes “delegación” i “desconcentración” (art. 131 i 132 del Reial Decret 3046/1977, de 6 d'octubre).

En qualsevol cas, mes allà de la seva denominació concreta, l'important és retenir la notable semblança entre aquests mecanismes i l'actual encàrrec de gestió. Si tornem a la nostra definició inicial de l'encàrrec de gestió, podrem comprovar que no només el fet que ambdues figures es refereixin al traspàs de determinades actuacions de caràcter material; sinó també la seva consideració com a mecanismes de col·laboració entre subjectes jurídic-públics diferents, i no merament com a càrregues imposades unilateralment pel legislador; la seva no afectació a la titularitat de les funcions transferides, de manera que l'òrgan *encarregant* (o *delegant*) reté la capacitat per ordenar el seu exercici; o finalment l'exigència de tenir els mitjans tècnics i de gestió pertinents, són elements que ens posen clarament de relleu, com dèiem, una unitat conceptual entre elles<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Fins i tot, aquesta semblança era encara més accentuada en el projecte inicial de Llei de Bases de l'Estatut de Règim Local aprovat el 1971, ja que aquest projecte diferenciava dues modalitats de delegació: la *delegació de competència*, en la que l'entitat local delegada assumiria les responsabilitats decisòries i econòmiques de l'exercici de la competència transferida, sens perjudici de les facultats inspectores que es reservés el Govern; i la *delegació de gestió*, en la que aquest exercici quedaria sotmès en tot cas a l'acció directiva de l'Administració estatal. D'aquesta manera, es distingien inicialment dos supòsits delegatius - en funció de la major o menor autonomia i de les responsabilitats que assumia l'ens delegat, així com de l'abast de les potestats d'intervenció de l'Administració estatal - que reproduïen, en

La Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les Bases de Règim Local, aprovada amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Constitució de 1978, al regular totes aquestes qüestions s'aparta una mica de la línia seguida per la legislació anterior, ja que, tot i que es preveu amb caràcter general el deure de cooperar amb totes les Administracions Públiques a través dels instruments que resultin aplicables en cada cas (art. 55 i 57 LBRL), es limita només a regular la figura de la delegació - entesa com a transferència de l'exercici de determinades competències administratives - de l'Estat i de les Comunitats Autònomes en favor dels ens locals (art. 27.1 i 37.1 LBRL); però sense referir-se expressament a la possibilitat d'encarregar-los també la mera gestió de tasques de caràcter material<sup>40</sup>.

En tot cas, això no significa que la legislació local post-constitucional no tingués present aquesta possibilitat, sinó al contrari. La pròpia Llei de Bases de Règim Local sí que incorporava, com a novetat important, la figura de la gestió ordinària dels serveis autonòmics per part de les entitats locals, de la que ens ocuparem seguidament; alhora que el Reial Decret 781/1986, de 18 d'abril, pel que s'aproven les Disposicions legals vigents en matèria de règim local (d'ara endavant TRDLV), reproduint parcialment el previst al anteriorment citat Reial Decret 3046/1977, de 6 d'octubre, preveu la possibilitat de transferir-los, no ja l'exercici de competències administratives, sinó la realització de funcions, obres i serveis, per a la qual cosa han de valorar-se els mitjans tècnics i de gestió amb què comptin aquestes, així com els recursos financers que tinguin o que se'ls poguessin cedir (art. 67 i 68 TRDLV).

---

certa mesura, l'actual distinció entre la figura de la delegació de competències i l'encàrrec de gestió que esmentàvem anteriorment.

<sup>40</sup> Encara que això tampoc no resulta del tot cert perquè, continuant amb el tradicional règim de les obligacions estatals imposades a determinades Administracions Locals, a la Disposició Final Cinquena de la LBRL es preveu que els municipis que siguin cap de partit judicial en el qual no hi hagi establiment penitenciari hauran d'assumir l'execució del servei de dipòsit de detinguts a disposició judicial. Per tant, novament, i tot i que aquest precepte ens parla de "competència delegada", en realitat ens trobaríem davant de la transferència de l'execució d'una activitat material.

3. - *La gestió ordinària dels serveis autonòmics per les Diputacions Provincials o Consells Insulars.* Sens perjudici de les consideracions anteriors, és indubtable que la vigent regulació de l'encàrrec de gestió troba un dels seus precedents més immediats en la figura de la gestió ordinària dels serveis propis de les comunitats autònomes per part de les diputacions provincials o consells insulars<sup>41</sup>.

L'anomenada *gestió ordinària dels serveis autonòmics* va ser introduïda inicialment al nostre ordenament jurídic pels Pactes Autonòmics de 31 de juliol de 1981<sup>42</sup> i, posteriorment, es va articular a través de la Llei 12/1983, de 14 d'octubre, del Procés Autonòmic (d'ara endavant LPA). L'article 5.1 d'aquesta Llei assenyalava que, sens perjudici de les competències que la legislació de règim local, tant de l'Estat com de les Comunitats Autònomes, atribuïssin a les diputacions provincials, aquestes podrien assumir “la gestión ordinaria de los servicios propios de la Administración autonómica en el territorio de la provincia” en els termes que els Estatuts i les Lleis establissin.

La idea de fons per a la creació d'aquesta figura jurídica partia de la consideració del decisiu paper que la província (o, en el seu cas, els Consells insulars) podien exercir en el desenvolupament institucional de cada Comunitat Autònoma. Entenent-se que amb l'atribució de la gestió ordinària de determinats serveis perifèrics autonòmics a les Diputacions Provincials, s'evitaria la necessitat d'acudir a una duplicació del seu aparell burocràtic i funcional<sup>43</sup>. Aquests evidents avantatges organitzatius van

---

<sup>41</sup> Aquesta idea general és compartida per la gran majoria d'autors que han estudiat el règim jurídic de l'encàrrec de gestió, els quals no dubten en situar la gestió ordinària dels serveis autonòmics com el seu antecedent més immediat. Per exemple, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión*, Op. Cit., p. 16 y 71 y sigs. o MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, volumen III, Ed. Iustel, Madrid, p. 642 y 1017.

<sup>42</sup> La introducció de l'anomenada gestió ordinària de serveis al Pactes Autonòmics de 1981 no és un fet casual sinó que responia a una de les recomanacions previstes a l'Informe de la Comissió d'Experts sobre les Autonomies d'aquell mateix any que, presidida pel Prof. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, va rebre l'encàrrec d'establir uns criteris per al desenvolupament ordenat del procés autonòmic. En aquest sentit, en abordar el tema de les relacions entre les Comunitats Autònomes i els ens locals, l'Informe aconsellava que a la redacció dels Estatuts d'Autonomia de les Comunitats Autònomes pluriprovincials es preveïés la possibilitat que les Diputacions Provincials gestionessin ordinàriament els serveis confiats a aquelles sota la seva direcció i control, així com que poguessin rebre competències per transferència o delegació. Vegeu *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1981, p. 26-27.

<sup>43</sup> Així ho ha posat de relleu la doctrina, per exemple, entre d'altres, MORELL OCAÑA, Luis: “La provincia en la configuración y ordenación territorial de las Comunidades Autónomas”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 31, 1981, p. 615 i sigs; ARGULLOL I MURGADAS, Enric: “La administración de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, p. 106-108; FONT I LLOVET, Tomàs: “Tendencias organizativas en la

portar a algunes Comunitats Autònomes a incloure la possible utilització d'aquesta figura en els seus propis texts estatutaris. És el cas, per exemple, de l'article 4.4 de l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia, aprovat mitjançant la Llei Orgànica 6/1981, de 30 de desembre o de l'article 47.2 de la Llei Orgànica 5/1982, d'1 de juliol, d'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, en els quals, en termes molt similars, s'assenyalava que aquestes Comunitats articularien la gestió ordinària dels seus propis serveis perifèrics a través de les Diputacions Provincials.

Per la seva part, la ja esmentada Llei 7/1985, de 2 d'abril, de Bases del Règim Local, va confirmar també la vigència d'aquesta figura en l'àmbit local, al regular-la dins de les seves disposicions generals i establir que “[...] las Provincias y las Islas podrán realizar la gestión ordinaria de servicios propios de la Administración autonómica, de conformidad con los Estatutos de Autonomía y la legislación de las Comunidades Autónomas” (art. 8 LBRL). Afegint-se que en aquests supòsits “[...] las Diputaciones actuarán con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de las Comunidades” (art. 37.1 LBRL).

Tanmateix, la possibilitat d'utilitzar l'Administració local com a base organitzativa per al desenvolupament de les tasques de gestió de les Comunitats Autònomes aviat va quedar arraconada, doncs, com ens posa de relleu ALBERTÍ ROVIRA, les Comunitats Autònomes van preferir construir els seus propis aparells burocràtics abans que governar amb mitjans indirectes i mediats, a través d'administracions interposades<sup>44</sup>. Pel que no pot més que concloure's que l'aplicació real de la gestió ordinària dels serveis ha estat molt poc efectiva, constatant-se l'apartament del legislador autonòmic d'aquest model.

---

Administración de las Comunidades Autónomas” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6, 1983, p. 223 i sigs. o MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, volumen II, Ed. Civitas, Madrid 1984, p. 231-234.

<sup>44</sup> ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre Administraciones”, en FONT I LLOVET, Tomàs (Dir.): *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio de Administraciones Públicas – Fundació Pi i Sunyer, Madrid 1992, p. 158. En el mateix sentit, entre d'altres, CARBALLERIA RIVERA, M<sup>a</sup> Teresa: *La provincia en el sistema autonómico español*, Ed. Marcial Pons – Universidad de Santiago de Compostela, Madrid 1993, p. 330 i JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *La “Administración única” en el Estado Autonómico*, Institut d'Estudis Autonòmics – Ed. Marcial Pons, Madrid 1998, on s'afirma que la gestió ordinària de serveis ha quedat com un simple “adorno normativo” (pàg. 117).



Però amb independència de la seva escassa aplicació real, de seguida ens adonem que les similituds d'aquesta figura amb el concepte d'encàrrec de gestió que plantejàvem a l'inici d'aquest *Capítol* són evidents. En efecte, igual com l'encàrrec de gestió, l'anomenada gestió ordinària de serveis es va configurar com un instrument dirigit a facilitar l'exercici de determinades competències administratives de les Comunitats Autònomes; a través del qual aquestes podien retenir no només la titularitat exclusiva de les seves competències sinó també el seu exercici. Atribuïnt-se a l'ens provincial o insular una actuació merament gestora.

Certament, la gestió ordinària de serveis presenta algunes limitacions específiques, que no es preveuen habitualment per a l'encàrrec de gestió (per exemple, en el seu àmbit subjectiu, limitat únicament a les Diputacions Provincials i Consells Insulars<sup>45</sup>), però ambdues institucions comparteixen un mateix fonament general, ja que ambdues suposen la gestió material d'una determinada funció pública aliena, sense que això impliqui cap modificació en l'ordre objectiu de competències administratives previst pel nostre ordenament.

Tanmateix, malgrat els seus evidents punts de connexió, entenem que no s'ha de confondre, com de vegades ocorre, l'actual encàrrec de gestió amb la gestió ordinària de serveis autonòmics. Segons la nostra opinió, ens trobem davant de dues figures jurídiques diferents, que no poden reconduir-se a un únic règim jurídic unitari<sup>46</sup>. La pròpia LRJPAC contribueix a avalar aquesta diferenciació, perquè, al regular l'encàrrec de gestió, exclou expressament del seu àmbit d'aplicació a la gestió ordinària de serveis de les Comunitats Autònomes per les Diputacions o Consells Insulars, que remet a la legislació de règim local (art. 15.4 LRJPAC).

---

<sup>45</sup> Si bé, la doctrina ha considerat que això no era obstacle perquè aquesta fórmula de relació entre Administracions Públiques pogués generalitzar-se mitjançant llei també per als municipis. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y PUERTA SEGUIDO, Francisco: "Artículo 8", en REBOLLO PUIG, Manuel (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 203.

<sup>46</sup> En aquest sentit, GONZÁLEZ NAVARRO afirma que encara que en la gestió ordinària de serveis es troba l'origen pròxim de l'encàrrec de gestió, les semblances entre una i una altra "no van más allá de un cierto aire de familia y de la denominación que reciben". GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos", Op. Cit., p. 361. En termes similars, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Los mecanismos para la ampliación de las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas: la transferencia, la delegación, el encargo de gestión, los convenios y los consorcios", Op. Cit., p. 23 i JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *La "Administración única" en el Estado Autonomico*, Op. Cit., p. 138.

Però a més d'aquesta exclusió normativa, podem trobar també altres raons de fons que ens allunyarien ambdues figures. La primera d'elles rau en el fet que l'àmbit objectiu de la gestió ordinària de serveis és notablement més ampli que el de l'encàrrec de gestió. Els diferents Estatuts d'Autonomia, així com la LBRL es refereixen simplement a la possibilitat que es gestionin “els serveis propis” de les Comunitats Autònomes. Concepte aquest amb una extensió molt superior a les “activitats materials, tècniques o de serveis”<sup>47</sup> propi de l'encàrrec de gestió. Però sobretot, i això és el que resulta més important, la normativa reguladora de la gestió ordinària de serveis no exclou la possibilitat de transferir a l'entitat local que assumeixi aquesta gestió facultats de caràcter resolutori, que li permetrien adoptar decisions jurídiques amb substantivitat pròpia. Possibilitat que, com ja hem vist, està expressament vedada a l'encàrrec de gestió per l'article 15. 2 LRJPAC; limitant-se en tot cas a la mera realització d'activitats de caràcter material.

En segon lloc, una altra diferència substancial ens vindria donada pel caràcter eminentment voluntari que singularitza l'encàrrec de gestió davant del caràcter obligatori de la gestió ordinària. Com dèiem, un dels elements essencials del règim jurídic de l'encàrrec previst a l'article 15 de la LRJPAC és el seu caràcter negocial, sent sempre fruit d'un acord o conveni entre les parts. En canvi, en la gestió ordinària dels serveis autonòmics el joc d'aquest element volitiu resulta molt menys intens, ja que, amb caràcter general, ha vingut configurant-se d'una manera totalment oposada, com un mecanisme de caràcter obligatori, que pot imposar-se unilateralment<sup>47</sup>.

La normativa que ha desenvolupat el règim jurídic de la gestió ordinària de serveis en l'àmbit local així ve a confirmar-nos-ho, ja que no només la LBRL preveu expressament la possibilitat que la gestió ordinària de serveis s'imposi obligatòriament per una norma amb rang de llei [art. 47.2.h) de la LBRL], sinó que el legislador autonòmic al regular aquesta institució ha optat també, i de forma majoritària, per considerar l'atribució de la gestió ordinària dels serveis perifèrics de les Comunitats

---

<sup>47</sup> Caràcter obligatori que queda patent quan, en l'àmbit doctrinal, es ve a equiparar aquesta figura a un supòsit de “gestió forçosa”. PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op. Cit., p. 116-117. En el mateix sentit, MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Op. Cit., p. 233.

Autònomes com una decisió de caràcter unilateral, sense cap o amb una mínima intervenció de les entitats locals afectades<sup>48</sup>.

Finalment, l'encàrrec de gestió es diferencia també clarament de la gestió ordinària de serveis per quan no suposa el traspàs dels mitjans materials o personals necessaris per a l'exercici dels serveis encarregats. És més, la lògica de l'encàrrec de gestió és la contrària, ja que el traspàs de l'exercici d'una determinada funció administrativa es justifica, precisament, en motius de gestió, per considerar-se que l'encarregat es troba en millors condicions per assumir el seu desenvolupament (art. 15.1 LRJPAC)<sup>49</sup>. Això, com veurem més endavant, no significa que l'encàrrec de gestió es configuri com un negoci jurídic de caràcter gratuït, però sí que pressuposa una determinada estructura organitzativa i material de l'entitat que assumeix la realització de l'encàrrec.

4.- *La influència del Dret comparat: en particular el cas italià.* Però, com dèiem anteriorment, la introducció de l'encàrrec de gestió a la LRJPAC no respon només a experiències pròpies del nostre ordenament jurídic, sinó que s'ha nodrit també d'aportacions i influències provinents dels països del nostre entorn cultural i geogràfic més proper.

---

<sup>48</sup> Vegeu, per exemple, l'article 21 de la Llei 3/1983, d'1 de juny, d'Organització Territorial de la Comunitat Autònoma d'Andalusia, on s'assenyalava que "[...] la Comunidad Autónoma articulará sus servicios periféricos a través de las Diputaciones cuando su naturaleza permita la gestión ordinaria de aquéllos a través de éstas", sense tenir en compte, per tant, la voluntat de la pròpies Diputacions Provincials, les quals podien limitar-se a acceptar o rebutjar l'encàrrec. En el mateix sentit, poden citar-se els articles 11 i 12 de la Llei 8/1986, de 18 de novembre, d'Administracions Públiques de Canàries.

No obstant, és també cert que podem trobar alguns supòsits en què, partint del principi d'autonomia local, sí que s'exigeix la prèvia conformitat dels ens locals per poder assignar-los la gestió ordinària dels serveis autònoms. És el cas, per exemple, de l'article 17 de la Llei 7/1983, de 7 d'octubre, de Descentralització Territorial i Col·laboració amb les entitats locals del Consell de Govern de la Regió de Múrcia o dels articles 141 i 142 del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ FARRERES posava també l'accent en aquest element, assenyalant la dificultat de conciliar el traspàs de mitjans materials i personals amb les pròpies característiques de l'encàrrec de gestió. I per això, en analitzar els encàrrecs de gestió formalitzats entre l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria d'intervenció i regulació dels mercats agrícoles, a través dels quals es traspassaven aquests mitjans, conclouia que l'encàrrec de gestió, en aquests supòsits, apareixia més aviat com una via indirecta i substitutòria de la que s'hauria d'haver utilitzat, i que no era altra que la transferència o, en el seu cas, delegació de competències de l'article 150.2 de la Constitució. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *Los encàrrecs de gestió*" Op. Cit., pàg. 679. En el mateix sentit, TORNOS MAS, Joaquín: *La reforma de l'Administració perifèrica de l'Estat*", en AAVV: *L'Administració de l'Estat en les Comunitats Autònomes*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 1997, pàg. 43, en el que s'insisteix que, precisament, el que es pretén amb l'encàrrec de gestió és utilitzar els mitjans ja existents en una altra Administració.

La doctrina jurídica més especialitzada ha posat de relleu, per exemple, la semblança del nostre encàrrec de gestió amb l'anomenada *Organleihe* existent al Dret alemany i que consisteix en una espècie de préstec institucional d'òrgans, pel qual l'Estat o els *Länder* encarreguen a un determinat òrgan d'una altre persona jurídica que gestioni determinades competències pròpies de l'Estat o dels *Länder*<sup>50</sup>. Però, sobretot, s'ha destacat també la influència que el Dret italià pot haver tingut en aquesta matèria, no només per la notable influència que el model regional italià ha tingut tradicionalment en el desenvolupament del nostre propi sistema d'organització territorial, sinó també perquè aquest ha vingut regulant un procediment de transferència de funcions entre administracions públiques que guarda una certa similitud amb el nostre encàrrec de gestió<sup>51</sup>. Es tracta de la institució del “*avvalersi degli uffici?*” (a la que nosaltres ens referirem d'ara endavant genèricament com *Avvalimento*), prevista a la redacció inicial de l'article 118 de la Constitució italiana de 1948 (en endavant CI).

Segons aquest precepte, es preveia que corresponien automàticament a les regions italianes totes les funcions administratives relatives a les matèries en què aquestes disposaven constitucionalment de competències legislatives, si bé se'ls permetia que aquestes funcions administratives poguessin ser delegades als ens locals o bé exercides a través de la simple utilització dels mitjans propis dels ens locals – *valendosi dei loro uffici* –<sup>52</sup>. D'aquesta manera, el *Avvalimento* se'ns presenta com una fórmula d'administració indirecta que, de forma similar al nostre encàrrec de gestió, permetria

---

<sup>50</sup> Sobre aquesta institució, poden veure's en llengua castellana GALLEGU ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 131-132; GALLEGU ANABITARTE, Alfredo i DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana: *Derecho Administrativo I (Materiales)*, Ed. Molloy, Madrid 1989; GRACIA RETORTILLO, Ricard: “El nivel supramunicipal de gobierno local en Alemania”, en *Revista d'Estudis Federals i Autònoms*, núm. 11, octubre 2010, p. 112-114, on s'exposa principalment el paper de la comarca (*Kreis*) com a administració indirecta dels *Lands* alemanys. En aquest sentit, també pot acudir-se a l'exposició del sistema jurídic alemany prevista a VELASCO CABALLERO, Francisco (Dir.): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 2010.

<sup>51</sup> En aquest sentit, podem citar, per exemple, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: “Órganos de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., 77; HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 157 o MORELL OCAÑA, Luis: *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Aranzadi, tercera edició, Pamplona 1998, p. 242-243.

<sup>52</sup> En particular, l'article 118 de la Constitució italiana de 1948 establí el següent: “Spettano alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo, salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali. Lo Stato può con legge delegare alla regione l'esercizio di altre funzioni amministrative. La Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alla Province, ai Comuni o ad altri enti locali, o *valendosi dei loro uffici*”. Les cursives són nostres.

atribuir a una altra entitat pública de caràcter local la realització de determinades actuacions administratives.

Però, novament, malgrat l'existència de nombrosos punts de connexió entre ambdues institucions, resulta certament difícil poder equiparar-les completament, no sols per la pròpia evolució del sistema italià – que, com veurem més endavant i a diferència del que succeeix a casa nostra, s'ha anat apartant de la utilització d'aquesta figura – sinó també per la pròpia configuració jurídica del *Avalimento* que, a diferència del encàrrec de gestió de la LRJPAC, no s'estructura necessàriament sobre la base d'un acord consensual o voluntari entre dues persones diferenciades, sinó que s'institueix directament per la Llei, que és la que ha de preveure els supòsits en què es pot utilitzar aquest mecanisme així com el seu concret règim jurídic.

En aquest sentit, i no sols per aprofundir en el coneixement d'un ordenament jurídic tant proper com és l'italià, sinó també per l'interès doctrinal que l'examen d'aquesta institució pot tenir per a comprendre millor el propi funcionament del nostre encàrrec de gestió, considerem pertinent prestar una mica més d'atenció a totes aquestes qüestions i remetre el seu estudi al *Capítol* següent, en el què analitzarem amb més detall el concepte i règim jurídic del *Avalimento*.

Més enllà d'aquestes consideracions, fixar el moment temporal en què la figura de l'encàrrec de gestió, tal com la conceptualitzem avui en dia, es va introduir pròpiament al nostre ordenament jurídic resulta gairebé impossible. Això es deu a que, a partir dels anteriors antecedents normatius, el legislador, tant estatal com autonòmic, va començar a regular, d'una manera dispersa i sense aparent connexió, diferents supòsits de translació de l'exercici de determinades actuacions administratives, als que es comença a denominar com a *encomienda de gestión* o *encargo de gestión*, si bé, en la majoria de casos, no es definia el seu concepte ni s'establia d'una manera precisa el seu abast o els seus possibles efectes jurídics.

En aquest sentit, és habitual citar la Disposició Addicional Tercera de la Llei 15/1980, de 22 d'abril, de creació del Consell de Seguretat Nuclear, que preveia la possibilitat d'encarregar l'exercici de determinades funcions del Consell de Seguretat Nuclear a les Comunitats Autònomes; i també l'article 115 de la Llei 29/1985, de 2 d'agost, d'Aigües, que, d'una manera més concreta, contemplava la possibilitat que l'Administració General de

l'Estat encarregués la gestió de la construcció i explotació de les obres hidràuliques de la seva competència a les Comunitats Autònomes. Però al costat d'aquests supòsits tradicionals, podem trobar també molts altres exemples que generalment han passat completament inadvertits.

Aquests exemples es refereixen a matèries molt diverses i es contenen en tipus normatius també molt diferents, que van des de normes amb rang estatutari, com és la “Encomienda de gestión” a l'Ajuntament de Formentera prevista en la Disposició Addicional Quarta de Llei Orgànica 2/1983, de 25 de febrer, per la qual s'aprova l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears; fins a normes de caràcter reglamentari, com el Decret de la Conselleria d'Obres Públiques i Transports de la Comunitat de Madrid, núm. 78/1985, de 17 de juliol, pel qual s'aprova el conveni per a la regulació de les relacions administratives i econòmiques del Canal d'Isabel II, en l'annex del qual s'establia la possibilitat d'encarregar a aquesta entitat la gestió i direcció de determinades obres ja contractades per l'Administració autonòmica madrilenya.

Tanmateix, amb el desenvolupament de la organització administrativa pròpia de cada una de les Comunitats Autònomes, la figura de l'encàrrec de gestió comença tímidament a prendre's en consideració i a regular-se en alguns casos amb un cert grau de detall. Així ens ho demostra, per exemple, l'article 47 de la Llei aragonesa 3/1984, de 22 de juny, de la Diputació General i de l'Administració d'Aragó, que, tot i que sense concretar expressament en què consistia, regula l'encàrrec de gestió d'una manera bastant pròxima al que coneixem avui en dia, preveient la possibilitat que aquesta es formalitzés tant entre òrgans administratius pertanyents a un mateix Departament, com a favor d'un òrgan o entitat d'una altra Administració Pública.

No obstant, com ja hem apuntat, no serà fins a l'aprovació de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, que l'encàrrec de gestió es dotarà d'una regulació específica i de caràcter general, en la qual es concretaran els principals elements del seu règim jurídic particular.

### ***2.2.2. - De la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques a....***

Malgrat que la figura de l'encàrrec de gestió estava ja inicialment prevista al Projecte de Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú aprovat pel Consell de Ministres i presentat al Congrés dels Diputats (BOCG, Congrés dels Diputats, sèrie A, núm. 82-1, de 4 de març de 1992), aquest es limitava només a nomenar-la, però sense fixar en cap moment ni el seu concepte ni el seu específic règim jurídic<sup>53</sup>. Aquesta circumstància, àmpliament criticada en el debat parlamentari, va motivar la presentació d'una esmena per part del Grup Socialista en la qual s'introduïa un nou article 15 bis al text del Projecte de Llei en el que es regulava amb més detall l'encàrrec de gestió. Així, una vegada aprovada aquesta esmena, el seu text es va incorporar al Projecte de llei, mantenint-se invariable fins a la definitiva aprovació de la Llei; donant lloc al vigent article 15 de la LRJPAC.

Sense entrar ara a analitzar en detall la regulació concreta de la LRJPAC relativa a l'encàrrec de gestió - tasca que abordarem al següent *Capítol* del nostre treball - ens interessa simplement apuntar algunes idees generals sobre aquesta qüestió. Podem començar destacant que la incorporació d'aquesta figura al text articulat de la Llei ha estat considerada majoritàriament com un dels aspectes més innovadors del Títol II de la LRJPAC<sup>54</sup>. En efecte, amb la regulació de l'encàrrec de gestió a nivell estatal no sols es dota a aquesta figura d'una definició normativa, sinó que es confirma la seva aplicabilitat i es generalitza la seva utilització en el conjunt de l'àmbit jurídic-administratiu.

En aquest sentit, hem de recordar que la LRJPAC es va dictar amb caràcter bàsic, en exercici de la potestat legislativa que l'article 149.1.18 de la Constitució atribueix a l'Estat. Per la qual cosa, sens perjudici del que afegirem més endavant, el seu contingut resulta directament aplicable tant per a l'Administració General de l'Estat, com per a les

---

<sup>53</sup> Al regular la competència administrativa, l'article 12 del Projecte de Llei establia el següent: "La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución, avocación, o encomienda de gestión, cuando se efectúe en los términos previstos en esta u otras leyes".

<sup>54</sup> Entre d'altres, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión*, Op. Cit., p. 125; PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op. Cit., p. 101; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: "Órganos de las Administraciones Públicas (Artículos 11 a 29)", Op. Cit., p. 243.

Administracions de les Comunitats Autònomes i per les entitats que integren l'Administració Local; així com també per a les entitats de Dret Públic vinculades o dependents d'elles, sempre que exercixin potestats administratives (art. 2 LRJPAC). Entitats, totes elles, que no només han assumit plenament la figura de l'encàrrec de gestió als seus respectius ordenaments, sinó que a més han vingut utilitzant-la d'una manera habitual i, en alguns casos, fins i tot excessiva.

Però la regulació concreta de l'encàrrec de gestió prevista per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, presenta també alguns aspectes clarament millorables. Ens hem ja referit a la poca concreció amb què es regula l'encàrrec de gestió a la LRJPAC. Segurament l'amplitud amb què s'expressa l'article 15 de la LRJPAC és degut a una certa voluntat de limitar l'extensió de la Llei a l'establiment d'uns principis bàsics que poguessin ser desenvolupats posteriorment per les Comunitats Autònomes. Tanmateix, considerem que en aquest àmbit es podia haver estat una mica més rigorós, a l'efecte de concretar d'una manera més clara alguns dels seus elements essencials, com l'àmbit d'aplicació subjectiu o objectiu. Potser és per això que, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ i FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO afirmen que, més que una regulació completa i acabada, la LRJPAC conté un esbós de configuració definitiva<sup>55</sup>.

En el mateix sentit, resulta també qüestionable la deficient tècnica normativa amb què la LRJPAC s'expressa en aquest àmbit, per dos motius obvis: en primer lloc, perquè una simple lectura dels articles 12 i 15 de la LRJPAC - que són els únics que es refereixen específicament a l'encàrrec de gestió - ens posa ja de relleu una certa contradicció entre ells. Així, mentre que l'article 12.1 de la LRJPAC ens diu que l'encàrrec de gestió, la delegació de firma i la suplència no suposen alteració de la titularitat de la competència, però *sí* dels elements determinants del seu exercici, l'article 15.2 de la LRJPAC ens assenyalava que “la encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio”. En els propers *Capítols* analitzarem aquesta qüestió d'una forma més detallada, però ens interessa ja posar de relleu l'aparent incongruència entre ambdós preceptes i la dificultat d'establir alguna diferència, si és que n'hi ha, entre els elements *determinants* de l'exercici de l'encàrrec a què es refereix l'article 12.1 de la LRJPAC i els elements *substantius* del seu exercici previstos a l'article 15.2 de la LRJPAC.

---

<sup>55</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p. 761.



Continuant amb la mateixa argumentació, i des d'un punt de vista sistemàtic, la ubicació dels preceptes reguladors de l'encàrrec de gestió dins del mencionat text legal pot ser també, com a mínim, discutible. Si parem atenció a l'estructuració de la LRJPAC ens adonarem que la regulació de l'encàrrec de gestió es preveu exclusivament al Títol II de la LRJPAC, relatiu als òrgans de les Administracions Públiques, amb la qual cosa sembla oblidar-se el fet que la pròpia LRJPAC admet també amb total normalitat que l'encàrrec de gestió pugui concloure's, no només entre òrgans administratius, sinó també entre persones jurídiques diferenciades, ja pertanyin aquestes a la mateixa o diferent Administració. En la nostra opinió, potser hagués estat més adequat situar el règim jurídic dels encàrrecs de gestió dins del Títol I de la Llei, relatiu a “Les Administracions Públiques i les seves relacions”.

Per altre banda, hem de tenir també present que el règim jurídic particular de l'encàrrec de gestió no s'esgota només en allò establert als articles 12 i 15 de la LRJPAC. Com dèiem, la Llei 30/1992, de 26 de novembre, es va aprovar amb caràcter de legislació bàsica, és a dir, dirigida a fixar un mínim denominador comú, a partir del qual cada Comunitat Autònoma pogués establir les seves pròpies regulacions particulars, en defensa dels seus respectius interessos. En aquest sentit, la regulació de l'encàrrec de gestió prevista en aquesta norma legal s'ha de considerar simplement com un marc de referència que, tot i que sigui d'obligat compliment, permet a les Comunitats Autònomes poder completar el seu règim jurídic en consideració a les seves específiques circumstàncies.

I com apuntàvem la gran majoria de les Comunitats Autònomes així ho han fet<sup>56</sup>, ja que han procedit a incloure i regular l'encàrrec de gestió als seus respectius ordenaments jurídics, donant lloc a l'existència d'una gran varietat de disposicions administratives que, ja sigui amb caràcter general o en un sector específic, desenvolupen algun aspecte concret de aquesta figura o introdueixen alguna especialitat en un determinat àmbit material. És per això que per completar el règim jurídic de l'encàrrec de gestió procedirem, si més no breument, a assenyalar els principals elements que poden modular el seu marc normatiu, agrupant-los en els tres apartats que segueixen a continuació, en funció de la seva afectació a l'àmbit subjectiu o objectiu de l'encàrrec de gestió, o fins i tot a la seva denominació.

---

<sup>56</sup> Malgrat que són relativament poques les Comunitats Autònomes que han regulat d'una manera general i detallada l'encàrrec de gestió en les lleis de règim jurídic de l'administració autònoma - llevat d'error per la nostra part, només Andalusia, Aragó, Astúries, Comunitat Valenciana, Illes Balears, La Rioja i Múrcia, i més recentment Catalunya - la totalitat d'elles ha fet ús d'aquesta figura, preveient disposicions específiques dirigides a desenvolupar algun aspecte concret del seu exercici.

*A) Modulacions des del punt de vista subjectiu.*

En primer lloc, i de forma totalment coherent amb la seva naturalesa bàsica, l'article 15.3 de la LRJPAC preveu ja una primera remissió a la seva "normativa pròpia" per a aquells encàrrecs de gestió que es produeixin entre òrgans administratius o Entitats de dret públic que pertanyen a una mateixa Administració. De manera que la LRJPAC admet la possibilitat que la normativa interna de les diferents Administracions Públiques pugui desenvolupar el règim jurídic de l'encàrrec de gestió, fixant, per exemple, els òrgans que poden subscriure'l, el procediment per formalitzar-lo o també les activitats que poden ser susceptibles d'encarregar-se.

En aquest cas, la dimensió organitzativa de l'encàrrec de gestió a què abans ens referíem se'ns presenta en la seva màxima expressió. L'encàrrec de gestió és preveu aquí en el seu vessant intern, com un mecanisme de caràcter organitzatiu, dirigit a la consecució de finalitats d'interès general assignades a una determinada entitat pública; per la qual cosa se les habilita perquè, en ús de les seves facultats d'autoorganització, puguin concretar en cada cas els requisits específics a què s'haurà d'ajustar la relació d'encàrrec.

Aquest seria el cas, per exemple, de l'article 18 de la Llei 2/1995, de 13 de març, de Règim Jurídic de l'Administració d'Astúries, que regula l'encàrrec de gestió entre els diferents òrgans i entitats que conformen l'Administració autonòmica asturiana, o de l'article 2 del Reial Decret 341/1997, de 7 de març, que estableix l'estructura orgànica del Ministeri de l'Interior i regula la utilització de l'encàrrec en un àmbit material molt concret, preveient que la Direcció General d'Administració de la Seguretat podrà encarregar als òrgans corresponents de la Direcció General de la Policia i de la Direcció General de la Guardia Civil la realització de determinades activitats materials, tècniques o de serveis necessàries per l'exercici de les seves competències.

Pel que es refereix als encàrrecs de gestió que es conclouen entre òrgans o entitats que pertanyen a diferents Administracions Públiques (que anteriorment havíem denominat com encàrrecs de gestió *interadministratius*), la LRJPAC es limita a exigir la formalització del corresponent conveni entre elles. Això ens porta, en primer lloc, a prendre també en consideració la normativa bàsica aplicable als convenis administratius (la regulació dels quals es troba avui en dia als articles 5 a 8 de la LRJPAC). Però, a més, hem de tenir present

que alguns legisladors autonòmics han procedit a desenvolupar també el règim general dels encàrrecs de gestió interadministratius previst a la LRJPAC, especialment en el que a les relacions entre les instàncies autonòmiques i locals es refereix.

Així, podem citar, per exemple, els articles 150-152 de la Llei 2/2003, d'11 de març, d'Administració Local de la Comunitat de Madrid, que preveu l'encàrrec de gestió de les activitats de caràcter material o de serveis de la competència de la Comunitat de Madrid en totes o algunes de les entitats locals madrilenyes, o l'article 85.2 de la Llei de La Rioja 1/2003, de 3 de març, d'Administració Local que assenyalava que la Comunitat Autònoma de la Rioja, per raons d'eficàcia, podrà encarregar la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la seva competència a les entitats locals.

Per a aquelles Comunitats Autònomes que no hagin fet ús de les seves competències normatives en aquesta matèria, hem de tenir en compte una altra matisació important, ja que l'article 9 de la LRJPAC preveu expressament que les relacions entre l'Administració General de l'Estat o de l'Administració de la Comunitat Autònoma amb les Entitats que integren l'Administració Local - dins de les quals, òbviament, podem incloure les relacions competencials que s'estableixen a través de l'encàrrec de gestió -, es regiran per la legislació bàsica en matèria de Règim Local, aplicant-se la LRJPAC de manera merament supletòria. Per tant, la pròpia LRJPAC estableix un cert grau d'exclusió del seu àmbit de vigència, declarant aplicable preferentment la legislació bàsica en matèria de règim local a l'hora de regular les relacions interadministratives que afectin les Administracions Locals.

Tanmateix, com dèiem anteriorment, la LBRL no regula de forma específica aquesta figura, pel que, més enllà de preveure la possible delegació de competències de l'Estat, Comunitats Autònomes o altres entitats locals (art. 27 i 37 LBRL), així com la gestió ordinària dels serveis autonòmics (art. 37 LBRL) - respecte de la qual hem argumentat ja que no s'ha de confondre amb l'encàrrec de gestió objecte del nostre anàlisi - podem entendre que la LBRL no conté cap previsió normativa dirigida a fixar o modular el règim jurídic de l'encàrrec de gestió. De manera que, en aquells supòsits d'absència d'una altra normativa autonòmica de desenvolupament, l'encàrrec de gestió en l'àmbit local es continuaria regulant per allò previst a l'article 15 de la LRJPAC.

Finalment, l'article 15.5 de la LRJPAC preveu una altra modulació del règim jurídic bàsic de l'encàrrec de gestió en consideració als subjectes intervinents, excloent del seu àmbit d'aplicació els encàrrecs realitzats en favor de persones físiques o jurídiques subjectes al Dret Privat, la regulació dels quals s'haurà d'acomodar, segons estableix el mateix precepte, a la normativa aplicable en matèria de contractes de l'Estat.

Com veurem als Capítols següents, la determinació de l'abast d'aquesta clàusula constitueix, precisament, un dels principals interrogants del règim jurídic de l'encàrrec de gestió, tant pel que es refereix a la identificació de les entitats que poden ser receptores d'aquests encàrrecs, com per les conseqüències que poden derivar-se de l'aplicació a aquesta figura de la vigent Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (d'ara endavant, LCSP). Per la qual cosa de moment en limitem a deixar apuntada aquesta circumstància, remetent a un moment posterior l'anàlisi jurídica d'aquesta exclusió.

#### *B) Modulacions des del punt de vista objectiu.*

Però, com dèiem abans, no només és possible trobar especialitats normatives en funció de l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'encàrrec de gestió, sinó que hem de tenir en compte també que la legislació administrativa que amb caràcter sectorial afecta directament a aquesta figura és cada vegada més abundant, ja sigui per desenvolupar un aspecte concret del seu règim jurídic o per regular un supòsit específic d'encàrrec en un àmbit material determinat.

La veritat és que ens resultaria certament complex exposar de forma singular totes les possibles especialitats sectorials existents en el nostre ordenament jurídic, pel que ens conformem simplement en citar alguns exemples que poden resultar representatius d'aquesta varietat de supòsits. Així, entre molts altres i junt amb els anteriorment citats, podem referir-nos a la Llei 3/2001, de 26 de març, de Pesca Marítima, que preveu la possibilitat que l'Estat celebri encàrrecs de gestió amb les Comunitats Autònomes en matèria de pesca litoral i pesca marítima recreativa (Disposició Addicional Vuitena); a la Llei 2/2002, de 29 d'abril, d'Aigües Residuals de Cantàbria, que regula l'encàrrec de gestió de determinats treballs materials inherents al control del funcionament de les instal·lacions i infraestructures de sanejament i depuració (art. 24.2).

Igualment, hem d'incloure en aquest apartat aquells supòsits en els que, com vèiem, s'encomanava la gestió del servei recaptador autonòmic o local. Havíem ja citat l'encàrrec de la gestió tributaria municipal a les comunitats autònomes o altres entitats locals que preveu la vigent Llei d'Hisendes Locals, però podríem afegir també altres supòsits autonòmics similars, com l'encàrrec de la recepció de declaracions, autoliquidacions i comunicacions, així com la prestació del servei de gestió de cobrament en període voluntari i executiu dels dèbits de la Comunitat Autònoma de Canàries, i la informació o assistència tributaria prevista en la Llei 9/2006, d'11 de desembre, per la que es regula el Sistema Tributari de Canàries; o la possibilitat que s'encarregui la gestió de funcions materials i de serveis pròpies de l'Agència Tributaria andalusa a favor d'altres Administracions Públiques en els termes que exposa l'article 30.2 de la Llei 27/2003, de 18 de desembre, de l'Agència Tributària d'Andalusia.

I, finalment, com avançàvem, volem posar de relleu també la possible aplicació als encàrrecs de gestió de la legislació bàsica relativa a la contractació pública a què ens referíem anteriorment. Més enllà de la remissió que l'article 15.5 de la LRJPAC fa dels encàrrecs de gestió realitzats en favor de persones subjectes al Dret Privat a la Llei de Contractes del Sector Públic, ens hem de qüestionar també si la LCSP pot tenir alguna altra incidència sobre el règim jurídic de l'encàrrec de gestió, ja que, com desenvoluparem a la *Segona Part* del nostre treball, la definició de l'encàrrec de gestió que plantejàvem a l'inici podria ser susceptible d'encaixar també amb la definició de “*contracte públic*” prevista tant en les Directives europees de contractació com en la legislació espanyola en aquesta matèria<sup>57</sup>.

En aquest sentit, podem avançar ja que, entre altres aspectes, la LCSP exclou de forma expressa del seu àmbit d'aplicació determinats supòsits d'encàrrec de gestió, especialment quan aquest es formalitza entre òrgans o entitats que pertanyen a una mateixa Administració Pública [art. 4.1.n) LCSP]. Tanmateix, en el cas del encàrrecs de gestió realitzats entre òrgans o entitats que pertanyen a diferents Administracions Públiques, la situació no resulta del tot clara. En primer lloc, perquè la LCSP no els exclou de forma expressa del seu àmbit d'aplicació; però a més perquè, malgrat que la LCSP es declara com a no aplicable a determinats convenis de col·laboració interadministratius, aquesta exclusió

---

<sup>57</sup> Com veurem posteriorment amb més detall, la Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, subministraments i de serveis, ens defineix els “contractes públics” com aquells contractes onerosos, celebrats per escrit, entre un o diversos operadors econòmics i un o diversos poders adjudicadors, l'objecte dels quals sigui un dels expressament previstos en aquesta norma.

operarà simplement quan aquests convenis, per la seva naturalesa, no tinguin la consideració de contractes subjectes a la LCSP [art. 4.1.c) LCSP]. Sobre totes aquestes qüestions tornarem més endavant.

### C) *Modulacions terminològiques.*

Finalment, cal advertir que les especialitats normatives poden arribar a afectar, fins i tot, la pròpia denominació d'aquesta figura administrativa – *encomienda de gestión* –, substituïnt-se aquesta expressió, en ocasions, per altres termes similars.

Això és especialment significatiu en aquelles Comunitats Autònomes amb llengua pròpia (com és el cas de Catalunya, les Illes Balears, la Comunitat Valenciana, Galícia o el País Basc). En aquests territoris la terminologia utilitzada per a denominar aquesta figura no és uniforme sinó que varia sensiblement d'una Comunitat Autònoma a l'altra. Així, mentre que a Galícia s'al·ludeix a *l'encomenda de xestión* (per exemple, a l'article 8.3 de la Llei 5/1997, de 22 de juliol, d'Administració Local de Galícia), en la Comunitat Valenciana es parla de *comanda de gestió* (per exemple, a l'article 150 de la Llei 8/2010, de 23 de juny, de Règim Local de la Comunitat Valenciana), o a Catalunya s'empra normalment el terme *encàrrec de gestió* (com en l'article 10 de la recentment aprovada Llei 26/2010, de 3 d'agost, de Règim Jurídic i Procediment de les Administracions Públiques de Catalunya i que nosaltres hem vingut utilitzant al llarg de tota la nostra exposició).

Segons la nostra opinió, entenem que no hem de donar més transcendència a aquestes singularitats lingüístiques, ja que amb elles no es pretén emfatitzar cap diferència substancial amb el règim jurídic general de l'encàrrec de gestió previst a l'article 15 de la LRJPAC sinó simplement adaptar la seva terminologia als usos lingüístics de cada Comunitat Autònoma. En aquest sentit, cal tenir present que quan les diferents iniciatives normatives autonòmiques que regulen aquesta institució es tradueixen al castellà el terme utilitzat és, en la practica totalitat dels casos, el de “*Encomienda de gestión*”<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Encara que és cert que no resulta difícil trobar en aquestes Comunitats Autònomes alguns pocs exemples en els que s'opta per la utilització del terme “*encargo de gestión*”. Són el cas, per exemple, del Decret balear 80/2008, de 25 de juliol, de l'Agència de Cooperació Internacional de les Illes Balears, en el que es regulen els “*encargos de gestión*” de les Administracions Públiques insulars a aquesta entitat de cooperació (art. 1.2).

Ara bé, segons la nostra opinió, el caràcter anecdòtic o aïllat d'aquests exemples ens porta a pensar que responen més a una utilització incorrecta del llenguatge jurídic que no a una voluntat real d'establir

L'única excepció la trobem en la Comunitat Autònoma catalana en què, a diferència de les anteriors, s'opta normalment per traduir aquesta figura no com “encomienda de gestión” sinó com “*Encargo de gestión*”<sup>59</sup>. El perquè d'aquesta opció, al nostre entendre, no ha de buscar-se tampoc en la voluntat de diferenciar jurídicament ambdues figures - ja que no hi ha cap diferència substancial entre el règim del *encargo* de gestió de l'article 10 de la Llei catalana 26/2010, de 3 d'agost i de *encomienda* de gestió de l'article 15 de la LRJPAC - sinó que obeeix simplement a raons de caràcter lingüístic o de tècnica legislativa. Així ens ho demostra el fet que la Resolució del Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya de 26 de novembre de 1998, per la que s'aproven els termes normalitzats pel Consell Supervisor del TERMCAT (DOGC núm. 2794, de 28 de desembre de 1998, pàg. 15954), prevegi que el “*Encàrrec d'activitats que són competència d'òrgans administratius o d'entitats de dret públic a altres òrgans o entitats de la mateixa administració o d'una altra, sense que se'n cedeixi la titularitat*” pugui traduir-se indistintament per “encomienda de gestión” o “encargo de gestión”. Per la qual cosa, des del punt de vista jurídic, ambdues expressions podrien ser equivalents.

Qüestió diferent és l'ús inadequat del terme “encomienda de gestión” que, en ocasions, podem trobar al nostre ordenament jurídic; quan s'utilitza aquesta terminologia per a denominar supòsits que, en rigor, quedarien exclosos de l'àmbit d'aplicació de l'article 15 de la LRJPAC, ja sigui, per exemple, perquè el seu objecte va més enllà de la mera execució d'activitats materials, tècniques o de serveis; o perquè es conclouen amb persones subjectes al Dret Privat. Més endavant, en analitzar l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió, tornarem a fer referència a aquestes qüestions, diferenciant l'encàrrec de gestió en sentit estricte, d'altres negocis jurídics a través dels quals es realitza un encàrrec a un tercer al marge del règim previst a l'article 15 de la LRJPAC i als que la doctrina comença a denominar com encàrrecs *d'execució*<sup>60</sup>.

---

diferències substancials; doncs les divergències terminològiques no es tradueixen, en cap cas, en règims jurídics diferents.

<sup>59</sup> En aquest sentit, pot veure's novament la Llei 26/2010, de 3 d'agost en la versió publicada al BOE núm. 203, de 21 d'agost de 2010, l'article de la qual 10 regula el “Encargo de gestión”. Denominació que, entre moltes d'altres, trobem també a l'article 13 de la Llei 31/2010, de 3 d'agost, reguladora de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

<sup>60</sup> Posteriorment entrarem a analitzar aquestes qüestions més detalladament, valgui ara simplement com a referència general, entre molts d'altres, GIMENO FELIU, José María: “Encargos de ejecución a medios propios”, en BERMEJO VERA, José (Dir.): *Diccionario de Contratación Pública*, Ed. Iustel, Madrid 2009, p. 313-321; CASTRO PASCUAL, José M<sup>º</sup>: “Encomienda de gestión, contrato administrativo, encargo de ejecución”, en AAVV: *La Administración instrumental. VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico*

### ***2.2.3. -... a les noves reformes estatutàries.***

Finalment, i per acabar amb el marc normatiu aplicable a l'encàrrec de gestió, hem de fer també una breu referència a l'actual procés de reformes estatutàries. El debat jurídic i polític plantejat entorn dels nous Estatuts d'Autonomia - que, com sabem, s'ha estès no només als aspectes competencials o financers del sistema autonòmic, sinó també a la pròpia organització territorial i institucional de les Comunitats Autònomes - podria plantejar-nos la pregunta de si les modificacions que s'han introduït en alguns dels textos estatutaris podrien afectar el marc legal vigent de l'encàrrec de gestió.

La resposta a aquesta pregunta, segons la nostra opinió, ha de ser essencialment negativa, per dos motius. En primer lloc, una ràpida consulta a les diferents iniciatives aprovades, ens permet constatar que cap dels Estatuts d'Autonomia reformats fins a la data no es refereix, de forma expressa, el règim jurídic de l'encàrrec de gestió. L'única referència a nivell estatutari la podem trobar novament a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears, reformat per la Llei Orgànica 1/2007, d'1 de març (d'ara endavant EAIB), a l'article 133.6 del qual s'admet que aquesta Comunitat Autònoma pugui encarregar la gestió de determinades funcions a l'Agència Tributària de les Illes Balears, però sense precisar amb major detall el règim jurídic d'aquests encàrrecs<sup>61</sup>.

Però és que, a més, hem de prendre novament en consideració un dels arguments que posàvem de relleu anteriorment en analitzar el fonament constitucional de l'encàrrec de gestió. Així el fet que la jurisprudència constitucional hagi vingut considerant que els mecanismes a través dels quals s'articulen les relacions entre les diferents Administracions Públiques existents al nostre ordenament jurídic constitueix avui dia un dels aspectes inclosos dins de la competència legislativa bàsica de l'Estat en matèria de “Règim jurídic de

---

*de la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2005, p. 155-169; BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP”, Op. Cit., p. 77-90 o AMOEDO SOUTO, Carlos: “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., p. 261-294.

<sup>61</sup> De fet, en el cas de les Illes Balears cal advertir també que la reforma estatutària ha suprimit l'encàrrec de gestió a l'Ajuntament de Formentera que es preveia inicialment a la Disposició Addicional Quarta de la Llei Orgànica 2/1983, de 25 de febrer, d'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears.



les Administracions Públiques" (art. 149.1.18 CE)<sup>62</sup>, suposa una notable limitació de l'abast competencial de les Comunitats Autònomes en aquesta matèria; la capacitat normativa de les quals s'hauria de circumscriure principalment al desenvolupament del marc normatiu bàsic fixat per l'Estat.

Tanmateix, això no significa que els nous Estatuts d'Autonomia no continguin disposicions que, sense entrar a regular de forma expressa l'encàrrec de gestió, no puguin afectar indirectament el seu règim jurídic. El cas més evident es produeix en el marc de les noves competències estatutàries en matèria de règim jurídic i procediment administratiu assumides per algunes Comunitats Autònomes - com, per exemple, la catalana, a través de l'article 159.1 de la Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (d'ara endavant EAC) o l'andalus, a l'article 47.1 de la Llei Orgànica 2/2007, de 19 de març, de reforma de l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia (d'ara endavant EAAnd.) - i que els permetria no només introduir, amb caràcter exclusiu, les especialitats procedimentals i organitzatives específiques del seu sistema administratiu, sinó també desenvolupar les bases del règim jurídic de les Administracions Públiques fixat per l'Estat sobre la base de l'article 149.1.18 de la Constitució, entre les quals trobaríem la regulació de l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC.

Precisament, derivada d'aquests nous títols competencials autonòmics, hem d'esmentar la ja citada Llei catalana 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les Administracions Públiques de Catalunya, que, com enuncia el seu títol, regula el règim jurídic del sistema institucional de la Generalitat de Catalunya, preveient expressament, entre moltes altres qüestions d'interès, la figura de l'encàrrec de gestió (art. 10 i 116 Llei 26/2010). Pel que a partir d'aquesta norma es desenvolupa, d'una manera general, i per primera vegada en l'àmbit normatiu de Catalunya, el règim jurídic de l'encàrrec de gestió.

---

<sup>62</sup> Podem citar, per exemple, la STC 76/1983, de 5 d'agost (ponent: Sra. Glòria Begué Cantón), F.J. 18. Des d'un punt de vista doctrinal, són també molts els autors que s'han ocupat d'analitzar aquesta qüestió, recentment destaca PAREJO ALFONSO que entén que la regulació de les relacions entre les administracions que integren el poder públic administratiu no és més que la continuació, en seu legislativa ordinària, de l'organització constitucional de l'Estat. PAREJO ALFONSO, Luciano: "Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas", Op. Cit., p. 165-166. En el mateix sentit, FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Ed. Marcial Pons – Diputación de Barcelona, Madrid, 2000, p. 31.

Però, a més, cal tenir també presents les noves competències estatutàries en matèria de règim local. Com hem assenyalat en altres ocasions, els nous Estatuts d'Autonomia presten una major atenció a les relacions de col·laboració entre les instàncies autonòmiques i les entitats locals; atribuint la seva regulació, generalment amb caràcter exclusiu, a les respectives Comunitats Autònomes<sup>63</sup>. És el cas, per exemple de l'article 160.1.a) de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya; de l'article 60.1.a) de l'Estatut d'Autonomia andalús o de l'article 71.5 de la Llei Orgànica 5/2007, de 20 d'abril, de reforma de l'Estatut d'Autonomia d'Aragó (d'ara endavant EAA), els quals podrien donar lloc també a la introducció d'especialitats normatives pròpies en el que a la regulació de l'encàrrec de gestió en l'àmbit local es refereix.

Com en el cas anterior, malgrat que aquestes regulacions poguessin desplaçar al seu territori l'aplicació de la LBRL no podrien evitar el compliment de les regles bàsiques estatals en matèria de relacions administratives que, com dèiem, continuarien sent aplicables per al conjunt de les Administracions Públiques espanyoles. I, per això, les noves lleis autonòmiques en matèria de règim local - com, per exemple, la recent Llei 8/2010, de 23 de juny de Règim Local de la Comunitat Valenciana o la també nova Llei 5/2010, d'11 de juny, d'Autonomia Local d'Andalusia -, malgrat preveure de forma expressa l'encàrrec de gestió, es limiten essencialment a reproduir allò establert amb caràcter bàsic en la LRJPAC<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Sobre les competències estatutàries en matèria de règim local, així com els nous mecanismes de col·laboració previstos als nous Estatuts d'Autonomia poden veure's, entre d'altres, FONT I LLOVET, Tomàs: *Gobierno local y Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2008 i VILALTA REIXACH, Marc: *El Consejo de gobiernos Locales. La nueva participación de los entes locales en las Comunidades Autónomas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 69-70.

<sup>64</sup> En aquest sentit, vegeu l'article 150 de la citada Llei 8/2010, de 23 de juny de Règim Local de la Comunitat Valenciana, així com l'article 23 de la també esmentada Llei 5/2010, d'11 de juny, d'Autonomia Local d'Andalusia

**CAPÍTOL II**  
**ELS MECANISMES DE TRANSFERÈNCIA DE FUNCIONS ADMINISTRATIVES A**  
**L'ORDENAMENT ITALIÀ**  
**EL *AVVALIMENTO DEGLI UFFICI DEGLI ENTI LOCALI***

Tal i com vàrem assenyalar al projecte de recerca lliurat al Institut d'Estudis Autònoms, la nostra investigació pretenia també tenir en compte l'experiència normativa provinent de les autonomies polítiques dels països estrangers més propers al nostre entorn cultural i geogràfic i, molt especialment, del sistema jurídic italià.

En la nostra opinió, l'estudi del sistema italià podia resultar de gran d'interès tant per la seva proximitat i per la notable influència que aquest ha tingut en el desenvolupament del nostre propi model d'organització territorial, com per l'aparent similitud entre alguns dels mecanismes de col·laboració entre Administracions Públiques previstos en aquest ordenament i el nostre específic objecte d'estudi: l'encàrrec de gestió. Hem mencionat ja anteriorment com la doctrina espanyola ha vist en l'anomenat *Avvalimento* previst a la Constitució italiana de 1948 un dels antecedents immediats de l'encàrrec de gestió<sup>65</sup>, pel que hem considerat que l'aprofundiment en el coneixement d'aquesta institució italiana podia ajudar-nos, en primer lloc, a situar i entendre millor el per què del nostre encàrrec de gestió; així com aportar-nos noves orientacions sobre aquesta matèria, les quals, posteriorment, potser podrien ajudar-nos a afrontar els nombrosos interrogants que planteja, encara avui dia, la figura de l'encàrrec de gestió.

És per això, que dedicarem les pàgines que segueixen a continuació a exposar breument algunes de les principals conclusions a les que hem arribat al llarg de la nostra estada de recerca a Itàlia, analitzant detalladament el concepte i règim jurídic del *Avvalimento*. Si bé, com veurem més endavant, les importants reformes legislatives i constitucionals aprovades a Itàlia en els darrers anys ens portaran també a matisar algun dels plantejaments inicials en aquesta matèria.

---

<sup>65</sup> En aquest sentit, per exemple, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "Órganos de las Administraciones Públicas", Op. Cit., 77; HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 157 o MORELL OCAÑA, Luis: *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Aranzadi, tercera edició, Pamplona 1998, p. 242-243.

## 1.- LES RELACIONS ENTRE LES REGIONS I ELS ENS LOCALS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓ ITALIANA DE 1948.

Per iniciar la nostra exposició, hem d'advertir que, tal i com succeeix també en el nostre ordenament amb els termes “encomienda” o “encàrrec”, el mot italià “*avvalimento*” té també en aquell sistema normatiu diferents significacions jurídiques. Més enllà del significat comú d'aquesta paraula per a designar el fet de valer-se d'un tercer per realitzar una determinada actuació, en l'àmbit del Dret aquesta serveix per a designar diferents institucions. La primera d'elles, i de la que ens ocuparem en la nostra exposició, és la prevista en la formulació inicial de la Constitució italiana de 1948 on l'*Avvalimento* se'ns presenta com un instrument organitzatiu per articular les relacions entre el nivell regional i local en l'exercici de les funcions administratives. Però, com dèiem, amb aquesta terminologia també pot fer-se referència a altres situacions i, molt especialment, a aquells supòsits contractuals en què un operador econòmic, per tal de posicionar-se millor en un determinat procediment d'adjudicació d'un contracte públic, recorre als elements materials d'un altre operador econòmic dels quals ell directament no disposa<sup>66</sup>. Aquest mecanisme de gestió contractual, en quan que institució al marge dels mecanisme de col·laboració entre Administracions Públiques, quedarà òbviament fora del nostre objecte d'estudi.

Dit això, cal insistir que per poder entendre correctament la figura del *Avvalimento* hem de partir necessàriament del sistema d'organització política i territorial establert per la Constitució italiana de 1948 (en endavant, CI). Com es sabut, el text constitucional italià, com a reacció al model centralista de l'anterior règim feixista i dictatorial, va establir un model d'Estat compost que, tot i que respectant la seva unitat i la indivisibilitat (art. 5 CI), s'articulava sobre la base dels principis de descentralització i autonomia en diferents nivells de govern i administració territorial. En particular, segons l'article 114 de la Constitució italiana, la República estava integrada per les regions, les províncies i els municipis.

---

<sup>66</sup> L'article 49.1 del Decret Legislatiu 163/2006, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el Codi dels Contractes públics italià (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) regula el règim jurídic d'aquest tipus de “avvalimento” assenyalant que un determinat operador econòmic “può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA *avvalendosi* dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”. Les cursives són nostres.

En aquest sentit, i fent un repàs introductorí molt ràpid al sistema regional italià<sup>67</sup>, cal recordar que la Constitució d'aquell país va preveure un sistema de distribució del poder polític estructurat en diferents nivells de producció normativa. Així, es configurava a les Regions com a ens autònoms dotats de poders i funcions pròpies segons els principis fixats per la Constitució (art. 115 CI) a les que es reconeixia competències legislatives en un seguit de matèries enumerades de forma exhaustiva a l'article 117 d'aquell text constitucional. Si bé, cal tenir present que aquestes competències legislatives es configuraren com a competències concurrents amb l'Estat, ja que, en tot cas, les regions havien de respectar els principis fonamentals establerts per la legislació estatal, així com no contradir l'interès nacional o els interessos de les altres regions.

Per altre banda, l'article 118.1 de la CI establia l'anomenat "principi de paral·lelisme", segons el qual s'atorgava també a les regions l'exercici de totes les funcions administratives sobre les matèries en les que el ja citat article 117 de la Constitució els reconeixia competències legislatives; amb l'única excepció de les matèries d'interès exclusivament local que havien de ser atribuïdes directament per la legislació de l'Estat als municipis i províncies. En aquest sentit, la Constitució italiana, al igual que succeeix amb el nostre text constitucional, no fixava directament quines havien de ser les funcions dels ens locals sinó que es limitava a definir-los com "ens autònoms en l'àmbit dels principis fixats per la legislació general de la República" (art. 128 CI), tot remetent la determinació de les seves funcions a la legislació ordinària estatal.

Però sens perjudici de l'anterior, el que ens interessa destacar, sobretot, és el fet que malgrat que el constituent italià semblà inspirar-se en un model fonamentat sobre la rígida separació entre les noves entitats regionals i els ens locals preexistents – de fet, la remissió de la determinació de les funcions dels ens locals a la llei estatal era vista com una clàusula de salvaguarda, que tendia a defensar la seva autonomia –, és també veritat que el text constitucional italià estableix altres previsions normatives basades més en la integració funcional dels diferents nivells institucionals que no en el seu distanciament. Un bona mostra d'aquestes previsions la trobem al ja citat article 118.3 de la CI que establia la

---

<sup>67</sup> La bibliografia sobre el sistema regional italià és certament molt extensa, entre molts altres podem citar, ROLLA, Giancarlo: *Il sistema costituzionale italiano. L'organizzazione territoriale della Repubblica*, Giuffrè Editore, Milan 2005; GAMBINO, Silvio (Dir.): *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè Editore, Milan, 2003; BARBERA, Augusto i FUSARO, Carlo: *Corso di Diritto Pubblico*, Ed. Il Mulino, Bologna 2001 o MEALE, Guido: *Diritto delle regione e poteri locali*, Ed. Cacucci, Bari 2003. També pot resultar molt adient la lectura de VELASCO CABALLERO, Francisco (Dir.): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Op. Cit., especialment p. 193-362.

possibilitat de que les regions deleguessin part de les seves funcions administratives als governs locals o bé poguessin exercir-les mitjançant la utilització dels mitjans d'una altre entitat pública de caràcter local – com preveu literalment aquest precepte “*avvalendosi dei loro uffici*” –.

És, doncs, en aquest moment on ens apareix per primera vegada la figura del *Avvalimento*, la qual, junt amb la figura de la delegació, semblava donar entrada al model constitucional italià a una visió més dinàmica i flexible de les relacions entre els nivells de govern i administració local i regional<sup>68</sup>. Així, tot i que el sistema instaurat a través de l'article 118 de la Constitució italiana configurava a les regions no només com a entitats titulars de potestats legislatives, sinó també de potestats administratives (junt als ens locals i l'Estat), la intenció del constituent italià, segons s'ha afirmat, era promoure que aquelles es configurassin principalment com a “entitats de govern”, amb funcions prevalentment legislatives, de programació, d'impuls o direcció; reservant per als ens locals un paper “d'ens de gestió”, executant materialment les diferents actuacions administratives<sup>69</sup>. D'aquesta manera no sols podia aconseguir-se una millor integració entre aquests dos nivells institucionals sinó que, a més a més, podia veure's com una forma eficient d'alleugerir la organització administrativa i evitar així la creació de noves e inútils estructures burocràtiques.

Ara bé, la doctrina italiana va posar també de relleu la notable indeterminació del model constitucional italià, que no va preveure realment un model acabat de relacions entre el nivell local i regional. I és que, junt amb les anteriors previsions de caràcter integrador, el text constitucional de 1948 ofería també a les regions la possibilitat de disposar d'una administració perifèrica pròpia, amb funcions de gestió directe de les competències de

---

<sup>68</sup> Són molts els autors italians que destaquen les formules delegatives previstes per l'article 118 de la Constitució com una nova forma d'articulació entre els diferents ens públics; alhora que ens les presenten com una forma de donar resposta a les exigències derivades del nou text constitucional, substituint la organització monolítica, unitària i jeràrquicament ordenada pròpia de l'etapa feixista anterior, per una organització plural, estructurada a partir de l'idea de col·laboració. Podem citar, entre molts altres, VANDELLI, Luciano: “Le Regione, le Province, i Comuni”, en BRANCA, Giuseppe: *Comentario Della Costituzione*, Ed. Nicola Zanichelli, Bolonia 1985, p. 267; BERTI, Giorgio: “Autonomie locali intraregionali e esercizio delle funzioni amministrative regionale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, abril-juny 1971, p. 464-483 o MARCHETTI, Gloria: *Le autonomie locale fra Stato e Regioni*, Giuffrè Editore, Milan 2002, p. 4-5.

<sup>69</sup> Es refereixen a aquesta idea, entre molts altres, BARBERA, Augusto: *La regione come ente di governo*, Ed. Il Mulino, Bolonia 1974; MARCHETTI, Gloria: *Le autonomie locale fra Stato e Regioni*, Op. Cit., p. 5 o PIZZETTI, Franco: *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Giuffrè Editore, Milan 1979, p. 524 i segs.

caràcter administratiu. La referència prevista a l'article 117.1 a) de la Constitució italiana – que reconeixia a les regions competències legislatives per a regular el “ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione” – es va interpretar precisament en aquest sentit, entenent que la capacitat normativa regional no es limitava únicament a aquella organització mínima e indispensable per al funcionament dels òrgans regionals, sinó que s'estenia també a la creació i regulació d'aquelles entitats dirigides a l'exercici de les funcions administratives en els diferents sectors materials<sup>70</sup>. Al mateix temps, el fet que l'article 129 de la Constitució italiana definís als municipis i províncies també com a circumscripcions per a la desconcentració regional o que l'article 119.2 del mateix text constitucional reconegués a les regions autonomia financera i se'ls atribuís capacitat tributària per a sufragar les despeses necessàries derivades de l'exercici de les *seves funcions*, varen ser altres dels arguments que portaren a reconèixer-los la capacitat per exercitar directament les seves pròpies funcions administratives.

D'aquesta manera, tot i que els diferents estatuts regionals varen introduir majoritàriament la figura del *Avvalimento* en els seus respectius ordenaments jurídics – podem citar per exemple, com a meres referències normatives, l'article 12 de l'Estatut Regional de la Regió de Campania, aprovat mitjançant la Llei núm. 348/1971, de 22 de maig o l'article 11 de l'Estatut Regional de Friuli Venècia-Gúlia, aprovat mitjançant la Llei constitucional núm. 1/1968, de 31 de gener o, finalment, l'article 69 de l'Estatut regional de Llombardia, aprovat per la Llei 339/1971, de 22 de maig – cap d'ells no va procedir a donar una actuació real a aquestes previsions, sinó que els diferents governs regionals varen optar unànimement per crear una organització administrativa pròpia, al marge de les administracions locals.

---

<sup>70</sup> MARCHETTI, Gloria: *Le autonomie locale fra Stato e Regioni*, Op. Cit., p. 9; VANDELLI, Luciano: “Le Regione, le Province, i Comuni”, Op. Cit., p. 269 o PALADIN, Livio: *Diritto regionale*, Ed. Cedam, setena edició, Padua 2000, p. 350-354.

En el mateix sentit, BENVENUTI afirmava que malgrat que inicialment es podia pensar que l'atribució de competències administratives a les Regions era una qüestió purament formal o gairebé fictícia, que havia estat realitzada per posar de relleu una certa graduació en els diferents tipus d'ens territorials, però que en el fons no els corresponia una titularitat efectiva d'aquestes funcions administratives, era plenament desvirtuada per la resta del text constitucional, del qual resultava clarament que “la Regione è concepita come un ente al quale compare l'effettivo esercizio delle funzioni amministrative di cui è titolare onde le è attribuita una struttura organica corrispondente alle necessità di quello effettivo esercizio”. BENVENUTO, Feliciano: “L'organizzazione impropria della Pubblica Amministrazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1956, p. 971.

Segurament el fet que algunes de les competències que constitucionalment s'assignaven a les regions, per la seva pròpia naturalesa, només podien ser exercides de forma directa – pensi's, per exemple, en la funcions de control sobre els ens locals, o les funcions d'interès regional previstes a l'article 117 de la CI – va portar a què totes elles configuressin el seva pròpia estructura administrativa. El cas més paradigmàtic és, potser, l'article 48 del Estatut de la Regió del Veneto, aprovat per la Llei 340/1971, de 22 de maig, en el què, després de reproduir-se en termes literals l'article 118.3 de la Constitució italiana, en el següent paràgraf s'establia la creació d'un aparell administratiu propi de la Regió.

En definitiva, totes aquestes circumstàncies varen portar a què la figura del *Avvalimento* quedés molt lluny de constituir una de les formes “normals” d'exercici de les competències administratives de les regions (junt a la delegació) que preveia l'article 118 de la Constitució italiana<sup>71</sup>. De tota manera, tot i que l'*Avvalimento* no s'hagi configurat finalment com un mecanisme habitual de l'exercici de les funcions administratives, això no suposa que aquest hagi quedat simplement com una possibilitat merament teòrica. La pròpia legislació de règim local en vigor – en particular l'article 4.1 del Decret Legislatiu 267/2000, de 18 d'agost, pel que s'aprova el Text Únic en matèria d'Ens Locals (d'ara endavant, TUEL) – segueix preveient aquesta institució amb caràcter general, a la vegada que ens resulta possible trobar molts exemples normatius concrets en la legislació sectorial que, al llarg de tots aquests anys, ens demostren que la utilització dels mitjans locals era una tècnica perfectament aplicable i aplicada - per exemple, podem citar l'article 7 de la Llei de la Regió del Lazio núm. 16/1985, de 19 de febrer, per la que s'aproven les normes per la formació i gestió dels programes regionals per a l'energia, en la que es preveu que la instrucció de les sol·licituds formulades en el marc d'aquests plans regionals podia gestionar-se a través de la utilització dels mitjans dels municipis i províncies o, fins i tot, en un àmbit tant important com és la notificació dels actes administratius, l'article 10 de la Llei 265/1999, de 3 d'agost,

---

<sup>71</sup> SEVERO SEVERI, Fabio: “Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici”, en AAVV: *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Ed. UTET, Torino 199, p. 555. En el mateix sentit, s'afirma que, malgrat que l'*Avvalimento* és el mètode més immediat d'administració indirecta ha estat també el menys utilitzat, ja que l'experiència demostra que les regions o han delegat les seves funcions *in toto* als ens locals, o bé les exerceixen a través de la seva pròpia administració, pel que “rarissimo, per tanto, è stato il concreto ricorso all'istituto in esame”. CARINGELLA, Francesco (Dir.): *L'ordinamento degli enti locali nel Testo Unico*, IPSOA, segona edició, 2001, p. 120.

CAVALERI, en termes similars, qualifica també l'experiència regional en aquesta matèria clarament desilusionant, tot i que, per intentar donar resposta a aquest fenomen, afegeix que el Decret del President de la República 616/1977, de 24 de juliol, pel qual s'atribuïen als municipis i províncies directament moltes funcions regionals d'interès exclusivament local va reduir objectivament i de forma molt notable l'espai material en el que aquests mecanismes haguessin pogut trobar una major aplicació. CAVALERI, Paolo: *Diritto regionale*, Ed. Cedam, Padua, 2000, p. 122.



preveia que, en determinats supòsits, per a realitzar aquest tràmit les Administracions Públiques podien valer-se dels mitjans municipals<sup>72</sup> —. Pel que, en atenció a aquesta circumstància, creiem oportú donar un pas més i exposar, ni que sigui de forma breu, alguns dels trets essencials del seu règim jurídic.

## **2.- EL *AVVALIMENTO* A L'ORDENAMENT JURÍDIC ITALIÀ: CARACTERÍSTIQUES GENERALS.**

En primer lloc, hem de matisar que resulta certament difícil poder establir una caracterització uniforme o general d'aquesta institució en la mesura que, al marge de les disposicions constitucionals i estatutàries a les que hem fet referència anteriorment, no trobem una regulació general que estableixi els seus trets essencials, sinó que parlem sempre de preceptes genèrics que admeten la utilització d'aquesta figura (com el ja citat article 4.1 del TUEL) o supòsits normatius puntuals que preveuen la possible utilització d'aquesta figura en un àmbit material molt concret. Al mateix temps, com passa a casa nostra amb la figura de l'encàrrec de gestió, és certament difícil poder trobar treballs doctrinals que, d'una manera específica, abordin l'estudi d'aquestes qüestions. Normalment aquesta institució acostuma a incloure's únicament i de forma molt breu dintre dels comentaris generals al text constitucional italià o en la definició de l'estructura organitzativa de les regions, però no ha suscitat l'interès i atenció que, en canvi, sí que presenten altres figures com la delegació de competències (*delega amministrativa*)<sup>73</sup>.

Aquesta manca de definició i concreció normativa del règim jurídic del *Avvalimento* ha estat posada de relleu també per la pròpia doctrina jurídica italiana que, a l'hora d'analitzar aquesta institució, s'ha vingut plantejant quin era realment el seu abast i funcionalitat. En aquest sentit, tradicionalment s'han vingut diferenciant dues posicions clarament contraposades. Per una banda, podem trobar alguns autors que, ja des de les primeres

---

<sup>72</sup> Podríem posar molts altres exemples de caràcter més sectorial, com l'article de 11 la Llei Regional del Piemonte núm. 24/2002, de 24 d'octubre, de Gestió dels residus, en el que s'inclou la possibilitat que el consorci obligatori per a la recollida dels residus que preveu aquesta Llei pugui valer-se, per a l'exercici de determinades funcions, dels mitjans dels municipis participants.

<sup>73</sup> Sobre la delegació de competències a l'ordenament jurídic italià, podem citar alguns dels treballs clàssics sobre aquesta matèria com, entre altres, ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Giuffrè Editore, Milan 1970; CAMELLI, Marco: "Delega amministrativa", en AAVV: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Ed. Treccani, vol. X, Roma 1988; FRANCHINI, Flaminio: *La delegazione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milan, 1950 o MIELE, Giovanni.: "Delega (Diritto Amministrativo)", en AAVV: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè Editore, Milan, 1962, p. 905-932.

interpretacions del text constitucional italià, tendien a considerar la delegació de funcions i l'*Avvalimento* previstos a l'article 118.3 de la Constitució com a mecanismes *alternatius* per a l'exercici de les funcions administratives regionals<sup>74</sup>. En aquest sentit, es considerava que la delegació seria l'únic instrument que permetia realment la realització d'una descentralització horitzontal i que tindria com a objectiu la participació efectiva dels ens locals a l'exercici de les funcions administratives regionals. Pel que, des d'aquest punt de vista, la delegació es convertiria en un mecanisme de democratització de la gestió de les funcions administratives.

La utilització dels mitjans locals, en canvi, es veia com un instrument que respondria simplement a les exigències tècnico-burocràtiques i que tindria per finalitat un objectiu oposat: la centralització de l'exercici de certes funcions, mitjançant l'atracció dels aparells burocràtics locals per part de l'ens regional. En aquest supòsits, es produiria una situació de codependència d'aquests aparells burocràtics ja que, si bé orgànicament seguirien vinculats a l'administració local, funcionalment tindrien una doble adscripció tant al nivell local com regional<sup>75</sup>.

Enfront d'aquesta consideració, un altre sector doctrinal tendia a interpretar tant la delegació com l'*Avvalimento* com a instruments no alternatius, sinó com a mecanismes que respondrien a la mateixa exigència d'articular la participació dels ens locals en l'exercici de les funcions administratives regionals, amb l'única diferència que mentre que en el supòsit de la delegació aquesta participació s'obté a través del conferiment d'un títol d'atribució; en el segon, es tracta d'una col·laboració a nivell merament burocràtic. Per tant, el mateix objectiu d'afavorir la participació dels ens locals en l'exercici de les funcions administratives regionals es mantindria en el cas que no es considerés oportú o convenient procedir a una delegació de funcions. Però, en qualsevol cas, es destacava l'aplicació a ambdues

---

<sup>74</sup> Un dels principals referents en aquest sentit seria el professor Fabio ROVERSI-MONACO, per exemple, en el seu treball *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., quan afirma: "nell'avvalersi non si ha contitolarità della funzione, e questo impedisce qualsiasi accostamento alla delegazione, unica titolare diretta della funzione essendo la Regione stessa [...]. Agli organi di cui si avvale vengono attribuiti incarichi tecnici o esecutivi, o viene demandato il compito di svolgere un'attività preparatoria, interna" pel que, s'afegeix, que amb l'*avvalimento* no es té la intenció de crear una administració descentralitzada sinó, en el millor dels casos, desconcentrada, ja que no es produeix una relació entre òrgans o entitats externes sinó que es resolen problemes interns de tècnica administrativa (p. 145 i segs).

<sup>75</sup> A més de l'autor anteriorment citat, podem mencionar, entre d'altres, GIANNINI, Máximo Severo: "Autonomia locale e autogoverno" en *Il Corriere Amministrativo*, 1948, p. 1071 o MORTATI, Constantino: "Considerazioni su alcuni aspetti dell'ordinamento regionale", en AAVV: *Studi sulla Costituzione*, vol. III, Giuffrè Editore, Milan 1958, p. 816-817.

institucions dels mateixos principis reguladors, ja que s'entén que la utilització de mitjans locals no ha de veure's simplement com una simple utilització de "òrgans" sinó que fa referència a l'exercici d'una competència externa per part de l'Administració local encarregada<sup>76</sup>.

Sens perjudici d'aquestes consideracions, la doctrina jurídica italiana posterior ha semblat decantar-se més cap a la primera de les interpretacions proposades, destacant la dificultat de configurar la delegació de funcions regionals i la utilització dels mitjans locals de l'article 118 de la Constitució italiana com una única institució unitària. Semblaria més aviat que el text constitucional italià ha previst dos instruments diferenciats que permetrien a les regions, en funció de les diverses circumstàncies pràctiques existents, poder individualitzar aquell que resulti més idoni per aconseguir el resultat esperat<sup>77</sup>. Així aquest autors parteixen d'una posició més flexible, fonamentada sobre la pròpia amplitud de les disposicions constitucionals i estatutàries, que permetria no només escollir l'instrument al que recórrer sinó també adaptar-lo a les exigències reals i prendre en consideració l'aplicació concreta d'aquests mecanismes translatius. A la vegada que aquesta flexibilitat i l'atenuació de les diferències entre aquests dos instruments es va manifestar també en el fet que alguns pocs estatuts regionals – com, per exemple, el ja citat Estatut regional de Llombardia de 1971 – varen preveure expressament l'aplicació al *Avalimento* dels principis relatius a la delegació de competències en allò que resultes d'aplicació<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> En aquest sentit s'acostuma a citar POTOTSCHING, Umberto: "La delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali", en *Foro Amministrativo*, III, 1971. Aquest autor subratlla que "l'utilizzazione degli uffici non segue, dunque, regole o principi diversi da quelli che valgono in caso di delega. La differenza sta solo in ciò che nel primo caso la partecipazione degli enti locali comporta non il conferimento dei attribuzioni, ma una collaborazione a livello esclusivamente burocratico [...]. si tratta infatti di utilizzazione di ufficio e non [...] di organi" (p. 458-459). Aquest autor també subratllava la inconsistència de la teoria de la codependència formulada per ROVERSI MONACO ja que, segons el text constitucional italià de 1948, les regions no disposaven de competències sobre l'organització administrativa dels municipis, províncies o altres ens locals.

<sup>77</sup> Aquesta posició més matisada és, per exemple, la que semblen mantenir VANDELLI, Luciano: "Le Regione, le Province, i Comuni", Op. Cit., p. 269 o CARETTI, Paolo: "L'utilizzazione degli uffici degli enti locali", en AAVV: *Scritti in onore di C. Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, vol. II, Giuffrè Editore, Milan, 1977, p. 585-590.

<sup>78</sup> L'article 69 del mencionat Estatut de la Regió de Llombardia de 1971, regulava conjuntament la delegació de funcions regionals als ens locals i la utilització dels mitjans locals per a l'exercici d'aquestes funcions, establint que "Per l'utilizzazione degli uffici degli enti locali si osservano, in quanto applicabili, i principi di cui ai precedenti comma [...]"; apartats que, en la seva major part, feien referència a la delegació.

És des d'aquesta perspectiva que hem de passar a analitzar, des d'una visió necessàriament general, alguns dels elements concrets que integren el règim jurídic del *Avvalimento*. En aquest sentit, com hem fet ja en el *Capítol* anterior per a l'encàrrec de gestió i com continuarem després amb més detall, considerem oportú examinar aquesta institució des d'un triple punt de vista, examinant, en primer lloc, el seu àmbit d'aplicació subjectiu; en segon lloc, el seu objecte i, finalment, la seva naturalesa jurídica.

#### A) Àmbit subjectiu.

De la referència al *Avvalimento* prevista inicialment el text constitucional italià, semblava deduir-se fàcilment que aquesta institució es configurava com una fórmula organitzativa de caràcter bilateral. En efecte, per a poder aplicar correctament aquest mecanisme de col·laboració la Constitució italiana requeria la presència de dos subjectes diferents i que ella mateixa semblava identificar. Així, per un costat, trobaríem les regions, que eren les que exercien les seves funcions administratives i, per altre, els municipis, províncies i altres ens locals (art. 118.3 CI) que, a través dels seus mitjans (dels seus *uffici*)<sup>79</sup>, feien possible materialment aquest exercici competencial.

La gran majoria dels estatuts regionals varen limitar-se a reproduir literalment aquestes previsions constitucionals però sense afegir cap altre requisit subjectiu a aquesta figura, ni concretar específicament a quins ens locals es referien els seus preceptes – és el cas, per exemple, l'article 57 de l'Estatut de la Regió Toscana, aprovat per la Llei 342/1971, de 22 de maig, que es referia simplement a la utilització dels mitjans dels municipis, províncies i altres ens locals o de l'article 64 de l'Estatut de la Regió de Molisse, aprovat per la Llei 347/1971, de 22 de maig, que s'expressa en el mateixos termes<sup>80</sup> –.

---

<sup>79</sup> Segons la doctrina majoritària, per “uffici” cal entendre el complex organitzatiu de competències, recursos humans, materials i mitjans dirigits a la consecució dels fins institucionals que s'assignen als òrgans d'un determinat ens. Pel que, cal partir-se en aquest punt d'una noció ampla de mitjans, no només referida als mitjans materials. Sobre el concepte italià de *uffici*, pot consultar-se, entre molts altres, CARINGELLA, Francesco: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Ed. Percorsi, tercera edició, Milan 2008, p. 557-559; SANDULLI, Aldo M.: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene Editore, quinzena edició, Nàpols, 1989, p. 85.

<sup>80</sup> No obstant, en alguns supòsits, els estatuts regionals sí que afegien alguna precisió ulterior, però sense modificar substancialment l'idea exposada anteriorment. Per exemple, l'Estatut de la Regió de Puglia, aprovat per la Llei 349/1971, de 22 de maig, preveia que la Regió podia utilitzar els mitjans propis dels municipis, províncies i dels altres ens locals, afegint, especialment, els *Circondari* que el propi Estatut autoritzava a crear i que es configuraven com un ens administratiu intermedi entre els municipis i les províncies; o també l'article 63 de l'Estatut Regional de la Liguria, aprovat per la Llei núm. 341/1971, de

Com fàcilment pot deduir-se, deixant de banda els municipis i províncies expressament mencionats a l'article 118.3 de la Constitució italiana, el debat es plantejava sobretot en relació amb els “*altri enti locali*” que es mencionaven al text constitucional i estatutari; qüestió que, com pot pensar-se, anava molt més enllà de l'estricta règim jurídic del *Avvalimento*, per referir-se a la pròpia definició de l'organització territorial de la República italiana<sup>81</sup>. Les interpretacions doctrinals en aquest punt foren certament molt diverses, ja que mentre que alguns autors identificaven com a “ens locals” qualsevol entitat pública l'àmbit d'actuació de les quals es circumscrigués a una part del territori nacional<sup>82</sup>, altres mantenien una posició molt més restrictiva que consideraven com a tal només aquells que tenien una composició democràtica – electiva, tot i que de segon grau – i que, per tant, podien veure's com una emanació dels ens territorials primaris (municipis i províncies)<sup>83</sup>.

En qualsevol cas, sense poder entrar a fons en aquestes disquisicions, ens interessa destacar que el desenvolupament de la legislació de règim local, a partir dels anys 90, va permetre superar en gran part aquests dubtes, clarificant-se quines eren aquelles entitats que tenien la consideració d'ens locals. Així, en un primer moment, la Llei 142/1990, de 8 juny, va estendre aquesta consideració no sols a les ciutats metropolitanes (*città metropolitana*) i a les anomenades comunitats de muntanya (*comunità montane*), sinó també a altres formes de col·laboració orgànica entre els ens locals, com podien ser els consorcis (*consorzi*) i les unions de municipis (*unioni di comune*). Extensió que s'ha anat mantenint en les últimes dècades i avui es troba plenament consolidada, havent estat recollida a l'article 2.1 del citat Text Únic en matèria d'Ens Locals.

---

22 de maig, en que es preveia que la utilització dels mitjans locals podia estendre's a províncies, municipis, a les comunitats de muntanya i als altres ens locals.

<sup>81</sup> En aquest sentit, cal afegir-se que els dubtes sobre l'extensió que calia donar a la denominació d'ens locals es plantejaven no només en l'aplicació de l'article 118 de la Constitució italiana, sinó també en relació amb l'aplicació de l'article 130 del mateix text constitucional en què es regulaven els controls regionals sobre els municipis, províncies i altres ens locals.

<sup>82</sup> Posició que, entre d'altres, era mantinguda per Santi ROMANO, que definia als ens locals com aquells ens la circumscripció dels quals es limitava una part del territori estatal. D'aquí que la seva noció d'ens locals el portés a incloure tant els ens territorials com institucionals, sempre que es limitessin a una part de l'àmbit territorial italià. ROMANO, Santi: *Principi di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, tercera edició, Milan 1912, p. 176.

<sup>83</sup> Sobre aquesta qüestió i sobre les diferents interpretacions plantejades, vegeu VANDELLI, Luciano: “Le Regione, le Province, i Comuni”, Op. Cit., p. 269; CUOCOLO, Fausto: “Aspetti della delega delle funzioni amministrative dalle regione agli enti locali”, en AAVV: *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, vol. 2, Giuffrè Editore, Varese 1977, p. 653-658; STADERINI, Francesco: *Diritto degli enti locali*, Ed. Cedam, onzena edició, Padua 2006, p. 11-13 o PIZZETTI, Franco: “Sulla nozioni di ente locali nel sistema Costituzionale”, en *Le Regione*, 1975, p. 1104 i segs.

Per altre banda, la doctrina va plantejar-se també el dubte de si l'enumeració realitzada a l'article 118.3 de la Constitució italiana i als textos estatutaris regionals era una enumeració oberta o tancada, en el sentit de si calia considerar que aquest mecanisme es limitava exclusivament a regular les relacions entre les regions i els ens locals, però no podia estendre's a altres tipus d'ens territorials. La resposta a aquesta pregunta va venir de la mà de la jurisprudència constitucional. Així, en un primer moment, la *Corte Costituzionale* italiana va reconèixer que les regions no sols podien valer-se dels mitjans locals, sinó també dels mitjans de l'Estat, per tant, en una espècie de relació vertical inversa. La Sentència del Tribunal Constitucional italià núm. 9/1957, de 17 de gener – o, en termes molt semblants, la Sentència núm. 39/1957, de 28 de febrer – així ho va admetre expressament. L'objecte del debat, en aquest supòsit concret, venia predeterminat pel Decret de la Regió de Sicília núm. 147/1954, de 31 de desembre, que preveia que, fins que no es constituís l'organització tributaria pròpia d'aquesta Regió, determinades funcions en aquesta matèria s'exercirien materialment per l'Administració estatal, però per compte de la Regió. El Tribunal Constitucional italià va avalar aquesta utilització dels mitjans estatals, però sempre que estigues prevista expressament als estatuts regionals o a la legislació ordinària, que n'hauria de regular el seu funcionament, ja que, segons s'afirmava, l'organització administrativa estatal en cap cas podia passar automàticament a les regions (F.J. únic).

Amb posterioritat, però amb plena coherència amb l'argumentació anterior, el Tribunal Constitucional italià encara va donar un pas més i també va admetre la utilització del *Avvalimento* per part de l'Estat en relació amb els ens locals. Concretament, en la Sentència núm. 35/1972, de 23 de febrer, davant del recurs presentat per la Regió del Trentino-Alto Adige, la *Corte Costituzionale* va declarar ajustada a Dret la Llei estatal 11/1971, d'11 de febrer, de l'arrendament dels fons rústics, en la que l'Estat assignava determinades funcions a un cos d'inspectors provincials acudint directament a la figura del *Avvalimento*. Segons el raonament del Tribunal Constitucional, malgrat el silenci del text constitucional, seria absurd considerar que allò que les regions poden realitzar en relació a determinats ens locals dotats d'autonomia (com municipis i províncies), estigui en canvi vedat per l'Estat en les seves relacions amb aquests mateixos ens (F.J. 4).

Més endavant, totes aquestes possibilitats definitivament foren positivitzades en diferents normes jurídiques, com el ja citat Decret del President de la República 616/1977, de 24 de juliol, en què es preveuen formes d'*Avvalimento* dels mitjans estatals tant per part de les

regions (art. 107), com per part dels ens locals (art. 105); o a l'article 3.1 f) de la Llei 59/1997, de 15 de març, que admet la possibilitat que la legislació estatal reguli les condicions amb les quals l'Administració de l'Estat, per tal d'acomplir la satisfacció dels interessos nacionals, pot valer-se dels mitjans dels ens locals per a l'exercici de les seves funcions administratives<sup>84</sup>.

#### B) Àmbit objectiu.

Si ens centrem ara en l'àmbit objectiu del *Avvalimento*, hem de partir novament de la indeterminació del text constitucional i dels diferents estatuts regionals que, com hem dit, es limiten a preveure únicament la possibilitat d'exercir les seves funcions administratives a través dels mitjans locals. En aquest sentit, com succeeix també amb la figura de l'encàrrec de gestió previst a la LRJPAC espanyola, el possible àmbit material del *Avvalimento* se'ns presentava, *a priori*, amplíssim, ja que segons l'article 118.3 de la Constitució italiana podia afectar a qualsevol tipus de funció administrativa atribuïda a les diferents Administracions Públiques legitimades. A més a més, cal tenir present en aquest punt que la doctrina jurídica italiana ha interpretat la noció de "funcions administratives" d'una manera molt extensa, incloent qualsevol activitat de l'Administració Pública dirigida a la tutela dels interessos de la col·lectivitat<sup>85</sup>. Així doncs, seguint aquesta interpretació, la utilització dels mitjans aliens no sols s'havia de limitar a tasques merament materials, instructores o de gestió – com, malgrat tot, la pràctica ens demostra que així ha estat – sinó que podria incloure, fins i tot, les activitats de caràcter jurídic o resolutori necessàries per a l'exercici d'aquestes funcions administratives<sup>86</sup>. Activitats que, com ja hem indicat anteriorment, semblarien estar excloses de l'àmbit d'aplicació dels nostre encàrrec de gestió en virtut de l'article 15 de la LRJPAC.

---

<sup>84</sup> En aquest punt, cal tenir present que la Sentència del Tribunal Constitucional italià núm. 206/2001, de 26 de juny, va declarar la constitucionalitat d'aquesta específica previsió (F.J. 27-28).

<sup>85</sup> Amb caràcter general, sobre el règim jurídic de les competències en l'àmbit de l'Administració Pública italiana poden veure's, entre molts altres, CARINGELLA, Francesco: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Op. Cit., p. 571-580 o CERULLI IRELLI, Vincenzo: *Lineamenti del diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, segona edició, Torí, 2010, p. 79-95.

<sup>86</sup> Alguns autors, com ROVERSI-MONACO, ja havien subratllat que aquests encàrrec havien de limitar-se, principalment, a la realització d'activitats preparatòries, internes, "senza che, almeno sotto il profilo formale, si possa parlare di un potere decisivo o di una competenza esclusiva comunque garantita". ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., p. 147. També fa referència a aquest caràcter limitat de l'objecte del *Avvalimento*, CERULLI IRELLI, Vincenzo: *Lineamenti del diritto amministrativo*, Op. Cit., p. 94.

De tota manera, i malgrat la vaguetat referent a l'àmbit material d'aplicació sobre el què es construeix el *Avvalimento*, creiem que sí que podem fer algunes precisions importants. En primer lloc, de l'anterior es desprèn ja una primera conseqüència i és que l'*Avvalimento* es limitava únicament a l'exercici de les funcions administratives, però sense afectar, en cap cas, a les competències legislatives que l'ordenament jurídic italià atribuïa a l'Estat i a les regions. Pel que, com per altre banda sembla obvi, no resultaria possible a través d'aquest instrument poder traspassar a un altre ens públic la funció legislativa que la constitució italiana atribuïa a les dues cameres que conformen el Parlament italià (*Camera dei Deputati* i *Senato della Repubblica*, art. 55.1 i 70 CI) i als diferents *Consiglio regionale* (art. 121 CI).

Si ens centrem ja en l'àmbit de les funcions administratives, cal tenir present també que a l'ordenament jurídic italià es parteix, com en el cas espanyol, del principi d'irrenunciabilitat de les competències, considerant que aquestes s'han d'exercir necessàriament per l'òrgan que les té efectivament atribuïdes<sup>87</sup>. En aquest sentit, l'*Avvalimento* ens apareix com una excepció, prevista ja a nivell constitucional, a aquest principi general d'indisponibilitat, ja que es permet que l'exercici material de determinades funcions administratives pugui realitzar-se per part d'una altra entitat pública a la que, en principi, li estaria vedada aquesta possibilitat.

De tota manera, cal tenir present, en primer lloc, que l'*Avvalimento* no suposa en cap cas una modificació de l'ordre objectiu de competències establert per l'ordenament jurídic, ja que no s'afecta a la titularitat de la funció administrativa, que es manté en la regió (o altre ens públic) que hagi fet ús d'aquest mecanisme. Però és que, a més a més, al tractar-se d'una simple utilització de mitjans materials aliens, i tal com succeeix també – com veurem més endavant – amb el nostre encàrrec de gestió, s'afirma que l'*Avvalimento* no suposa tampoc la modificació de l'exercici formal d'aquestes funcions, ja que el resultat d'aquest exercici s'imputarà en tot cas a l'entitat pública que actua la seva competència, però no a l'entitat que posa a disposició els seus propis mitjans<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Novament, entre molts altres, CARINGELLA, Francesco: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Ed. Percorsi, tercera edició, Milan 2008, p. 571-580 o CERULLI IRELLI, Vincenzo: *Lineamenti del diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, segona edició, Torí, 2010, p. 79-95.

<sup>88</sup> DELL'ANNO, Paolo: "Utilizzazione di Uffici (Avvalimento)", Op. Cit., p. 61412-6143.



D'aquesta manera, doncs, s'atribueix als *uffici* de l'ens local simplement un exercici orgànic o material d'unes funcions administratives alienes, però no la titularitat formal d'aquest exercici. Així, l'Administració encarregada, no es situa en una posició activa, sinó simplement passiva, en el sentit que ha de limitar-se a posar els mitjans adients per tal de poder acomplir-se correctament la prestació en favor de l'entitat pública actuant. Per tant, s'ha assenyalat que no es tracta pròpiament de la clàssica distinció entre titularitat de la funció i exercici d'aquesta, ja que, en certa mesura des d'un punt de vista material, no es produeix una relació jurídica entre dues entitats, sinó simplement una col·laboració a nivell exclusivament burocràtic<sup>89</sup>.

Ara bé, fetes aquestes breus precisions, resulta certament difícil concretar amb més detall quins són els àmbit materials concrets en els que s'ha vingut desenvolupant aquest instrument o l'extensió que s'ha de donar a aquesta figura. No només perquè aquest ha estat utilitzat en sectors materials molt diversos, com per exemple, les obres públiques – com ho preveu l'article 6 de la Llei regional sarda núm. 19/1957, de 9 de maig, que preveu que l'execució de determinades obres relatives a la construcció de noves carreteres podia realitzar-se a través dels mitjans provincials –, o la gestió dels residus i la protecció del medi ambient – matèries a les que es referien els anteriorment citats articles 105 i 107 del Decret del President de la República núm. 616/1977, de 24 de juliol –; sinó també per la falta de rigor en la utilització de la terminologia jurídica per part de la legislació sectorial, tant estatal com regional, que, com s'ha subratllat per algun autor, en moltes ocasions no permet determinar prèviament si es tracta realment d'un supòsit d'utilització de mitjans d'una altre entitat pública, d'utilització dels propis mitjans o bé un supòsit de delegació de competències. A la vegada que s'afegeix que, en qualsevol cas, el que sí que resulta indubtable és que la utilització dels mitjans locals no ha suposat un canvi significatiu des de la perspectiva de revaloritzar l'autonomia dels ens locals ni tampoc de la seva major implicació o participació efectiva en la gestió de les funcions regionals<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., en què es parla de l'utilització dels mitjans locals, per exemple, com un simple "espediente organizzativo che non incide sulla titolarità della competenza" (p. 84).

<sup>90</sup> CARETTI, Paolo: "L'utilizzazione degli uffici degli enti locali", Op. Cit., p. 595.

### C) *Naturalesa jurídica.*

Del que hem vingut exposant anteriorment, ja pot deduir-se en gran part quina és la naturalesa jurídica que s'havia vingut reconeixent inicialment a aquesta institució. La seva configuració com un mecanisme d'organització impròpia o indirecta de les regions el convertia en un instrument de caràcter no negocial. És a dir, l'exercici material de determinades funcions administratives regionals podia ser imposat unilateralment, en virtut de l'habilitació constitucional de l'article 118.3 (i per l'ordenament estatutari regional), sense necessitat de comptar amb la prèvia acceptació per part de l'ens local afectat.

Tot i això, alguns estatuts regionals, conscients de la incidència que això podia tenir sobre la posició jurídica dels ens locals, varen establir ja la necessitat de comptar amb l'acord entre ambdós nivells de govern. Era el cas, per exemple, de l'Estatut regional del Piemonte, en que es senyalava que les modalitats d'utilització dels mitjans dels ens locals per part de la Regió "*sono stabilite di intesa con le amministrazione interesate*" (art. 68 Estatut piemontès de 1971) o també de l'article 63 del citat Estatut Regional de la Liguria de 1971, en què es preveia que la Regió podia valer-se dels ens locals per a l'exercici de les seves funcions administratives no només amb el previ acord sinó també respectant la seva pròpia autonomia. A la vegada que, en l'àmbit estatal, el Decret Legislatiu 281/1997, de 28 d'agost, pel qual es venien a concretar algunes de les mesures previstes a la ja citada Llei 59/1997, de 15 de març, va preveure també que el règim jurídic dels supòsits en què l'Estat podia valer-se dels mitjans dels ens locals o de les regions havia d'aprovar-se prèviament a la Conferència Estat - Regions (*Conferenza Stato-Regione*) o a la Conferència Estat - Ciutats i Autonomies locals (*Conferenza Stato- Città ed Autonomie Locale*). Per tant, donant entrada també a la possible participació de les entitats interessades (art. 2.1 i 9.2 Decret Legislatiu 281/1997).

Tot i que aquests eren uns condicionants que no es preveien constitucionalment, responien a una explicació bastant lògica ja que, com diem, en la mesura que la gestió material d'aquestes activitats administratives regionals podia generar no sols despeses als ens locals, sinó també afectar a la seva pròpia actuació (en quan part dels seus mitjans podien dedicar-se a la realització d'altres funcions alienes), semblava coherent comptar amb l'acord previ dels ens locals afectats per a poder organitzar de la millor manera possible tan el

desenvolupament de les diferents activitats materials com preveure la forma de finançar la seva execució<sup>91</sup>.

En qualsevol cas, el que ha de quedar clar és que l'*Avvalimento* havia de preveure's directament a través d'una norma jurídica regional (o, en el seu cas, estatal), però no per mitjà d'un instrument convencional amb els òrgans afectats. Pel que la doctrina va seguir considerant aquesta institució com una espècie de relació de caràcter orgànic o, de dependència funcional, com si hagués estat realitzada en el sí d'una mateixa estructura administrativa<sup>92</sup>. D'aquesta manera, per una banda, en l'exercici de les funcions administratives regionals, la regió encarregant, en quan que titular formal de les mateixes, seguia conservant els poders de direcció i control propis d'un òrgan superior; mentre que, per altra, es mantenia la relació de dependència jeràrquica dels mitjans locals amb l'ens al que s'adscrivien – respecte del qual, òbviament, havien de seguir realitzant, al mateix moment que les encarregades per les regions, les seves tasques ordinàries – .

En aquest sentit, es diferenciava de la tradicional delegació de competències en quan l'*Avvalimento* no suposava que l'ens local assumís com a propi l'exercici de determinades competències administratives, exercint-les en el seu nom i responsabilitat; sinó que, d'acord amb la relació de caràcter quasi orgànic a la que ens referíem anteriorment, l'ens local executor de l'encàrrec no es configurava com un centre final d'imputació de les tasques realitzades, sinó que aquestes eren sempre imputades al ens titular de la funció<sup>93</sup>. De manera que s'afirma que amb l'*Avvalimento* no es produïa cap transferència de poders – a diferència de la delegació – sinó una simple utilització d'uns poders i mitjans preexistents,

---

<sup>91</sup> La pròpia jurisprudència constitucional italiana havia fet referència també a la conveniència d'arribar a un acord previ amb els ens afectats per la utilització de mitjans aliens; així, per exemple, en la Sentència núm. 470/1988, de 20 d'abril, després de reconèixer a l'Estat la possibilitat de valer-se de determinats òrgans regionals, conclou que “Questa Corte non può esimersi dal sottolineare l'opportunità di intese, di accordi o di convenzioni tra lo Stato e le regioni interessate, allorquando dall'avvalimento degli uffici regionali derivino, per questi ultimi, particolari oneri ovvero particolari problemi incidenti sullo svolgimento delle proprie funzioni” (F.J. 2).

<sup>92</sup> En aquest sentit, per exemple, BENVENUTO, Feliciano: “L'organizzazione impropria della Pubblica Amministrazione”, Op. Cit., p. 988-989; ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., p. 83 o CASSESE, Sabino: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milan, 2004, p. 72-73.

<sup>93</sup> DELL'ANNO, Paolo: “Utilizzazione di Uffici (Avvalimento)”, Op. Cit., 6142 o CASSETTA, Elio: *Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, tercera edició, Torino, 2001, p. 89. En el mateix sentit, ROVERSI-MONACO havia ja escrit que “La competenza resta sempre della Regione [...] sia pure attraverso organi e uffici non suoi, ma di un altro ente. È proprio in ciò la differenza essenziale con la delega [...] nella quale invece l'ente si spoglia della sua competenza per attribuirle ad un altro”. ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., p. 150.

però per aconseguir uns objectius i finalitats nous a aquells pels que, inicialment, aquests poders i mitjans foren concebuts<sup>94</sup>.

En el moment actual, però, tot aquest específic disseny institucional ens apareix clarament qüestionat, fins al punt de dubtar-se, fins i tot, sobre la vigència o no d'aquesta institució en l'actual ordenament jurídic italià. La important reforma constitucional operada a Itàlia en els últims anys – especialment, amb la Llei constitucional 3/2001, de 18 d'octubre – ha modificat molt significativament el sistema regional i local d'aquell país i, com veurem seguidament, també el sistema de distribució de funcions entre els diferents nivells de govern i administració existents, privilegiant funcionalment el sistema institucional més proper als ciutadans<sup>95</sup>. Pel que, necessàriament, el nostre estudi sobre la figura del *Avalimento* ha de prendre en consideració també aquestes reformes constitucionals.

### **3.- LA LLEI CONSTITUCIONAL 3/2001, DE 18 D'OCTUBRE.**

Com avançàvem anteriorment, la reforma constitucional del 2001 ha dissenyat un nou model d'organització del poder públic, que incideix especialment sobre el sistema regional i d'autonomies locals italià. En aquest sentit, i malgrat no poder entrar ara en un examen massa detallat i exhaustiu de la reforma constitucional del 2001 que ens apartaria del nostre objecte d'estudi, sí que és possible fer referència a algunes de les seves principals novetats, que les agruparem en els quatre apartats que segueixen a continuació.

---

<sup>94</sup> ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., p. 84.

<sup>95</sup> Aquest procediment de reforma es completa amb la Llei Constitucional núm. 1, de 22 de novembre de 1999, (Disposicions relatives a l'elecció directa del President de la Junta Regional i a l'autonomia estatutària de les regions) i amb la Llei Constitucional núm. 2, de 31 de gener de 2001 (Disposicions relatives a l'elecció directa del President de les Regions amb Estatut especial i de les Províncies autònomes de Trento i Bolzano).

Com veurem seguidament, l'impacte de les reformes introduïdes es tal que, per exemple, Giandomenico FALCON afirma que, amb l'entrada en vigor de la Llei Constitucional núm. 3 del 2001, i amb la nova definició del rol i de les funcions que corresponen a l'Estat, les regions i als ens locals, “si è compiuto [...] un nuovo big bang del regionalismo italiano”. FALCON, Giandomenico: “Il big bang del regionalismo italiano”, a *Le Regioni*, núm. 6, 2001, pàg. 1141-1152. En termes similars, PIZZETTI, Franco: “Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso”, a *Le Regione*, núm. 6, 2001, pàg. 1153-1196.

### 3.1.- El reconeixement de tots els nivells territorials com components de la República italiana.

Tot i que, com ja hem vist, l'ordenament constitucional italiana va optar, des dels seus inicis, per un sistema institucional plural, format per una diversitat d'ordenaments territorials autònom, la Llei Constitucional de 2001 ha dissenyat un nou sistema d'organització del poder públic, en què els diferents nivells institucionals es consideren jurídicament i constitucionalment paritaris, només diferenciats per l'especificitat de les seves funcions.

L'anterior article 128 de la Constitució italiana afirmava que les províncies i els municipis eren ens autònoms en l'àmbit dels principis fixats per les lleis generals de la República, de manera que el reconeixement d'autonomia als governs locals es remetia als principis fixats per la llei estatal. Així, una de les principals novetats de la Llei Constitucional 3/2001 rau en el fet que les regions, les províncies i els municipis es consideren no sols com a meres articulacions en les quals s'organitza la República, sinó que es configuren com a elements constitutius d'aquesta, al mateix nivell que l'Estat i gaudint, per tant, d'una mateixa posició d'autonomia reconeguda directament per la pròpia Constitució<sup>96</sup>. Avui en dia són els principis fixats directament pel text constitucional els que conformen l'autonomia dels ens locals, sense la necessària intermediació de la legislació estatal.

En aquest sentit, s'afirma que la reforma constitucional crea un sistema polític territorial "policèntric", estructurat en xarxa sobre una multiplicitat de nivells institucionals, recíprocament autònoms i dotats de poders normatius, administratius i financers propis, sense que sigui possible assenyalar una posició de supremacia o jerarquia entre elles<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> PACCHIAROTTI, Andrea: *Federalismo amministrativo e riforma costituzionale delle autonomie*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2004, pàg. 199.

<sup>97</sup> PACCHIAROTTI, Andrea: *Federalismo amministrativo...* Op. Cit., pàg. 199. En termes similars, AMOVILLI, Paolo: *Enti locali e riforma costituzionale del Titolo V. Gli effetti sull'ordinamento delle autonomie locali*, Gedit Edizioni, Bolònia 2003, pàg. 3; ROLLA, Giancarlo: *Il sistema costituzionale italiano. L'organizzazione territoriale della Repubblica*, Giuffrè Editore, Milà 2005, pàg. 64 i CAMELLI, Marco: "I raccordi tra i livelli istituzionali", en *Le Istituzioni del Federalismo*, Anno XXII, núm. 6, 2001, pàg. 1079.

Per la seva banda, Marco OLIVETTI afirma: "La finalit     quind i quella di costruire un sistema articolato su pi u punti di forza: un sistema policentrico, non semplicemente un sistema bipolare (federazione-Stati membri o Stato-regioni). Un sistema nel quale [...] allo Stato si affiancano altri "centri": la regione, enti a competenze generale per la legislazione [...] e il comune, enti a competenze generale per l'amministrazione". OLIVETTI, Marco: "Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1 comma)", a

Aquesta nova configuració de l'Estat es plasma gràficament a la nova redacció de l'article 114 de la CI, segons el qual:

“La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regione e dallo Stato”. Afegint-se que “I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regione sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione” (art. 114 de la CI).

Aquesta enumeració en sentit ascendent pot ser interpretada com una clara aposta cap a la descentralització, que pretén revalorar els nivells més propers als ciutadans, a diferència del text constitucional anterior que, amb una prevalença absoluta de les instàncies centrals realitzava una enumeració descendent (Regions, províncies i municipis). Tanmateix, el reconeixement constitucional als municipis, províncies, ciutats metropolitanes i regions del caràcter d'elements constitutius de la República no en suposa, de fet, una total i completa equiparació entre ells, doncs, com ha assenyalat la *Corte Costituzionale* italiana i com veurem posteriorment, són ens que disposen de poders i funcions molt diferents entre si (Sentència núm. 274/2003, de 24 de juliol, F.J. 2.1).

Molt lligat amb aquesta idea, és també important assenyalar que la reforma del 2001 no solament garanteix una posició constitucional als municipis, províncies i a les ciutats metropolitanes, que no es preveu, per als restants ens locals; sinó que a més preveu també una diferenciació funcional entre ells, introduint de forma expressa el principi de diferenciació en l'atribució de funcions als governs locals i trencant la tradicional uniformitat i homogeneïtat en l'àmbit local.

### **3.2. - El principi de subsidiarietat en la distribució de les funcions administratives.**

Deixant al marge les competències legislatives en matèria d'ens locals, que analitzarem més endavant, com avançàvem anteriorment la Constitució italiana de 1948 es regia per l'anomenat “principi de paral·lelisme”, segons el qual s'atorgaven a les regions totes les funcions administratives en aquelles matèries respecte de les quals disposessin de potestat legislativa. Sense perjudici de que, posteriorment, aquestes poguessin delegar-les als municipis i províncies o valer-se d'aquestes entitats pel seu exercici (art. 118.3 CI).

---

GROPPI, Tania i OLIVETTI, Marco (Dir.): *La Repubblica delle Autonomie. Regione ed enti locali nel nuovo Titolo V*, G. Giappichelli Editore, Torino, pàg. 45.

Des d'aquesta perspectiva, podem afirmar que la Llei Constitucional núm. 3 de 2001 ha suposat també un canvi molt important en aquesta matèria, modificant la redacció de l'article 118 de la CI en els següents termes:

“Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regione e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”

D'aquesta manera, s'introdueixen en l'àmbit local nous principis en la distribució de les funcions administratives, que suposen el reconeixement exprés i preferent en favor dels municipis de la potencial titularitat de totes les funcions administratives, llevat que en virtut dels principis de subsidiarietat, diferenciació i adequació aquestes siguin conferides a les províncies, ciutats metropolitanes, regions o a l'Estat.

Per tant, l'àmbit d'administració pública a Itàlia es construeix, a partir d'ara, essencialment per l'administració local i, especialment, municipal (art. 118.1 CI); entenent que l'assignació de les funcions administratives a altres nivells de govern, tot i ser possible sobre la base dels criteris previstos a l'esmentat article, té naturalesa “derogatòria”, doncs representa la fórmula que permet sostreure competències administratives als municipis en favor d'altres entitats públiques<sup>98</sup>.

S'ha assenyalat també que el nou repartiment de funcions administratives haurà d'efectuar-se i concretar-se per mitjà de la llei, ja sigui aquesta estatal o regional (segons el nou repartiment constitucional de matèries). De manera que el principi de subsidiarietat no pot entendre's com una clàusula d'atribució de competència directa i automàtica als municipis, sinó que s'ha de considerar com un criteri regulador o programàtic de l'atribució que, d'aquestes competències, ha d'efectuar el legislador<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> CAMELLI, Marco: *I raccordi...* Cit., pàg. 1083.

<sup>99</sup> BARTOLE, Sergio et alii: *Diritto Regionale. Dopo le riforme*, Ed. Il Mulino, Bolonia 2003, p. 173. En el mateix sentit, Alfonso CELOTTO y Agostino SARANDREA: *Le funzione amministrative*, en GROPPi, Tania i OLIVETTI, Marco (Dir.), *La Repubblica...* Cit., p. 92 i D'ALESSANDRO, Daniele *Il riparto costituzionale delle funzioni amministrative* i D'IGNAZIO, Guerino, *Le funzioni amministrative*, ambdos en Silvio GAMBINO (Coord.), *Diritto regionale e degli enti locali*, Giufrè Editore, Milán 2003, p. 129-132 i 342, respectivament.

Aquest nou principi articulador de la distribució de les funcions administratives s'ha plasmat normativament en la Llei núm. 131, de 5 de juny de 2003, quan, al seu article 7.1, s'assenyala:

“Lo Stato e le Regioni [...] provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, attribuendo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato soltanto quelle di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale [...]”

Així mateix, s'afegeix que “fino a la data di entrata in vigore dei provvedimenti previsti dal presente articolo, le funzioni amministrative continuano ad essere esercitate secondo le attribuzioni stabilite dalle disposizioni vigenti, fatti salvi gli effetti di eventuale pronunce della Corte Costituzionale” (art. 7.6).

En definitiva, el municipi es converteix en la instància administrativa general, mentre que el paper de les regions en aquesta matèria s'ha de circumscriure a funcions específiques, jurídicament justificades en l'assegurament d'una gestió unitària i indivisible, així com per a l'exercici de funcions generals de coordinació i programació.

### **3.3. - L'autonomia estatutària i reglamentària dels ens locals.**

A més de la titularitat de determinades funcions administratives, una altra conseqüència de l'establiment d'un sistema d'autonomia paritari, ha estat el reforçament i ampliació de l'autonomia normativa i organitzativa dels ens locals. Reconeixent-los potestat normativa pròpia per disciplinar l'organització i el desenvolupament de les funcions públiques que se'ls atribueixin.

En aquest sentit, l'esmentat article 114 de la CI afirma que els municipis, les províncies i les ciutats metropolitanes són ens autònoms amb “estatut propi”. Alhora que l'article 117.6 de la CI assenyala:



“La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materia di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”.

D'aquesta manera, la reforma del Títol V de la Constitució italiana reconeix als ens locals la possibilitat d'adoptar normes reglamentàries, de caràcter independent, en quant no necessiten cap previsió legal expressa, sinó que troben el seu origen directe en el propi text constitucional. Potestat reglamentària no limitada només a aquelles determinades matèries que, de tant en tant puguin prevenir les lleis, sinó que s'estén, amb els límits fixats per la pròpia Constitució, a l'àmbit de l'organització, d'una banda, i al desenvolupament de les funcions, per l'altre.

Tot i això, es discuteix sobre l'abast d'aquesta potestat normativa. En especial sobre si la reserva reglamentària en favor de municipis, províncies i ciutats metropolitanes té caràcter ple i exclusiu o, al contrari, ha de produir-se dins del marc dels principis generals establerts en les lleis, estatals o regionals.

Respecte a aquesta qüestió, podem apuntar que s'admet que s'ha de reconèixer, com a mínim, una reserva local per fixar reglamentàriament aquells aspectes de detall relatius a l'organització i desenvolupament de les seves funcions. Podent la llei estatal o regional contenir indicacions o principis generals relatius a la fixació d'alguns objectius generals o de les modalitats d'exercici d'aquestes funcions, ja que qualsevol altra solució buidaria completament de contingut les competències legislatives regionals (àmpliament coincidents amb els sectors de competència administrativa dels ens locals)<sup>100</sup>.

Al mateix temps, aquesta reserva material no suposa un vet absolut a l'actuació del legislador en aquests àmbits, considerant-se que les normes que assignin funcions administratives als ens locals, ja sigui regionals o estatals, poden contenir també disposicions reglamentàries amb valor supletori.

---

<sup>100</sup> En aquest sentit, MERLONI, Francesco: “I rapporti tra regioni ed enti locali: dalla separazione (e competizione) alla necessaria collaborazione”, a CHIEFI, Lorenzo, CLEMENTE DI SAN LUCA, Guido (Coord.): *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisioni*. G. Giappichelli Editore, Torí 2004, pàg. 287; MERLONI, Francesco: “Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione”, a *Le Regioni*, núm. 2-3, març - juny 2002, pàg. 409-444 i AMOVILLI, Paolo: *Enti locali...* Ob. Cit., pàg. 119 i segs.

Aquesta ha estat, precisament, l'opció normativa acollida per la Llei 131/2003, de 5 de juny, que en desenvolupament de la previsions constitucionals, preveu al seu article 4 que els estatuts locals han d'operar en harmonia amb la Constitució i amb els principis generals en matèria d'organització pública, així com respectant allò establert per la Llei estatal en matèria de legislació electoral, òrgans de govern i funcions fonamentals. Afegint, a més, que la potestat reglamentària dels ens locals actua en l'àmbit de la legislació de l'Estat o de les regions, que assegurin els requisits mínims d'uniformitat, segons les seves respectives competències i d'acord amb el previst als articles 114, 117.6 i 118 de la Constitució.

Finalment, destacar que la citada Llei 131/2003 ha estès el poder normatiu que la Constitució garanteix expressament als municipis, províncies i ciutats metropolitanes, també a les unions de municipis, les comunitats de muntanya i insulars.

#### **3.4. - La superació dels controls sobre els ens locals.**

Igualment, amb la voluntat de potenciar l'àmbit d'autonomia dels ens locals i reforçar la seva posició dins del sistema, la reforma constitucional de l'any 2001 ha suprimit el sistema de controls previstos a la Constitució italiana de 1948, especialment les diferents formes de control administratiu sobre els actes dels ens locals que l'anterior article 130 de la CI autoritzava a constituir, preveient la institució dels CO.RE.CO (*Comitati Regionali di Controllo*), com òrgans regionals dirigits al control preventiu d'aquests esmentats actes.

La Llei núm. 62/1953, de 10 de febrer, així com la ja esmentada Llei 142/1990, sobre la base d'aquestes previsions constitucionals, havien dissenyat un sistema de control administratiu de la legitimitat de determinats actes dels ens locals, dirigit a garantir la seva conformitat respecte de les normes vigents, tant des d'un punt de vista material i competencial, com respecte del seu procediment d'elaboració i aprovació. Posteriorment l'esmentat sistema de controls va ser incorporat al Text refós de l'any 2000 (art. 126 i següents TUEL). Tanmateix, la Llei Constitucional de l'any 2001 ha derogat l'article 130 de la Constitució, per la qual cosa s'han de considerar igualment derogats tots aquells controls no judicials que, fonamentant-se en aquest, s'havien desenvolupat sobre l'administració local.

És necessari esmentar que, si bé una primera interpretació doctrinal considerava que la reforma operada amb la Llei Constitucional núm. 3/2001 suposava només l'absència de “cobertura constitucional” al vigent sistema de controls, que continuaria sent vàlid i plenament aplicable fins que la legislació ordinària ordenés la seva definitiva supressió<sup>101</sup>, l'opinió majoritària s'ha decantat finalment per considerar que la derogació de l'article 130 de la Constitució italiana suposa també la derogació “en cascada” de la regulació continguda al TUEL de l'any 2000, ja que aquesta era una mera actuació o conseqüència de la primera<sup>102</sup>. Tenint present, a més, que res no impedeix la reintroducció per part del legislador competent de noves formes de control preventiu, diferents d'aquelles efectivament suprimides<sup>103</sup>.

### 3.5. - El nou sistema de distribució de competències.

Junt amb les modificacions anteriors, una de les novetats més importants de la reforma constitucional de l'any 2001 ha estat la introducció d'un nou sistema de distribució de competències legislatives a Itàlia, que redefeix el paper dels diferents nivells institucionals que componen l'ordenament de la República italiana i configura a les regions com a ens polítics amb competència legislativa general<sup>104</sup>.

Com hem mencionat, l'originari article 117 de la Constitució italiana de 1948 establia una llista única de matèries sobre les quals les regions podien exercir funcions legislatives, però respectant en tot cas els principis fonamentals establerts, matèria per matèria, per la Llei estatal, així com l'interès nacional. Incorporant, a més, una clàusula residual d'atribució a l'Estat de la funció legislativa en relació amb totes aquelles matèries no incloses en aquest llistat.

---

<sup>101</sup> Per exemple, PASTORI, Giorgio: *I rapporti fra regioni i enti locali nella recente riforma costituzionale*, en AAVV: *Problemi del Federalismo*, Ed. Giuffrè, Milà, 2001, p. 218.

<sup>102</sup> En aquest sentit, entre d'altres, BARBERA, Augusto i FUSARO, Carlo: *Corso di Diritto Pubblico*, Ed. Il Mulino, Bolonya, 2001, p. 329; SCIULLO, Girolamo: *Il nuovo modello dei controlli*, en BOTTARI, Carlo: *La riforma del Titolo V, parte II della Costituzione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2003, p. 209.

<sup>103</sup> ROLLA Giancarlo; “Itàlia”, a TORNOS MAS, Joaquín (Dir.): *Informe Comunitats Autònomes 2001*, Institut de Dret Públic, Barcelona 2002, p. 807 i CORPACI, Alfredo: “Revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo”, en *Le Regioni*, núm. 6, novembre-desembre 2001, p. 1322.

<sup>104</sup> OLIVETTI, Marco: “Le funzione legislative regionali”, a GROPPPI, Tania i OLIVETTI, Marco (Dir.): *La Repubblica...*, Ob. Cit., pàg. 92.

Tanmateix, amb la recent modificació constitucional, el nou article 117 de la CI parteix d'una equiparació entre la llei estatal i la llei regional, no només des del punt de vista de la seva força jurídica, sinó també en relació amb les seves limitacions. Així, s'estableix el principi general segons el qual la potestat legislativa és exercida tant per l'Estat com per les regions, que hauran de respectar, en tot cas, els límits derivats de la Constitució, de l'ordenament comunitari i de les obligacions internacionals assumides per l'Estat. Eliminant, al seu torn, el límit del "interès nacional" previst als anteriors articles 117 i 127 de la Constitució italiana i que constituïa un límit important a la potestat legislativa regional.

Seguidament, el text constitucional identifica de forma taxativa el nucli de matèries en les que l'Estat té competència exclusiva. Entre elles s'inclouen matèries com la política exterior, la defensa i les forces armades, la defensa de la competència, la immigració, el règim jurídic i l'organització de l'Estat o la protecció del medi ambient. Si bé, com en el cas espanyol, algunes d'aquestes matèries tenen un evident caràcter transversal (per exemple, la competència estatal per a la determinació dels nivells essencials de les prestacions relatives als drets civils i socials, o de defensa de la competència).

Al costat d'aquestes, la nova formulació de l'article 117 de la Constitució italiana determina també un àmbit material objecte de legislació concurrent entre l'Estat i les regions. Incloent-se, entre altres, l'educació, la protecció de la salut, les grans xarxes de transport, el patrimoni històric i artístic, així com l'ordenació del territori. Respecte d'aquestes competències concurrents podem afirmar que la reforma constitucional atorga un major poder legislatiu a les Regions, ja que s'estableix de forma expressa que la legislació de l'Estat s'ha de limitar a la determinació dels principis fonamentals. Per tant, en el model de les competències concurrents, el repartiment vertical de la competència legislativa s'estableix a partir de la distinció entre "normes de principi" i "normes de detall", reservant a l'Estat l'aprovació de les primeres i a les regions les segones.

Finalment, s'assenyala que "spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espresamente riservata alla legislazione dello Stato" (art. 117 de la CI). De manera que s'estableix de forma expressa una clàusula residual en favor de les regions, a les quals correspon la potestat legislativa exclusiva en totes aquelles matèries no reservades a la legislació de l'Estat. Entre elles, s'inclouen, per exemple, la formació professional, els

serveis socials, les activitats productives, el turisme, la indústria, l'agricultura o la policia local.

Aquesta previsió suposa, per tant, que la llei estatal ha de fonamentar la pròpia competència no en una presumpció general al seu propi favor, sinó en un dels títols expressament previstos en aquest precepte<sup>105</sup>. El problema en aquest cas deriva de l'amplitud amb què s'expressa el text constitucional i la dificultat de precisar, *a priori*, els àmbits que s'inclouen en cada una d'aquestes matèries. Tenint en compte que una interpretació extensiva d'aquests títol podria limitar de forma notable la competència legislativa regional en aquesta matèria, així com la pròpia autonomia normativa dels ens locals. En aquest sentit, la doctrina majoritària afirma que aquesta competència legislativa estatal s'ha de limitar als aspectes mínims i essencials de les funcions administratives que s'han d'atribuir a tots els ens locals a tot el territori nacional. Excloent-se, per tant, matèries com l'organització dels serveis públics o els controls sobre els ens locals<sup>106</sup>.

La Llei 131/2003, de 5 de juny, per la qual s'aproven disposicions per a l'adequació de l'ordenació de la República a la Llei Constitucional núm. 3/2001, per la seva part, es refereix també a aquestes funcions, definint-les com aquelles essencials per al funcionament dels municipis, províncies i ciutats metropolitanes, així com per a la satisfacció de les necessitats primàries de les comunitats de referència, dins del respecte de les competències legislatives de les regions (art. 2.1 Llei 131/2003).

Tot això ens posa de relleu l'evident protagonisme que en aquest àmbit adquireix el màxim intèrpret constitucional a Itàlia, que haurà de fixar quin és l'abast concret d'aquesta competència exclusiva. En aquest sentit i amb caràcter general, el Tribunal Constitucional

---

<sup>105</sup>De manera que, en virtut de la “presumpció d'incompetència” que introdueix la Llei Constitucional núm. 3 del 2001, es podria considerar que la llei estatal ha d'individualitzar el títol en base al qual intervé, amb una espècie de “motivació” similar a aquella que s'exigeix als decrets-llei o als decrets legislatius. OLIVETTI, Marco: “Le funzioni...” Ob. Cit., pàg. 94.

Així sembla entendre'l també el Tribunal Constitucional italià quan en la Sentència núm. 282/2002, de 26 de juny, va assenyalar que la valoració de si la llei regional respectava o no els límits de la seva competència, d'acord amb la nova distribució de competències, s'havia de determinar no tant en funció de l'existència d'un títol constitucional específic de legitimació d'aquesta intervenció sinó, al contrari, de l'absència d'una reserva, exclusiva o parcial, a l'Estat.

<sup>106</sup> AMOVILLI, Paolo: *Enti locali e riforma costituzionale del titolo V. Gli effetti sull'ordinamento delle autonomie locali*. Op Cit., pàg. 41-42. En termes similars, MERLONI, Francesco: “Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione”, en *Le Regione*, núm. 2/3, 2002.

italià, en la interpretació del nou sistema de distribució competencial, ha adoptat una interpretació funcional i no merament literal, aplicant en els supòsits de conflicte de competències un criteri de prevalença, segons el qual davant de “concorso di competenze si deve (...) verificare se una tra le materie interessate possa dirsi dominante, in quanto nel complesso normativo sia rintracciabile un nucleo essenziale appartenente ad un solo ambito materiale ovvero le diverse disposizioni perseguano una medesima finalità” (podem citar, per exemple, la Sentència núm. 234/2005, de 22 de febrer o la Sentència núm. 213/2006, d'1 de juny).

Així mateix, aquesta nova distribució constitucional de competències ens posa també de relleu l'evident incompatibilitat entre la legislació estatal en matèria d'ens locals actualment vigent i la reforma en sentit federalista de l'Estat italià operada el 2001. En efecte, l'aprovació, mitjançant un decret legislatiu estatal, del Text refós de l'any 2000 trobava cobertura constitucional a l'anterior article 128 de la Constitució, que reservava al legislador estatal la regulació del “ordenament dels ens locals”. Tanmateix la nova redacció de l'article 117 de la Constitució italiana, com dèiem, limita aquesta competència només a la regulació dels “òrgans de govern i funcions fonamentals”, per la qual cosa podem afirmar que el vigent Text refós en matèria d'ens locals conté nombroses disposicions que no formen part ja de l'àmbit competencial estatal. Que, si bé segueixen encara en vigor, poden ser modificades i ser derogades per les regions.

Entre elles s'inclourien les referides als drets d'accés i participació, les formes associatives per a la gestió en comú de funcions i serveis municipals, la funcions dels ens locals (si bé, l'Estat es reserva, com hem dit, la competència per definir les funcions fonamentals), funció pública local, serveis públics locals, entre d'altres.

Precisament és per això que, l'anteriorment citada Llei núm. 131/2003, de 5 de juny, conté una àmplia delegació al Govern amb l'objectiu que procedeixi a la revisió de les disposicions sobre l'ordenament dels ens locals previst al Text refós de l'any 2000. No obstant, hem d'assenyalar que, havent transcorregut ja el termini màxim fixat per l'article 2 de la Llei citada per a l'exercici d'aquesta delegació, el 31 de desembre de 2005, el Govern encara no ha aprovat la normes oportunes per a l'adaptació del Decret legislatiu 267/2000, de 18 d'agost, a les noves previsions del text constitucional.

Fora d'aquestes matèries, sembla obrir-se la possibilitat que les regions procedeixin a desenvolupar una normativa general en matèria d'ens locals. Si bé, aquesta normativa haurà de ser, necessàriament, de caràcter general, a l'efecte d'assegurar l'autonomia estatutària i reglamentària dels municipis, províncies i ciutats autònomes a què ens referíem anteriorment.

#### **4.-CONSIDERACIONS FINALS: L'AVVALIMENTO EN EL NOU SISTEMA REGIONAL ITALIÀ.**

De les modificacions constitucionals que hem comentat fins ara, pot deduir-se fàcilment que el nou marc normatiu introduït per la Llei constitucional 3/2001, de 18 d'octubre, ha d'haver influenciat notablement també els mecanismes de col·laboració administrativa existents a l'ordenament jurídic italià. La nova forma de distribució del poder públic ha posat de relleu, especialment entre la doctrina, la necessitat d'actualitzar i preveure constitucionalment noves formes i instruments de col·laboració entre els diferents nivells de govern i, especialment, entre les regions i els ens locals – entre ells també la figura del *Avvalimento* – amb l'objectiu de garantir una eficaç integració política a nivell normatiu i assegurar una plena assumpció de responsabilitat per part de totes les entitats públiques<sup>107</sup>.

En aquest sentit, tot i que també és cert que la doctrina italiana ha destacat que la reforma del 2001 podia haver anat molt més enllà en aquestes qüestions, destacant-se en alguns casos, la falta de previsió o de major concreció d'instruments de tipus col·laboratiu – ja que la reforma del Títol V de la Constitució italiana ni tan sols conté una expressa crida al principi de lleial col·laboració com a principi inspirador de les relacions entre l'Estat, regions i ens locals<sup>108</sup> - sí que conté importants excepcions a les consideracions anteriors.

---

<sup>107</sup> Francesco MERLONI afirma que les modificacions introduïdes per la Llei Constitucional núm. 3 de 2001 han de portar a un autèntic “redescobriments” de les relacions de col·laboració entre les regions i els ens locals; les quals en un futur han de presentar-se de forma completament diferent a la fins ara considerada. MERLONI, Francesco: “I rapporti...”, Ob. Cit., pàg. 283. En el mateix sentit, CHELLINI, Alberto: “Il Consiglio delle Autonomie Locali nel dibattito nazionale e nell’esperienza della Regione Toscana”, a *Le Regioni*, anno XXIX, núm. 3, juny 2001, pàg. 589.

<sup>108</sup> MERLONI, Francesco: “I rapporti...”, Ob. Cit., pàg. 118; TORCHIA, Luisa: “Cooperazione e concertazione tra livelli di governo nel nuovo titolo V”, a BOTARI, Carlo (Dir.): *La riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*. Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2003, pàg. 332 i segs.

En el mateix sentit, Gian Candido DE MARTIN apunta que un dels aspectes a desenvolupar i reforçar del nou text constitucional és, precisament, el relatiu a les formes de cooperació procedimental i estructural entre les diferents entitats públiques, ja sigui per tal d'aconseguir un millor exercici de les funcions administratives pròpies de les regions o per desenvolupar correctament aquelles atribuïdes als ens locals. DE MARTIN, Gian Candido: “La funzione...”, Ob. Cit., pàg. 981.

En primer lloc, la reforma del 2001 dona un major pes a la participació política entre els diferents nivells de govern que conformen la República italiana; de manera que, mentre a l'article 11 de la Llei 3/2001, de 18 d'octubre, es preveu la possible participació de representants de les regions i dels ens locals a la Comissió Parlamentària per Assumptes Regionals<sup>109</sup>; l'article 7 de la mateixa Llei constitucional afegeix un nou apartat a l'article 123 de la CI, segons el qual “en cada regió, l'estatut regional ha de regular el Consell de les Autonomies Locals (*Consiglio delle Autonomie Locali*) com òrgan de consulta (*consultazione*) entre les regions i els ens locals”<sup>110</sup>.

Al mateix temps, l'especial incidència de la reforma constitucional en el tema de les competències dels ens locals, assignant la titularitat de les funcions administratives principalment als municipis, excepte que, per assegurar-ne l'exercici unitari hagin de atribuir-se a un nivell superior de govern (art. 118 CI), ha suposat també un replantejament de les relacions competencials entre els diferents nivells institucionals.

Com ja hem vist, a partir de la Llei constitucional 3/2001, de 18 d'octubre, el municipi es converteix en el titular de ple dret de totes les tasques administratives que no estiguin expressament reservades per l'ordenament jurídic a altres entitats públiques<sup>111</sup>. En aquest sentit, i sens perjudici de les “funcions fonamentals” dels municipis, províncies i ciutats metropolitanes que la Constitució italiana atribueix en exclusiva a l'Estat [art. 117 p) de la

---

<sup>109</sup> Sense entrar a analitzar aquesta Comissió, ens interessa destacar que constitueix un primer intent per articular una participació institucionalitzada i estable de les regions i els ens locals en l'àmbit legislatiu estatal, permetent-los integrar-se en una comissió parlamentària, amb funcions bàsicament consultives en matèries de potestat legislativa concurrent entre l'Estat i les regions. No obstant, la seva específica regulació presenta alguns problemes no menys importants, especialment pel que fa a les modalitats de determinació dels representants de les regions i dels ens locals en aquesta Comissió; discutint-se la concreta distribució d'aquests representants, els òrgans legitimats per a designar-los, així com l'eficàcia dels seus actes.

Específicament dedicat a l'estudi d'aquesta qüestió, pot veure's GIANNITI, Luigi: “L'attuazione dell'articolo 11 della legge costituzionale n. 3/2001”, a *Le Istituzioni del Federalismo*, Any XXII, núm. 6, 2001, pàg. 1113-1121.

<sup>110</sup> Sobre aquesta institució i en llengua castellana poden veure's, entre d'altres, MERLONI, Francesco: “La participación de las entidades locales en el ámbito regional en Italia. El Consejo de las Autonomías Locales”, a FONT I LLOVET, Tomàs (Dir.): *Anuario del Gobierno Local 2005*. Fundació Democràcia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, Barcelona 2006, pàg. 179-188 o VILALTA REIXACH, Marc: *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de las entidades locales en las Comunidades Autónomas*, Ed. Iustel, Madrid 2007, especialment p. 81-94.

<sup>111</sup> La citada Llei 131/2003, de 5 de juny, així sembla preveure-ho, quan estableix expressament que corresponen als municipis totes les funcions administratives no atribuïdes diversament, pel que, en certa mesura, pot afirmar-se que existeix una espècie de competència general dels municipis en relació amb les funcions administratives que afecten a la comunitat local (art. 7.1 Llei 131/2003).



CI], la Llei (estatal o regional) que decideixi assignar aquestes funcions administratives a un altre nivell de govern haurà de fer-ho partint d'aquesta posició central del municipi i tenint present, sobretot, els principis de subsidiarietat, diferenciació i adequació que estableix el nou text constitucional.

L'impacte que aquest plantejament pot tenir sobre la institució que estem analitzant és, al nostre entendre, molt significativa. Si partim de la consideració general que correspon només a l'Estat o a les regions aquelles funcions administratives que siguin indispensables per garantir un cert nivell d'unitat i coherència de l'ordenament italià i que, per la seva naturalesa, no puguin ser gestionades pels ens locals, ens n'adonem que el possible àmbit material d'aplicació del *Avvalimento* ha quedat reduït de manera molt significativa. De fet, la nova redacció del text constitucional ha obviat qualsevol referència a la utilització dels mitjans locals per part de les regions o l'Estat; a la vegada que els nous Estatuts regionals aprovats després de la reforma constitucional tampoc no han previst de forma expressa aquesta figura<sup>112</sup>.

Tot això ha portat a la doctrina italiana a qüestionar-se si aquestes modificacions normatives havien suposat, de fet, una derogació d'aquesta figura. Tot i que, com ja hem advertit, són molt pocs els autors que s'han referit darrerament a aquesta institució, la majoria d'ells han respost negativament a aquesta pregunta, considerant que aquesta és una tècnica encara vigent a l'ordenament jurídic italià. Malgrat que no es reguli o mencioni de forma expressa, s'ha entès que aquesta sempre pot reconduir-se a la figura genèrica de la delegació de competències estatals i regionals als ens locals prevista al nou article 118.2 de la Constitució italiana. En efecte, dintre de l'amplíssim i genèric concepte de "conferiment"

---

<sup>112</sup> En el mateix sentit, cal tenir present que el passat mes de juny de 2010 el Congrés dels Diputats italià va aprovar un nou projecte de llei d'individualització de les funcions fonamentals dels municipis, províncies, simplificació de l'ordenament regional i dels ens locals, delegació al Govern per la transferència de funcions als ens locals i per a l'aprovació de l'anomenada Carta de les Autonomies Locals. En aquest text no es preveu de forma expressa la figura del *Avvalimento*, fent-se referència únicament a la delegació de funcions administratives regionals als ens locals a través de Llei, amb el previ acord dels ens locals afectats i la transferència dels béns i recursos humans i materials necessaris (art. 5 i 17)

Per altre banda, aquest text habilita també tant al legislador estatal com regional a aprovar les normes necessàries per a transferir totes les funcions administratives que fins ara venien exercitant l'Estat i les regions italianes, als ens locals; únicament amb l'excepció d'aquelles que requereixin un exercici unitari a nivell regional o estatal. Pel que, novament, se'ns posa de relleu el mínim espai material que, després de la reforma constitucional italiana del 2001, es reconeix al *Avvalimento*.

Amb data 2 de juliol de 2010, aquest Projecte de Llei fou transmès pel President del Congrés dels Diputats italià a la Presidència del Senat d'aquest país per tal de continuar-ne la tramitació parlamentària, si bé, a dia d'avui, encara no ha estat aprovat.

de funcions als ens locals que es preveu en aquest precepte constitucional es considera que podrien incloure's tant l'atribució de la titularitat d'aquestes funcions, com la delegació del seu exercici com, fins i tot, la simple utilització dels seus mitjans<sup>113</sup>.

I aquesta interpretació és la que sembla mantenir també el propi legislador italià que, amb posterioritat a les mencionades reformes – tot i que, també és veritat, de forma molt escassa – ha previst l'*Avvalimento* com una figura encara utilitzable en les relacions entre els diferents ens de govern territorial. Així ens ho demostra el fet que la Llei estatal núm. 233/2006, de 17 de juliol, de reestructuració i relació entre diferents ministeris, l'ha seguit preveient aplicable per a l'Administració estatal, a la vegada que en l'àmbit regional podem trobar també exemples concrets de la utilització d'aquesta figura, com la Llei de la Regió de la Toscana 38/2004, de 27 de juliol, per la que s'aproven les normes relatives a la recerca i utilització de l'aigua mineral, de manantial i termal, que preveu que, per a l'exercici de determinades funcions en aquesta matèria, els municipis poden valer-se dels mitjans regionals (art. 6.3, 9.1 o 15.4 de la Llei regional Toscana 38/2004).

Però, sobretot, cal tenir present que la nova consideració constitucional dels ens locals, que es configuren, com dèiem, com un més dels nivells institucionals sobre els que s'estructura la República italiana, amb el mateix nivell d'autonomia que la resta d'entitats territorials que conformen el sistema jurídic italià, ha portat també a la doctrina a qüestionar-se si és possible seguir considerant aquesta institució com un mecanisme de caràcter unilateral, o bé si l'equiparació entre les diferents entitats territorials ha modificat la seva específica naturalesa jurídica, convertint-lo en un instrument de caràcter negocial<sup>114</sup>.

El fet que l'*Avvalimento* s'hagi construït sobre la base d'una relació de caràcter orgànic o de dependència directa entre els ens locals afectats i els nivells superiors de govern es considera avui dia certament qüestionable des d'un punt de vista de l'autonomia reconeguda constitucionalment a aquestes entitats. I és que, com ja havia posat de relleu ROVERSI-MONACO, amb aquesta institució es privilegien exigències merament

---

<sup>113</sup> En aquest sentit, per exemple, CARINGELLA, Francesco (Dir.): *L'ordinamento degli enti locali nel Testo Unico*, Op. Cit., p. 120 o DELL'ANNO, Paolo: "Utilizzazione di Uffici (Avvalimento)", Op. Cit., 6142.

<sup>114</sup> Per exemple, DELL'ANNO, Paolo: "Utilizzazione di Uffici (Avvalimento)", Op. Cit., 6144.

burocràtiques o de caràcter tècnic, però no la voluntat de millorar l'organització o les funcions dels ens locals<sup>115</sup>.

La resposta a aquesta qüestió no està, ni molt menys, clara ja que, més enllà d'enunciar els seus dubtes, la escassa doctrina jurídica italiana que ha estudiat aquest instrument no ha estat capaç encara de donar-hi una resposta precisa. De tota manera, la simetria constitucional proclamada a l'article 118 de la Constitució sí que ha portat al Tribunal Constitucional italià a exigir el previ acord amb les entitats públiques intervinents. Així, ho preveu, per exemple, la Sentència 317/2001, de 17 de juliol, en què s'afirma que la possibilitat de l'Estat de valer-se de determinats mitjans regionals apareix subordinada al fet que, prèviament, s'arribi a un acord sobre tots aquells aspectes relatius a l'autonomia organitzativa o financera de les regions que poguessin resultar afectats a partir de la formalització del *Avvalimento* (F.J. 6.1) o també la Sentència 213/2006, d'1 de juny, en la que al enjudiciar la Llei de la Regió de les Marques, núm. 11/2004, de 13 de maig, de Pesca Marítima i Aqüicultura, el Tribunal Constitucional afirma que les formes de col·laboració a través de les quals es pugui atribuir l'exercici de determinades funcions administratives a altres ens públics territorials, en aquest cas estatals, no pot disciplinar-se unilateralment per les regions, ni tan sols en aquelles matèries en què disposin de competències legislatives exclusives (F.J. 11.4.2).

En qualsevol cas, i malgrat els molts dubtes que avui dia encara planteja aquesta institució, el que interessa destacar és que l'*Avvalimento* es configura com un mecanisme dirigit a assegurar el correcte funcionament de l'Administració Pública i l'economia en la utilització dels recursos públics. En aquest sentit, la pervivència d'aquesta institució que, alguns autors han considerat menor, pot explicar-se precisament per la seva flexibilitat, que permet evitar la creació de nous aparells burocràtics i permet afrontar amb rapidesa i dinamisme les noves exigències de la societat. I és que la utilització dels mitjans aliens que suposa l'*Avvalimento* no sols permet evitar la duplicació de òrgans públics ja existents, sinó que també permet atribuir la gestió material o administrativa de determinades qüestions a aquells que, per les seves específiques circumstàncies, poden estar en millors condicions de realitzar-les.

---

<sup>115</sup> ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Op. Cit., p. 147.



## SEGONA PART



## CAPÍTOL I

### RÈGIM JURÍDIC DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ

A les pàgines precedents, i a partir de la regulació bàsica prevista a la LRJPAC, hem establert una primera definició de la figura de l'encàrrec de gestió vigent al nostre ordenament jurídic, que ens ha permès situar-lo en el seu context i exposar també el seu marc normatiu de referència. Tanmateix, més enllà d'ajudar-nos a realitzar una primera aproximació a l'encàrrec de gestió són molts els interrogants que sobre el seu règim jurídic ens queden encara per resoldre, per la qual cosa ens correspon ara passar a analitzar, d'una manera més detallada, aquestes qüestions, intentant donar una resposta més concreta a cadascun dels dubtes que ens plantejàvem anteriorment.

A tal efecte, dividirem la nostra exposició en cinc grans apartats; analitzant, en primer lloc, quins són els pressupòsits habilitants de l'encàrrec de gestió, en segon lloc, la determinació del seu àmbit d'aplicació subjectiu, passant seguidament a examinar el seu àmbit d'aplicació objectiu, per referir-nos, finalment, als seus requisits formals i als efectes jurídics que es deriven del seu exercici.

#### **1. - PRESSUPÒSITS HABILITANTS DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.**

Al *Capítol I* del nostre treball ens havíem referit al fonament constitucional de l'encàrrec de gestió, entenent que aquest se'ns presentava com un instrument dirigit, principalment, a millorar l'organització i el funcionament de la gestió administrativa. I per això enteníem que aquesta institució guardava una especial relació amb el principi constitucional d'eficàcia previst a l'article 103.1 de la Constitució.

Tot i això, i malgrat que el principi constitucional d'eficàcia ens ha servit per justificar l'existència d'aquesta figura, en aquesta ocasió ens interessa retenir que aquest principi es configura també com un límit negatiu per a la seva aplicació. I és que, d'acord amb el seu fonament constitucional, l'article 15.1 de la LRJPAC circumscriu la possibilitat d'encarregar la realització de determinades activitats materials únicament quan es presentin “razones de eficacia o cuando no se posean los medios materiales para su desempeño”.

## 1.1. - El caràcter restrictiu de l'encàrrec de gestió.

La primera conseqüència que derivaria de l'exigència de justificar l'encàrrec de gestió en la concurrència de determinades circumstàncies materials rau en el necessari caràcter restrictiu que ha de presidir el seu exercici. En efecte, l'encàrrec de gestió, en quan que constitueix una excepció al principi d'irrenunciabilitat de les competències administratives que caracteritza el nostre sistema jurídic-administratiu (art. 12.1 LRJPAC)<sup>116</sup>, s'ha d'interpretar d'una manera restrictiva, limitant la seva aplicació a aquells supòsits que s'adeqüin estrictament als motius que justifiquen constitucionalment la seva existència. Motius que, com dèiem, no són d'altres que la recerca d'una major eficàcia en l'actuació pública.

L'encàrrec de gestió respon únicament a la necessitat de flexibilitzar o modular el caràcter indisponible de les competències administratives en aquells supòsits en els quals, si no fos així, es podria posar en risc el normal i correcte desenvolupament de les funcions de les Administracions Públiques, ja que el seu titular originari no es trobaria en disposició d'exercir-les d'una manera eficaç.

És aquest element de tensió entre el principi d'irrenunciabilitat i el principi constitucional d'eficàcia el que, en la nostra opinió, ha de fonamentar l'exercici de l'encàrrec de gestió<sup>117</sup>. És per això que entenem equivocada la configuració de l'encàrrec de gestió com un instrument per aprofundir en la descentralització administrativa o funcional o com literalment afirma la recent Llei 8/2010, de 23 de juny, de Règim Local de la Comunitat Valenciana, per a “garantir una prestació més propera a la ciutadania” (art. 150 Llei 8/2010). Des del nostre punt de vista, la funcionalitat de l'encàrrec de gestió - a diferència d'altres figures similars com la delegació de competències de l'article 13 de la LRJPAC - no es troba en la voluntat de donar major participació a altres entitats en la gestió de

---

<sup>116</sup> Com han posat de relleu GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el principi d'irrenunciabilitat de les competències parteix de la consideració que les potestats públiques atribuïdes per l'ordenament jurídic són matèries inalienables, intransmissibles i irrenunciabls pels seus titulars en tan que creació del Dret objectiu supraordenat a aquests. Afegint-se que els titulars de les diferents potestats poden exercitar-les o no, però no poden transferir-les, llevat que la pròpia Llei permeti la delegació del seu exercici. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 445. En el mateix sentit, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel: *Las potestades administrativas*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, p.

<sup>117</sup> MESEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 38, septiembre-diciembre 2004, p. 126.



determinades activitats públiques ni apropar la gestió administrativa als ciutadans, sinó en donar solució a una situació d'insuficiència de mitjans materials o de millora de l'eficàcia<sup>118</sup>. A més, el fet que, com assenyala l'article 15.2 de la LRJPAC, l'encàrrec de gestió no suposi la cessió de la titularitat de les competències ni dels elements substantius del seu exercici, sinó la mera realització d'activitats de caràcter material en nom de l'encarregant, ens posa de relleu també que aquest no és el instrument més idoni per a l'ampliació de les competències executives de les diferents entitats públiques en les quals s'organitza territorialment el nostre Estat.

Ara bé, no se'ns escapa que, especialment en l'àmbit de l'Administració Local i davant de les denunciades reticències del legislador ordinari, tant estatal com autonòmic, a desplegar procediments de descentralització de competències mínimament ambiciosos, la figura de l'encàrrec de gestió podria ser un primer pas per reconèixer nous àmbits d'actuació a aquelles entitats locals que estiguessin en millors condicions d'assumir el seu desenvolupament, incrementant la seva responsabilitat, encara que fos simplement sobre l'execució material de determinades activitats<sup>119</sup>. Però en tot cas, entenem que això hauria

---

<sup>118</sup> Aquesta mateixa conclusió és la que se sosté en un estudi publicat per la Fundació Pi i Sunyer sobre la possible descentralització de competències de la Generalitat de Catalunya cap als ens locals catalans, en el qual, precisament, es descartava l'encàrrec de gestió com a instrument jurídic per formalitzar aquest procés descentralitzador. GALÁN GALÁN, Alfredo (Ed.): *La descentralització de competències de la Generalitat als ens locals de Catalunya*, volum I, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Locals i Autonòmics, Barcelona 2006, pàg. 157-159. En el mateix sentit, però analitzant la descentralització de competències de l'Estat en les Comunitats Autònomes, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Los mecanismos para la ampliación de las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas: la transferencia, la delegación, el encargo de gestión, los convenios y los consorcios", en AAVV: *Función ejecutiva y Administración Territorial*, Institut d'Estudis Autonòmics – Generalitat de Catalunya, Barcelona 1997, p. 25.

I al mateix resultat arriba l'anàlisi de JIMÉNEZ ASENSIO, segons el qual la virtualitat de l'encàrrec de gestió se situa en el seu vessant de racionalitzar la planta de les Administracions Públiques i de l'exercici de les seves tasques executives, "puesto que no es propiamente ningún mecanismo que facilite el proceso de descentralización administrativa". JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *La "Administración única" en el Estado Autonomico*, Op. Cit., p.138.

Per la seva part, ALBERTÍ ROVIRA ha posat també l'accent en el caràcter restrictiu amb què s'ha d'interpretar la figura de l'encàrrec de gestió, afirmant que constitueix "un recurso que debe ser utilizado de manera adecuada y prudente, en la medida en que consiste, en el marco de un propósito general de auxilio, en el encargo para realizar actividades puramente materiales, sin que pueda ofrecer cobertura suficiente a trasvases competenciales". ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: "La reforma de la Administración periférica: técnicas orgánicas, relacionales y competenciales", en AAVV: *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona 1997, p. 359.

<sup>119</sup> La pròpia Federació Espanyola de Municipis i Províncies (FEMP) s'ha referit a aquesta possibilitat al seu document "Bases per al Pacte Local" aprovat per la seva Comissió Executiva el 24 de Setembre de 2006, considerant l'encàrrec de gestió com una fórmula adequada per a l'articulació d'aquest Pacte Local. En aquest sentit, BAS SORIA, José Juan y ORTS NEBOT, Raquel: "La encomienda de gestión como fórmula para profundizar las competencias locales", en AAVV: *Un pacto Local para el siglo XXI: una visión*

de ser una solució merament provisional o inicial, que no satisfaria, en cap cas, les exigències mínimes de l'autonomia local constitucionalment reconeguda; havent de procedir-se, en el seu cas, a una delegació o atribució plena de competències a aquestes entitats.

## 1.2. – El *deure* de motivar la utilització de l'encàrrec de gestió.

Pel demés, l'enumeració dels supòsits que, teòricament, podrien habilitar per a la utilització de l'encàrrec de gestió resulta certament difícil, per tal com les raons d'eficàcia o la manca de mitjans tècnics "ídonis" a què es refereix l'article 15.1 de la LRJPAC ens remetent a conceptes jurídics indeterminats, la concreció dels quals suposa valorar una gran diversitat d'elements: des de la racionalitat gerencial a l'optimització dels recursos públics, passant per la ponderació dels mitjans disponibles i la qualitat o temporalitat amb què han de prestar-se o executar-se determinats serveis o actuacions, etc.

En aquest sentit, SÁNCHEZ SÁEZ en el seu treball sobre l'encàrrec de gestió ens ofereix un llistat de criteris que, al seu entendre, podrien justificar la utilització d'aquesta figura, diferenciant entre: criteris d'eficiència (la possibilitat de dur a terme una actuació amb menors costos però amb la mateixa qualitat) i raons d'índole tècnica (comptar amb els mitjans específics o instrumentals necessaris per a una determinada actuació), als quals s'afegeixen motius de caràcter estrictament jurídic (com la descentralització o la subsidiarietat)<sup>120</sup>. Malgrat que, com assenyalàvem anteriorment, discrepem de la identificació de l'encàrrec de gestió com un mecanisme per apropar la gestió administrativa als ciutadans - i, per tant, com un instrument al servei de la descentralització administrativa o la subsidiarietat -, l'anterior classificació ens serveix per identificar, d'una manera general, algunes de les circumstàncies que podrien habilitar la utilització de l'encàrrec de gestió. Però

---

*abierto desde la Comunidad Valenciana*, Fundació Vives per l'Humanisme i la Solidaritat, Valencia 2000, p. 261-277 i SANZ RUBIALES, Iñigo: "Refuerzo competencial", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número extraordinario, octubre 2006, p.74.

<sup>120</sup> SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: "Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas", Op. Cit., p.252. Altres autors, s'han referit també als supòsits habilitants que justificarien l'encàrrec de treballs a determinades entitats, expressant-se en termes similars. Per exemple, AMOEDO SOUTO, en estudiar el règim jurídic de l'empresa pública Transformació Agrària, SA (d'ara endavant, TRAGSA), assenyalava que els encàrrecs de treballs a aquesta entitat s'explicarien partint de dues finalitats: a) la millor capacitat de l'Administració per afrontar una determinada actuació, és a dir, l'especialització de TRAGSA i b) la major rapidesa en la seva execució. AMOEDO SOUTO, Carlos: *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Ed. Atelier, Barcelona 2004, p. 96.

sobretot ens interessa retenir aquest llistat en quan ens serveix per posar de relleu la importància que en aquesta matèria pot tenir la motivació expressa de l'actuació administrativa.

En efecte, l'encàrrec de gestió no ha d'entendre's com un mecanisme a disposició de les Administracions Públiques de caràcter completament discrecional i aplicable a qualsevol supòsit, sinó que hauria de poder-se justificar en dades objectives, derivades de la major capacitat tècnica, econòmica o personal de l'entitat encarregada. Com ha assenyalat GIANNINI, l'activitat administrativa és una activitat *funcionalitzada*, la qual cosa significa que tenen transcendència jurídica no només els actes concrets, sinó també els motius pels quals l'Administració actua en un determinat sentit, ja que aquests permeten que sigui possible controlar l'activitat administrativa i verificar la seva adequació a la finalitat que persegueixen<sup>121</sup>. D'aquesta manera, entenem que seria exigible que a l'instrument a través del qual es formalitzés l'encàrrec es fes una referència – per breu que sigui – a les circumstàncies que habiliten a la utilització d'aquesta figura<sup>122</sup>.

La previsió d'aquesta motivació expressa de l'encàrrec de gestió en raons d'eficàcia o de capacitat de gestió podria resultar útil des d'un doble punt de vista: en primer lloc, per intentar limitar la fins ara desproporcionada utilització d'aquesta figura, rebutjant aquells encàrrecs el contingut dels quals resulti clarament il·lògic, abusiu o arbitrari en relació amb

---

<sup>121</sup> GIANNINI, Masimo Severo: *Diritto Administrativo*, volumen II, tercera edició, Ed. Giuffrè, Milán, 1993, p. 7. Al nostre ordenament s'ha referit a la importància de la motivació dels actes administratius com una tècnica per al control de la discrecionalitat administrativa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Ed. Civitas, Madrid 1991.

<sup>122</sup> Justificació que ens recorda, en part, a l'obligació d'acreditar documentalment la necessitat i idoneïtat dels contractes celebrats pels ens, organismes i entitats del sector públic prevista a l'article 22 de la Llei de Contractes del Sector Públic, respecte dels quals s'afirma, a més, que no podran celebrar altres contractes que aquells que siguin necessaris per al compliment i realització de les seves finalitats institucionals. HERNANDO OREJANA es refereix també a la necessària motivació o explicació de l'encàrrec de gestió, en atenció al fet que el concepte d'eficàcia esmentat a l'article 15.1 de la LRJPAC ofereix un amplíssim camp d'apreciació que no s'ha de confondre amb l'oportunitat pura i simple. HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 130.

En qualsevol cas, cal afegir que aquesta és ja una pràctica habitual en l'actuació administrativa perquè, ordinàriament, al costat de l'exposició del marc normatiu regulador dels encàrrecs de gestió, les parts acostumen a fer també una breu referència als motius que justifiquen la seva aplicació. Un bon exemple el constitueix el Conveni d'encàrrec de gestió entre el Ministeri d'Agricultura, Pesca i Alimentació i el Institut d'Investigació i Tecnologia Agroalimentària de Catalunya (IRTA) de 25 d'agost de 2005, per a la realització de determinats estudis d'inscripció de varietats d'avellaner. En aquest cas, i davant de la incapacitat del citat Ministeri per poder realitzar els exàmens tècnics necessaris a tal efecte, s'encomana la seva gestió a l'IRTA que, en canvi, “dispone de los medios humanos y materiales, así como de una ubicación agro-climática adecuada y de experiencia en la materia para poder realizar los exámenes técnicos de las correspondientes especies”. (Resolució de 15 d'octubre de 2005, publicada al BOE núm. 263, de 3 de novembre de 2005, pàg. 36109).

les circumstàncies de fet que justifiquen la seva celebració<sup>123</sup>; però també com a criteri per diferenciar-la de la delegació de competències prevista a l'article 13 de la LRJPAC. I és que, malgrat que la redacció inicial de l'article 13 de la LRJPAC limitava l'aplicació d'aquesta figura a la concurrència de “circunstàncies de índole tècnic, econòmic, social, jurídic o territorial” que ho fessin convenient, la Llei 4/1999, de 13 de gener, de modificació de la Llei 30/1992, va suprimir aquesta exigència; pel que més enllà de complir amb els tràmits o requisits formals que la Llei regula, i a diferència de l'encàrrec de gestió, actualment no seria necessari justificar la delegació de competències en cap circumstància concreta, podent basar-se en simples motius d'oportunitat<sup>124</sup>.

### 1.3. - El caràcter temporal de l'encàrrec.

De tot el que hem exposat fins ara, hem arribat a la conclusió que la possibilitat que s'encarregui la gestió d'una determinada activitat material ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva, que ha de justificar-se necessàriament en la concurrència de raons d'eficàcia o falta de capacitat de gestió. No obstant, en verificar les anteriors consideracions, se'ns planteja una última qüestió que, encara que rigorosament no es refereixi als pressupòsits habilitants de l'encàrrec de gestió, sí que està íntimament lligada amb les idees que hem aportat fins ara i, en particular, amb el caràcter temporal de l'encàrrec de gestió. I és que si, com veurem més endavant, un dels aspectes que han de constar necessàriament en els acords o convenis a través dels quals es formalitzi l'encàrrec de gestió és el seu termini de vigència (art. 15.3 i 15.4 LRJPAC), ens hem de preguntar: seria possible pactar una encàrrec de gestió de durada indefinida?

---

<sup>123</sup> Si bé, s'ha assenyalat que resulta certament difícil que l'exigència de motivació pugui modificar, per si sola, una pràctica administrativa consolidada, no només perquè aquesta rarament és objecte d'impugnació davant dels Tribunals contenciosos-administratius, sinó que, a més, no porta aparellada cap sanció jurídica adequada. Sinó que, a tot estirar, podríem entendre, amb MESSEGUER YEBRA, que estaríem davant d'un supòsit d'anul·labilitat de l'article 63 de la LRJPAC, ja que és difícilment imaginable que l'absència de motivació expressa de l'encàrrec de gestió pogués produir indefensió als eventuals interessats. MESEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 128. SÁNCHEZ SÁEZ, per la seva part, afirma que l'absència de motivació dels convenis d'encàrrec de gestió ocasionaria la seva nul·litat, entenent que si les competències són irrenunciables, i la decisió d'alterar el seu exercici es basa en una potestat discrecional del encarregant seria necessari, d'acord amb l'article 54.1 de la LRJPAC, que es justifiqués i concretés com i en quin grau es comprometen les parts. SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit., p 250.

<sup>124</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op., Cit., p. 111.

Alguns autors, com FERNÁNDEZ FARRERES, no han mostrat objeccions en admetre que l'encàrrec de gestió pugui concloure's amb un termini de vigència indefinit<sup>125</sup> i, fins i tot, en l'àmbit normatiu, l'article 103.4 de la Llei 7/1999, de 9 d'abril, d'Administració Local d'Aragó, preveu aquesta mateixa possibilitat quan la Comunitat Autònoma encomana la realització d'activitats materials, tècniques o de serveis a les entitats locals aragoneses. No obstant, segons la nostra opinió, el caràcter restrictiu amb què hem vingut configurant la figura de l'encàrrec de gestió ens decanta cap a una solució oposada, considerant que el termini de durada de l'encàrrec de gestió ha de ser necessàriament limitat. Si l'encàrrec de gestió s'ha de fonamentar en la concurrència de determinades circumstàncies objectives de falta de capacitat de gestió de l'Administració encarregant, la vigència de l'encàrrec s'hauria de limitar única i exclusivament al termini necessari per a poder resoldre aquesta situació problemàtica i dotar a l'òrgan o entitat corresponent dels mitjans necessaris per al seu correcte exercici, però sense estendre's més enllà<sup>126</sup>.

El fet que la pròpia LRJPAC prevegi com un requisit indispensable del instrument de formalització de l'encàrrec de gestió la necessitat de fixar el seu termini de vigència és ja un clar indicatiu del seu caràcter eminentment temporal. I és que no podem oblidar que, encara que l'ordenament jurídic prevegi supòsits de col·laboració en l'exercici de determinades funcions administratives, la regla general de l'activitat administrativa continua sent el seu exercici individual i separat per l'òrgan que tingui atribuïda la competència com a pròpia (art. 12.1 LRJPAC). De manera que aquests supòsits han de ser, per naturalesa, excepcionals i limitats temporalment. En el cas que un encàrrec de gestió es formalitzés amb vocació de romandre en el temps o s'anés prorrogant indefinidament, per subsistir les causes estructurals que van donar lloc a la seva constitució, no hi hauria més remei que considerar que la distribució inicial de competències efectuada per l'ordenament jurídic ha resultat del tot inadequada, havent de procedir-se llavors a una reestructuració orgànica o competencial de l'Administració afectada que permetés complir degudament amb aquestes tasques<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión”, Op. Cit., p. 675.

<sup>126</sup> En el mateix sentit s'expressa MESSEGUER YEBRA, qui qualifica de “grave incongruència” la possibilitat de pactar una durada indefinida de l'encàrrec. MESSEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación y aplicación práctica: Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 139.

<sup>127</sup> Encara que referida a la figura de la delegació de competències, aquesta és, precisament, l'opció prevista per la Llei basca núm. 7/1981, de 30 de Juny, del Govern, en la que, una vegada fixat un límit temporal de 12 mesos per a la delegació de competències, s'afegeix: “Si transcurrido dicho plazo,

En qualsevol cas, cal ressaltar que, tot i que la normativa autonòmica en aquesta matèria no hagi introduït tampoc, amb caràcter general, cap previsió específica sobre la durada de l'encàrrec de gestió, remetent aquesta qüestió - com succeeix a la LRJPAC - a allò que les parts estableixin a l'instrument de formalització de l'encàrrec, la pràctica administrativa, una altra vegada, ens demostra que la gran majoria d'encàrrecs de gestió que es conclouen en el nostre sistema jurídic preveuen en les seves clàusules una durada limitada dels encàrrecs de gestió.

En algunes ocasions, les més, la previsió d'un termini temporal es realitza de forma expressa, com succeeix, per exemple, en l'Acord d'encàrrec de gestió entre el Consell Insular d'Eivissa i la societat pública estatal Empresa de Transformació Agrària (TRAGSA) per a l'execució del projecte de servei de tractament per al control biològic dels mosquits a l'illa d'Eivissa per a l'any 2010 (BOIB, núm. 74, de 18 de maig de 2010, pàg. 139-140), en l'Apartat 14 del qual s'afirma que l'encàrrec de gestió tindrà vigència fins al 30 de desembre de 2010. En d'altres, en canvi, malgrat que no s'especifiqui cap termini de vigència concret, de les seves clàusules es deriva implícitament una durada definida. És el cas, per exemple, de l'encàrrec de gestió subscrit entre el Departament de Justícia i el Departament de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya, de 18 de març de 2009 (DOGC, núm. 5347, de 26 de març de 2009, pàg. 26070), en el qual, tot i que no es fa referència directa a la seva durada, de l'objecte de l'Acord es dedueix que es limita únicament a la realització de determinades actuacions expropiatòries incloses en Pla d'Inversions per a Equipaments d'interès del Departament de Justícia per al període 2004-2010. Pel que, una vegada realitzades aquestes actuacions, l'encàrrec s'extingiria pel compliment del seu objecte.

---

subsistieran las causas que motivaron la delegación, deberá procederse, en todo caso, a reformar la norma que regula la estructura orgánica y funcional del Departamento, atribuyendo la competencia como propia, al órgano que hasta dicho momento la ejercía como delegada” (art. 42).

ÁVILA ORIVE fa també referència a aquesta qüestió al afirmar que la freqüència en la utilització de l'encàrrec de gestió és, precisament, un dels elements que pot posar de manifest la falta de coherència i deguda integració d'una determinada organització administrativa. ÁVILA ORIVE, José Luis: “Encomienda de gestión y defensa de la competencia”, [En línea] a *Actualidad Administrativa*, 2003. <http://www.laley.net:2302/bin/gate.exe?f=doc&state=qqf6f0.2.1>. [Consulta 18 de juny 2007], pàg. 3.

## 2. - ÀMBIT SUBJECTIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.

En la nostra definició inicial assenyalàvem que l'encàrrec de gestió s'ha vingut configurant com una relació jurídica de caràcter bilateral, en el sentit que, necessàriament, han d'intervenir sempre dues parts diferenciades: aquella que realitza l'encàrrec (*encarregant*) i aquella que es compromet a dur-lo a terme (*encarregat*).

L'article 15.1 de la LRJPAC així ens ho confirma quan assenjala que la realització de determinades activitats de la competència dels òrgans administratius o de les Entitats de Dret Públic podrà ser encarregada “*a otros*”. L'alteritat a què es refereix el citat precepte ens posa de relleu, sense cap dubte, el caràcter bilateral amb què s'ha configurat legalment aquesta figura. Alhora, aquesta exigència resulta plenament coherent amb la funcionalitat de l'encàrrec de gestió com a instrument al servei de la col·laboració administrativa. Si, com dèiem anteriorment, aquest no és més que un mecanisme d'assistència a través del qual un subjecte executa, en nom d'un altre i sempre que es compleixin determinades circumstàncies habilitants, certes activitats materials o de serveis, sembla que l'efectiva concurrència d'aquestes dues parts diferenciades - la que auxilia i l'auxiliada - es converteix en un requisit indispensable per a l'existència d'aquesta relació jurídica.

D'aquesta manera, no tindria sentit la possibilitat que un òrgan administratiu o una altra entitat de Dret Públic s'autoatribuís a si mateix un encàrrec de gestió, per la simple raó que l'execució de les possibles activitats que pretendrien encarregar-se li vindrien ja assignades pel seu propi ordenament en caràcter de competències pròpies. Per tant, no tindria cap lògica emfatitzar encara més la necessitat de donar compliment a aquestes obligacions.

Ara bé, cal destacar que el caràcter bilateral amb el que definim a l'encàrrec de gestió el circumscriu, de moment, només a la mera existència de dues parts diferenciades, però no a la necessitat que aquesta es formalitzi entre dues persones jurídiques o Administracions Públiques diferents, perquè, com ja hem posat de relleu anteriorment, la LRJPAC admet amb total normalitat la possibilitat que l'encàrrec de gestió es constitueixi entre dos òrgans o entitats que pertanyin a una mateixa organització administrativa (art. 15.3 LRJPAC). De manera que queda clar, de moment, que el requisit de la personalitat jurídica pròpia i diferenciada dels subjectes intervinents no es configura com un requisit obligatori per a l'existència de la relació d'encàrrec.

Feta aquesta matisació, hem de passar a concretar quins òrgans o entitats poden participar en l'encàrrec de gestió, tasca aquesta que se'ns presenta com un dels principals interrogants del règim jurídic d'aquesta institució, i sobre la qual s'han plantejat majors discrepàncies, no només a nivell doctrinal sinó també normatiu. En aquest sentit, partint de les indicacions generals que ens ofereix la LRJPAC, dedicarem els següents apartats a examinar detingudament aquesta qüestió, intentant identificar correctament els subjectes intervinents en la relació d'encàrrec i posant de relleu també la disparitat d'opinions existents sobre això.

## 2.1. - L'encarregant.

Podem començar la nostra anàlisi referint-nos al *encarregant*, és a dir, al subjecte que realitza l'encàrrec i que adquireix, en virtut de la relació d'encàrrec, el dret a l'execució de la prestació material de la qual es troba necessitat i que, per manca de mitjans o per raons d'eficàcia, no pot realitzar per si mateix. En aquest sentit, cal advertir que, d'acord amb la naturalesa estatutària que caracteritza al Dret Administratiu, la possibilitat d'acudir a aquesta figura jurídica no es reconeix a tota classe de subjectes, sinó que segons l'article 15.1 de la LRJPAC només podrà encarregar-se la realització de determinades activitats materials de la competència dels òrgans administratius o de les entitats de Dret Públic.

Encara que la redacció de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, dista molt de ser un bon exemple de claredat, la Llei sembla preveure una doble titularitat activa per a l'encàrrec de gestió, reservada, d'una banda: 1) als òrgans administratius i, per un altre, 2) a les entitats de Dret Públic. Aquesta conclusió, compartida unànimement per la doctrina jurídica que ha tingut ocasió d'analitzar amb més detall aquesta institució<sup>128</sup>; és també la que millor concilia amb el principi d'irrenunciabilitat de les competències administratives vigent al nostre ordenament jurídic (art. 12.1 LRJPAC) i al que ens referíem anteriorment. I és que si, com vèiem, aquest principi suposa que l'exercici de les competències atribuïdes a les diferents Administracions Públiques - incloent la possibilitat d'introduir totes aquelles modulacions competencials previstes expressament per l'ordenament - ha de realitzar-se exclusivament pels seus legítims titulars i, al seu torn, l'article 15.1 de la LRJPAC permet que pugui encarregar-se la realització d'activitats “de la competencia de los órganos administrativos o

---

<sup>128</sup> Vegeu, per exemple i simplement per citar alguns dels autors que s'han referit a aquesta qüestió, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión”, Op. Cit., p. 671; HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 131 o MESEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 129.



entidades de Derecho Público”, podem deduir fàcilment que la posició d'encarregant s'ha de reconèixer tant als òrgans administratius com a les entitats de Dret Públic, ja que únicament aquests podrien transferir vàlidament a través de l'encàrrec de gestió l'exercici de les seves pròpies funcions<sup>129</sup>.

Aquest mateix raonament ens porta a afirmar també la impossibilitat d'encarregar la gestió de competències alienes. Com és sabut, el mencionat principi d'irrenunciabilitat de les competències administratives suposa no només que les potestats públiques s'hagin d'exercitar inexcusablement pels òrgans que les tinguin atribuïdes - llevat de, com dèiem, els supòsits previstos expressament per la Llei -, sinó també la impossibilitat que una determinada entitat pública pugui exercitar o disposar lliurement de les competències administratives que hagin estat atribuïdes per l'ordenament jurídic a una altra entitat diferent<sup>130</sup>. En conseqüència, la decisió d'encarregar la gestió de les activitats materials, tècniques o de serveis de la competència dels òrgans o entitats de Dret Públic correspondrà a cada una d'aquestes entitats singularment considerades, en funció de les concretes circumstàncies que es presentin en cada cas.

No obstant, arribats a aquest punt, i sens perjudici de les consideracions anteriors, per precisar amb claredat quins poden ser els subjectes actius de l'encàrrec de gestió se'ns planteja un altre dubte elemental: què hem d'entendre per “òrgan administratiu”? I per “Entitats de Dret Públic”?

### ***2.1.1. - La noció d'òrgan administratiu.***

Respecte de la noció de “òrgan administratiu” es pot assenyalar que, encara que ve sent utilitzada de forma habitual al nostre Dret Públic, lluny de tenir un significat clar i inequívoc, la seva definició ha estat objecte de múltiples i complexes interpretacions doctrinals, que tracten d'identificar quines unitats dins de la complexa estructura

---

<sup>129</sup> Cal dir que l'apartat 2 de l'article 15 de la LRJPAC ens confirma aquesta interpretació en assenyalar-nos que, en tot cas, l'aprovació dels actes o resolucions que donin cobertura jurídica a l'encàrrec de gestió serà responsabilitat “del órgano o Entidad encargant”. Per tant, l'alternativa entre òrgan o entitat ens posa en relleu novament la idea de la doble titularitat a què fèiem referència anteriorment.

<sup>130</sup> Ja que, en tal cas, estaríem davant d'un supòsit de nul·litat absoluta o de ple dret, en considerar-se aquest acte de disposició com un acte administratiu dictat amb incompetència manifesta per raó de la matèria [art. 62.1 b) LRJPAC].

administrativa tenen capacitat per expressar, amb efectes jurídics vinculants, la voluntat d'una determinada Administració Pública<sup>131</sup>.

No obstant, amb SANTAMARÍA PASTOR, entenem que la LRJPAC - així com les normes autonòmiques que la desenvolupen - ha optat per utilitzar una noció funcional de “òrgan administratiu”, molt més pragmàtica, mitjançant la qual es designarien a les diferents unitats d'actuació a través de les quals s'organitzen les Administracions Públiques, amb capacitat per actuar de forma jurídicament eficaç en les relacions davant tercers. Per la qual cosa es referiria a la idea d'òrgan com a subjecte institucional, expressiu de la voluntat de l'Administració en què s'integren, dotat de competències diferenciades i mitjans materials i personals per desenvolupar-les<sup>132</sup>.

Ara bé, a quines Administracions Públiques es refereix l'article 15.1 de la LRJPAC? Es refereix únicament als òrgans de les Administracions Públiques territorials o ha d'estendre's també a l'organització pròpia de l'Administració institucional? Ja que no hem d'oblidar que la pròpia Llei 30/1992, de 26 de novembre, reconeix a les Entitats de Dret Públic la condició d'Administració Pública (art. 2.2 LRJPAC), pel que, en rigor, aquestes s'organitzarien internament també mitjançant “òrgans administratius”<sup>133</sup>. El cert és que, com pot observar-se, ens trobem en un d'aquests supòsits en els que es posa de relleu no només la falta de rigor amb què, de vegades, s'expressen els diferents texts normatius, sinó també l'enorme dificultat que comporta la utilització de categories jurídiques cada vegada més complexes i elaborades, el denominador comú de les quals no sempre resulta fàcil de determinar.

---

<sup>131</sup> Sobre la discussió teòrica entorn de la noció d'òrgan administratiu poden veure's, entre altres, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 20-57; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41, 1984, p. 43-55; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, volumen I, Ed. Iustel, Madrid 2004, p. 403-413.

<sup>132</sup> En aquest sentit, entre d'altres, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, Op. Cit., p. 403-413 i LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: “Órganos de las Administraciones Públicas (Artículos 11 a 29)”, Op. Cit., p.227.

<sup>133</sup> Així, per exemple, GONZÁLEZ PÉREZ i GONZÁLEZ NAVARRO classifiquen els òrgans administratius en funció de l'entitat a què pertanyen, referint-se als òrgans de l'Administració de l'Estat, de les Administracions de les Comunitats Autònomes, de les Administracions Locals, de l'Administració Institucional i, fins i tot, de l'Administració Corporativa. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p 42.

Per salvar aquest escull terminològic, hem d'acudir a una interpretació sistemàtica de la norma, que ens portarà a la conclusió que la noció de “òrgan administratiu” que utilitza l'article 15.1 de la LRJPAC es limita només a les unitats funcionals a través de les quals s'estructuren les Administracions Públiques territorials. En efecte, si partim de la idea que la voluntat de l'article 15.1 de la LRJPAC és reconèixer una doble titularitat de l'encàrrec de gestió, permetent encarregar la realització de determinades activitats tant a “órganos administrativos” com a “Entidades de Derecho Público”, no tindria cap sentit destacar aquesta diferenciació en el seu tenor literal si poguéssim entendre's fàcilment que les segones - les Entitats de Dret Públic - poden subsumir-se ja dins dels primers - òrgans administratius -. Per tant, cal entendre que la noció de “òrgan administratiu” de l'article 15.1 de la LRJPAC s'utilitza, precisament, per diferenciar a aquests òrgans de les *Entitats de Dret Públic*. En aquest sentit, i de forma coherent amb la pròpia redacció de l'article 2 de la LRJPAC, hem d'entendre que quan es refereix als òrgans administratius ens està remetent a aquelles Administracions Públiques que no tinguin la consideració d'Entitats de Dret Públic. Per tant, ens remet a les Administracions Públiques territorials a què es refereix l'article 2.1 de la LRJPAC.

Des d'aquesta perspectiva, i d'acord amb l'article 2.1 de la LRJPAC, la condició d'encarregant es reconeixeria genèricament als diferents òrgans de l'Administració General de l'Estat, de les Administracions de les Comunitats Autònomes, així com de les entitats que integren l'Administració Local. En aquest últim cas, i segons l'article 3 de la Llei de Bases de Règim Local de 1985, hauríem d'incloure com tals no només als municipis, províncies i illes (art. 3.1 LBRL), sinó també a les entitats inframunicipals constituïdes per les Comunitats Autònomes; a les comarques, en aquelles Comunitats Autònomes que les hagin instituït; a les àrees metropolitanes i a les mancomunitats de municipis, doncs a totes elles se'ls reconeix també la condició d'entitats locals (art. 3.2 LBRL).

Ara bé, com pot suposar-se i malgrat aquesta legitimació general prevista per la LRJPAC, l'exercici concret d'aquesta facultat dependrà de les normes d'organització interna pròpies de cadascuna d'aquestes Administracions Públiques, que fixaran amb més detall quins òrgans concrets dins de l'estructura administrativa estan habilitats expressament per fer ús de l'encàrrec de gestió i per a quines matèries o activitats. Per citar un exemple concret en aquest sentit, l'Acord de la Junta de Govern de l'Ajuntament de Madrid de 18 de juny de 2007 (Butlletí Oficial de l'Ajuntament de Madrid núm. 5761, de 21 de juny de 2007, pàg.

85-94), atribueix als titulars de les diferents Àrees de Govern, en l'àmbit de les seves respectives competències materials, a la celebració dels acords d'encàrrec de gestió entre òrgans administratius o a entitats de Dret Públic als quals fa referència l'article 15 de la LRJPAC (art. 6.1). Si bé, s'afegeix que en l'àmbit de la Vicealcaldia aquesta facultat es distribueix entre el vicecalde i els titulars de les Àrees de Coordinació i de l'Àrea Delegada, en funció de la quantia de l'encàrrec de gestió o de la matèria que es tracti (art. 6.1).

### ***2.1.2. - La noció d'Entitats de Dret Públic.***

Si, com hem vist, la determinació de la noció d'òrgan administratiu ens ha resultat ja certament complexa, no menys problemàtic i confús se'ns presenta l'anàlisi del terme "Entidades de Derecho Público" utilitzada per l'article 15.1 de la LRJPAC. Tanmateix, a diferència de l'anterior, aquest concepte respon, potser, a una noció més fàcilment identificable des d'un punt de vista jurídic, ja que la pròpia Llei 30/1992, de 26 de novembre, es refereix a ella, exigint perquè pugui parlar-se de la presència d'una entitat de Dret Públic la concurrència de tres notes definitòries: en primer lloc, l'existència d'una organització dotada de personalitat jurídica pròpia i, per tant, susceptible de ser titular de drets i obligacions; en segon lloc, la seva constitució d'acord amb les formes previstes al Dret Públic i, finalment, la seva vinculació o dependència d'una Administració Pública (art. 2.2 LRJPAC)<sup>134</sup>.

#### *A) L'exclusió de les societats mercantils públiques i les fundacions del sector públic.*

Del compliment dels dos primers requisits previstos a l'article 2.2 de la LRJPAC podem extreure ja una primera conseqüència important: quedarien fora de la possibilitat de constituir-se com a part activa de l'encàrrec de gestió no només totes aquelles organitzacions no personificades, sinó també totes aquelles entitats del sector públic constituïdes d'acord amb formes jurídico-privades. El que suposa deixar fora de l'àmbit

---

<sup>134</sup> Hem utilitzat l'adverbi potser en referir-nos a la noció d'Entitats de Dret Públic per posar de relleu que, encara que la doctrina coincideix en la identificació dels trets defintoris d'aquestes entitats, s'ha criticat també la imprecisió de la LRJPAC en aquest punt, ja que aquests requisits són previstos de forma massa àmplia i genèrica. En aquest sentit, per exemple, PAREJO ALFONSO, Luciano: "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales", en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Op. Cit., p. 37.

d'aplicació de l'encàrrec de gestió a les *societats mercantils públiques* i també a les *fundacions del sector públic*<sup>135</sup>.

La raó d'aquesta exclusió la trobaríem, inicialment, en un simple element formal, la seva personificació jurídic-privada, que quedaria fora de la definició d'Entitats de Dret Públic prevista per la LRJPAC i que, com hem vist, es fonamenta en la dada de la personificació pública. Però a pesar que, des d'un punt de vista pràctic, l'anterior afirmació ens resultaria del tot suficient per entendre l'exclusió d'aquestes entitats, dogmàticament, ens resulta poc convincent. És per això que, ens hem de plantejar si hi ha altres raons de fons que expliquin el per què d'aquesta separació i, segons la nostra opinió, sí que és possible trobar un argument sòlid que justificaria aquesta exclusió.

Com avançàvem al *Capítol I*, l'encàrrec de gestió es caracteritza per no suposar la cessió de la titularitat de la competència ni dels elements substantius del seu exercici, sent responsabilitat de l'òrgan o entitat encarregant, tal com preveu l'article 15.2 LRJPAC, dictar tots aquells actes o resolucions jurídiques que donin suport o en els quals s'integri l'activitat material objecte d'encàrrec. I per això, amb encert, s'ha afirmat que la posició d'encarregant només podrien assumir-la aquells òrgans o entitats amb capacitat per dictar actes administratius<sup>136</sup>. Des d'aquesta perspectiva, i en termes estrictament jurídics, tenint present

---

<sup>135</sup> Per *societats mercantils públiques* entenem, segons l'article 166.1 c) de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de Patrimoni de les Administracions Públiques, aquelles societats la participació, directa o indirecta, en el seu capital social de les entitats que conformen el sector públic estatal, sigui superior al cinquanta per cent.

Quan parlem de *fundacions del sector públic* ens referim a aquelles constituïdes a l'empara de la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions i en les quals es presenti alguna de les següents circumstàncies: a) Que es constitueixin amb una aportació majoritària, directa o indirecta, de l'Administració General de l'Estat, els seus organismes públics o altres entitats del sector públic estatal; b) Que el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència, estigui format en més d'un cinquanta per cent per béns o drets aportats o cedits per les entitats referides (art. 44 Llei 50/2002, de 26 de desembre).

Malgrat la seva denominació, quedarien al marge d'aquestes consideracions les anomenades fundacions públiques sanitàries, constituïdes a l'empara de la Llei 50/1998, de 30 de desembre, de Mesures Fiscals, Administratives i de l'Ordre Social, les quals es configuren no com entitats de Dret Privat sinó com a autèntics Organismes Públics, adscrits al Institut Nacional de la Salut. Sobre el règim jurídic aplicable a aquestes institucions, entre d'altres, poden veure's SOCIAS CAMACHO, Joana M.: *Fundaciones del Sector Público. En especial, el ámbito sanitario*, Ed. Iustel, Madrid 2006; VAQUER CABALLEIRA, Marcos: *Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1999 o PIÑAR MAÑAS, José Luis: "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2000, p. 73-100.

<sup>136</sup> Es refereixen expressament a aquest element, per exemple, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Las encomiendas de gestión", Op. Cit., p. 672, HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de*

que tant la LOFAGE (Disposició Addicional Dotzena) com la citada Llei de Fundacions (art. 46.1) impedeixen a les societats mercantils públiques i a les fundacions del sector públic exercir potestats administratives que suposin autoritat - sotmetent, amb caràcter general, el seu règim jurídic a l'ordenament privat -, podríem identificar clarament un límit a la seva capacitat per a constituir-se com a part activa de l'encàrrec de gestió, ja que aquestes entitats no estarien habilitades per dictar les resolucions jurídiques necessàries per articular la relació d'encàrrec<sup>137</sup>.

Ara bé, si la determinació en negatiu de quines institucions queden fora de la possibilitat d'actuar l'encàrrec de gestió pot semblar relativament senzilla, la precisió d'aquelles a les que sí que s'ha de reconèixer aquesta titularitat resulta una mica més complexa, ja que ens remet a una àmplia tipologia d'ens instrumentals al servei de les Administracions Públiques que es caracteritzen per la diversitat dels seus règims jurídics i per la dificultat de reconduir-los a categories dogmàtiques unitàries<sup>138</sup>. Tot i així, i a efectes d'aclarir la nostra exposició, prendrem com punt de referència el model organitzatiu de l'Administració General de

---

*gestión...* Op. Cit., p. 131 y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: “Órganos de las Administraciones Públicas (Artículos 11 a 29)”, Op. Cit., p. 245-246.

<sup>137</sup> Hem d'afegir, tanmateix, que la pràctica administrativa sovint ens ofereix exemples en els quals es flexibilitza aquesta prohibició o incapacitat, trobant nombrosos supòsits en els que, per exemple, les societats mercantils realitzen funcions que suposen exercici d'autoritat pública. En aquest sentit, poden veure's CUETO PÉREZ, Miriam: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Ed. Thomson – Civitas, Navarra 2008, p. 45-91, CANALS AMETLLER, Dolors: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Ed. Comares, Granada 2003; GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano (Dirs.): *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens – Ayuntamiento de Madrid, Barcelona 2010 o MONTOYA MARTÍN, Encarnación: *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, qui, davant de tal situació, ha arribat a proposar una interpretació àmplia de l'article 2.2 de la LRJPAC que inclogués també a les societats mercantils (pàg. 487).

<sup>138</sup> Situació que, com ens recorda PÉREZ MORENO, ha portat a alguns autors a referir-se a aquest fenomen amb els descriptius termes de “caos”, “selva de l'organització administrativa”, “anarquia administrativa”, entre altres. PÉREZ MORENO, Alfonso: “Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas”, en PÉREZ MORENO, Alfonso (Coord.): *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen II, Ed. Civitas – Instituto García Oviedo, Madrid 1994, p. 1439.

Així mateix, la doctrina ha posat de relleu la utilització moltes vegades fraudulenta d'aquestes entitats en les quals, sovint, a través de la pretesa recerca de mecanismes que permetin una actuació més àgil i eficaç de l'Administració Pública, s'encobreix veritablement el que, utilitzant la coneguda expressió encunyada per CLAVERO ARÉVALO, s'ha vingut a denominar com la “Fugida del Dret Administratiu”. CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco: “Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas”, en *Documentación Administrativa*, núm. 58, octubre 1962, p. 13 y sigs. Más recientemente, y entre otros muchos, se han referido también a este fenómeno DEL SAZ CORDERO, Silvia: “La huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994, p. 57-98 o MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, p. 25-68.

l'Estat, a partir del qual intentarem identificar totes aquelles entitats públiques a les que pot resultar d'aplicació la figura de l'encàrrec de gestió.

*B) L'aplicació de l'encàrrec de gestió als Organismes Públics regulats per la LOFAGE. Una necessària valoració crítica.*

Ens hem de referir, en primer lloc, a la categoria de “Organismos públicos” prevista a la LOFAGE. I és que aquesta Llei, com és sabut, amb una decidida voluntat d'ordenar i sistematitzar el règim jurídic de les diverses entitats públiques en les que s'organitzava l'Administració estatal i la regulació de les quals es trobava dispersa per diferents normes legals (especialment, en la Llei d'Entitats Estatals Autònomes de 1958 i en la Llei General Pressupostària de 1977), va encunyar aquest nou concepte o categoria organitzativa que, segons el seu article 1, comprenen totes aquelles “entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta”. Categoria general que la pròpia LOFAGE subdivideix, posteriorment, en tres tipus concrets d'organismes: els organismes autònoms, les entitats públiques empresarials i les agències estatals (art. 43.1 LOFAGE)<sup>139</sup>.

Sense entrar més detalladament en el règim jurídic de cada un d'ells, ens interessa destacar la definició d'Organisme públic establerta per la pròpia LOFAGE, ja que d'ella es desprèn amb claredat que en cada un d'aquests tres supòsits (organismes autònoms, entitats públiques empresarials i agències) ens trobem davant d'organitzacions personificades, que adopten una forma pròpia del Dret Públic i que, a més, es troben lligades per una relació d'instrumentalitat amb l'Administració General de l'Estat. Per la qual cosa, en principi, en complir amb els requisits de l'article 2.2 de la LRJPAC no hi hauria gaires més dubtes sobre

---

<sup>139</sup> Segons l'article 45 de la LOFAGE, per *organismes autònoms* hem d'entendre aquelles entitats a les que s'encomana en règim de descentralització funcional i amb subjecció al Dret Administratiu, la realització d'activitats de foment, prestacionals o de gestió de serveis públics. Per la seva part, quan parlem d'*entitats públiques empresarials* ens referim, segons l'article 53.1 de la LOFAGE, a aquells organismes públics a què s'encomana la realització d'activitats prestacionals, la gestió de serveis o la producció de béns d'interès públic susceptibles de contraprestació.

I, finalment, per determinar el concepte d'*agències estatals* hem d'acudir a la Llei 28/2006 de 18 de juliol d'Agències estatals per a la millora dels serveis públics, que ens les defineix com les Entitats de Dret Públic, dotades de personalitat jurídica pública, patrimoni propi i autonomia en la seva gestió, facultades per exercir potestats administratives, que són creades pel Govern per al compliment dels programes corresponents a les polítiques públiques que desenvolupi l'Administració General de l'Estat en l'àmbit de les seves competències (art. 2.1 Llei 28/2006).

la seva consideració com “Entitats de Dret públic”. De fet, l'article 1 de la pròpia LOFAGE així ens ho confirma, ja que, com veïem, en fixar el seu àmbit d'aplicació, defineix a aquests organismes precisament com *entitats de dret públic*. De manera que, segons la nostra opinió, no hi hauria inconvenient per reconèixer als Organismes Públics previstos per la LOFAGE, en tant que Administracions Públiques (art. 2.2 LRJPAC), la possibilitat d'acudir a la figura de l'encàrrec de gestió<sup>140</sup>.

No obstant, arribats a aquest punt, i portant a col·lació algunes de les idees que apuntàvem anteriorment, resulta convenient realitzar algun aclariment important respecte al règim jurídic de les entitats públiques empresarials. I és que, com assenyàvem anteriorment, si l'exclusió de les societats mercantils públiques i de les fundacions del sector públic de l'àmbit actiu de l'encàrrec de gestió podia justificar-se en consideració a que, a conseqüència de la seva submissió a l'ordenament jurídic privat i de la prohibició d'exercir potestats administratives, eren incapaços per dictar els actes o resolucions jurídiques necessàries per servir de base a la relació d'encàrrec, hem de preguntar-nos ara si, precisament, el fet que l'article 53.2 de la LOFAGE remeti el règim jurídic de les entitats públiques empresarials al Dret Privat pot tenir també alguna incidència sobre el seu accés a la figura de l'encàrrec de gestió.

Per a alguns autors (en concret, FERNÁNDEZ FARRERES, i HERNANDO OREJANA) semblaria que la resposta a aquesta pregunta hauria de ser afirmativa. En analitzar l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'encàrrec de gestió aquests autors ens donen a entendre, almenys implícitament, que les entitats públiques empresarials quedarien fora de la possible utilització de l'encàrrec de gestió, ja que afirmen que la capacitat de dictar actes administratius únicament podria predicar-se dels *organismes autònoms* i de les *corporacions de Dret públic* a què es refereix la Disposició Transitòria Primera de la LRJPAC<sup>141</sup> - sense esmentar, com dèiem, a les entitats públiques empresarials. Tot i això, segons la nostra opinió no sempre és possible arribar a aquesta conclusió, especialment pel fet que la pròpia LOFAGE preveu notables límits a l'aplicació del Dret Privat per aquestes entitats, afirmant

---

<sup>140</sup> La inclusió d'aquests organismes públics en l'àmbit d'aplicació de l'encàrrec de gestió, segons LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, estaria plenament justificada, ja que la seva creació obeeix a una opció organitzativa prevista en les lleis com a alternativa a les unitats administratives típiques i, de fet, exerceixen funcions de l'Administració. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: “Órganos de las Administraciones Públicas (Artículos 11 a 29)”, Op. Cit., p. 245.

<sup>141</sup> Vegeu, FERNÁNDEZ FARRERES Germán: “Las encomiendas de gestión”, Op. Cit., p. 672 i HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p.131.



que quan aquestes exerceixin potestats administratives s'hauran d'ajustar a allò previst per l'ordenament jurídic-públic (art. 53.2 i 54 LOFAGE).

Des d'aquesta perspectiva, quan les entitats públiques empresarials actuen en exercici de funcions públiques ho fan en la seva qualitat d'Administracions Públiques i, per tant, amb subjecció plena al Dret Administratiu. D'aquesta manera, podem entendre que en aquests supòsits les entitats públiques empresarials no solament estarien plenament habilitades per dictar actes administratius, sinó també per acudir als mecanismes de col·laboració que el nostre ordenament jurídic dissenya per al conjunt d'Administracions Públiques. I entre ells, òbviament, també l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC. Més quan ja la pròpia LOFAGE declara aplicables a aquestes entitats - en tant que Organismes Públics - la delegació i la desconcentració de les seves competències (Disposició Addicional Tretzena LOFAGE), així com els principis d'organització i funcionament previstos en el Títol I d'aquesta Llei (art. 44.2 LOFAGE), entre els que s'inclou el principi d'eficàcia en el compliment dels objectius fixats, l'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics, la racionalització i agilitat dels procediments administratius i de les activitats materials de gestió i, sobretot, *la cooperació i coordinació amb altres Administracions Públiques*; principis tots ells previstos a l'article 3 de la LOFAGE<sup>142</sup>.

Segons la nostra opinió, no és la incapacitat per dictar actes o resolucions de caràcter administratiu la raó que pot portar-nos a qüestionar la necessitat de reconèixer a les entitats públiques empresarials - i fins i tot als organismes públics en el seu conjunt - la possibilitat d'exercitar l'encàrrec de gestió, sinó altres motius, lligats més a la pròpia coherència del

---

<sup>142</sup> Sobre aquestes qüestions s'ha pronunciat MENÉNDEZ REXACH, que entén que la previsió de l'article 54.1 de la LOFAGE - que estableix que "las potestades atribuidas a las entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad" - no s'ha d'entendre com una exclusió de les entitats públiques empresarials d'acudir a la delegació o desconcentració de les seves funcions públiques, sinó com la reafirmació del principi d'irrenunciabilitat de les competències previst a l'article 12 de la LRJPAC i l'establiment del criteri de què, en virtut de la presumpció de què aquestes entitats actuen en règim de Dret privat, l'atribució de competències administratives no es presumeix, sinó que ha de venir expressament determinada als estatuts. MENÉNDEZ REXACH, Ángel: "La aplicación de la Ley 30/1992 a las entidades públicas empresariales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 1997, p. 47-48. Igualment, sobre el règim aplicable a les entitats públiques empresarials, LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, p. 113.

sistema jurídic-administratiu i a la naturalesa instrumental d'aquestes entitats, els que han de portar-nos a adoptar una valoració necessàriament crítica<sup>143</sup>.

Si, com s'afirma habitualment, la creació d'aquestes entitats respon veritablement a un supòsit de descentralització funcional de l'Administració Pública, que es justifica en raons d'eficàcia<sup>144</sup>, resulta com a mínim discutible reconèixer-los la possibilitat d'acudir a la figura de l'encàrrec de gestió. I és que, des del nostre punt de vista, la naturalesa instrumental amb què es configuren legalment aquests organismes no resulta del tot compatible amb el fet que, alhora, puguin trobar-se en la situació de falta de mitjans materials o d'insuficiència de capacitat de gestió que exigeix l'article 15.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, com a pressupòsit essencial per acudir a la figura de l'encàrrec de gestió<sup>145</sup>.

La justificació de l'existència d'aquest organismes es basa, en essència, en la voluntat d'incrementar l'eficàcia en la gestió pública<sup>146</sup>; pel que, si efectivament es donessin les anteriors circumstàncies, segons la nostra opinió, el que correspondria no seria el recurs a l'encàrrec de gestió, sinó un complet replantejament de la pròpia existència d'aquestes entitats i dels mitjans humans i materials que es posen a la seva disposició per a l'exercici de

---

<sup>143</sup> I per això, davant de la impossibilitat d'acceptar la seva argumentació, entenem que l'exclusió mantinguda per FERNÁNDEZ FARRERAS i HERNANDO OREJANA es deu més a una, potser, incorrecta utilització de la complexa terminologia utilitzada en l'àmbit de l'Administració institucional que no a una voluntat concreta d'apartar les entitats públiques empresarials de la utilització de l'encàrrec de gestió. Segons la meua opinió, l'error es troba en la utilització del terme *Organisme autònom* - segurament per influència de l'anterior Llei de 26 de desembre de 1958, de Règim Jurídic de les Entitats Estatals Autònomes - quan en realitat es vol al·ludir a la noció més àmplia d'*Organisme públic*.

<sup>144</sup> En aquest sentit, s'ha afirmat que l'anomenada Administració institucional no és més que un simple instrument d'actuació a les mans de l'Administració per a la gestió d'un servei que li és propi, a través del qual es pretén compensar l'augment constant de funcions administratives, evitant així la congestió paralitzant de les organitzacions administratives territorials i millorant l'eficàcia en la prestació d'aquests serveis. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 399-400.

<sup>145</sup> De fet la pròpia LOFAGE articula mesures concretes per evitar que es puguin produir aquestes situacions, preveient la submissió dels organismes públics a controls d'eficàcia, amb la finalitat de verificar el grau de compliment dels objectius i de l'adequada utilització dels recursos assignats. Vegeu, l'article 51 LOFAGE, en relació amb els organismes autònoms i l'article 59 de la LOFAGE per a les entitats públiques empresarials. En el cas de les agències estatals és encara més evident, ja que la Llei 28/2006, de 18 de juliol, preveu que l'actuació de les agències s'ha de produir d'acord amb el seu pla d'acció anual i d'acord amb el contracte plurianual de gestió que, entre altres aspectes, ha de concretar els recursos materials, humans i pressupostaris necessaris per a la consecució dels seus objectius (art. 13 Llei 28/2006).

<sup>146</sup> En aquest sentit, i amb caràcter general, poden veure's, entre molts d'altres, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 399-400; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos, quinena edició, Madrid 2009, p.405.

les seves funcions públiques. D'aquesta manera, podem concloure que el paper principal dels organismes públics en relació amb l'encàrrec de gestió no s'ha de buscar en el seu paper d'entitats encarregants sinó tot el contrari, com a possibles receptors dels encàrrecs efectuats per altres entitats públiques. És aquí on l'especialització i flexibilitat del règim jurídic d'aquests organismes pot assolir una major aplicació pràctica.

C) *L'extensió de l'encàrrec de gestió a les anomenades entitats públiques de règim singular.*

Malgrat l'esforç realitzat pel legislador estatal per agrupar sota determinades categories homogènies els diferents organismes públics existents al nostre ordenament, l'enorme diversitat de subjectes en que s'organitza la nostra Administració Pública ha fet que la LOFAGE, en les seves Disposicions Addicionals sisena a desena, hagi hagut de regular un conjunt d'entitats que, tot i que es caracteritzen per la seva creació sota una forma de personificació pública i per regir-se principalment per un estatut jurídic-públic, a diferència dels organismes públics nominats o *típics* (organismes autònoms, entitats públiques empresarials o agències, així com els seus equivalents autonòmics i locals)<sup>147</sup>, es doten d'un règim jurídic singular, en el que els preceptes reguladors dels organismes públics no els són directa i primàriament aplicables, sinó a títol supletori<sup>148</sup>.

Certament resulta difícil explicar els motius que justifiquen la singularitat del seu règim jurídic, ja que junt amb les estructures organitzatives integrants de la Seguretat Social ens trobem, entre d'altres, amb les anomenades Administracions independents. Per la qual cosa, sense entrar en una anàlisi més detallada, ens interessa simplement posar de relleu que, segons la nostra opinió, pot fer-se extensible també a aquests organismes la possibilitat d'actuar l'encàrrec de gestió. No sols la seva forma de personificació jurídic-pública, o la

---

<sup>147</sup> L'expressió la prenem de SUAY RINCÓN, José: "Organització instrumental de les corporacions locals", en *Quaderns de Dret Local*, núm. 9, octubre 2005, p. 10, si bé són molts els autors que s'han referit a la "tipicitat" dels ens institucionals regulats per la LOFAGE, per exemple, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 414; PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, volumen II, Ed. Marcial Pons, octava edició, Madrid 1994, p. 251 o SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, Op. Cit., 708.

<sup>148</sup> Entre aquestes entitats podem trobar, per exemple, l'Agència Estatal d'Administració Tributària (Disposició Addicional Novena de la LOFAGE), la Comissió del Mercat de Valors o la Comissió del Mercat de Telecomunicacions (Disposició Addicional Desena de la LOFAGE). Amb caràcter general, sobre el règim jurídic d'aquestes entitats poden veure's, entre d'altres, MAGIDE HERRERO, Mariano: *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, colección Estudios, Madrid 2000 o BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: *Las Administraciones Independientes: un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

seva creació dirigida a la satisfacció dels interessos generals, sinó que, com ha assenyalat LÓPEZ RAMÓN, l'exigència normativa que es tracti d'Entitats de Dret Públic «vinculades o dependents» de les Administracions territorials no exclouria aquestes últimes entitats de l'àmbit d'aplicació de l'article 2.2 LRJPAC, ja que totes elles, fins i tot les que puguin haver merescut cert grau de «independència», estan vinculades, si més no només financerament, a alguna Administració territorial<sup>149</sup>. I per això, des d'una perspectiva jurídico-formal, aquestes organitzacions poden ser considerades plenament com a Administracions Públiques a efectes de la LRJPAC.

De fet, la pròpia praxis administrativa s'ha ocupat d'aclarir els possibles dubtes sobre l'extensió de l'encàrrec de gestió també a aquestes entitats, ja que una ràpida anàlisi de les normes reguladores d'aquestes administracions independents ens permet observar que no només podem trobar alguns exemples concrets, en els quals, sobre la base de l'article 15 de la LRJPAC, s'utilitza aquesta figura - com, per exemple, la Resolució de 26 de setembre de 2006, de la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, per la que s'encomana a la societat Enginyeria de Sistemes per a la Defensa d'Espanya, SA. la realització de treballs de suport i assistència tècnica (BOE núm. 269, de 10 de novembre de 2006, pàg. 39396-39397) - sinó que, a més, en alguns supòsits, la seva pròpia normativa específica ha previst expressament la possibilitat d'acudir a la figura de l'encàrrec de gestió, desenvolupant la regulació bàsica prevista en la LRJPAC. En aquest sentit, al costat de la ja citada Disposició Addicional Tercera de la Llei 15/1980, de 25 d'abril, de creació del Consell de Seguretat Nuclear, podem afegir l'article 17.2 del Reial Decret 1526/1999, d'1 d'octubre, pel que s'aprova el Reglament del Institut Cervantes, que permet al seu Director acordar l'encàrrec de gestió d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis pròpies del Institut Cervantes a altres ens i òrgans de les Administracions Públiques, mitjançant conveni.

*D) L'aplicació de l'encàrrec de gestió a les universitats públiques.*

En una posició similar a la dels anteriors organismes públics singulars es troben les Universitats Públiques a les que, sobre la base de la garantia institucional de l'autonomia universitària que resulta de l'article 27.10 de la nostra Constitució, la Llei Orgànica 6/2001, de 21 de desembre, d'Universitats (d'ara endavant LOU), els atribueix la titularitat del servei

---

<sup>149</sup> LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Op. Cit., p. 116. En el mateix sentit, LÓPEZ MENUDO, Francisco: “Tipología de entes de la Administración Institucional. Régimen Jurídico de los Organismos Autónomos y de las Entidades Públicas Empresariales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 8, 2004, p. 115-116.

públic d'educació superior (art. 1 LOU). Encara que és veritat que la Llei 30/1992, de 26 de novembre, al fixar el seu àmbit d'aplicació, no es refereix en cap moment a les universitats públiques, això no ha impedit que la doctrina hagi posat de relleu el seu autèntic caràcter d'Administracions Públiques, qualificant-les com un tipus d'Administracions institucionals<sup>150</sup>.

La seva condició d'Administració vindria ratificada, principalment, per la seva creació i reconeixement per part dels ens públics territorials (art. 4.1 LOU), per les finalitats d'interès general que persegueixen (art. 1.2 LOU), pel seu sistema de finançament públic (art. 79 i 81 LOU), així com per la seva plena subjecció a l'ordenament jurídico-públic (art. 6 LOU). Al mateix temps, no s'ha d'oblidar que la pròpia LOFAGE atribueix a les universitats no transferides a les Comunitats Autònomes el qualificatiu d'Administracions Públiques, incloent-les dins de la noció àmplia d'organismes públics estatals a què ens referíem en l'apartat anterior (Disposició Addicional Desena); i que, en termes similars, la Llei de Contractes del Sector Públic de l'any 2007, en determinar el seu àmbit d'aplicació, les qualifica també com a Administracions Públiques [art. 2 c) LCSP].

En aquest sentit, resulta lògic que ens plantejem també la possibilitat de reconèixer a les Universitats públiques la capacitat per acudir a la figura de l'encàrrec de gestió. I és que: el fet que la LOU no prevegi de forma expressa la possible utilització d'aquesta figura administrativa per part de les universitats suposa vetar-los el seu accés? Segons la nostra opinió, la resposta a aquesta pregunta ha de ser negativa. D'acord amb la condició d'Administració Pública que hem exposat anteriorment, podríem entendre que, malgrat el silenci de la LOU, les universitats públiques sí que poden acudir, per gestionar la prestació del servei públic d'ensenyament superior que els ha estat assignat, a les diferents tècniques organitzatives i de col·laboració que el nostre ordenament preveu per al conjunt del sistema

---

<sup>150</sup> A tal efecte, poden veure's, entre altres, PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 287; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos, quina edició, Madrid 2009, p. 414-416 o GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 430. De forma més específica, i centrant-se sobre el règim jurídic de les universitats, poden veure's, entre d'altres, TARDIO PATO, José Antonio: *El derecho de las universidades públicas españolas*, Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona 1994, p. 654-664 y MAGIDE HERRERO, Mariano: *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, Op. Cit., p. 56.

administratiu i, entre elles, també la figura del encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC<sup>151</sup>.

De fet, així ho ha entès també el legislador autonòmic el qual, al desenvolupar el sistema universitari a les diferents Comunitats Autònomes, no sols ha previst l'aplicació supletòria de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (per exemple, a l'article 76 de la Llei 3/2004, de 25 de febrer, d'Universitats del País Basc, o a l'article 7 de la Llei murciana 4/1998, de 8 d'abril, de Coordinació Universitària), i amb això la possibilitat d'estendre a la universitats els principis organitzatius previstos en aquesta Llei; sinó que, a més, ha admès de forma expressa la utilització de l'encàrrec de gestió per part de les universitats públiques. És el cas de l'article 134.1 de la Llei 1/2003, de 19 de febrer, d'Universitats de Catalunya, en què s'assenyala que les universitats públiques catalanes podran encarregar al Consell Interuniversitari de Catalunya la gestió d'activitats de caràcter tècnic o de serveis de la seva competència, d'acord amb l'article 15 de la LRJPAC<sup>152</sup>).

*E) L'aplicació de l'encàrrec de gestió a les Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos econòmics o professionals.*

I, finalment, volem referir-nos a una última categoria d'entitats públiques, les anomenades Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos econòmics o professionals. Amb aquesta denominació vol designar-se a un conjunt d'entitats sectorials de base privada, dotades de personalitat jurídica pròpia, a les que la llei o la pròpia Administració territorial atribueixen l'exercici de determinades funcions públiques (la seva manifestació més característica la constitueixen els Col·legis Professionals - que troben un reconeixement exprés a l'article 36 de la Constitució<sup>153</sup> -, però també les Cambres Oficials -

---

<sup>151</sup> QUINTANA LÓPEZ s'ha referit també a aquesta qüestió, reconeixent a les universitats públiques una àmplia capacitat autoorganitzadora per a la gestió i prestació dels seus serveis docents i d'investigació, que inclouria també la possibilitat de celebrar convenis amb altres entitats públiques a l'empara de la LRJPAC. QUINTANA LÓPEZ, Tomás: "Algunes consideracions sobre la gestió dels serveis universitaris a Espanya", en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 23, 1998, p. 15-27.

<sup>152</sup> I a la mateixa conclusió han arribat els propis centres universitaris, els quals no han dubtat d'acudir a aquesta figura administrativa. Podem citar, per exemple, la Resolució de 17 de juliol de 2007, de la Universitat de Burgos per la qual, atenent l'article 15 de la LRJPAC, s'encarrega la gestió del Rector en matèria d'organització i funcionament del Institut d'Administració Pública d'aquesta Universitat en el Secretari General (BOCyL, núm. 152, de 6 d'agost de 2007, pàg. 16185).

<sup>153</sup> L'article 36 del nostre text constitucional assenyala: "La Ley regulará el régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios profesionales deberán ser democráticos".

esmentades també en el nostre text constitucional, article 52 de la Constitució<sup>154</sup> -, les Comunitats d'Usuaris o les Confraries de Pescadors, entre d'altres).

Malgrat que el debat sobre la naturalesa jurídica d'aquestes corporacions i la possibilitat de qualificar-les formalment com a Administracions Públiques ha estat una de les qüestions més controvertides del nostre Dret Públic, la doctrina majoritària sembla haver arribat a la conclusió que el seu caràcter públic i la submissió al Dret Administratiu queda fora de tot dubte quan aquestes exerceixen funcions públiques. Sent-los aplicables, en aquests casos, i en defecte de la seva normativa específica, les previsions de la LRJPAC<sup>155</sup>. En efecte, no és possible conceptuar aquestes corporacions com una mera modalitat de representació dels interessos privats, sinó que la seva necessària creació per llei i la defensa de l'interès general que els atribueix l'ordenament jurídic defineixen i qualifiquen aquestes organitzacions com a autèntics subjectes públics<sup>156</sup>.

Des d'aquesta perspectiva, sent coherents amb les conclusions a les que arribàvem en analitzar el règim jurídic de les entitats públiques empresarials i tenint present que aquestes corporacions es constitueixen com autèntiques persones jurídico-públiques integrades dins del marc institucional de l'estructura de l'Estat, que poden exercir potestats públiques, hem d'admetre també que, en aquests supòsits, es troben vinculades pels principis d'organització i funcionament predicables de tots els poders públics. En aquest sentit, quan aquestes actuen en exercici de les potestats públiques que tenen conferides, la necessitat de garantir l'eficàcia en la seva actuació i la coherència mateixa del sistema podria justificar el recurs als instruments de col·laboració administrativa previstos al nostre ordenament, entre els quals,

---

<sup>154</sup> L'article 52 de la Constitució preveu: "La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

<sup>155</sup> La Disposició Transitòria Primera de la LRJPAC així ho preveu, en assenyalar que, mentre no es completi la seva legislació específica els seran d'aplicació les disposicions d'aquesta Llei en allò que sigui procedent. Sobre la naturalesa jurídica de les Corporacions de Dret Públic poden veure's, entre molts d'altres, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 398-400; MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (Coord.): *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid 1998, DEL SAZ, Silvia: *Los colegios profesionales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996 o SALOM PARETS, Aina: *Los colegios profesionales*, Ed. Atelier, Barcelona 2007.

<sup>156</sup> En aquest sentit, per exemple, SALOM PARETS, Aina: *Los colegios profesionales*, Op. Cit., p. 83-113 o GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 398-400.

al nostre entendre, podríem incloure la figura del encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC<sup>157</sup>.

Ara bé, com afirmàvem aleshores, entenem igualment que, si bé des d'un punt de vista estrictament legal potser no hi hauria inconvenient en admetre aquesta possibilitat, des del punt de l'organització administrativa sí que resulta seriosament qüestionable. I és que, amb una argumentació similar a l'exposada anteriorment, considerem que si les Corporacions de Dret Públic es fonamenten en un supòsit *d'autoadministració*, que pot contribuir a agilitar l'acció administrativa, atribuint la seva gestió de forma autònoma als propis interessats, no sembla gaire raonable que aquestes, al seu torn, puguin desplaçar o transferir el compliment d'algunes d'aquestes activitats cap a altres entitats públiques. Més quan, exceptuant les seves tasques d'ordenació de les professions titulades, el gruix de funcions que se'ls reconeixen són de caràcter merament material o de serveis (com les funcions d'assessorament i la gestió d'activitats educatives previstes a l'article 2.1 de la Llei 3/1993, de 22 de març, Bàsica de Cambres Oficials de Comerç, Indústria i Navegació o les tasques de representació i formació a què es refereix l'article 5 de la Llei 2/1974, de 13 de febrer, sobre Col·legis Professionals)<sup>158</sup>.

Per la qual cosa, segons la nostra opinió, cal fer una lectura summament restrictiva de la Llei, entenent que, com les entitats públiques empresarials, la funció principal de les Corporacions de Dret Públic en aquesta matèria es troba al seu paper com a possibles

---

<sup>157</sup> En aquest lògica sembla expressar-se SALOM PARETS quan, després de reconèixer de forma expressa el caràcter d'Administració Pública dels col·legis professionals i declarar-los aplicables la normativa administrativa, preveu també l'extensió a aquests de les tècniques d'alteració de les competències previstes al nostre ordenament - si bé és veritat que l'autora en avançar en la seva exposició no esmenta en cap moment la figura de l'encàrrec de gestió. SALOM PARETS, Aina: *Los colegios profesionales*, Op. Cit., p. 131-133.

Més matisada ha resultat en ocasions la posició del Tribunal Suprem. Per exemple, en la Sentència de 3 de novembre de 1988 (ponent: Sr. Francisco González Navarro), s'insisteix, en primer lloc, en el fet que quan les corporacions de Dret públic realitzen les funcions que el poder públic els ha atribuït, s'ha d'entendre que és el propi poder públic el que està actuant – del què es deriva, precisament, l'aplicació a aquestes entitats de les garanties i principis immanents al Dret Públic. No obstant, això no suposa la translació automàtica de tota la legislació administrativa en la seva integritat, sinó que hi ha aspectes d'aquesta legislació la titularitat de la qual exigiria una atribució expressa. Dins d'aquests aspectes, el Tribunal Suprem sembla incloure els mecanismes de translació competencial que venim comentant.

<sup>158</sup> En aquest punt hauríem d'afegir que, tal i com veurem més endavant en analitzar l'objecte de l'encàrrec de gestió, segons la nostra opinió només seria possible l'encàrrec de la gestió de les competències pròpies, però no d'aquelles que s'hagin rebut, al seu torn, per delegació o encàrrec. D'aquesta manera, tindríem un altre límit a la possible aplicació d'aquesta figura a les Corporacions de Dret Públic ja que no podrien encarregar tampoc la gestió de les funcions que, habitualment, exerceixen per delegació de l'Administració Pública.



receptores d'encàrrecs efectuats per altres Administracions Públiques, però no com a titulars actius de l'encàrrec de gestió. De fet, un examen de la normativa reguladora pròpia d'aquestes Corporacions ens demostra com la facultat d'encarregar la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la seva competència no s'inclou dins de les atribucions expressament reconegudes a aquestes entitats, quan, en canvi, la possibilitat inversa sí que es reconeix de forma expressa pel legislador. Per exemple, la Llei 4/2009, de 15 d'octubre, de Cambres Oficials de Comerç i Indústria de Castella - la Manxa, regula específicament l'encàrrec de gestió d'activitats dels òrgans de l'Administració de la Junta de Comunitats de Castella-la Manxa als corresponents òrgans de les Cambres d'aquesta Comunitat Autònoma (art. 8 Llei 4/2009) o, igualment, la Llei extremeña 11/2002, de 12 de desembre, de Col·legis Professionals, preveu que la Junta d'Extremadura podrà encarregar, mitjançant conveni, als col·legis professionals d'aquesta Comunitat Autònoma la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la seva competència (art. 3.7 Llei 11/2002).

### ***2.1.3. - L'extensió del model bàsic a les Comunitats Autònomes.***

Aquestes últimes cites normatives ens serveixen d'excusa per introduir en la nostra exposició un últim element de valoració, relatiu al desenvolupament de l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió per part de la normativa pròpia de les poques Comunitats Autònomes que han regulat el règim jurídic d'aquesta singular institució administrativa. Òbviament, la normativa autonòmica continua configurant l'encàrrec de gestió també com una relació de caràcter bilateral entre dos subjectes diferents (encarregat i encarregant). Per la qual cosa, més enllà d'allò que hem dit fins ara, ens interessa referir-nos només a quines entitats concretes es reconeix la possibilitat que actuïn l'encàrrec de gestió.

Des d'aquesta perspectiva, podem afirmar que la impressió global que es desprèn de l'estudi d'aquesta normativa és que, a grans trets, la majoria de les Comunitats Autònomes s'han limitat a reproduir allò establert amb caràcter bàsic a l'article 15.1 de la LRJPAC, optant per reconèixer expressament la titularitat de l'encàrrec de gestió tant als òrgans propis de l'Administració autonòmica com a les Entitats de Dret Públic dependents o vinculades<sup>159</sup>. Per la qual cosa, en aquest punt, podríem fer extensibles les consideracions que realitzàvem

---

<sup>159</sup> Per exemple, podem citar l'article 75.1 de la Llei 1/2002, de 28 de febrer, del Govern i Administració de la Comunitat Autònoma d'Extremadura o l'article 46.1 de la Llei càntabra 6/2002, de 10 de desembre, de Règim Jurídic del Govern i de l'Administració d'aquesta Comunitat Autònoma.

anteriorment, sobre l'aplicació de l'encàrrec de gestió als diferents organismes públics existents en les Comunitats Autònomes, fins i tot a aquells que subjecten part de la seva activitat al Dret Privat, en la mesura que exerceixin potestats administratives.

Tanmateix, volem referir-nos a dos supòsits en particular en els que sí que ens trobem amb algunes petites diferències, la valoració de les quals mereix que ens hi aturem si més no breument.

*A) L'aplicació limitada de l'encàrrec de gestió als òrgans de l'Administració autonòmica.*

El primer d'aquests supòsits es refereix, específicament, a l'article 24 de la Llei de La Rioja 4/2005, d'1 de juny, de Funcionament i Règim Jurídic de l'Administració d'aquesta Comunitat Autònoma, a l'article 38 del Decret Legislatiu 2/2001, de 3 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Administració de la Comunitat Autònoma d'Aragó i a l'article 30.1 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de Règim Jurídic de les Illes Balears, en els quals, aparentment, no s'identifiquen els titulars de l'encàrrec de gestió, fent-se referència simplement al “òrgan encarregat”. El recurs en aquests preceptes a la noció de “òrgan” ens porta a qüestionar l'abast real de l'encàrrec de gestió en aquestes Comunitats Autònomes, a l'efecte de determinar si aquesta es limita únicament als òrgans administratius en sentit estricte o inclou també a les Entitats de Dret Públic.

Segons la nostra opinió, la terminologia utilitzada en aquests preceptes no és casual, sinó que el legislador autonòmic ha optat conscientment, en els tres supòsits, per una aplicació subjectiva limitada de l'encàrrec de gestió, preveient-la amb caràcter general únicament per als òrgans propis de l'Administració territorial autonòmica en sentit estricte. El fet que aquests supòsits es regulin sempre dins dels Títols que es refereixen a l'exercici de les competències dels òrgans de l'Administració de la Comunitat Autònoma, així sembla confirmar-nos-ho.

Tanmateix, aquesta opció organitzativa del legislador autonòmic s'ha d'entendre en els seus justos termes, ja que aquesta limitació, en circumscriure's únicament a l'ordenació de l'estructura organitzativa pròpia de l'Administració territorial autonòmica, no impediria que, sobre la base de l'article 15 de la LRJPAC, el legislador autonòmic pogués estendre l'aplicació de l'encàrrec de gestió a altres persones jurídico-públiques; com, de fet, així ha

ocorregut. En aquest sentit, hem d'assenyalar que, per exemple, la Llei balear 20/2006, de 15 de desembre, Municipal i de Règim Local, ha previst de forma expressa la possibilitat que els Ajuntaments i els Consells Insulars facin ús d'aquesta institució jurídica administrativa (art. 64 Llei 20/2006); alhora que la Llei 7/2010, de 21 de juliol, del Sector Públic Instrumental d'aquesta Comunitat Autònoma, ha reconegut també la utilització d'aquesta figura per part d'organismes públics de caràcter no territorial, preveient expressament l'encàrrec de funcions de l'Agència Tributària de les Illes Balears a altres Administracions Públiques (Disposició Final Quarta de la Llei 7/2010).

*B) L'aparent major amplitud de la Llei catalana 26/2010, de 3 d'agost, de Règim Jurídic i procediment de les Administracions Públiques de Catalunya.*

En segon lloc mereix també una reflexió a part la nova regulació de l'encàrrec de gestió prevista en la Llei catalana 26/2010, de 3 d'agost, de Règim jurídic i procediment de les Administracions Públiques de Catalunya, en la que s'afirma que podrà encarregar-se la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència “dels òrgans administratius, els organismes o les entitats públiques” (art. 10 Llei 26/2010).

Si féssim una lectura ràpida d'aquest precepte podríem arribar a la conclusió que la voluntat del legislador català ha estat la d'ampliar l'àmbit d'aplicació subjectiu de l'encàrrec de gestió. En efecte, la utilització del terme “entitats públiques” resulta molt més oberta que la noció de “Entidades de Derecho Público” utilitzada per la LRJPAC, alhora que prescindeix de qualsevol referència a la personalitat jurídica, pública o privada, dels ens que es tracti.

No obstant, més enllà d'aquesta primera impressió, creiem que no resulta possible mantenir aquesta interpretació per una raó molt simple. Com apuntàvem més amunt, l'article 15.2 de la LRJPAC limita la capacitat per ocupar la posició activa de l'encàrrec de gestió únicament a aquelles entitats amb capacitat suficient per dictar actes o resolucions jurídiques amb eficàcia *ad extra*, susceptibles de modificar la posició subjectiva de l'Administració Pública; capacitat que no pot predicar-se de les societats mercantils ni les fundacions del sector públic. Aquesta previsió es reitera expressament en la Llei catalana, assenyalant que és responsabilitat de l'òrgan, organisme o entitat pública que hagi realitzat l'encàrrec dictar tots aquells actes o resolucions de caràcter jurídic que recolzin o en els que s'integri l'activitat material concreta objecte de l'encàrrec (art. 10.2 Llei 26/2010, de 3 d'agost), pel

que també en aquesta Comunitat Autònoma seria possible arribar a la mateixa conclusió que manteníem aleshores.

Des d'aquesta perspectiva, i per aprofundir encara més en la nostra argumentació, si acudim al Decret Legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'Empresa Pública catalana, podrem comprovar com - malgrat que es continua preveient la mateixa tipologia d'entitats instrumentals existents a la Llei 11/1977, de 4 de gener, General Pressupostària -, l'Estatut de l'Empresa Pública catalana només atribueix l'exercici de potestats administratives a les entitats constituïdes mitjançant formes de personificació de Dret Públic (ja sigui entitats autònomes administratives o entitats de Dret Públic sotmeses al Dret Privat)<sup>160</sup>.

En aquest sentit, podríem entendre que el fet que el legislador català hagi optat per aquesta terminologia més àmplia respon a la voluntat de donar cabuda a la “atipicitat” pròpia d'aquest ordenament jurídic, que continua ordenant-se al marge de les categories “típiques” previstes a la LOFAGE. Alhora que mitjançant aquesta denominació, i de forma similar al que ocorre amb els organismes públics previstos en les Disposicions Addicionals de la LOFAGE, es podrien incloure també dins de l'àmbit d'aplicació de l'encàrrec de gestió una gran varietat d'entitats públiques existents a Catalunya, amb denominacions molt variades, i que, encara que caracteritzades per gaudir de personalitat jurídica pròpia, per sotmetre la seva actuació al Dret Administratiu i pel fet d'atribuir-se'ls la gestió de tasques d'interès públic, el seu règim jurídic resulta notablement heterogeni (com, per exemple, *l'Agència de*

---

<sup>160</sup> El quadre d'entitats que delimita l'àmbit d'aplicació de l'Estatut de l'Empresa Pública catalana l'integren: a) les *entitats autònomes* de la Generalitat que realitzin operacions o prestin serveis de caràcter principalment comercial, industrial o financer, b) les empreses de la Generalitat, que se subdivideixen, d'una banda, entre les *entitats de Dret Públic* amb personalitat jurídica pròpia sotmeses a la Generalitat, però que han d'ajustar la seva activitat a l'ordenament jurídic-privat i, per l'altre, per les *societats civils o mercantils* amb participació majoritària de la Generalitat, de les seves entitats autònomes o de les societats en què la Generalitat o les entitats esmentades anteriorment tinguin també una participació majoritària; i finalment c) les *societats civils o mercantils* vinculades a la Generalitat.

Dins d'aquest complex organitzatiu, com dèiem, només es reconeixen a les entitats autònomes de la Generalitat i a les entitats de Dret Públic el gaudiment de potestats administratives i la capacitat per dictar actes administratius. Vegeu els articles 6, 22 i 43, a *sensu contrari*, del Decret Legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'Empresa Pública catalana. Igualment, l'article 4 del Decret Legislatiu 3/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de Finances Públiques de Catalunya.

Sobre l'organització institucional a Catalunya, FONT I LLOVET, Tomàs: “La Administració institucional de las Comunidades Autónomas: notas sobre la Generalitat de Cataluña”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, 1980, p. 313-340, PITA GRANDAL, Ana M<sup>a</sup>: “L'empresa pública en l'ordenament jurídic de Catalunya”, en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 2-3, 1985, p. 70-84.

*Suport a l'Empresa catalana*, prevista en la Llei 9/2009, de 30 de juny o *l'Institut Superior de les Arts*, regulat en la Llei 12/2009, de 10 de juliol).

## **2.2. - L'encarregat.**

Una vegada delimitades les entitats que poden actuar com a subjectes encarregants, hem de passar ara a analitzar la figura de *l'encarregat*. Quan parlem de l'encarregat ens referim a aquell subjecte que, mitjançant la formalització de l'encàrrec de gestió, es compromet a dur a terme, en nom de l'encarregant, l'actuació material que constitueix l'objecte de la relació d'encàrrec. En aquest cas, com l'anterior, la determinació d'aquells que poden actuar en aquesta posició jurídica l'hem de buscar novament a l'article 15.1 de la LRJPAC, la redacció del qual resulta, també en aquest punt, ambigua i mancada del rigor tècnic necessari. Si partim del tenor literal d'aquest precepte podem comprovar com, en assenyalar que la realització de les activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència de les Administracions Públiques pot encarregar-se a “otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración”, la Llei ens està diferenciant una altra vegada el doble àmbit d'aplicació subjectiu de l'encàrrec: referit, d'una banda als “órganos” i, per altre, a les “entidades”. D'aquesta manera, a continuació tractarem d'esbrinar a què es refereix la LRJPAC amb aquestes dues denominacions.

### **2.2.1. - Òrgans administratius no relacionats jeràrquicament.**

En primer lloc, l'article 15.1 de la LRJPAC assenyala que l'encàrrec podrà realitzar-se en favor de “otros órganos [...] de la misma o de distinta Administración”. Per tant, s'està referint, com en l'apartat anterior, a la noció d'òrgan administratiu que ja hem examinat. D'aquesta manera, podem fer extensives les consideracions que exposàvem en l'epígraf anterior sobre el significat concret que havíem de donar a aquesta terminologia. En resum, si, com dèiem anteriorment, l'article 15.1 de la LRJPAC preveu de forma expressa que l'encàrrec de gestió pugui recaure sobre entitats de Dret Públic, seguint el raonament que exposàvem anteriorment, hem d'entendre que els òrgans a què es refereix en aquest moment són només aquells òrgans de les Administracions Públiques territorials, ja que els encàrrecs realitzats a les entitats de Dret Públic - o, més concretament, als òrgans d'aquestes que poguessin resultar competents - podria enquadrar-se ja dins de la previsió específica de l'article 15.1 de la LRJPAC referida a aquestes entitats.

Ara bé, en aquest punt podríem afegir que, com ha recalcat majoritàriament la doctrina, l'encàrrec de gestió hauria de recaure normalment sobre òrgans administratius no vinculats per una relació de jerarquia. Encara que és veritat que l'article 15.1 de la LRJPAC no s'oposa a què l'encàrrec de gestió pugui realitzar-se fins i tot entre òrgans jeràrquicament dependents, en aquests casos el recurs a la figura de l'encàrrec de gestió pot resultar artificios i forçat, ja que la realització de les activitats materials que pretenen encarregar-se podria articular-se fàcilment a través d'un ordre del superior sobre l'inferior en els termes de l'article 21 de la LRJPAC<sup>161</sup>.

L'emanació d'ordres i instruccions de servei constitueix una regla de funcionament típica de la relació de jerarquia a través de la qual s'estructura una determinada organització administrativa. Per la qual cosa a través d'aquests instruments es pot ordenar el funcionament intern dels serveis sense necessitat d'acudir a la figura de l'encàrrec de gestió; per tant, sense que es requereixi tampoc cap declaració de voluntat per part dels òrgans implicats en la relació d'encàrrec. L'opció contrària, com s'ha afirmat, suposa admetre no només que l'òrgan superior negociï amb l'inferior la realització de determinades activitats, sinó desconèixer que en aquests supòsits seria irrellevant la hipotètica negativa de l'inferior a assumir tals tasques o la modulació del seu contingut, ja que el principi de jerarquia col·locaria l'òrgan superior en situació d'imposar sempre la seva opinió<sup>162</sup>.

### ***2.2.2. - Les Entitats de la mateixa o diferent Administració. La discussió sobre l'aplicabilitat de l'encàrrec de gestió a les persones subjectes al Dret Privat.***

Tanmateix, la determinació de quins altres subjectes - al costat dels òrgans administratius - poden ser receptors de l'encàrrec de gestió resulta aquesta vegada molt més confusa i problemàtica. En referir-se a la figura de l'encarregat, el citat article 15.1 de la

---

<sup>161</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, Op. Cit., p. 148. Del mateix autor, en idèntics termes, “Las encomiendas de gestión”, Op. Cit., p. 673. En el mateix sentit s'expressen unànimement els autors estudiats, podent citar, per exemple, PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op. Cit., p. 118 o MESSEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 133-134.

<sup>162</sup> HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 136. En aquest punt, recordar simplement que entre els principis de conducta que s'imposen als funcionaris públics a l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic trobem, precisament, el d'obeir “las instrucciones y ordenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico [...]” (art. 54.3 Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic Emprat Públic).

LRJPAC preveu que la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis podrà ser atribuïda a altres “Entidades de la misma o distinta Administración”, per la qual cosa semblaria que, més enllà de la mera exigència de personalitat jurídica pròpia i la vinculació a una Administració Pública, no s'afegiria cap altre requisit al seu concret règim jurídic. No obstant, aquesta aparença no resulta del tot certa, perquè quan es regulen els anomenats encàrrecs de gestió *intra-administratives* es parla novament de “Entidades de Derecho Público” (art. 15.3 LRJPAC), mentre que, per la seva part, l'article 15.5 de la LRJPAC ve a excloure de forma expressa de l'àmbit d'aplicació d'aquest precepte els supòsits en els quals la realització de les activitats objecte d'encàrrec de gestió hagi de recaure sobre persones físiques o jurídiques subjectes al Dret Privat, la regulació del qual es remet aleshores a allò establert en la legislació contractual.

Per tant, com en l'apartat anterior, se'ns planteja un dubte fonamental: quan l'article 15.1 de la LRJPAC parla de “Entidades de la misma o distinta Administración”, a què està fent referència? Es refereix només a les entitats jurídico-públiques previstes a l'article 2.2 de la LRJPAC o hem d'entendre que inclou també les persones jurídiques constituïdes d'acord al Dret Privat vinculades o dependents de l'Administració?

La resposta a aquesta pregunta no resulta gens senzilla, no només per la pròpia dificultat jurídica derivada de l'evident incoherència de la Llei, sinó també pel fet que la determinació del seu àmbit d'aplicació subjectiu resulta un element molt important tant per explicar i per justificar el particular règim jurídic d'aquesta figura, com per evitar el seu ús fraudulent. Potser és per això que la doctrina no ha estat capaç d'oferir encara una única resposta majoritària a aquesta qüestió, tota vegada que l'escassa atenció que ha merescut aquest precepte, objecte normalment d'estudis molt amplis en el marc dels mecanismes de col·laboració administrativa o de transferència de l'exercici de les competències, comporta que resulti certament difícil valorar correctament la interpretació donada pels autors, ja que en moltes ocasions es limiten a reproduir la literalitat del precepte però sense entrar a valorar el seu contingut.

Segons la nostra opinió, la solució a aquesta problemàtica l'hem de buscar en un dels elements que, com hem apuntat en definir el nostre concepte d'encàrrec de gestió, han vingut caracteritzant aquesta figura: la voluntat de configurar l'encàrrec de gestió com un instrument de caràcter organitzatiu al marge dels procediments i principis contractuals.

Com veurem a continuació, és potser a través d'aquesta idea que podem intentar explicar el perquè d'aquesta previsió i quin hauria de ser el seu abast. Si bé, com afegirem després, algunes d'aquestes idees mereixen, segons la nostra opinió, un profund replantejament.

*A) La interpretació finalista de l'article 15 de la LRJPAC.*

Amb la introducció de la figura de l'encàrrec de gestió la LRJPAC pretenia dotar al sistema administratiu - entès com un tot funcional dirigit a la satisfacció d'unes mateixes finalitats d'interès general - d'una eina àgil i flexible amb la que poder reaccionar davant de supòsits de falta de mitjans o de capacitat de gestió en el compliment dels seus objectius<sup>163</sup>. Partint-se d'una visió gairebé organícista, es vol dotar el conjunt d'Administracions Públiques d'un instrument més que permetés satisfer les possibles insuficiències gestores o que els permetés desenvolupar les seves funcions d'una manera més eficaç; sense que fos necessari, per a això, alterar la distribució de competències establerta en el nostre ordenament, ni acudir al mercat o a la col·laboració amb tercers particulars. Seria la pròpia Administració Pública, en definitiva, la que a través d'aquesta tècnica organitzativa, fonamentada sobre el principi d'eficàcia i col·laboració, podria afrontar directament la gestió de totes les activitats d'interès públic que se li haguessin assignat.

Aquesta és, segons la nostra opinió, la finalitat prevista a l'article 15 de la LRJPAC. La voluntat d'aquest precepte no és altra que la de fixar l'encàrrec de gestió en l'àmbit jurídicopúblic, facilitant que el conjunt d'Administracions Públiques puguin prestar-se assistència i auxili recíproc en l'exercici de les seves respectives competències, en cas que fos necessari i a través de la simple utilització dels seus propis mitjans materials i humans. Aquesta voluntat sembla reflectir-se en el propi articulat de la LRJPAC, al incloure's aquesta tècnica dintre del títol de la Llei relatiu als "Òrgans de les Administracions Públiques". Això ens posa de relleu una certa confusió d'aquest instrument com una forma de gestió *directa* de les funcions administratives. No hi hauria, en aquest enteniment, una dissociació entre el titular d'una determinada funció administrativa i qui la gestiona materialment, sinó que seria sempre el Poder Públic, l'Administració, el qui se n'ocuparia. I per això, en aquesta lògica interpretativa, haurien de quedar fora de l'àmbit d'aplicació de l'encàrrec de gestió aquells supòsits en els quals l'obtenció de les activitats o serveis del què un es troba mancat es

---

<sup>163</sup> SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: "Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas", Op. Cit., p. 230-231.



busca fora de l'organització pública, acudint a gestors privats per a la gestió - podríem dir, *indirecta* - d'aquestes funcions<sup>164</sup>.

En efecte, la lògica contractual o de mercat a la que responen principalment les entitats jurídico-privades que, amb els seus respectius interessos econòmics individuals, operen al mercat en concurrència amb els empresaris particulars, podria resultar completament aliena a la voluntat de col·laboració administrativa que caracteritzaria l'encàrrec de gestió. I és que la possible extensió de l'encàrrec de gestió a una societat mercantil, encara que de capital públic, es tornaria estranya en quan que, com diem, l'encàrrec prendria només en consideració la realització més eficaç de les funcions administratives, però no els interessos privats del mercat en els quals es mou aquesta última; en conseqüència, en tant que institució aliena a la lògica del mercat i als interessos mercantils, la seva utilització hauria de recaure només respecte d'aquelles entitats que, de forma ordinària, se situen fora de l'òrbita del sector privat. Al mateix temps, això contribuiria a evitar també que mitjançant l'atribució d'aquest encàrrecs a empreses o institucions privades es pogués alterar el joc de la lliure competència o atorgar una posició de preferència a una determinada entitat per sobre de la resta de particulars i sense subjectar-se als principis d'objectivitat, transparència i igualtat que regeixen la contractació pública.

És aquest caràcter finalista de l'encàrrec de gestió el que, segons la nostra opinió, ens porta a interpretar la referència a les “Entidades de la misma o distinta Administración” prevista a l'article 15.1 de la LRJPAC com limitada únicament a les Administracions Públiques a què es refereix l'article 2 de la LRJPAC. En efecte, si com dèiem l'encàrrec de gestió se'ns presenta com un simple instrument d'auxili per garantir la coherència i eficàcia del sistema administratiu, és només a les Administracions Públiques integrants d'aquest sistema organitzatiu a qui hauria de correspondre el seu exercici. En conseqüència, segons aquesta interpretació, seria possible reconèixer la condició d'encarregat tant a les Administracions territorials (ja siguin de caràcter estatal, autonòmic o local), com a les entitats de Dret Públic vinculades o dependents d'aquestes Administracions regulades per la LRJPAC.

---

<sup>164</sup> La referència al caràcter directe o indirecte de la gestió la utilitzem, en aquest punt, d'una manera merament descriptiva, per enquadrar l'encàrrec en el marc de l'organització pública. Però som conscients que, des d'un punt de vista tècnic i rigorós, aquesta terminologia no seria del tot adequada, ja que, per exemple, la utilització d'una societat mercantil de capital íntegrament públic és un dels mecanismes de gestió *directa* dels serveis públics que l'article 85.2 de la LBRL posa a disposició de les entitats locals. Com hem citat anteriorment, aquest caràcter de gestió directa que suposa l'encàrrec de gestió s'ha posat en relleu en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: “Órganos de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., p. 77-78.

Com hem vist anteriorment, aquestes entitats es consideren, a tots els efectes de la LRJPAC, com a Administracions Públiques (art. 2.2 LRJPAC), pel que no només podem configurar-les com a titulars actius de l'encàrrec de gestió sinó també, i sobretot, com a potencials receptors dels encàrrecs efectuats per les Administracions Públiques territorials a què es vinculen. En aquest sentit, cal precisar que en aquesta categoria podríem incloure tant als Organismes Públics típics existents al nostre ordenament jurídic (és a dir, els organismes autònoms, les entitats públiques empresarials i les agències regulades per la LOFAGE; així com els seus equivalents autonòmics i locals), com les entitats de règim singular a les que ens referíem anteriorment. Malgrat la singularitat del seu règim jurídic, la seva consideració com a Administracions Públiques queda fora de tot dubte<sup>165</sup>.

I el mateix podríem dir de les Universitats Públiques. Si la seva forma de personificació pública o les finalitats d'interès general que persegueixen ens permetien anteriorment poder reconèixer-los, en tant que Administracions Públiques, la capacitat per ser titulars actius de l'encàrrec de gestió, el mateix podem dir ara en tant que titulars passius d'aquests encàrrecs. La necessitat de reconèixer-los una certa autonomia en la gestió del servei d'educació superior, no altera la seva condició de subjectes públics i part integrant del sistema administratiu. En aquest sentit, com veurem més endavant en estudiar l'àmbit objectiu de l'encàrrec de gestió, alguns autors han destacat el caràcter positiu que podria resultar de reconèixer la condició d'encarregat a les Universitats Públiques per tal que, com a centres d'investigació i excel·lència, podrien contribuir a la modernització de l'Administració Pública<sup>166</sup>.

I, fins i tot, seguint el mateix raonament, seria possible estendre la consideració d'encarregat a les corporacions de Dret Públic representatives d'interessos. Malgrat que, com dèiem, aquestes corporacions tenen una base personal privada, la seva categorització ve donada

---

<sup>165</sup> En aquest sentit, cal afegir que la praxis administrativa ens ofereix nombrosos exemples de l'aplicació de la figura de l'encàrrec de gestió a les Entitats de Dret Públic, com, per exemple, la Resolució de 29 de març de 2010 per la qual la Secretaria d'Estat de Seguretat encarrega a l'entitat pública empresarial Red.es la prestació del servei de cita prèvia del DNI electrònic i del passaport (BOE núm. 96, de 21 d'abril de 2010, pàg. 35215-35223) o la Resolució de 15 de setembre de 2010 a través de la qual la Secretaria d'Estat de Medi Rural i Aigua encarrega a l'organisme autònom *Parques Nacionales* la gestió i administració de l'escola taller "*Vivero Escuela Río Guadarrama*" (BOE núm. 243, de 7 d'octubre de 2010, pàg. 84970-84972).

<sup>166</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "Órganos de las Administraciones Públicas", Op. Cit., p. 77-78 i MAURI MAJÓS, Joan: "Administraciones públicas, sus relaciones y los órganos administrativos", en TORNOS MAS, Joaquín (Coord.): *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Universidad de Barcelona – Ed. Bosch, Barcelona 1994, p. 102.

principalment per la seva forma pública de personificació i per la seva subjecció al Dret Públic quan exerceixen potestats administratives. En aquest sentit, podríem configurar-les com un instrument més de l'acció administrativa, que no pot considerar-se disgregat del conjunt general de l'organització pública, sinó al contrari, com una part de l'estructura orgànica dirigida a garantir les finalitats de l'Administració Pública en sentit ampli. I precisament aquesta és la interpretació que sembla assumir el legislador espanyol, ja que en la recent Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, ha previst una modificació de la citada Llei 3/1993, Bàsica de Cambres Oficials de Comerç, Indústria i Navegació, per reconèixer-los la possibilitat de rebre encàrrecs de les Administracions Públiques territorials per a la gestió i prestació de determinats serveis per a les empreses (Disposició Final Quaranta-setena de la Llei 2/2011, de 4 de març).

Aquesta interpretació que proposem a partir d'una visió finalista de la Llei ens permetria, al seu torn, dotar d'un significat coherent a l'article 15.5 de la LRJPAC, havent d'entendre que la referència a “personas físicas o jurídicas a Derecho Privado” es refereix no només als particulars en sentit estricte, sinó que afecta a totes les entitats constituïdes amb formes de personificació privada. Com hem vist anteriorment i com s'ha apuntat per la doctrina, és el caràcter de gestió directe per la pròpia organització administrativa, implícit en l'encàrrec de gestió, el què ens portaria a excloure la possibilitat d'aplicar el seu règim jurídic a una relació de prestació de serveis en què intervingués una persona jurídica-privada, aliena a l'organització pública<sup>167</sup>. D'aquí que, com a resultat de tot plegat, haguem de deixar fora del règim jurídic de l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC a les societats mercantils públiques i a les fundacions del sector públic. Remetent, en el seu cas, els possibles encàrrecs que rebin de les Administracions Públiques a allò establert per la legislació contractual.

Malgrat els molts dubtes que genera encara l'article 15 de la LRJPAC, i admetent que la seva redacció és certament confusa, sembla que aquesta interpretació és també la defensada per un ampli sector doctrinal. Així, per exemple, GONZÁLEZ PÉREZ i GONZÁLEZ NAVARRO assenyalen com un dels trets definidors de l'encàrrec de gestió el fet de donar lloc a una relació jurídic-pública entre òrgans o *organizacions personificades de Dret Públic*, que

---

<sup>167</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS: “Órganos de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., 78.

pertanyen a la mateixa o a diferent Administració<sup>168</sup>; mentre que PARADA VÁZQUEZ considera que una de les qüestions positives de la regulació de l'article 15 de la LRJPAC és l'afirmació del seu caràcter voluntari i l'ampliació del seu àmbit d'aplicació tant en les relacions entre Administracions territorials independents, òrgans administratius o *Entitats de Dret Públic*<sup>169</sup>.

Al mateix temps, la jurisprudència en les poques ocasions que ha tingut l'oportunitat d'enjudiciar l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'encàrrec de gestió, s'ha pronunciat també de forma contrària a la seva extensió a les persones jurídiques subjectes al Dret Privat. Destaca especialment la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa núm. 925/2000, de 30 d'octubre, en la qual, en analitzar el conveni d'encàrrec de gestió efectuat entre l'Ajuntament d'Huete i l'Ajuntament d'Alcàsser de San Juan per a la prestació i gestió del servei públic d'aigües a través de la societat municipal Aigües d'Alcàsser, SA., la Sala conclou que, a pesar que la mencionada societat hagués estat constituïda amb capital municipal de l'Ajuntament d'Alcàsser de San Juan i depengués d'aquest a tots els efectes, quan el que es pretén és exercir les seves competències en l'àmbit d'un altre municipi, preval la seva submissió al règim jurídic privat. Per tant, i sobre la base de l'article 15.5 de la LRJPAC, s'afirma que no es pot parlar d'un encàrrec de gestió sinó de la prestació indirecta d'un servei públic, havent d'acudir-se, llavors, a la legislació contractual (F.J. Cinquè).

#### *B) Crítica a una interpretació àmplia de l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió.*

Malgrat tots aquests arguments, alguns autors s'han pronunciat també clarament en contra de l'exclusió de les societats mercantils i de les fundacions del sector públic de l'encàrrec de gestió. Dins d'aquest corrent doctrinal, la postura més elaborada ha estat, segurament, la d'ÀVILA ORIVE que considera que si s'interpreta la referència de l'article 15.1 de la LRJPAC a les “Entidades de la misma o distinta Administración” com a equivalent a

---

<sup>168</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p. 761. En idèntics termes, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: “De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos”, Op. Cit., p. 358.

<sup>169</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op., Cit., p. 117. En el mateix sentit, podem citar també MESSEGUER YEBRA que, en analitzar els subjectes intervinents en l'encàrrec de gestió, posa en relleu que s'ha de tractar sempre de subjectes públics, ja sigui òrgans administratius o entitats de Dret Públic. MESSEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 129.

Entitats de Dret Públic s'arriba a un resultat absurd i contradictori amb la pròpia regulació de la LRJPAC. Segons el parer d'aquest autor, i partint de l'article 6.5 de la LRJPAC, que permet a les Administracions Públiques que subscriuen un conveni de col·laboració crear una organització comuna per a gestionar-lo (organització que pot adoptar la forma de societat mercantil), s'afirma que la idea que es deriva en la creació d'aquesta organització comuna és materialment un encàrrec de gestió, ja que ens trobaríem davant d'una personificació jurídica que assumeix la gestió de les actuacions administratives necessàries per donar compliment al conveni. Pel que es rebutja una interpretació de l'article 15 de la LRJPAC que fes impossible l'encàrrec de gestió a les societats mercantils quan el propi ordenament ja està admetent aquesta possibilitat com a conseqüència de la formalització d'un conveni entre dues Administracions Públiques<sup>170</sup>.

Tanmateix, entenem que en aquest cas es parteix d'una premissa no del tot encertada i és que, en contra del que s'afirma, l'article 15 de la LRJPAC en cap moment no prohibeix la possibilitat d'encarregar la realització de determinades tasques materials de la competència de les Administracions Públiques a les entitats jurídico-privades<sup>171</sup>. Al contrari, el propi article 15.5 de la LRJPAC sembla pressuposar la seva existència, si bé exclou del seu règim jurídic aquestes relacions, i en especial de la possibilitat d'adjudicació directa; havent de sotmetre aleshores al que correspongui segons la legislació de contractes. En aquest sentit, es pot assenyalar que el nostre ordenament jurídic en matèria contractual ha vingut preveient històricament, i al marge de la figura de l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC, diferents mecanismes a través dels quals encarregar la realització d'activitats materials de la competència de les Administracions Públiques a persones jurídico-privades, alguns dels quals també han discorregut tradicionalment al marge dels procediments d'adjudicació competitiva<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> ÁVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 103-123. En el mateix sentit, GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M<sup>a</sup>: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Op. Cit., p. 98-99 i HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 133.

<sup>171</sup> Insisteix també en aquesta idea, SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit 235.

<sup>172</sup> Seria el cas, per exemple, dels convenis de col·laboració que les Administracions Públiques podien celebrar amb persones físiques o jurídiques subjectes al Dret Privat previstos a l'article 3.1 d) de l'anterior Reial Decret 2/2000, de 16 de juny, pel que es va aprovar el Text refós de la Llei Contractes de les Administracions Públiques; o també de l'execució d'obres i béns mobles per la pròpia Administració, regulats als articles 152-153 i 194-195 del TRLCAP, respectivament.

Una altra cosa molt diferent és que, a partir de l'aprovació del Reial Decret-Llei 5/2005, d'11 de març, pel qual es modifica el Text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques de l'any 2000, alguns dels mecanismes a través dels quals s'ha vingut encarregant directament a persones jurídic-privades la realització d'activitats administratives hagin rebut - si no incorrectament, almenys sí de forma inadequada - la denominació d'encàrrecs de gestió (*encomiendas de gestión*).

Amb el citat Reial Decret-Llei de 2005, i per donar compliment a la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de gener de 2005, assumpte C-84/03, *Comissió de les Comunitats Europees/Regne d'Espanya*, en la qual es condemnava a Espanya per la incorrecta transposició de les Directives sobre contractació pública, el legislador espanyol va introduir algunes modificacions en la nostra normativa sobre contractació administrativa, a l'efecte, essencialment, de sotmetre les societats mercantils públiques i les fundacions del sector públic també a aquesta normativa, així com per modular l'abast de l'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la Llei dels convenis de col·laboració que celebrin les Administracions amb les altres entitats públiques. Però a més, junt amb la reintegració a la legalitat comunitària d'aquestes qüestions, el citat Reial Decret-Llei es va aprofitar també per transposar al nostre Dret el nou règim jurídic dels encàrrecs de tasques contractuals a entitats instrumentals de l'Administració (els anomenats contractes *in house providing*) derivats de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea<sup>173</sup>, introduint-se un nou apartat l) a l'article 3.1 del TRLCAP, pel que s'excloïa de l'àmbit d'aplicació de la Llei “Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública”.

---

<sup>173</sup> Com és sabut el Tribunal de Justícia d'Unió Europea, a partir de la Sentència de 18 de novembre de 1999, assumpte C-107/99, *Teckal Srl. / Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Regio Emilia*, introdueix una important modulació a l'hora de considerar l'existència d'un contracte públic, i la consegüent obligació d'aplicar els procediments d'adjudicació previstos en les Directives comunitàries. En aquest sentit, considera que no pot parlar-se de contracte en aquells supòsits en els quals un ens territorial exerceixi sobre la persona que es tracti un control anàleg al dels propis serveis i aquesta persona, a més, realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'ens que la controla (F.J. 50). Posteriorment, el propi Tribunal ha anat desenvolupant i matisant cadascun d'aquests requisits, si bé sense apartar-se del plantejament original versat en la STJCE *Teckal*.

Sobre l'evolució de la jurisprudència comunitària sobre contractació pública i, en particular sobre els requisits dels contractes *in house* poden veure's, entre d'altres, PERNAS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Ed. Iustel, Madrid 2008 y GIMENO FELIÚ, José María: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2006.

Tot i això, aquest precepte va tenir l'escassa fortuna de no aconseguir cap dels objectius que es proposava. No només pel fet que no incorporava correctament la doctrina jurisprudencial comunitària abans esmentada - pel que va haver de ser objecte d'una modificació parcial mitjançant la Disposició Final Quarta de la Llei 42/2006, de 28 de desembre - sinó que, a més, va generar una nova situació de confusió i controvèrsia en tant que utilitzava una terminologia (*encàrrecs de gestió*) que ja venia sent emprada per denominar una institució jurídico-administrativa específica. Plantejant-se aleshores el dubte de si, mitjançant aquesta reforma, el Reial Decret-Llei 5/2005 havia ampliat o no l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió també a les entitats instrumentals de l'Administració amb forma jurídico-privada.

La doctrina va posar ràpidament de relleu que, en realitat, ens trobàvem davant de dues figures diferents que, tot i que nominalment poguessin coincidir, es dotaven de règims jurídics diferenciats<sup>174</sup>. Així, d'una banda trobaríem l'encàrrec de gestió previst a l'article 15 de la LRJPAC - que, com dèiem, estableix el seu règim jurídic, limitant el seu àmbit d'aplicació exclusivament a les Administracions Públiques - i, per altra, tots aquells negocis jurídics a través dels quals es poden articular encàrrecs a altres entitats, ja siguin de Dret Públic o Privat, que es considerin mitjans propis i instrumentals de l'Administració - el règim del qual es remet, no a l'article 15 de la LRJPAC, sinó a la seva normativa específica i, en darrer terme, a la legislació contractual -.

Malgrat que certament ambdues figures compartirien uns mateixos trets característics, que en alguns casos poden superposar-se - essencialment, el fet de tractar-se d'un acte mitjançant el qual un òrgan administratiu realitza un encàrrec a un tercer per a la realització d'activitats compreses en l'àmbit de les seves competències materials, sense transferència de la titularitat<sup>175</sup> - els seus límits i requisits són notablement diferents. Així, per exemple, des

---

<sup>174</sup> En el mateix sentit, BERNAL BLAY, Miguel Ángel: "Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP", Op. Cit., p. 79-80 o AMOEDO SOUTO, Carlos: "El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas", Op. Cit., p. 270-272.

<sup>175</sup> PASQUAL GARCÍA considera que tant l'encàrrec de gestió regulat a l'article 15 de la LRJPAC com l'esmentat a l'article 24 de la LCSP poden reconduir-se a un supraconcepte comú que, a falta de *nomen iuris*, es podria denominar "*encomienda*", sense cap adjectivació. PASQUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Estudios Jurídicos núm. 13, Madrid 2010, p. 94.

d'un punt de vista subjectiu, mentre que l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC pot recaure sobre òrgans o entitats de la mateixa o diferent Administració Pública, els supòsits de l'article 3.1.l) del TRLCAP s'havien de limitar a entitats o societats de la mateixa Administració (a la qual havia de pertànyer la totalitat de la seva capital social). Igualment, des d'un punt de vista objectiu, les diferències entre ambdues figures tampoc no eren menors perquè, com veurem a continuació, mentre que la LRJPAC estableix uns límits clars a la possible utilització de l'encàrrec de gestió (circumscriuint-la a l'exercici de tasques de caràcter material), el TRLCAP no establia cap límit<sup>176</sup>.

Davant de tal situació de desordre, l'última reforma de la nostra legislació contractual, a través de la vigent Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, ha fet referència novament a aquestes qüestions, tractant de solucionar aquesta confusió nominal i intentant aclarir el règim jurídic aplicable a cada un d'aquests supòsits. D'aquesta manera, la LCSP ja no utilitza el terme “*encomienda de gestión*” com a denominació específica d'una tècnica contractual susceptible de ser formalitzada amb entitats jurídic-privades sinó que esquivant qualsevol qualificació, agrupa sota un mateix precepte tots els negocis jurídics que puguin servir de vehicle per a l'atribució d'un encàrrec a una entitat instrumental, ja sigui aquesta de Dret Públic o Privat [art. 4.1.n) de la LCSP]<sup>177</sup>.

En qualsevol cas, i sens perjudici del que més endavant puguem afegir, ens interessa ara simplement destacar que, tenint present que l'article 15 de la LRJPAC no impedeix l'atribució d'encàrrecs materials a persones jurídic-privades, podem superar la crítica plantejada per ÀVILA ORIVE. Davant de l'argumentació d'aquest autor, podríem respondre afirmant que la possibilitat que dues Administracions Públiques en subscriure un conveni

---

A aquesta identitat material entre ambdues figures es refereix també MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, volumen III, Ed. Iustel, Madrid 2009, p. 643 i ORTIZ MALLOL, José: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, gener-abril, 2004, que distingeix entre l'encàrrec com a categoria genèrica i una concreta manifestació d'aquesta encarnada a l'article 15 de la LRJPAC (pàg. 275).

<sup>176</sup> Opinió compartida també per l'Advocacia General de l'Estat a la seva Circular 6/2009, en la qual es considera que, més enllà de la coincidència en la seva denominació, ens trobaríem davant dues figures diferents, separades pels seus respectius àmbits d'aplicació i els seus respectius continguts. Citat per PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 94.

<sup>177</sup> Si bé és cert que la LCSP continua utilitzant d'una manera àmplia la denominació de “*encomienda de gestión*” en dos supòsits puntuals. En concret, al regular els requisits per considerar l'existència d'un mitjà propi de l'Administració (art. 24.6 LCSP) i, en segon lloc, en fixar el règim jurídic de l'empresa TRAGSA (Disposició Addicional Trentena LCSP)



puguin encarregar a una societat mercantil la realització de determinades tasques, malgrat que materialment o conceptualment pugui definir-se com un encàrrec, no implica necessàriament que el seu règim jurídic sigui el previst a l'article 15 de la LRJPAC. Sinó que, per a això, resulta imprescindible que es reuneixin els requisits exigits per aquest precepte. Així, com que no resulta possible encaixar els negocis jurídics a què es refereix ÀVILA ORIVE dins dels requisits subjectius de l'encàrrec de gestió contemplats a l'article 15.4 de la LRJPAC, la conseqüència lògica és que la seva tramitació i formalització haurà de reconduir-se i sotmetre's a un altre règim jurídic diferent i, en concret, a aquell previst per la legislació contractual. Així, podríem pensar que l'atribució per via convencional de determinades tasques materials a una societat mercantil respon, per exemple, a un contracte de gestió de serveis públics mitjançant la creació d'una societat privada destinada a tal finalitat (possibilitat prevista a l'article 8.2 de la vigent LCSP) o a un supòsit d'utilització de mitjans instrumentals propis per part dels poders adjudicadors (en els termes de l'article 24.6 de la LCSP).

Però, insistim, malgrat que la conseqüència final a què arribem en ambdós casos podria ser la mateixa - l'exclusió de l'aplicació de les regles de contractació a l'adjudicació d'un encàrrec de realització de determinades activitats materials - els pressupòsits de fet i els seus requisits essencials (tant materials com formals) són completament diversos. Per la qual cosa, arribats a aquest punt, potser seria convenient afegir que, per facilitar la diferenciació d'ambdós règims jurídics, resultaria aconsellable optar també per la utilització de denominacions diferents i específiques per referir-se a cada un d'aquests instruments. Mantenint, per exemple, el terme “*encomienda de gestión*” per als supòsits de l'article 15 de la LRJPAC i denominar “*encargos de ejecución*” o “*encomiendas de ejecución*” a totes aquelles altres atribucions de funcions materials que recauen sobre persones jurídico-privades a l'empara de la LCSP<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Aquesta, com dèiem, sembla ser l'orientació assumida per bona part de la nostra doctrina jurídica, que es decanta per la utilització del terme “*encargo de ejecución*” per referir-se als encàrrecs a mitjans propis instrumentals de caràcter privat. Entre d'altres, GIMENO FELIU, José María: “*Encargos de ejecución a medios propios*”, Op. Cit., p.313-321; CASTRO PASCUAL, José M<sup>a</sup>: “*Encomienda de gestión, contrato administrativo, encargo de ejecución*”, Op. Cit., p. 155-169; BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “*Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP*”, Op. Cit., p. 77-90 o AMOEDO SOUTO, Carlos: “*El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas*”, Op. Cit., p. 261-294.

Finalment, i sens perjudici de l'anterior, i encara que pugui ser amb un caràcter secundari, podríem afegir encara una altra raó més per reforçar la nostra argumentació entorn de l'exclusió de les persones jurídico-privades de l'àmbit d'aplicació de l'encàrrec de gestió dissenyat per l'article 15 de la LRJPAC. I és que si acudim als antecedents normatius més immediats d'aquesta figura que esmentàvem al *Capítol I*, ens adonarem que tots ells fan sempre referència a supòsits de relació entre entitats públiques: ja es tracti de les diputacions provincials (en el cas de l'encàrrec del servei recaptador i de la gestió ordinària de serveis) o de les entitats locals en el seu conjunt (com es preveia en la delegació de funcions administratives prevista en la legislació de règim local franquista). Per la qual cosa, encara que pogués ser merament amb un valor de referència històrica, aquests antecedents podrien ajudar-nos a interpretar també la redacció actual d'article 15 de la LRJPAC.

*C) Conclusió sí, però necessitada d'un complet replantejament.*

En vista de tot el què hem exposat anteriorment, podríem concloure afirmant que l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC només seria aplicable als encàrrecs realitzats a formes de personificació de caràcter públic; excloent, així, als particulars, ja siguin aquests persones físiques o jurídiques, i també a les societats mercantils i a les fundacions del sector públic. En conseqüència, a partir d'aquest moment, l'examen dels mecanismes jurídics previstos al nostre ordenament per articular els supòsits d'encàrrecs materials a aquestes entitats privades quedarà fora del nostre objecte d'estudi. Sens perjudici del que, més endavant, haguem de fer-hi necessàriament alguna ulterior referència, per tal que, com veurem, la distinció d'aquests supòsits amb la figura de l'encàrrec de gestió resulta, en moltes ocasions, certament difícil.

No obstant, i sense alterar la conclusió plantejada, sí que compartim algunes de les objeccions formulades per ÀVILA ORIVE. I és que, igual que aquest autor, entenem que actualment resulta impossible continuar fonamentant l'exclusió de l'encàrrec de gestió de l'àmbit d'aplicació de la legislació contractual únicament en consideració a la forma de personificació jurídico-pública dels subjectes intervinents<sup>179</sup>. Més quan, com ja hem apuntat, l'objecte de l'encàrrec pot versar sobre activitats públiques amb contingut econòmic i que podrien ser igualment susceptibles de contractació amb els particulars.

---

<sup>179</sup> ÀVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 95-102 i del mateix autor "Encomienda de gestión y defensa de la competencia", [En línea] Op. Cit., p. 6.

Segons la nostra opinió, la tradicional consideració de que qualsevol relació convencional entre Administracions Públiques, entre elles l'encàrrec de gestió, pugui quedar fora de l'aplicació de les regles de la contractació simplement per la sola concurrència d'aquest element subjectiu és avui dia difícilment acceptable. No només des del nostre punt de vista intern - tenint present que, com veurem, la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, ha modulats l'abast de l'exclusió d'aquests negocis jurídics, havent de considerar-se ara de manera conjunta tant els subjectes intervinents com la naturalesa de l'esmentat acord - sinó també, i sobretot, des del punt de vista del Dret Comunitari, ja que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha posat de relleu en moltes ocasions (entre elles en la ja citada Sentència de 13 de gener de 2005) que, més enllà de les parts, un dels elements essencials per aplicar els principis de les Directives Comunitàries sobre contractació pública consisteix en analitzar si l'objecte de l'acord contractual pot incloure's dins de les prestacions compreses per les Directives.

Tot això ens porta, no a modificar les nostres consideracions inicials sobre l'extensió de l'àmbit d'aplicació subjectiu de la figura de l'encàrrec de gestió, sinó a qüestionar-nos, en primer lloc, la conveniència de continuar mantenint o limitant l'aplicació de la LRJPAC partint d'un criteri merament formal - la personificació -, quan, precisament, bona part de la doctrina ha vingut plantejant la matisació de les concepcions subjectivistes del Dret Administratiu, considerant que és el criteri de la funció i no el de la personalitat pública o privada, el que determinaria la subjecció a aquesta branca de l'ordenament jurídic<sup>180</sup>. Però també, i en segon lloc, ens porta a la necessitat de replantejar-nos de nou el caràcter contractual de l'encàrrec de gestió, a l'efecte de determinar si el seu règim d'adjudicació directa o de formalització al marge dels procediments contractuals resulta encara possible al nostre ordenament jurídic. Tasca aquesta última que abordarem amb més detall al següent Capítol d'aquest treball.

### ***2.2.3. - Els destinataris de l'encàrrec de gestió a la legislació autonòmica.***

De l'anàlisi de l'escassa normativa autonòmica sobre la figura de l'encàrrec de gestió podem extreure també les mateixes conclusions que avançàvem anteriorment sobre la

---

<sup>180</sup> Per exemple, entre d'altres, CUETO PÉREZ, Miriam: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Op. Cit., p. 24 i MALARET I GARCÍA, Elisenda: "El Derecho de la Administración Pública", en AAVV: *Derecho público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Ed. Marcial Pons. Madrid 1999, p. 28.

limitació de la utilització de la figura de l'encàrrec de gestió únicament a les entitats en forma jurídic-pública. De fet, una bona part de la normativa autonòmica en aquesta matèria es limita a reproduir idènticament la regulació bàsica estatal - com el cas de l'article 46.1 la Llei càntabra 6/2002, de 10 de desembre, de Règim Jurídic del Govern i de l'Administració d'aquesta Comunitat Autònoma o de l'article 18 de la Llei 2/1995, de 13 de març, de Règim Jurídic de l'Administració d'Astúries - per la qual cosa podríem reproduir novament les consideracions que fèiem aleshores. Altres Comunitats Autònomes, en canvi, opten per reconèixer la condició d'encarregat tant als òrgans administratius com als "Organismos Públicos" - com succeeix, per exemple, a l'article 24.1 de la Llei 4/2005, d'1 de juny, de Règim Jurídic i Funcionament de l'Administració de la Rioja -. La utilització de la noció d'organismes públics ens sembla molt més adequada i ajustada a la interpretació de l'article 15 de la LRJPAC que realitzàvem anteriorment perquè, com ja hem assenyalat, aquest terme jurídic es refereix d'una manera més clara a formes de personificació pública (ja siguin aquestes, organismes autònoms, entitats públiques empresarials o agències); excloent, per tant, la possible utilització de l'encàrrec de gestió per part d'entitats jurídic-privades<sup>181</sup>.

Tanmateix, en aquest punt, creiem també convenient fer una breu referència separada a dos supòsits concrets en els quals la normativa autonòmica sí que aporta algunes determinacions ulteriors que poden fer-nos qüestionar quin és en realitat l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'encàrrec de gestió en aquests ordenaments.

*A) La regulació de la Llei andalusa 9/2007, de 22 d'octubre, d'Administració de la Junta d'Andalusia.*

En primer lloc, ens interessa destacar la regulació prevista a la Llei 9/2007, de 22 d'octubre, d'Administració de la Junta d'Andalusia, que distingeix, d'una banda, els encàrrecs de gestió de la Junta d'Andalusia a altres òrgans o entitats públiques de la mateixa o diferent Administració (art. 105 Llei 9/2007) i, per altre, aquells supòsits en què la realització d'activitats materials, tècniques o de serveis hagi de recaure sobre persones jurídic-privades, especialment societats mercantils públiques o fundacions del sector públic andalús (art. 106 Llei 9/2007).

---

<sup>181</sup> Així ens ho confirma la Llei 3/2003, de 3 de març, d'Organització de Sector Públic de la Comunitat Autònoma de la Rioja que, en desenvolupar l'organització instrumental pròpia d'aquesta Comunitat, atribueix el caràcter de "Organismos públicos" únicament als organismes autònoms i entitats públiques empresarials (art. 21 Llei 3/2003).

En relació amb els primers, es constata que la Llei andalusa reproduceix gairebé idènticament el règim jurídic previst a l'article 15 de la LRJPAC, assenyalant que la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis podrà encarregar-se, per raons d'eficàcia o quan no es tinguin els mitjans necessaris, a altres òrgans o entitats de la mateixa o diferent Administració, havent de formalitzar-se, aleshores, el corresponent conveni<sup>182</sup>. En el segon cas, en canvi, s'admet que l'Administració de la Junta d'Andalusia pugui encarregar també la realització d'aquestes activitats a persones jurídic-privades, però en aquest cas els sotmet a un règim jurídic diferent, amb uns requisits propis i sense que la falta de capacitat de gestió del encarregant constitueixi el seu pressupòsit de fet.

En aquest sentit, i tenint en compte que en la pròpia Exposició de Motius de la Llei 9/2007, de 22 d'octubre, s'afirma que la regulació d'aquests aspectes es fa de conformitat amb la Llei bàsica de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (Apartat III), entenem que la regulació andalusa ve a confirmar, en el marc del Dret Positiu, algunes de les consideracions que realitzàvem anteriorment. Així, en el supòsit de l'article 105 de la Llei es regula la figura de l'encàrrec de gestió entesa com un instrument d'auxili administratiu entre Administracions Públiques, que es justifica per uns motius concrets de manca de mitjans; quedant al marge de la seva utilització les entitats jurídic-privades. Així, la regulació dels possible encàrrecs a aquestes entitats s'hauria de buscar en la seva regulació específica o, en el seu defecte, en la legislació contractual.

I aquesta és, precisament, la funció que persegueix el citat article 106 de la Llei 9/2007, de 22 d'octubre, que s'encarrega d'assenyalar que, en aquests casos, l'encàrrec de la realització d'activitats materials, tècniques o de serveis només pot realitzar-se a empreses privades quan aquestes entitats tinguin la consideració de mitjans propis o ens instrumentals de l'Administració Pública, recordant, en els mateixos termes que l'article 24.6 de la Llei de Contractes del Sector Públic, que concórrer aquesta circumstància només quan el seu capital sigui en la seva totalitat de titularitat pública i sempre que s'exerceixi sobre aquestes societats mercantils o fundacions un control anàleg al qual s'exerceix sobre els seus propis serveis i, a més, realitzin la part essencial de la seva activitat per a la Junta d'Andalusia.

---

<sup>182</sup> Dèiem “gairebé idènticament” ja que l'única singularitat destacable de la regulació andalusa en aquest punt la constitueix la possibilitat d'encarregar la gestió de determinades activitats a les agències dependents d'una altra Conselleria, tal com es preveu a l'article 105.3 de la Llei 9/2007, de 22 d'octubre.

Un argument més a tal efecte podria ser el fet que quan es regulen els encàrrecs de gestió d'altres Administracions Públiques a favor de la Junta d'Andalusia (art. 107 de la Llei 9/2007, de 22 d'octubre), només es preveuen a favor dels òrgans administratius propis o de les agències dependents de l'Administració però no respecte d'altres entitats públiques, i menys encara respecte d'entitats jurídico-privades.

Des d'aquesta perspectiva, com ja esmentàvem en l'apartat anterior, la principal objecció a aquests preceptes residiria en el fet que el legislador andalús hagi denominat a ambdós supòsits de la mateixa manera, com a “*encomiendas de gestión*”, tant aquells que recauen sobre entitats jurídico-públiques com aquells efectuats a persones jurídico-privades. Malgrat l'evident connexió conceptual entre ambdós supòsits, ja hem dit que, segons la nostra opinió, es tracta de figures diferents, per la qual cosa resultaria molt més correcte referir-se de forma diferent a ambdós supòsits, a efectes d'evitar que una confusió terminològica pugui comportar també la confusió dels seus règims jurídics<sup>183</sup>.

*B) La Llei catalana 26/2010, de 3 d'agost, de Règim Jurídic i Procediment de les Administracions Públiques de Catalunya.*

En segon lloc ens hem de referir també a la legislació catalana per tal com, com ja avançàvem anteriorment, la citada Llei 26/2010, de 3 d'agost, sembla regular la figura de l'encarregat també amb major amplitud que la prevista en la LRJPAC, admetent que l'encàrrec pugui recaure no només sobre òrgans administratius sinó també respecte “altres òrgans, organismes o entitats públiques de la mateixa o diferent Administració” (art. 10.1 Llei 26/2010).

En aquest cas, com ja fèiem al analitzar la figura del encarregat, podríem intentar forçar una interpretació de la Llei catalana que ens permetés concloure que, efectivament, l'encàrrec de gestió es refereix només a les entitats jurídico-públiques. Però si en aquell moment teníem un argument que ens semblava sòlid per defensar aquesta hipòtesi, ara ens trobem en la situació inversa. I és que si acudim a l'article 10.7 de la Llei 26/2010, de 3

---

<sup>183</sup> De fet, sorprèn que s'hagi optat per aquesta denominació quan, precisament, la legislació andalusa va ser una de les pioneres en adoptar la denominació de “*encargo de ejecución*” als supòsits d'utilització instrumental d'entitats jurídico-privades per part de la Junta d'Andalusia (per exemple, a l'article 20 de la Llei de Pressupostos de l'any 2002). Sobre aquestes qüestions, i centrant-se específicament en la Comunitat Autònoma andalusa, poden veure's REBOLLO PUIG, Manuel: “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, Op. Cit., p. 359-393 i CASTRO PASCUAL, José M<sup>a</sup>: “Encomienda de gestión, contrato administrativo, encargo de ejecución”, Op. Cit., p. 155-169.

d'agost, se'ns diu que “Si l'encàrrec de gestió té un objecte propi d'un contracte inclòs en l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes del sector públic, només es pot fer a organismes o entitats públiques que tinguin la condició de mitjà propi de l'administració, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec, de conformitat amb el que disposa la dita legislació”.

Segons la nostra opinió, la referència a les entitats que tinguin la condició de mitjà propi, tot i no esmentar-les expressament, ens remet clarament a la discussió sobre la possibilitat d'encarregar activitats administratives a societats mercantils instrumentals. Per la qual cosa, semblaria que l'article 10.7 de la Llei catalana estaria obrint la porta a supòsits d'encàrrec de gestió realitzats a persones jurídiques privades<sup>184</sup>. El que ens portaria a afirmar que la Llei catalana s'hauria de considerar nul·la de ple dret, per vulnerar un aspecte essencial de la regulació bàsica estatal en aquesta matèria. I és que si entenem que l'encàrrec de gestió troba la justificació del seu peculiar règim jurídic en la consideració pública dels subjectes que intervenen en ella, no podem més que deduir que l'element subjectiu es configura llavors com un element definitori d'aquesta figura. I per això, si com hem interpretat prèviament, la LRJPAC limita expressament el seu àmbit d'aplicació únicament a les persones jurídico-públiques (art. 15.5 LRJPAC), el fet que una Comunitat Autònoma prevegi el contrari no pot sinó definir-se com una vulneració de la legislació bàsica.

Al nostre parer, el què es desprèn de la regulació catalana és la confusió que abans esmentàvem entre la figura de l'encàrrec de gestió de la LRJPAC i la possibilitat de realitzar encàrrecs a entitats instrumentals de l'Administració que admet la LCSP. Com ja hem dit, ambdues institucions, tot i poder derivar d'un mateix concepte, tenen un règim jurídic i uns requisits substancialment diferents que, tanmateix, en la Llei 26/2010, de 3 d'agost, es barregen indistintament. La veritat és que de la redacció del precepte ens resulta difícil trobar una interpretació jurídica alternativa que ens permetés salvar la validesa de la norma, ja que la generalitat amb què s'expressa fa certament complex poder diferenciar - com en la Llei andalusa 9/2007, de 22 d'octubre - els dos supòsits indicats.

---

<sup>184</sup> Òbviament, seria possible entendre que la menció als mitjans propis continguda en la Llei 26/2010, de 3 d'agost, no fa referència, necessàriament, a persones jurídico-privades doncs tan instrumentals poden arribar a ser aquelles entitats constituïdes d'acord amb el Dret Privat com aquelles altres constituïdes d'acord amb Dret Públic. Però aquesta interpretació, tot i ser possible, ens allunyaria de la realitat de la pràctica administrativa, caracteritzada pel recurs cada vegada més habitual de les Administracions Públiques a aquest tipus de personificacions privades, alhora que demostraria un desconeixement total de la problemàtica plantejada en l'àmbit comunitari entorn d'aquesta qüestió, pel qual, entenem que una interpretació en aquest sentit no seria raonable ni admissible jurídicament.

#### **2.2.4. - L'exigència de mitjans tècnics i de gestió convenients.**

Sens perjudici de les consideracions anteriors, creiem oportú posar de relleu un altre requisit subjectiu de la figura de l'encàrrec de gestió, que, malgrat que no es preveu de forma expressa a l'article 15 de la LRJPAC, sí que pot deduir-se implícitament de la seva regulació. Aquest requisit consistiria en la necessitat que l'encàrrec es formalitzi únicament a favor d'aquelles entitats que disposin dels mitjans tècnics i de gestió necessaris per a portar a terme correctament l'encàrrec assignat.

Com hem vingut sostenint al llarg de la nostra exposició, l'encàrrec de gestió s'ha de considerar com un instrument jurídic al servei del principi d'eficàcia administrativa, a través del qual es pretén aconseguir el correcte compliment de les finalitats d'interès general que l'ordenament atribueix al conjunt d'Administracions Públiques. Així ho ha entès també el legislador estatal quan situa com a pressupòsit de l'encàrrec l'absència de mitjans tècnics idonis o raons d'eficàcia (art. 15.1 LRJPAC). Per això, entenem que s'ha de fer un ús restrictiu de l'encàrrec de gestió, limitant la seva aplicació únicament respecte a aquelles entitats que realment estiguin en condicions de poder gestionar millor les activitats materials que pretenen encarregar-se i impedit, per tant, la possible obertura del sistema a subjectes que no disposin de la capacitat gestora suficient. I és que, segons la nostra opinió, si el contingut de l'encàrrec de gestió s'ha de cenyir a la realització d'una determinada prestació material (art. 15.1 LRJPAC), no pot considerar-se que realment compleixi aquesta exigència aquell que, per manca dels mitjans necessaris, es limita a traslladar la seva execució final a un tercer.

Les conseqüències pràctiques derivades d'aquesta exigència podrien ser, bàsicament dues: en primer lloc, la possibilitat de revocar l'encàrrec com a conseqüència de la pèrdua de la capacitat gestora per part de l'entitat encarregada. En efecte, si configurem l'exigència de mitjans tècnics o de gestió necessaris com un pressupòsit essencial de la relació d'encàrrec, hem d'entendre també que la seva pèrdua donaria lloc a una causa d'ineficàcia sobrevinguda de la mateixa. Més endavant ens referirem novament a aquesta qüestió al analitzar els efectes que es deriven de la relació d'encàrrec. I, en segon lloc, la impossibilitat que l'encarregat subencomani la gestió de les activitats materials a una altra entitat. Si configurem la relació d'encàrrec com una relació *intuitio personae*, fonamentada en una



específica capacitat gestora de l'encarregat, sembla raonable que aquest no pugui traspasar ni desprendre's lliurement de l'exercici de l'activitat que se li ha encarregat.

Però el cert és que aquest element de discriminació en funció de l'aptitud gestora de l'encarregat no s'ha de contemplar únicament des d'un vessant negativa o limitadora, sinó que té també un aspecte positiu. I és que aquesta exigència podria contribuir, d'una banda, a fer un ús més racional d'aquesta figura, evitant supòsits d'utilització fraudulenta, però, al mateix temps, permetent corregir també l'excessiu uniformisme que, en algunes ocasions, caracteritza el nostre ordenament jurídic, fugint d'atribucions genèriques i posant l'accent en aquelles entitats que, realment, es troben en millors condicions per a prestar un determinat servei<sup>185</sup>.

### **2.3. - Tipus d'encàrrec de gestió en funció dels subjectes.**

Una vegada identificats els diferents subjectes que poden formar part de la figura de l'encàrrec de gestió podem fer un pas més i, partint novament de la regulació continguda a l'article 15 de la LRJPAC, establir unes primeres classificacions de l'encàrrec de gestió en funció, precisament, del seu element subjectiu. La identificació de diferents categories d'encàrrec de gestió per relació als seus subjectes no persegueix un objectiu purament dogmàtic o acadèmic, sinó que, com veurem seguidament, aquestes classificacions ens resultaran d'utilitat per determinar posteriorment el règim jurídic específic a què sotmetre aquesta institució.

---

<sup>185</sup> En efecte, en els últims anys, i sobretot en l'àmbit de l'Administració local, la doctrina més especialitzada s'ha fet ressò de la necessitat d'introduir elements de diferenciació, que permetin modular l'excessiu uniformisme que caracteritza la legislació en aquesta matèria. En aquest sentit, podem citar, entre d'altres, FONT I LLOVET, Tomàs: "La evolución del gobierno local en España: de los nuevos principios a la geometría variable", en *Anuario del Gobierno Local 2000*, Institut de Dret Públic – Ed. Marcial Pons, Madrid 2000, p. 13-35. I, del mateix autor, *Gobierno local y Estado Autonomico*, Op. Cit., *in totum*.

Reflexions que, a més, no han quedat només a un àmbit teòric o acadèmic, sinó que han estat plasmades també en diferents normes positives, entre les quals podem destacar l'article 84.3 de la reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya que, amb caràcter general, preveu que la distribució de les diferents responsabilitats administratives entre els ens locals haurà de tenir en compte la seva capacitat de gestió; criteri que se subratlla novament en fer referència a les lleis que afectin al règim jurídic, orgànic, funcional i competencial dels municipis, que hauran de ponderar, entre altres, les seves característiques organitzatives, funcionals, de dimensió i també la seva capacitat de gestió (art. 88 EAC).

Des d'aquesta perspectiva, i com apuntàvem anteriorment, l'encàrrec de gestió seria una institució que podria respondre, almenys parcialment, a aquestes consideracions, per tal com, en prendre com referència la capacitat gestora de les diferents entitats encomanades, permetria introduir correctius a la uniformitat competencial.

En aquest sentit, podem afirmar que, com a mínim, l'article 15 de la LRJPAC ens permet clarament separar dues grans tipologies d'encàrrecs; a què nosaltres n'afegirem una tercera.

*A) En funció del tipus de subjectes.*

En primer lloc, en funció del tipus de subjectes entre els quals s'entaula la relació jurídica, podem parlar d'encàrrecs de gestió de caràcter *interorgànic*, que són aquells que es realitzen entre òrgans administratius, ja sigui aquests de la mateixa o diferent Administració Pública; o d'encàrrecs de gestió de caràcter *intersubjectiu*, és a dir, quan es formalitzen entre dues entitats amb personalitat jurídica pròpia, és a dir, entre persones jurídiques diferents.

Com dèiem, l'article 15.1 de la LRJPAC sembla admetre aquesta classificació sense major objecció, ja que, de forma literal, assenyala que la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans administratius o de les Entitats de Dret Públic podrà ser encarregada a altres òrgans o a *Entitats*. Hem vist ja anteriorment el significat que havíem de donar a les expressions òrgans o entitats, pel que ara ens interessa simplement retenir aquesta primera classificació ja que ens permet diferenciar l'encàrrec de gestió d'altres mecanismes de translació competencial previstos també a la LRJPAC, com l'avocació (art.14 LRJPAC), la delegació de firma (art. 16 LRJPAC) o la suplència (art. 17 LRJPAC), els quals s'han configurat com a mecanismes de relació únicament entre òrgans administratius<sup>186</sup>. En canvi, com ha quedat dit, l'article 15 de la LRJPAC amplia l'àmbit d'aplicació dels encàrrecs de gestió, permetent que es formalitzin no només entre òrgans, sinó també respecte de les organitzacions administratives personificades que existeixen al nostre ordenament jurídic<sup>187</sup>.

Al contrari, no sembla que d'aquesta classificació es derivin molts més efectes pràctics, ja que, amb caràcter general, ni la normativa bàsica estatal ni l'autonòmica no introdueixen cap modulació rellevant en el seu règim jurídic en funció d'una o una altra, ni exigeixen

---

<sup>186</sup> En aquest sentit, vegeu GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M<sup>a</sup>: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 97; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p. 744-758 i 767-772.

<sup>187</sup> Precisament, aquesta característica porta GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES a afirmar que amb aquesta configuració de l'encàrrec de gestió se superen els límits entre la desconcentració i la descentralització, aproximant aquesta figura a la delegació de competències. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Las encomiendas de gestión", Op. Cit., p. 671.

requisits procedimentals diferenciats a l'hora de concloure l'acord d'encàrrec de gestió quan aquest es formalitza exclusivament entre òrgans o quan es conclou entre entitats amb personalitat jurídica pròpia<sup>188</sup>. Potser, únicament destacar que, com ja hem vist, l'encàrrec de gestió escapa també a la lògica del principi de jerarquia administrativa, per tal com ni la LRJPAC ni la legislació autonòmica de desenvolupament no exigeixen que l'encàrrec de gestió s'hagi de formalitzar necessàriament entre òrgans o entitats lligades per una relació jeràrquica, sinó que s'habilitaria a qualsevol òrgan o entitat perquè pugues encarregar la realització de determinades activitats materials en altres òrgans o entitats encara que no siguin jeràrquicament dependents. La justificació, en aquest cas, també pot semblar òbvia; ja que es tracta d'aconseguir un millor compliment de les finalitats institucionals atribuïdes al encarregant, fugint de la rigidesa que, de vegades, suposa la línia jeràrquica.

B) *En funció de la seva adscripció orgànica*

L'article 15 de la LRJPAC ens serveix també de fonament per introduir una segona classificació dels encàrrecs de gestió, diferenciant entre aquells encàrrecs que podríem denominar *intra-administratius*, que es realitzen entre “órganos o Entidades de Derecho Público pertenecientes a la misma Administración” (art. 15.3 LRJPAC); i aquells que designariem com encàrrecs de gestió *inter-administratius*, que, al contrari, es formalitzen entre “órganos y Entidades de distintas Administraciones” (art. 15.4 LRJPAC).

Cal advertir, tanmateix, que malgrat la importància d'aquesta classificació - que, com veurem més endavant, pot resultar determinant a l'hora de fixar el seu règim contractual - l'article 15 de la LRJPAC no defineix quins són els criteris per decidir quan ens trobem davant d'una o altra, és a dir, quan ens trobem davant d'un òrgan o entitat de la mateixa o de diferent Administració; sinó que es limita simplement a constatar la dualitat d'opcions. Segons la nostra opinió, entenem que aquesta classificació pren en consideració un element de caràcter formal: l'adscripció o vinculació orgànica dels subjectes que intervenen en la relació d'encàrrec a una determinada Administració Pública territorial. En incloure dins d'una mateixa Administració a “órganos” i “Entidades” és evident que l'article 15 de la LRJPAC està utilitzant el terme “Administración” no com a sinònim de qualsevol

---

<sup>188</sup> Per exemple, l'article 18 de la Llei 2/1995, de 13 de març, de Règim Jurídic de l'Administració d'Astúries, agrupa en un únic apartat els encàrrecs de gestió realitzats a òrgans de la mateixa Conselleria o a ens públics dependents d'ella, exigint per a ambdós l'autorització del titular d'aquesta Conselleria. I en termes molt similars s'expressa l'article 24.1 de la Llei 4/2005, d'1 de juny, de Funcionament i Règim Jurídic de l'Administració de la Rioja.

organització pública personificada, sinó que prendria com a referència un concepte més ampli, identificant-lo amb les Administracions Públiques de caràcter territorial previstes a l'article 2.1 de la Llei. Només d'aquesta manera, creiem, podria entendre's correctament la redacció de l'esmentat precepte, ja que, en cas contrari, si consideréssim que cada organització pública personificada existent al nostre ordenament (no només les territorials, sinó també les institucionals) es configura, a efectes de l'article 15 de la LRJPAC, com una Administració Pública pròpia, difícilment podria comprendre's la definició d'encàrrec prevista en la LRJPAC. A quines "entitats" de la mateixa Administració es referiria l'article 15.1 de la LRJPAC si - segons aquesta comprensió - totes les relacions entre "entitats" serien, al mateix temps i necessàriament, *interadministratives*, és a dir, celebrades entre diferents Administracions Públiques?

És per això que considerem més encertat entendre que aquesta classificació pren com a punt de referència els diferents nivells d'organització territorial de l'Estat. Com hem vist anteriorment, la nostra Constitució dissenya un model d'organització territorial articulat sobre la base de l'existència de tres nivells de govern i administració (estatal, autonòmic i local), als que s'assigna, no només la gestió dels seus respectius interessos, sinó també la satisfacció de l'interès general. Aquests nivells de govern i administració territorial, que podríem denominar com a *primaris*, tot i estar formats, alhora, per una pluralitat d'òrgans o persones jurídiques instrumentals, actuen en l'ordenament com una sola unitat organitzativa, és a dir, amb una sola personalitat jurídica<sup>189</sup>. En aquest sentit, cada un dels òrgans o persones jurídiques que s'enquadren en aquesta estructura se'ns presenten com a simples elements organitzatius, com a parts integrants d'un mateix sistema institucional, als quals s'assigna una part del total de les competències que corresponen a cada nivell de govern i a administració<sup>190</sup>. Així, la *pertinença* a què es refereix l'article 15 de la LRJPAC no s'ha d'entendre només en el sentit de propietat sobre una determinada entitat o integració

---

<sup>189</sup> Sobre la personalitat jurídica de les Administracions Públiques, poden veure's, entre molts d'altres, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. 366-382 o SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, Op. Cit., 388-400.

<sup>190</sup> Com expliquen GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "los entes no territoriales están afectos necesariamente a un ente territorial, que además de ser el centro político de donde procede la configuración sustancial del servicio por aquéllos cumplido, ejerce sobre los mismos su tutela y que, eventualmente (en el caso de los entes institucionales), domina sus propia organización y funcionamiento y aún su subsistencia". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. 381.

jeràrquica en una mateixa organització, sinó en un sentit més ampli, com a vinculació o instrumentalitat respecte d'una concreta Administració Pública (art. 2.2 LRJPAC).

Per tant, és la vinculació o dependència administrativa a cada una d'aquestes unitats organitzatives més àmplies la que ens permet, al nostre entendre, dotar de contingut a aquesta segona classificació legal. De manera que, des d'aquesta perspectiva, podríem qualificar com a *intra-administratius* aquells supòsits en els quals l'encàrrec de gestió es conclou respecte d'òrgans o entitats que s'integren jurídicament en un mateix nivell d'organització territorial, imputant la seva activitat a un únic centre primari d'Administració (per exemple, entre dos ministeris, o entre un ministeri i un ens instrumental dependent d'aquest). En canvi, parlariem d'encàrrecs *interadministratius* quan s'estableixen entre òrgans o entitats que no formen part d'un mateix complex organitzatiu unitari (per exemple, quan es formalitzen entre l'Administració General de l'Estat i una administració autonòmica o entre dues entitats locals diferenciades)<sup>191</sup>.

El nostre ordenament jurídic ens ofereix innombrables exemples d'utilització tant d'un tipus d'encàrrecs com de l'altre. Així, un ràpid repàs al Butlletí Oficial de l'Estat ens informa, entre molts altres, de l'aprovació de la Resolució de 28 d'octubre de 2009, pel que es publica l'acord d'encàrrec de gestió entre el Ministeri de Sanitat i Política Social i l'IMSERSO, entitat gestora de la Seguretat Social dependent d'aquest Ministeri, per a la gestió material de la realització de determinades proves selectives (BOE, núm. 269, de 7 de novembre de 2009); però també de la Resolució de 21 de novembre de 2009, per la que es publica el conveni de col·laboració entre l'Agència Estatal d'Administració Tributària i l'Agència Tributària de Catalunya, per a la implantació de la finestreta única i la realització de determinats tràmits, que conté un encàrrec de gestió a l'Agència autonòmica per a la incorporació directa d'informació en les bases de dades de l'Administració estatal (BOE núm. 4, de 5 de gener de 2010).

Però com el lector ràpidament haurà observat, encara que aquesta classificació conceptual normalment no es qüestiona, en alguns supòsits no sempre resulta tan evident com sembla. Si tornem novament als ens i organismes públics a què ens referíem en l'apartat anterior

---

<sup>191</sup> Sembla compartir també aquesta opinió GALLEGU ANABITARTE quan afirma que l'encàrrec de gestió entre òrgans o entre òrgans i entitats de Dret públic pot produir-se al si d'una mateixa Administració, entenent com a tal una mateixa organització territorial. GALLEGU ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 116.

com a possibles subjectes encarregats, comprovarem com tot i que es tracta sempre d'entitats vinculades d'alguna manera a alguna Administració primària (ja sigui per la seva creació, pel seu finançament, etc.), no només la seva personalitat jurídica pròpia i diferenciada, sinó també el grau d'autonomia que se'ls reconeix ens plantegen seriosos dubtes sobre el caràcter *inter* o *intra* administratiu de les seves relacions a efectes de l'article 15 de la LRJPAC. I és que: el fet que se'ls atribueixi, fins i tot constitucionalment, autonomia efectiva per al desenvolupament de les seves funcions - cas de les universitats, art. 29.10 CE - situa realment aquestes entitats *fora* d'una determinada organització administrativa? És suficient la mera declaració legal d'independència funcional - com preveu, per exemple, l'article 8.3 de la recentment aprovada Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, per als anomenats Organismes Reguladors - per desvincular aquestes entitats d'una Administració Pública territorial? O, al contrari, el fet que no es tracti més que de supòsits de descentralització funcional i que totes ells continuïn guardant forts llaços orgànics amb les Administracions Públiques territorials - per exemple, la pròpia Llei 2/2011, de 4 de març, després de declarar la independència funcional dels mencionats Organismes Reguladors els sotmet a les facultats de direcció política del Govern (art. 9.2); o, com hem vist, també quan la majoria de les universitats es troben vinculades a les seves respectives Comunitats Autònomes que han d'aprovar no només la seva creació o instruments de finançament, sinó també els seus propis estatuts d'organització i funcionament - ubica aquestes autoritats *dins* d'un determinat entramat institucional. I encara n'hi ha més: quina consideració, a efectes administratius, han de tenir les relacions formalitzades amb entitats públiques formades per l'associació voluntària d'altres Administracions? Els encàrrecs de gestió que pugui formalitzar una Comunitat Autònoma respecte a un consorci en què ella participi majoritàriament ha de tenir la consideració de relació al si d'una *mateixa* Administració Pública? O ha de prevaler la dada formal de la personalitat jurídica pròpia del consorci per a definir aquesta relació com a interadministrativa?

No ens correspon a nosaltres en aquest moment donar resposta a totes aquestes preguntes, que afecten el nucli essencial d'allò que entenem per *Administracions Públiques*. Simplement volíem posar de relleu la dificultat de delimitar els contorns de les que, de vegades amb massa facilitat, anomenem “Relacions interadministratives”. Dificultat de delimitació que, com veurem més endavant, és precisament la que pot generar-nos nous dubtes a l'hora de

qualificar contractualment el règim jurídic de l'encàrrec de gestió. Per la qual cosa haurem de reprendre novament aquesta qüestió.

En qualsevol cas, com en el punt anterior, és important destacar el possible caràcter *interadministratiu* de l'encàrrec de gestió, ja que aquest és un altre dels elements que singularitzen aquesta figura i que, en permetre la relació entre Administracions Públiques diferenciades, la configuren com un mecanisme útil per aconseguir un exercici més eficaç de les competències administratives, sense necessitat de recórrer als models burocràtics i verticals tradicionals. Al mateix temps, aquesta circumstància ens permet també diferenciar l'encàrrec de gestió d'altres instruments de translació competencial previstos per la LRJPAC, com la desconcentració (art. 12.2 LRJPAC), l'avocació (art. 14 LRJPAC), la delegació de firma (art. 16 LRJPAC) i la suplència (art. 17 LRJPAC), que es regulen tots ells com mecanismes de relació de caràcter exclusivament *intra-administratiu*.

Però també hem de tenir present aquesta segona classificació per tal com la pròpia LRJPAC exigeix diferents requisits per a la seva formalització. Així, per al cas dels encàrrecs de gestió articulats al si d'una mateixa estructura administrativa territorial, l'article 15.3 de la LRJPAC remet al que estableixi la seva pròpia normativa o, en el seu defecte, mitjançant acord exprés entre els intervinents. Mentre que quan l'encàrrec s'estableix entre òrgans o entitats que pertanyen a diferents Administracions Públiques, l'article 15.4 de la LRJPAC exigeix que es formalitzi mitjançant la firma del corresponent conveni de col·laboració.

L'exigència de conveni, en aquest últim cas, resulta també significativa, perquè remet automàticament el règim jurídic de l'encàrrec a la normativa específica aplicable als convenis entre Administracions Públiques. En conseqüència, per completar el marc normatiu de l'encàrrec de gestió haurem de prendre també en consideració la regulació bàsica dels convenis de col·laboració prevista als articles 6 i 8 de la LRJPAC; tenint en compte, a més, que quan l'encàrrec es produeixi entre administracions autonòmiques, el conveni haurà d'ajustar-se també a allò previst a l'article 145 de la Constitució i que quan es formalitzi entre entitats locals s'haurà d'atènyer a les possibles especialitats previstes en cada cas per la legislació de règim local.

C) *En funció del nivell territorial.*

Finalment, podem establir encara una tercera classificació dels encàrrecs, en funció del nivell territorial de l'òrgan o entitat que assumeix la realització de l'encàrrec. Malgrat que la LRJPAC no es refereixi a aquesta classificació de forma expressa, entenem que no hi ha objecció en admetre que aquests encàrrecs poden produir-se tant amb *caràcter descendent*, és a dir, cap a òrgans o entitats amb un àmbit d'actuació territorial menor; com amb *caràcter ascendent*, és a dir, en un sentit contrari, cap a òrgans o entitats de Dret Públic amb una jurisdicció territorial més àmplia<sup>192</sup>. I també òbviament, l'encàrrec de gestió pot celebrar-se amb *caràcter horitzontal*, és a dir, entre subjectes situats en el mateix nivell territorial com, per exemple, entre dues entitats que pertanyin a l'Administració local.

El deure de col·laboració entre *totes* les Administracions Públiques previst al nostre text constitucional i en la pròpia LRJPAC, així com la lògica del funcionament del sistema autonòmic, avalen aquesta hipòtesi; que, al seu torn, ha estat plenament confirmada també pel nostre Dret Positiu. Una bona mostra d'això ens l'ofereix l'article 137.1 de la Llei 2/2003, d'11 de març, d'Administració Local de la Comunitat de Madrid, que preveu que les entitats locals madrilenyes podran encarregar la gestió material de les seves competències a la Comunitat de Madrid; encàrrec que s'haurà d'instrumentar mitjançant la subscripció del corresponent conveni<sup>193</sup> o, en un supòsit pràctic concret, el Decret català 101/2008, de 6 de maig, pel qual s'aproven les bases d'execució del Pla Únic d'Obres i Serveis de Catalunya per al període 2008-2012, preveu que, en el cas que els municipis d'aquesta Comunitat Autònoma no tinguin suficient capacitat de gestió tècnica o administrativa per contractar o executar les actuacions derivades d'aquest Pla, podran encarregar la realització d'aquestes tasques als consells comarcals, les diputacions provincials o, fins i tot, a la pròpia Generalitat de Catalunya (Base cinquena).

---

<sup>192</sup> FERNÁNDEZ ALLÉS esmenta també aquesta classificació, afirmant que, exactament igual que en la figura de la delegació intersubjectiva, hi ha dos tipus d'encàrrecs de gestió en funció del sentit de la seva direcció: la descendent i l'ascendent, que suposa el trasllat de les facultats des de l'ens inferior al superior. FERNÁNDEZ ALLÉS, José Joaquín: *Las relaciones intergubernamentales en el Derecho Constitucional español*, Universidad de Cádiz – Centro de Estudios Constitucionales 1812, Cádiz 2007, p. 192. Aquesta possibilitat es preveu també a TORNOS MAS, Joaquín: “La reforma de la Administración periférica del Estado”, Op. Cit., p. 44.

<sup>193</sup> En el mateix sentit s'expressa l'article 64.1 de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, en la que s'assenyala que els ajuntaments d'aquesta Comunitat Autònoma podran encarregar la gestió de les seves competències a altres administracions públiques.



### 3. - ÀMBIT OBJECTIU DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.

La determinació de l'àmbit d'aplicació subjectiu de l'encàrrec de gestió - que ha centrat les pàgines precedents - és un dels aspectes fonamentals del seu règim jurídic. Tanmateix, són molts els dubtes que encara ens planteja aquesta figura, com per exemple, l'estudi del seu àmbit d'aplicació objectiu. Al nostre entendre, l'àmbit objectiu de l'encàrrec de gestió es configura com un altre dels elements essencials d'aquesta institució, ja que ens indicarà aquells supòsits en els quals resulta possible la seva utilització, permetent-nos diferenciar-la d'altres mecanismes de transferència de funcions administratives previstos al nostre ordenament i que, de vegades, poden presentar uns contorns jurídics similars.

Amb independència de la transcendència d'aquesta qüestió, el cert és que l'article 15.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, en fixar el concepte d'encàrrec de gestió s'expressa en un sentit molt ampli, preveient que aquesta pugui servir per a la realització de “actividades de carácter material, técnico o de servicios” de la competència dels òrgans administratius o de les Entitats de Dret Públic. Per la qual cosa resulta difícil, a primera vista, poder determinar correctament quines actuacions administratives concretes poden ser encarregades legítimament en el marc del mencionat article 15 de la LRJPAC.

És per això que començarem aquest epígraf amb una diferenciació que prenem del Prof. MORELL OCAÑA, que, al analitzar la figura de la delegació entre entitats públiques al dret espanyol, distingia entre el seu *objete mediat*, referit al conjunt de potestats i deures que s'institueixen amb la formalització d'un determinat vincle jurídic; i el seu *objete immediat*, relatiu als béns o sectors materials que afecten a aquest drets o obligacions<sup>194</sup>. Segons la nostra opinió, aquesta encertada classificació pot resultar també plenament aplicable a l'encàrrec de gestió que estem estudiant, podent ser-nos, a més, molt útil per fixar d'una manera més clara l'abast real d'aquesta figura, així com les matèries concretes sobre les quals pot estendre's.

---

<sup>194</sup> MORELL OCAÑA, Luis: *La delegación entre entes públicos en el Derecho español*, Op. Cit., p 133-134, que, al seu torn, pren aquesta distinció de la doctrina civilista i, en particular, de PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. Cit., p. 65.

### 3.1. - L'objecte immediat de l'encàrrec de gestió.

Començant per l'objecte immediat, podem afirmar que en l'encàrrec de gestió, igual que en els altres mecanismes de translació competencial previstos al nostre ordenament, el què es transfereix, primàriament, és una posició jurídica. És a dir, un conjunt de facultats (i deures) que una entitat pública ostenta sobre un determinat sector de la realitat social i l'exercici de les quals, en principi, estaria vedat a l'encarregat per correspondre a la competència exclusiva d'una altra Administració Pública. De manera que l'encàrrec significa una pèrdua objectiva de la capacitat d'actuació del encarregat i, alhora, l'adquisició d'una capacitat d'influència de l'encarregat en l'exercici de competències alienes. Però més enllà d'aquest plantejament general, l'objectiu d'aquest apartat ha de ser el de determinar quin és l'abast concret d'aquesta transferència en el cas de l'encàrrec de gestió.

En primer lloc, com hem vingut assenyalant al llarg de la nostra exposició i segons es desprèn clarament dels articles 12.1 i 15.2 de la LRJPAC, podem afirmar que l'encàrrec de gestió no suposa, en cap cas, la transferència de la titularitat de les competències encarregades. De manera que, com apuntàvem en la nostra definició inicial, l'encàrrec no suposa una modificació objectiva de la distribució competencial fixada per l'ordenament jurídic. Aquesta afirmació, tot i que pugui resultar òbvia, és important ja que ens permet diferenciar l'encàrrec de gestió de la figura de la “desconcentració de competències” també regulada a la LRJPAC i que, a diferència de l'encàrrec, suposa el trasllat, no només de l'exercici d'una competència administrativa, sinó també de la seva titularitat. L'article 12.2 de la LRJPAC així ho preveu expressament en afirmar que “la *titularidad* y el *ejercicio* de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentrados en otros jerárquicamente dependientes [...]”. De manera que la desconcentració sí que es configura com un mecanisme de reassignació normativa de les competències, que dóna lloc a un nou repartiment competencial entre els òrgans superiors i inferiors d'una determinada organització administrativa<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Les cursives són nostres. Sobre la figura de la desconcentració poden veure's, entre molts altres, ARIÑO ORTIZ, Gaspar: “Principios de descentralización y desconcentración”, en *Documentación Administrativa*, núm. 214, abril-junio 1988, p. 11-40; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, p. 7-102 i MESEGUER YEBRA, Joaquín: *La competencia administrativa y sus modulaciones (I)*, Ed. Bosch, Barcelona 2001, p. 9-12.

Però en segon lloc, hem d'afegir també que l'encàrrec de gestió no suposa tampoc la transferència de l'exercici de les competències administratives. En efecte, si llegim amb atenció la regulació de l'encàrrec de gestió prevista en la LRJPAC ens adonarem que la pròpia Llei identifica alguns elements compresos dins de l'exercici de la competència administrativa que no poden ser, en cap cas, objecte de traspàs a través de la relació d'encàrrec.

A aquests elements es refereix expressament l'article 15.2 de la LRJPAC quan afirma que l'encàrrec de gestió no sols no suposa cessió de la titularitat de la competència, sinó tampoc dels “*elementos sustantivos*” del seu exercici. Afegint, a continuació, que en tot cas serà responsabilitat de l'òrgan o entitat encarregant dictar tots aquells actes o resolucions jurídiques que donin suport a l'activitat material objecte d'encàrrec. Pel que, segons es desprèn de la LRJPAC, l'exercici de les potestats jurídiques o resolutòries implícites en una determinada competència administrativa, ha de quedar en tot cas sota l'estricta òrbita de l'entitat encarregant. I per això, com ha assenyalat el Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia en la seva Sentència de 24 de setembre de 2002, “la competencia, entendida como el conjunto de funciones atribuidas a un órgano u entidad [...] sólo es posible que se ejerza por otro órgano en los casos de delegación y avocación” (F.J. Primer)<sup>196</sup>.

### ***3.1.1. - L'encàrrec de gestió com el reconeixement d'una habilitació derivada.***

Les anteriors afirmacions ens obliguen, per tant, a replantejar-nos el vertader abast de l'encàrrec de gestió, ja que, malgrat que aquest s'enumera habitualment com un mecanisme de translació competencial, podem comprovar que, en rigor, no és exactament així. Tot això ens posa de relleu, una vegada més, que ens trobem davant d'una forma jurídica la naturalesa de la qual no es troba ben definida i respecte de la qual, sovint, no resulta possible estendre construccions dogmàtiques aplicables a altres figures similars. Ara bé, i malgrat que aquesta qüestió no ha estat objecte d'un estudi específic i detallat per part de la doctrina jurídico-pública, alguns autors sí que s'han referit a ella, formulant diferents interpretacions que creiem que, des d'un punt de vista general, es poden sistematitzar de la manera següent:

---

<sup>196</sup> Per la seva part, la doctrina ha posat també l'accent en aquesta característica pròpia de l'encàrrec de gestió. Com a exemple, poden veure's FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión”, Op. Cit., p. 671; SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit., p. 236.

A) *L'encàrrec de gestió com una relació orgànica impròpia.*

Un primer intent d'aproximació a aquesta figura consistiria a entendre que mitjançant l'encàrrec de gestió el que es produeix en realitat és una simple utilització per part del encarregant dels òrgans d'un tercer.

Aquesta posició s'inspiraria en la teoria jurídica italiana i, particularment, en la figura de *l'Avalimento* prevista a la redacció inicial de la Constitució italiana de 1948 que hem analitzat anteriorment. Com exposàvem aleshores, l'article 118.3 d'aquell text constitucional assenyalava la possibilitat que les Regions poguessin exercir les seves funcions administratives, no només a través de les seves pròpies estructures burocràtiques, sinó també delegant-les als ens locals o valent-se d'aquests. D'aquesta manera, afirmàvem que el *Avalimento* venia a configurar-se constitucionalment com una fórmula organitzativa a través de la qual articular les relacions entre el nivell regional i local i que permetria a les regions no només mantenir la titularitat de la competència sinó també el seu exercici. I és que, precisament, una de les característiques essencials d'aquesta figura era que l'ens local es convertia en un simple òrgan de la regió, subjecte als poders de direcció i control de les autoritats regionals; pel que afirmàvem que *l'Avalimento*, tot i tenir lloc entre dues entitats amb personalitat jurídica pròpia, donava lloc a la creació d'una relació orgànica impròpia, de manera que l'activitat desenvolupada per l'ens local no podia sinó ser imputada a l'Administració regional.

La institució italiana del *avalimento* va ser utilitzada, en un primer moment i per la gran majoria de la doctrina administrativista, per justificar l'anomenada gestió ordinària dels serveis autonòmics prevista als primers Estatuts d'Autonomia i en la Llei del Procés Autonòmic<sup>197</sup> - i que, com hem vist, es configura, al nostre entendre, com un dels antecedents immediats de l'actual encàrrec de gestió -. En aquest cas, es considerava que quan les Diputacions Provincials (o Consells Insulars) realitzaven la gestió dels serveis propis de les Comunitats Autònomes no actuaven com a entitats públiques dotades de personalitat jurídica, sinó com a simples òrgans de la Comunitat Autònoma. Afirmant-se

---

<sup>197</sup> SOSA WAGNER, Francisco y DE MIGUEL GARCÍA, Pedro: *Las competencias de las Corporaciones Locales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1985, p. 94; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio: "Un exponente de la problemática actual entre Comunidades Autónomas y Provincias: la gestión ordinaria de los servicios periféricos propios de la Comunidad Autónoma a través de las Diputaciones Provinciales", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 232, octubre-diciembre 1986, p. 710 i ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "Órganos de las Administraciones Públicas", Op. Cit., 77.

que, en realitat, el que es produeix en aquests casos és un “préstec d'òrgans administratius”, els quals se sostreien dels normals poders de direcció i control de l'ens local a què pertanyien orgànicament per transformar-los també en òrgans dependents de la Comunitat Autònoma delegant<sup>198</sup>.

Posteriorment, alguns autors (principalment, HERNANDO OREJANA i MORELL OCAÑA) han utilitzat també aquesta construcció dogmàtica per intentar explicar o justificar la figura de l'encàrrec de gestió regulada a l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, afirmant-se que en l'encàrrec de gestió el traspàs de l'exercici de les competències és simplement aparent, perquè en realitat el que es produeix és una simple utilització “d'òrgans impropis”, en la mesura que l'entitat encarregada és considerada com a element integrant de l'organització de l'Administració encarregant i queda col·locada en una situació de quasi dependència d'aquesta, la conseqüència del qual és l'assumpció obligatòria de l'encàrrec formulat<sup>199</sup>.

Tanmateix, avui dia resulta difícil poder acceptar aquesta argumentació, especialment en el cas que l'encàrrec de gestió es constitueixi entre dues Administracions Públiques diferenciades. En efecte, podem traslladar a aquest moment algunes de les crítiques i dubtes que la doctrina havia manifestat ja en relació amb la gestió ordinària dels serveis autonòmics i podem afirmar que la posició de subordinació quasi jeràrquica en relació amb el servei gestionat a la que es col·locaria al subjecte encarregat podria portar-nos a qüestionar seriosament la constitucionalitat d'aquesta figura. En efecte, semblaria certament difícil poder articular una relació entre ens dotats constitucionalment d'autonomia col·locant a un d'ells en una situació de dependència jeràrquica respecte de l'altra<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> ESCUIN PALOP, Vicente M.: “La delegación de competencias de las Comunidades Autónomas a las Diputaciones Provinciales”, en Dirección General de lo Contencioso del Estado: *Organización territorial del Estado (Administración Local)*, volumen II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1985, p. 1029.

<sup>199</sup> Així, per exemple, HERNANDO OREJANA conclou que, a diferència de la delegació de competències, l'encàrrec de gestió és una tècnica que produeix una participació menys intensa, quedant-se en una mera col·laboració burocràtica o *préstec d'òrgans*. HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 157. En el mateix sentit, MORELL OCAÑA, Luis: *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Aranzadi, tercera edició, Pamplona 1998, p. 242-243. No obstant, aquest autor en altres treballs ha matisat notablement aquestes consideracions, negant que l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC suposi l'establiment d'una relació orgànica impròpia entre els subjectes participants, sinó que l'encarregat mantindria la seva independència funcional i operativa, sense que es produís la confusió de les respectives organitzacions. MORELL OCAÑA, Luis: “Encomiendas de funciones”, Op. Cit., p. 3134.

<sup>200</sup> En el mateix sentit, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión”, en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.): *Informe Comunidades Autónomas 1995*, volumen I, Institut de Dret Públic, Barcelona 1996, p. 676; PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del*

És per això que se'ns fa necessari plantejar una nova interpretació que, partint del fonament constitucional de l'encàrrec de gestió com un mecanisme dirigit a garantir l'eficàcia de l'actuació pública des de l'òptica de la col·laboració administrativa, ens permeti aproximar-nos correctament a aquesta figura.

B) *L'encàrrec de gestió com a reconeixement d'una habilitació indirecta.*

Descartada l'anterior, podríem entendre que mitjançant l'encàrrec de gestió el que es produeix és una habilitació a l'encarregat perquè executi determinades actuacions en favor del encarregant. Podríem parlar, d'aquesta manera, del reconeixement a l'encarregat d'una legitimació derivada o indirecta, amb un àmbit d'acció reduït, limitat a la realització de certes tasques de caràcter material que s'integrarien dins de l'exercici de la competència, i el naixement de les quals es produiria mitjançant la formalització de l'acord o conveni d'encàrrec. Així, l'encàrrec de gestió es configuraria com una figura en virtut de la qual tant el encarregant com l'encarregat compartirien el desenvolupament d'una concreta funció administrativa; donant lloc a un nou repartiment de facultats: al encarregant li correspondria el dictat dels actes o resolucions jurídiques necessàries (art. 15.2 LRJPAC), mentre que la posició de l'encarregat es limitaria a la realització de les activitats materials, tècniques i de serveis a les que es refereix l'article 15.1 LRJPAC.

En constituir-se a partir de la formalització d'un negoci jurídic bilateral podríem superar la crítica sobre la possible inconstitucionalitat d'aquest instrument derivada del seu caràcter quasi jeràrquic, ja que l'encarregat no es convertiria ja en un simple òrgan material executiu del encarregant, sinó en un col·laborador voluntari d'aquest. Al seu torn mitjançant el reconeixement d'aquesta legitimació derivada podríem fer compatible l'habilitació de l'encarregat per desenvolupar unes determinades potestats sense que s'afectés a la titularitat ni a l'exercici de la competència, que continuarien residenciant-se en l'Administració encarregant, així com la imputació final de l'activitat realitzada.

En efecte, no hi hauria cap minva en la capacitat del encarregant per seguir exercint la seva competència sinó merament una limitació temporal d'algunes de les seves facultats executives. És per això que, l'encarregant continuaria sent el titular originari de la competència, sense cap renúncia a la responsabilitat que l'ordenament jurídic li va conferir

---

*Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op., Cit., p. 117.

en lliurar-li aquesta titularitat. I per això, com veurem, l'encarregant continuaria conservant també el poder de disposar de la seva competència, de dirigir l'activitat de l'encarregat i, fins i tot, de revocar l'encàrrec assignat. Tanmateix, el seu àmbit funcional resultaria reduït en la mesura que es legitima a l'encarregat per realitzar actes materials determinats. El que, al mateix temps, implicaria que durant la vigència de l'encàrrec de gestió, i llevat del supòsit de revocació, l'encarregant es veuria impossibilitat d'exercitar directament aquests actes.

Segons la nostra opinió aquest és l'abast que s'ha de reconèixer a la figura de l'encàrrec de gestió. Interpretació que, creiem, coincideix amb la que ha vingut mantenint la major part de la doctrina administrativista. Malgrat que són molt pocs els autors que han aprofundit en l'estudi d'aquestes qüestions, sí que habitualment es conceptua l'encàrrec de gestió com una manera d'exercir les pròpies competències, com una mera substitució de l'agent que realitza unes determinades actuacions, però sense que es modifiqui l'òrgan que exerceix la competència<sup>201</sup>. Això posaria de relleu que no hi ha cap successió ni en la titularitat ni en l'exercici de la competència, perquè, en sentit estricte, no es produeix cap acte de disposició sinó un acte d'administració d'algunes de les potestats que s'inclouen dins de la competència. Pel que entenem que no es vulneraria en cap cas el principi d'irrenunciabilitat de les competències administratives que sanciona la LRJPAC, ni no es produiria tampoc la mera utilització material de l'encarregat com si d'un òrgan del encarregant es tractés; sinó que, com dèiem, estaríem davant de la creació, a través d'un negoci jurídic de caràcter bilateral, d'una nova legitimitat derivada, diferent de la del encarregat, limitada a l'execució de determinades facultats materials. Per tant, aquesta hipòtesi posaria l'accent en el caràcter negocial o contractual implícit en la figura de l'encàrrec de gestió i al significat del qual ens referirem més endavant.

D'altra banda, aquesta interpretació ens permetria també superar l'aparent contradicció existent entre els articles 12.1 i 15.2 de la LRJPAC i que havíem posat ja de relleu al *Capítol I*. Seguint la mateixa lògica de diferenciar dos àmbits d'atribucions complementaris, podríem identificar, d'una banda, uns elements *no* substantius de l'exercici de la competència - la mera "realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios" -, però que *sí* que resulten determinants de la seva execució material a efectes de

---

<sup>201</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "Órganos de las Administraciones Públicas", Op. Cit., p. 73 i 77; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos", Op. Cit., p. 309 i 358 o FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Las encomiendas de gestión", Op. Cit., p. 671.

l'article 12.1 LRJPAC, i que, per tant, podrien ser susceptibles de transferència mitjançant la tècnica de l'encàrrec. I, al contrari, uns elements substantius de l'exercici de la competència, per quant en constitueixen els seus elements definidors en l'àmbit jurídic-formal i que, d'acord a l'article 15.2 de la LRJPAC, no serien transferibles. Dins d'aquests elements substantius trobaríem totes aquelles facultats normatives o decisòries a què es refereix l'article 15.2 de la Llei quan atribueix al encarregant la tasca d'aprovar “los actos o resoluciones de carácter jurídico que den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda”<sup>202</sup>.

### ***3.1.2. - El caràcter propi de les activitats encarregades.***

En relació amb l'objecte immediat de la delegació se'ns planteja encara una segona qüestió. L'article 15.1 de la LRJPAC preveu que podrà encarregar-se la realització de determinades activitats “de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público”, però sense precisar a quin tipus de competències s'està referint. I es que, fa referència únicament a les competències pròpies? O s'inclouen també les competències que hagin estat objecte de delegació?

Respecte a aquesta pregunta, SÁNCHEZ SÁEZ s'ha inclinat per sostenir que la redacció de l'article 15 de la LRJPAC no prejutja la forma en la qual hagi estat atribuïda una competència perquè aquesta pugui ser encarregada. Afegint-se que, encara que el normal és encarregar la gestió de competències originàries del encarregant (directament atribuïdes per l'ordenament), res no impedeix que aquest pogués encarregar també les competències que hagués adquirit per delegació o transferència<sup>203</sup>. I, certament, la posició d'aquest autor ve avalada per alguns exemples normatius concrets que permetrien l'encàrrec de competències delegades, als quals en podríem afegir alguns de més recents com la regulació de l'encàrrec de gestió previst a la Llei 3/2003, de 26 de març, de Règim de l'Administració de les Illes Balears, en la qual s'afirma literalment: “La Administración de las Comunidad Autónoma

---

<sup>202</sup> En el mateix sentit, PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 91. GALLEGO ANABITARTE també sembla compartir aquesta interpretació en entendre que, com que l'encàrrec de gestió no produeix cap alteració de l'ordre objectiu de competències, l'alteració dels elements determinants a què es refereix l'article 12.1 de la LRJPAC només pot referir-se a la substitució de l'autoritat que exerceix la competència, en el sentit que l'autoritat encarregada actua en nom del encarregant. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 125-126.

<sup>203</sup> SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit., p 235.



de las Illes Balears podrá encomendar la gestión de determinadas funciones materiales, técnicas o de servicios, que tengan atribuidas como propias o por delegación, a otra administración [...]” (art. 30.2 Llei 3/2003, de 26 de març).

Tanmateix, sent coherents amb la crítica que realitzàvem a l'apartat 2.2.2 d'aquest *Capítol*, entenem que això no hauria de ser així, sinó que l'encàrrec de gestió hauria de limitar-se únicament a les competències pròpies. Per diferents raons. En primer lloc, perquè podríem plantejar-nos si l'ens delegat d'una determinada competència pot disposar d'aquesta - o de part d'aquesta - al marge de l'òrgan que la tingui atribuïda com a pròpia. En efecte, el propi article 13.5 de la LRJPAC al regular la delegació de competències preveu que no poden ser objecte de subdelegació aquelles competències que s'han rebut per delegació, llevat que una llei ho autoritzi de forma expressa. Pel que, si el nostre ordenament jurídic no admet, llevat d'excepcions, la possibilitat de subdelegar l'exercici d'una competència, no s'entén exactament perquè sí que haurien de poder encarregar-se la gestió d'algunes de les facultats materials que comporta aquest exercici delegat.

Segons la nostra opinió, si realment s'apreciés la necessitat d'encarregar la realització d'una determinada actuació compresa en la delegació, el més correcte seria revocar aquest negoci delegatiu i realitzar-ne un de nou en favor de l'òrgan que tingués els mitjans materials i personals necessaris per al seu correcte exercici. Però és que, a més, com apuntàvem en el primer apartat, l'encàrrec de gestió, en la mesura que suposa una excepció al principi d'irrenunciabilitat de les competències administratives, s'ha d'utilitzar necessàriament d'una manera restrictiva, justificant-se en estrictes raons d'utilitat pública. En aquest sentit, admetre amb caràcter general la possibilitat d'encarregar les competències delegades podria convertir-se en un instrument per alterar, de manera fraudulenta i mitjançant la utilització d'una tècnica de menor complexitat jurídica, la distribució competencial operada per l'ordenament<sup>204</sup>. Per això resulta necessari reconduir als seus justos termes la utilització de l'encàrrec de gestió com a tècnica al servei de la millora de l'eficàcia i funcionament del sistema administratiu.

---

<sup>204</sup> Encara que referida a altres qüestions, aquesta és potser la idea latent en la crítica del Prof. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ a la regulació conjunta de la delegació de competències i de l'encàrrec de gestió que es preveu a la LRJPAC, en la que es critica el fet hipotètic que mitjançant el recurs a una tècnica de menor complexitat jurídica, com pot ser l'encàrrec de gestió, es pogués atribuir a una altra entitat allò que no pogués delegar-se. PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op., Cit., p. 117.

En termes semblants, hem de negar també la possibilitat que l'encarregat pugui subencarregar, al seu torn, les funcions materials rebudes a través de la relació d'encàrrec. Malgrat que l'article 15 de la LRJPAC no s'hi refereix de forma expressa, podem utilitzar novament els arguments que esmentàvem abans: si l'encàrrec de gestió no suposa la cessió de la titularitat ni de l'exercici de la competència, difícilment l'entitat encarregada podria disposar vàlidament d'aquesta; alhora que acceptar la possibilitat de subencarregar la realització de determinades activitats va completament en contra de la lògica de l'encàrrec de gestió que, com hem afirmat, es caracteritza per ser una relació *intuitio personae*, que es fonamenta en la major capacitació tècnica o de gestió de l'encarregat.

### **3.2. - L'objecte mediat de l'encàrrec de gestió.**

Continuant amb la classificació del Prof. MORELL OCAÑA, dèiem que junt a l'objecte immediat de l'encàrrec de gestió podíem identificar també un objecte mediat, referit als sectors materials que afecta el conjunt de potestats executives que es transfereixen mitjançant la formalització de l'encàrrec de gestió, i a la determinació del qual dedicarem les següents pàgines.

#### ***3.2.1. - L'encàrrec de gestió com a realització d'activitats de caràcter material.***

Hem de començar recordant, encara que sigui molt breument, que l'encàrrec de gestió recau únicament sobre activitats de caràcter administratiu, és a dir, activitats vinculades normalment al gir o tràfic especial de l'Administració Pública. D'aquesta manera queden fora de l'àmbit d'aplicació de l'article 15 de la LRJPAC - i, en conseqüència també del nostre estudi - la possibilitat d'encarregar la gestió de funcions de caràcter polític o legislatiu l'exercici de les quals ve imposat directament, i de forma inexcusable, per la Constitució<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> A aquests, precisament, sembla referir-se l'Acte de la Sala del Contenciós-Administratiu del Tribunal Suprem de 27 de setembre de 2001, que, al analitzar la proposta de designació de vocals del Consell General del Poder Judicial que la Llei Orgànica del Poder Judicial atribueix al seu President, considera que, malgrat les seves similituds amb la figura de l'encàrrec de gestió regulada a l'article 15 de la LRJPAC - ja que, en aquest cas, hi ha també un encàrrec de funcions purament materials de preparació del procediment - no poden confondre's ambdues figures, ja que no estem davant d'activitats materialment administratives del CGPJ sinó de caràcter polític, en la mesura que aquesta proposta es desenvolupa dins d'un procediment de designació la resolució del qual està atribuïda a les Corts Generals.

A les anteriors consideracions cal afegir, tal com ja hem anat apuntant al llarg de la nostra exposició, que l'àmbit d'aplicació de l'encàrrec de gestió se circumscriu únicament a la realització d'actuacions de caràcter material, però no a l'adopció d'actes o resolucions de caràcter decisorí amb eficàcia jurídica *ad extra* o que puguin vincular jurídicament l'Administració titular de la competència. L'article 15.2 de la LRJPAC, segons la nostra opinió, sembla prou clar a tal efecte quan reserva en exclusiva al encarregant la potestat de dictar els actes o resolucions jurídiques que donin suport a l'activitat material en què consisteix l'encàrrec de gestió. Previsió que, gairebé mimèticament, han reproduït totes les Comunitats Autònomes que han desenvolupat normativament aquesta institució.

Tanmateix, en aquest punt hem de fer dues matisacions importants. En primer lloc, les limitacions anteriors no poden interpretar-se en el sentit que l'activitat encarregada no pugui tenir cap tipus d'incidència externa o repercussió sobre els administrats. Òbviament, la realització de les activitats a què es refereix l'encàrrec de gestió tindrà en molts casos una plasmació material en l'espai públic que, tot i que no suposi alteració de la imputació final del resultat al encarregant, sí que pot modificar la forma de prestació o execució d'una determinada activitat per als administrats. Per posar un exemple concret podem citar un dels molts encàrrecs de gestió que es constitueixen diàriament al nostre ordenament, com la Resolució de la Secretaria General d'Institucions Penitenciàries d'11 de febrer de 2010 per la qual s'encomana a l'Organisme Autònom Treball Penitenciari i Formació per a l'Ocupació la gestió del servei de càtering a un determinat Centre d'Inserció Social de Jerez de la Frontera. De resultes d'aquest encàrrec, els aliments que rebran els interns d'aquest centre ja no seran facilitats directament per la Secretària General d'Institucions Penitenciàries sinó que vindran gestionats per aquest Organisme Autònom. Aquests efectes indirectes que l'encàrrec de gestió pot tenir sobre els administrats s'han d'admetre, no només perquè no suposen l'exercici de cap potestat de caràcter decisorí, sinó també perquè no implica cap minva en el règim de garanties dels ciutadans, sinó la recerca d'una major eficàcia en la prestació o execució d'aquests serveis.

En segon lloc, entenem que les limitacions enunciades a l'article 15.2 de la LRJPAC no poden portar tampoc a la conclusió de que l'encarregat es troba mancat de tota capacitat per actuar jurídicament. Segons la nostra opinió, la LRJPAC estaria vedant només la possibilitat que s'atribueixin a l'encarregat facultats resolutòries de caràcter definitiu, que

puguin tenir eficàcia directa davant tercers o sobre la posició subjectiva dels administrats<sup>206</sup>, però això no exclouria la seva capacitat per organitzar internament, d'acord amb les instruccions tècniques dictades per l'encarregant, la prestació d'aquestes activitats, així com per resoldre, mitjançant actes de tràmit, totes aquelles qüestions que es poguessin plantejar durant el procediment. Certament, la precisió de quin podria ser el contingut d'aquestes actuacions de tràmit no és gens fàcil, però considerem que haurien de poder incloure's en aquest grup totes aquelles que poguessin considerar-se com a inherents i indispensables perquè l'encarregat pogués desenvolupar correctament el seu encàrrec material.

Aquesta és, precisament, la possibilitat prevista en la citada Llei 3/2003, de 26 de març, de Règim de l'Administració de les Illes Balears, la qual, després d'afirmar que l'encàrrec de gestió no podrà implicar facultats de resolució sobre les matèries que hagin estat encomanades, afegeix que, no obstant, “se podrán dictar los actos de instrucción que sean necesarios para ejecutar las resoluciones derivadas de la encomienda [...], siempre que no se trate de actos de trámite susceptibles de recurso” (art. 30.5 Llei 3/2003). Alhora que creiem que aquesta ha estat també la interpretació que ha vingut mantenint la jurisprudència més recent, podent citar, per exemple, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, núm. 974/2009, de 25 de maig. En aquesta resolució, al analitzar-se l'encàrrec de l'activitat de verificació dels lliuraments de determinat material formatiu efectuada pel Servei Andalus d'Ocupació s'afirma que, sense el reconeixement a l'encarregat d'unes mínimes facultats de comprovació o control, “la encomienda devendría en completamente inútil” (F.J. 5). Per tant, més enllà de l'exercici de meres tasques d'execució material, es reconeix que l'encàrrec ha d'implicar també un cert poder de persuasió o control.

De tota manera, no és infreqüent continuar trobant supòsits en els quals l'abast de les activitats encarregades va molt més enllà de les tasques materials, tècniques o de serveis a què es refereix l'article 15 de la LRJPAC, atribuint-se autèntiques competències administratives de caràcter decisor. Per exemple, podem citar l'Acord entre l'Agència Espanyola de Cooperació Internacional i el Ministeri d'Afers Estrangers de 6 de novembre de 1995 (BOE núm. 286, de 30 de novembre 1995, pàg. 34760), en el que s'encarregava a

---

<sup>206</sup> Comparteixen aquesta mateixa opinió, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión”, Op. Cit., p. 671 i MESSEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 132.

determinats ambaixadors d'Espanya “autorizar y disponer los gastos necesarios para la ejecución de los programas de cooperación” o “contraer obligaciones y ordenar pagos” i que, com s'ha assenyalat per alguns autors, anaven molt més allà d'un autèntic encàrrec de gestió, emmascarant una autèntica delegació de competències en matèria de cooperació internacional<sup>207</sup>. O, en termes semblants, la ja esmentada Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa núm. 925/2000, de 30 d'octubre, en la que es va declarar nul l'acord adoptat per l'Ajuntament d'Huete pel qual s'aprovava un conveni d'encàrrec de gestió amb l'Ajuntament de San Juan, entre altres raons, perquè se cedia a l'esmentat Ajuntament una potestat administrativa - com l'aprovació de les tarifes i la seva facturació als ciutadans - que traspassava, de molt, la frontera del legalment admissible per l'article 15 de la LRJPAC (F.J. 4 y 5).

Finalment, i derivat del caràcter material implícit en l'activitat encarregada, que exigeix a l'encarregat una actitud dinàmica, de gestió o execució de determinades actuacions alienes, hem de descartar la possibilitat de qualificar com a encàrrecs de gestió determinats acords entre entitats públiques en els quals no es donen aquestes condicions objectives. D'aquesta manera, hem d'excloure tots aquells supòsits de convenis o acords entre Administracions que contenen simplement compromisos genèrics d'actuació o meres declaracions d'intencions, però sense concretar la realització de tasques de caràcter administratiu.

Igualment, quedarien fora de la categoria d'encàrrec de gestió aquells convenis en virtut dels quals una de les parts s'obliga simplement a posar a disposició de l'altra determinats mitjans materials perquè aquesta pugui exercir més eficaçment les seves competències. Seria el cas, per exemple, del Conveni entre el Ministeri d'Educació i Ciència i la Diputació Regional de Cantàbria de 29 de juliol de 1988, a través del qual l'Administració càntabra únicament cedeix al mencionat Ministeri l'ús de determinats locals i dependències per tal que aquest creï i mantingui un centre escolar dependent de l'Administració Estatal. En aquest cas, realment no s'està afectant a l'exercici de les competències administratives, ja que cap de les parts assumeix la realització de cap tipus de prestació material, tècnica o de serveis a favor de l'altra, sinó que suposaria una simple prestació ocasional d'auxili directe entre Administracions<sup>208</sup>. Si bé és cert que la posada a disposició d'aquests béns, de vegades,

---

<sup>207</sup> MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 168.

<sup>208</sup> En el mateix sentit ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, mayo-agosto 1985, p. 143 i RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Ed.

s'acompanya d'altres tipus de compromisos, com la realització de certes activitats o d'intercanvi d'informació, que fan certament difícil diferenciar els diferents graus d'implicació de les parts intervinents.

I, finalment i per la mateixa raó, quedarien fora també de la nostra concepció de l'encàrrec de gestió aquells supòsits en els que una de les parts es compromet únicament a prestar ajuda financera a una altra entitat. Són molts els exemples de conveni que podem trobar al nostre ordenament jurídic que tenen per objecte exclusivament la concessió de subvencions o altres ajuts per a la realització concreta d'obres públiques, per al finançament de determinats programes i actuacions administratives de foment, etc.<sup>209</sup>. En aquests casos, de forma similar a l'anterior, no es realitza cap actuació material en nom aliè, sinó que aquesta pràctica convencional implica només la concessió de recursos financers vinculats al compliment de determinades tasques que la pròpia Administració subvencionada es compromet a realitzar amb els mitjans econòmics obtinguts<sup>210</sup>. Segons la nostra opinió, finançar amb recursos propis l'exercici de tasques que corresponen a una altra Administració Pública no encaixaria dins de les prestacions materials a què es refereix l'article 15.1 de la LRJPAC.

### ***3.2.2. - Contingut material de l'encàrrec de gestió***

Més enllà de les anteriors consideracions resulta difícil poder precisar el possible contingut de la relació d'encàrrec. L'amplitud amb què s'expressa l'article 15.1 de la LRJPAC en referir-se a “actividades materiales, técnicas o de servicios” fa que, tot i que és evident que l'objecte de l'encàrrec de gestió no és il·limitat, pràcticament qualsevol activitat administrativa pugui considerar-se compresa dins del seu àmbit d'aplicació.

---

Marcial Pons, Madrid 1997, p. 179-180. Tanmateix, discrepem d'ambdós autors quan afirmen que la mera prestació interna de serveis entre Administracions Públiques, sense efectes per a tercers no podria considerar-se com un supòsit d'encàrrec de gestió. Segons la nostra opinió, la producció d'efectes sobre els administrats no hauria de ser la nota determinant de l'existència d'una relació d'encàrrec, sinó que el característic seria la realització de determinades activitats materials per compte i interès del encarregant.

<sup>209</sup> Un estudi detallat dels convenis de col·laboració que instrumenten l'auxili financer pot veure's en MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 144-152, així com en les diferents edicions anuals del *Informe Comunidades Autónomas*, dirigit per Joaquim TORNOS MAS i editat per l'Institut de Dret Públic de Barcelona.

<sup>210</sup> En aquest sentit, en constituir una excepció a l'anomenat *finançament incondicionat* de les Administracions Públiques, que implica la transferència de recursos financers no vinculats de forma finalista de l'organització superior a la inferior, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO entén que la seva valoració com a mecanisme de cooperació requereix una ponderació molt prudent. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 167-168.

Des d'aquesta perspectiva, podríem plantejar-nos la possibilitat de realitzar, com havíem fet anteriorment en analitzar l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió, una classificació dels encàrrecs en funció del seu objecte específic. Tanmateix, entenem que aquestes classificacions mancarien d'utilitat pràctica. En primer lloc perquè el gran nombre d'encàrrecs de gestió que es constitueixen diàriament al nostre ordenament jurídic ens faria impossible poder incloure'ls tots, amb la qual cosa aquestes classificacions podrien resultar inexactes o incompletes. Però a més, en la mesura que es limitaria només a una mera sistematització de la praxis administrativa, però sense repercussió en quan als seus efectes jurídics, ja que ni la LRJPAC ni les lleis autonòmiques de desenvolupament no preveuen règims diferenciats en el cas que s'executin activitats de caràcter material, tècnic o de serveis. Tot i així, sí que creiem oportú fer algunes observacions més generals que poden ajudar-nos a delimitar millor l'abast d'aquesta activitat.

*A) Característiques generals de l'objecte de l'encàrrec de gestió.*

En primer lloc, i partint del caràcter contractual amb el que hem configurat inicialment la relació d'encàrrec, podem remetre'ns a la teoria general del contracte i de les obligacions i identificar una sèrie de requisits que, tot i que alguns d'ells no estiguin previstos directament a l'article 15 de la LRJPAC, entenem que són exigibles a les activitats o serveis objecte de l'encàrrec. Aquests requisits són tres: possibilitat fàctica, licitud i determinació.

*a) Possibilitat fàctica.* En primer lloc, podem afirmar que les activitats encarregades hauran de ser possibles. Aquest requisit no és més que una plasmació del principi general del Dret Civil que ningú no pot obligar-se a una cosa que és impossible (art. 1272 CC). Principi que també recull el nostre ordenament jurídic-públic, ja que l'article 62.1 de la LRJPAC sanciona amb la nul·litat de ple dret els actes de les Administracions Públiques que tinguin contingut impossible.

*b) Licitud.* En segon lloc, el contingut del contracte no pot ser contrari a l'interès públic ni a l'ordenament jurídic. El requisit de la licitud de l'objecte de l'encàrrec deriva dels principis generals de la pròpia LRJPAC que imposa a les diferents Administracions Públiques el deure de servir amb objectivitat els interessos generals i amb submissió plena a la Constitució, a la Llei i al Dret (art. 3.1 LRJPAC). L'encàrrec de gestió no és un finalitat en si

mateix, sinó un instrument dirigit a aconseguir una determinada finalitat d'interès públic - el correcte exercici de les competències administratives – i, per això, el seu exercici s'ha de sotmetre a l'ordenament jurídic.

És en aquest punt on podríem incloure també totes aquelles actuacions que, per la seva pròpia naturalesa, s'han de considerar com a intransmissibles. Ens referim a aquelles tasques que l'ordenament jurídic ha atribuït específicament a un òrgan concret en atenció a les seves característiques personals o materials. El cas més evident seria el de l'emissió d'informes o exàmens pericials. Segons la nostra opinió, no tindria sentit que l'òrgan tècnic al què s'atribueix precisament l'emissió d'aquest judici de valor (en consideració als seus coneixements, imparcialitat, etc.) pogués lliurement encarregar la realització d'aquesta tasca a una altra entitat, que podria, fins i tot, no reunir els requisits de perícia o experiència necessaris a tal efecte. Per tant, hem de concloure que algunes activitats administratives, per raó del seu contingut, - usant la terminologia civilista podríem denominar aquestes actuacions com a *personalíssimes* -, haurien de quedar fora de l'àmbit de l'encàrrec de gestió, en no poder ser, en cap cas, objecte de transferència a una altra Administració Pública.

c) *Determinació*. En tercer lloc, l'objecte de l'encàrrec de gestió ha d'estar delimitat amb claredat. L'article 15.3 de la LRJPAC es refereix de forma expressa a aquest requisit quan, en regular l'encàrrec de gestió entre òrgans o entitats que pertanyen a la mateixa Administració Pública, exigeix que l'acord a través del qual es formalitzi aquesta encàrrec haurà de contenir “mención expresa de la actividad o actividades a las que afecten [...] y alcance de la gestión encomendada”. Així mateix, la determinació de l'objecte és un dels requisits que l'article 6.2 de la LRJPAC exigeix per a la validesa dels convenis interadministratius i, per tant, predicable també dels convenis a través dels quals es formalitzin els encàrrecs de gestió previstos a l'article 15.4 de la LRJPAC. En aquest sentit, i a causa del seu caràcter d'excepció al principi d'irrenunciabilitat de les competències, no és suficient amb la mera *determinabilitat* de l'objecte, sinó que resulta necessària una correcta individualització de les activitats materials, tècniques o de serveis que conformen l'encàrrec.

La determinació de l'objecte de l'encàrrec de gestió ens porta també a referir-nos a la problemàtica de la seva extensió. I és que convé cridar l'atenció sobre aquesta qüestió per tal com la praxis administrativa ens ofereix alguns exemples d'encàrrecs de gestió en els que l'abast de l'encàrrec conferit resulta certament molt ampli, confonent-se la possibilitat



d'acordar l'auxili material en l'exercici d'una determinada competència amb la voluntat de portar a terme mitjançant l'encàrrec una autèntica reordenació de les funcions públiques atribuïdes als diferents ens públics. Això és especialment evident, per exemple, en l'encàrrec de la tramitació de determinats procediments administratius, en els quals s'encarrega des de la pròpia recepció de la sol·licitud fins a la formulació d'una proposta de resolució<sup>211</sup>. Segons la nostra opinió, aquesta pràctica administrativa va molt més allà de la lògica de l'encàrrec de gestió ja que si tenim en compte que l'aprovació final d'una determinada resolució administrativa moltes vegades no és més que un tràmit merament formal, a través del qual es ve a confirmar automàticament el contingut de la proposta de resolució, s'està situant a l'encarregat en una posició quasi decisòria, que, precisament, l'article 15.2 de la LRJPAC intenta prevenir.

Al marge dels anteriors requisits, i també com una característica general de l'objecte de l'encàrrec de gestió, hem d'assenyalar que l'activitat encarregada s'ha de moure dins de l'esfera d'interessos de cada part, però no és necessari que l'objecte de la relació d'encàrrec se circumscriuï a l'àmbit de les competències pròpies de cada una de les parts. Com assenyalàvem al capítol anterior, l'encàrrec de gestió, per definició, pressuposa l'execució per part de l'encarregat d'unes activitats materials, tècniques o de serveis la titularitat de les quals li és aliena. En efecte, a través de la relació d'encàrrec, l'organització encarregada assumeix el deure de gestionar determinades tasques que, en principi, li estaven vedades però que, a través d'aquest negoci jurídic, queda habilitada per desenvolupar en nom i sota la responsabilitat del encarregant. Per tant, en aquests supòsits no hi hauria una concurrència competencial en sentit estricte, sinó una vinculació de l'encarregat al deure d'auxili administratiu, servint de suport organitzatiu a una altra Administració Pública en l'exercici de les seves competències.

Això ens apropiaria l'encàrrec de gestió al que la doctrina ha vingut a denominar *contractes de subordinació*, caracteritzats pel fet que les parts no es col·loquen, en el que a l'exercici de competències es refereix, en situació d'igualtat, sinó que una d'elles actua com si fos un

---

<sup>211</sup> Un bon exemple el constitueix la Resolució de 7 de maig de 2009 per la que es publica l'Acord d'encàrrec de gestió entre l'Institut per a la Reestructuració de la Mineria del Carbó i Desenvolupament Alternatiu de les Comarques Mineres i la Secretaria General Tècnica del Ministeri d'Indústria, Comerç i Turisme (BOE núm. 115, de 12 de maig de 2009, pàg. 40606-40607), en el que s'atribueix a aquest Institut, entre d'altres actuacions materials, “el estudio de los recursos administrativos, su tramitación y la elaboración de las propuestas de resolución, así como de las reclamaciones previas a la vía judicial civil, de los expedientes de revisión de los actos administrativos y declaraciones de lesividad”, a la vegada que l'encàrrec de gestió s'estén a “todos los actos que al efecto deben realizarse para la tramitación de los procedimientos administrativos anteriores”.

particular, col·laborant en la realització de tasques alienes a les seves competències<sup>212</sup>. I aquest fet, precisament, tal i com veurem en el capítol següent, és un altre dels elements que ens portarà a reflexionar sobre la vigència i aplicabilitat de la figura de l'encàrrec de gestió al nostre ordenament jurídic actual, ja que, si la posició en la qual es situa l'ens públic encarregat és similar a la del particular, llavors podríem plantejar-nos si no s'haurien d'aplicar també les mateixes regles de la contractació pública a ambdós supòsits. Com dèiem, més endavant reprendrem aquesta qüestió.

#### *B) Possibles aplicacions pràctiques de l'encàrrec de gestió.*

Com havíem posat de relleu al analitzar el marc normatiu de l'encàrrec de gestió, junt amb la regulació bàsica prevista en la Llei 30/1992, de 26 de desembre, i la legislació autonòmica de desenvolupament, és possible trobar moltes altres normes administratives que regulen supòsits específics d'encàrrecs de gestió i sota els quals s'engloba la realització d'actuacions d'allò més heterogènies. Excediria de l'abast del nostre treball fer un estudi detallat de cada un d'aquests supòsits, per la qual cosa ens interessa simplement deixar constància d'algunes de les possibles aplicacions pràctiques de l'encàrrec de gestió, a l'efecte de contextualitzar encara més les possibles virtualitats d'aquesta institució administrativa.

*a) L'encàrrec de gestió i la nova realitat tecnològica i científica.* Malgrat que, en rigor, no ens referim a un específic sector d'actuació administrativa, volem començar aquest epígraf posant de relleu la potencialitat de la figura de l'encàrrec de gestió en una societat globalitzada, on els imparables desenvolupaments tecnològics i científics resulten cada vegada més sorprenents. En aquest sentit, com ha posat de relleu la doctrina, la figura de l'encàrrec de gestió pot

---

<sup>212</sup> El professor ENTRENA CUESTA havia proposat ja una classificació dels contractes celebrats entre entitats públiques en consideració a la posició que ocupaven cada una de les parts, diferenciant els "contractes de cooperació", en els quals les parts se situaven en posició d'igualtat, i els "contractes de subordinació", caracteritzats pel fet que una de les entitats públiques contractants actuava davant l'altre com un particular que col·labora amb l'Administració. ENTRENA CUESTA, Rafael: "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, núm. 24, Septiembre-diciembre 1957, p. 39-74. Posteriorment, s'han referit també a aquesta categoria d'acords entre subjectes públics, entre altres, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 363-366 i ÁVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 92-94.

ALBERTÍ ROVIRA, per la seva part, al analitzar els elements principals del règim jurídic dels convenis de col·laboració, considera també excessivament reduccionista i difícilment compatible amb la realitat la condició que l'objecte del conveni se circumscriuï a la competència de les parts. ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: "El régimen de los convenios de colaboración entre Administraciones: un problema pendiente", en AJA, Eliseo (Dir.): *Informe Comunidades Autónomas 1996*, volumen I, Institut de Dret Públic, Barcelona 1997, p. 629.

presentar-se com un mecanisme molt útil de cara a aconseguir una millor eficàcia en la prestació d'aquells serveis públics que exigeixen una major infraestructura tècnica o especialitzada<sup>213</sup>, neutralitzant així els alts costos de la seva implementació i permanent posada al dia. Mitjançant el seu encàrrec a aquelles entitats que disposen dels millors mitjans i de l'experiència necessària, pot obtenir-se no només un millor servei al ciutadà sinó també una evident optimització de l'ús dels recursos públics, contribuint amb això a reactivar el sector serveis al si de les Administracions Públiques especialitzades, fomentant, per exemple, el paper de les universitats com a centres de referència tècnica al servei de les Administracions Públiques del seu entorn.

De fet, així succeeix a la pràctica, doncs no són pocs els supòsits en els que s'encarrega a centres investigadors de primer nivell la realització de determinades actuacions que poden contribuir a un millor desenvolupament de les funcions públiques atribuïdes als diferents Poders Públics, com, per exemple, la recent Resolució de 8 de juliol de 2010 per la que s'encomana a l'Institut Espanyol d'Oceanografia la gestió de determinades actuacions en matèria de pesca i ciències marines, amb l'objectiu que aquestes actuacions científiques puguin ser posteriorment objecte de transferència o aprofitament pel sector pesquer espanyol (BOE núm. 180, de 26 de juliol de 2010, pàg. 65511). O també la Resolució de 21 de setembre de 2010 de l'IMSERSO per la que s'encomana a l'Agència Estatal del Consell Superior d'Investigacions Científiques el manteniment i desenvolupament d'un sistema d'informació a Internet sobre persones majors i dependència (BOE núm. 245, de 9 d'octubre de 2010, pàg. 85835-85840). En aquest cas, recolzant-se en els coneixements i mitjans tecnològics i humans que disposa el Consell Superior d'Investigacions Científiques es pretén aconseguir un major coneixement de la realitat social de les persones majors i de les persones en situació de dependència a Espanya, millorant la informació i gestió de les prestacions i serveis dirigits a aquest col·lectiu.

---

<sup>213</sup> En aquest sentit, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: “Órganos de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., p. 77-78 i MAURI MAJÓS, Joan: “Administraciones públicas, sus relaciones y los órganos administrativos”, Op. Cit., p. 102. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS s'ha referit també a aquesta nova aplicació de l'encàrrec, en analitzar la possibilitat que les Diputacions Provincials assumissin mitjançant aquesta tècnica la gestió informatitzada dels padrons municipals d'habitants. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis: “La encomienda de la gestión informatizada de los padrones municipales de habitantes: un ejemplo de colaboración entre Administraciones Públicas”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 276, enero-abril 1998, p. 151-177.

b) *L'encàrrec de la tramitació de determinats procediments administratius*. El caràcter instrumental amb què s'ha vingut configurant l'encàrrec de gestió ha posat de relleu també que un dels principals àmbits d'aplicació d'aquesta figura podria recaure en la realització d'activitats preparatòries del procediment administratiu, encarregant la gestió de les activitats burocràtiques prèvies al dictat de la resolució final de l'expedient.

En l'apartat anterior ens hem referit ja als inconvenients que pot comportar una consideració massa ampla d'aquesta possible funcionalitat de l'encàrrec de gestió, en la mesura que el subjecte encarregat podria acabar substituint, si no en l'àmbit formal sí en el material, a l'òrgan administratiu inicialment legitimat per resoldre un determinat expedient. Però tenint això present, no s'ha de menysprear tampoc la potencialitat de la figura de l'encàrrec de gestió en la tramitació d'aquells expedients que requereixen un alt contingut tècnic i que les Administracions Públiques, especialment aquelles que disposen de menys mitjans materials i econòmics, no sempre estan en condicions d'assumir amb les exigències de rapidesa i rigor que se'ls demanda. Pel que s'ha destacat el paper que en alguns casos l'encàrrec de gestió podria jugar en l'àmbit de la simplificació administrativa<sup>214</sup>.

Conscient d'això, el Dret Positiu s'ha ocupat de preveure expressament aquesta possibilitat, vinculant en moltes ocasions la figura de l'encàrrec de gestió amb la tramitació de determinats aspectes procedimentals. Fins i tot abans de l'entrada en vigor de la LRJPAC, la Llei d'Aigües de 1985 ja va preveure la possibilitat que la tramitació de determinades autoritzacions relatives al domini públic hidràulic de competència estatal poguessin ser encarregades a les comunitats autònomes o a les confederacions hidrogràfiques [art. 15. d) de la Llei 29/1985, de 2 d'agost], previsió que s'ha mantingut en la legislació més actual. Les referències normatives en aquest cas podrien ser moltes i en àmbits molt dispars: des de la contractació pública<sup>215</sup>, fins a la tramitació de determinats instruments de planificació urbanística<sup>216</sup>, passant per la gestió de determinades autoritzacions per al desenvolupament d'activitats econòmiques<sup>217</sup> o d'aquelles relatives al domini públic hidràulic<sup>218</sup>.

---

<sup>214</sup> FONT I LLOVET, Tomàs: “La simplificación de la Administración periférica estatal: técnicas para avanzar en el proceso y medios de supervisión”, en AAVV: *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 1997, p. 366.

<sup>215</sup> Per exemple, la Disposició Addicional Segona de la LCSP preveu la possibilitat que les Diputacions Provincials o Comunitats Autònomes uniprovincials puguin assumir, mitjançant un conveni d'encàrrec, la gestió dels procediments de contractació d'aquells municipis de menys de 5.000 habitants.

<sup>216</sup> Podem citar en aquest punt l'article 82.4 del recentment aprovat Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'Urbanisme de Catalunya, que permet als ajuntaments

És també dins d'aquest apartat on podríem valorar la possible inclusió com un supòsit d'encàrrec de gestió dels convenis administratius als què es refereixen tant l'article 106.3 de la LBRL com l'article 7.1 del Text refós de la Llei d'Hisendes Locals, i a través dels quals es permet a les entitats locals *delegar* a les diputacions provincials o les comunitats autònomes determinades funcions en matèria de gestió tributària.

Com exposàvem al Capítol anterior, l'encàrrec del servei recaptador previst en les normes locals espanyoles de la primera meitat del segle XX pot considerar-se com un dels antecedents normatius de l'actual encàrrec de gestió, pel que la *delegació* de les competències de gestió, liquidació, inspecció i recaptació tributàries prevista per la legislació local actual podria veure's també de forma equivalent com un supòsit d'auxili en la tramitació burocràtica d'aquestes funcions. Especialment destacable si tenim en compte que aquest és un dels àmbits en els quals, com ha posat de relleu la doctrina, es dóna una més variada multiplicitat i complexitat de relacions entre Administracions Públiques<sup>219</sup>.

Tanmateix, creiem que aquest no és el cas i que el terme *delegació* s'utilitza aquí encertadament i amb tota la significació tècnica i jurídica que això implica. I és que si llegim amb atenció l'article 7.3 del TRLHL, segons el qual, “los actos de gestión que se realicen en ejercicio de dicha delegación serán impugnables con arreglo al procedimiento que corresponda al ente gestor, y, en último término, ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, comprovarem que l'activitat gestora es realitza sempre en nom propi i sota

---

encarregar a les comissions territorials d'urbanisme la tramitació dels plans d'ordenació urbanística municipal.

<sup>217</sup> Sense moure'ns de l'àmbit català, podem fer referència al Decret 106/2008, de 6 de maig, de mesures per a l'eliminació de tràmits i la simplificació de procediments per facilitar l'activitat econòmica, que, entre altres qüestions, crea l'Oficina de Gestió Empresarial (OGE), amb rang de Secretaria General i adscrita al Departament d'Indústria i que canalitza les relacions de serveis de la Generalitat catalana amb les empreses (art. 13-16 decret 106/2008), preveient que, sens perjudici de les funcions d'assessorament, tramitació, etc. que se li reconeixen com a pròpies, les administracions públiques catalanes poden encarregar-li també la tramitació de determinats procediments administratius relacionats amb l'activitat empresarial (art. 21 Decret 106/2008), amb l'objectiu de promoure la simplificació administrativa.

<sup>218</sup> I és que l'article 17 d) del Reial Decret Legislatiu 1/2001, de 20 de juny, pel que s'aprova el Text refós de la Llei d'Aigües continua referint-se a la possibilitat que l'Estat encarregui a les Comunitats Autònomes la tramitació de l'atorgament d'autoritzacions referents al domini públic hidràulic.

<sup>219</sup> Afegint-se que aquesta complexitat no deriva només de la diversitat de subjectes públics que intervenen en la gestió tributària, sinó també per la constel·lació de funcions i potestats que s'engloben sota aquest concepte genèric; atribuïdes, de vegades, sense parar molta atenció als mitjans materials, personals o tècnics de què es disposa per dur-les a terme. RAMALLO MASSANET, Juan: “Las relaciones interadministrativas en la aplicación de tributos”, en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre 1994, p. 166-169 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 282-283.

la pròpia responsabilitat de l'entitat pública delegada. Per la qual cosa s'aparta clarament de la figura de l'encàrrec de gestió, que havíem conceptuat com una gestió de negocis aliens sense transcendència jurídica *ad extra*<sup>220</sup>.

c) *Consideracions finals*. Més enllà d'aquestes dues idees generals resulta difícil fixar un criteri clar en relació amb els àmbits materials específics en els quals s'ha vingut utilitzant amb major freqüència la figura de l'encàrrec de gestió. I és que els sectors en els quals s'ha utilitzat aquesta figura són d'allò més variats i extensos<sup>221</sup>, comprnent, sense ànim d'exhaustivitat, des de la realització de determinades obres hidràuliques<sup>222</sup>, fins a la possibilitat d'encarregar l'execució de concretes intervencions arqueològiques<sup>223</sup>, passant per la gestió de proves selectives per a l'accés a determinats cossos d'empleats públics<sup>224</sup> o de mesures de protecció, conservació i millora dels recursos pesquers<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 284; ARIMANY LAMOGLIA, Esteban y PICH FRUTOS, Eva: "Las Diputaciones Provinciales y su función como entes de auxilio a los Municipios. Confirmación jurisprudencial", en *Revista de Administración Pública*, núm. 140, mayo-agosto 1996, p. 175.

<sup>221</sup> Una referència a les possibles aplicacions concretes de l'encàrrec de gestió pot veure's en FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Las encomiendas de gestión", Op. Cit., p. 677-683 i també en BERNADÍ GIL, Xavier: *El poder d'administrar en l'Estat Autònic: cap a una reconstrucció dogmàtica de les competències autonòmiques d'execució*, Institut d'Estudis Autonòmics, col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics, núm. 51, Barcelona 2007, p. 353-360.

<sup>222</sup> L'article 124 del citat Reial Decret Legislatiu 1/2001, de 20 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'Aigües, afirma que la gestió i explotació de les obres hidràuliques d'interès general podrà realitzar-se directament pels òrgans competents del Ministeri de Medi Ambient o mitjançant encàrrec a les Comunitats Autònomes o confederacions hidrogràfiques. I en termes semblants s'expressa la gran majoria de la legislació autonòmica en aquesta matèria, que preveu expressament la possibilitat d'encarregar a altres Administracions Públiques l'execució o gestió de determinades obres hidràuliques de la seva competència (com, per exemple, l'article 39.1 de la Llei 1/2006, de 23 de juny, d'Aigües del País Basc o en la Disposició Addicional Segona de la Llei castellano-manxega 12/2002, de 27 de juny, de Cicle Integral de l'Aigua). Precisament, FERNÁNDEZ FARRERES esmenta també les obres hidràuliques com un dels àmbits en els quals la tècnica de l'encàrrec de gestió ha trobat una major aplicació pràctica.

<sup>223</sup> Com preveu l'article 6.1 i) de la Llei 4/1999, de 15 de març, de Patrimoni Històric de Canàries, que estableix la possibilitat que la Comunitat Autònoma de les Illes Canàries encarregui aquestes funcions arqueològiques als Consells insulars.

<sup>224</sup> Tal com estableix l'article 4 del Decret andalús 366/2010, de 31 d'agost, pel que s'aprova l'Oferta d'Ocupació Públic per a l'any 2010, del funcionariat de l'Administració Local amb habilitació de caràcter estatal, en el qual s'encarrega a l'Institut Andalus d'Administració Pública la gestió material d'alguns aspectes de les proves selectives ofertades per aquesta Comunitat Autònoma.

<sup>225</sup> Possibilitat contemplada en la Disposició Addicional Vuitena de la Llei 3/2001, de 26 de març, de Pesca Marítima de l'Estat, que faculta a l'Administració estatal a celebrar convenis d'encàrrec de gestió amb les comunitats autònomes per a garantir el compliment d'aquestes mesures de protecció, conservació i millora dels recursos pesquers.

En qualsevol cas, i d'acord amb la interpretació que venim mantenint al llarg de tota la nostra exposició, creiem que en tots aquests supòsits s'ha de fugir de l'automatisme i de la menor complexitat tècnica que suposa la figura de l'encàrrec de gestió, i defensar una aplicació restrictiva o proporcionada de la mateixa. I és que, si com hem dit, es considera objectivament que, per les circumstàncies que eventualment es puguin presentar, la tramitació material de determinats assumptes no hauria de correspondre a una determinada unitat administrativa, o el desenvolupament d'una determinada funció requereix uns mitjans que, pel motiu que sigui, no són a l'abast d'una concreta Administració Pública, la solució no s'hauria de buscar en la figura de l'encàrrec, sinó en un replantejament general de l'estructura orgànica de què es tracti o en la delegació o transferència d'aquesta competència a aquella entitat pública que estigui en millors condicions de portar-la a la pràctica. Si no és així, el recurs més fàcil a l'encàrrec de gestió simplement emmascara una deficient estructuració d'una determinada organització administrativa, incapaç de fer front d'una manera eficaç a les tasques que li assigna l'ordenament jurídic.

*D) Diferenciació de figures afins en funció del seu objecte.*

Finalment, i com ja hem anat avançant en diferents apartats, el caràcter material que caracteritza les activitats que poden ser objecte d'encàrrec és un dels principals elements que ens permet diferenciar l'encàrrec de gestió d'altres mecanismes translacius de l'exercici de funcions administratives que es preveuen al nostre ordenament.

En primer lloc, hem de recordar que l'encàrrec de gestió es diferencia de la *delegació de competències* regulada a l'article 13 de la LRJPAC pel fet que aquesta suposa una transferència real de l'exercici de les competències delegades. És a dir, l'entitat delegada actua sota la seva pròpia responsabilitat, mentre que, com dèiem, en l'encàrrec no es produeix una transferència de l'exercici de la competència, sinó una habilitació per desenvolupar una actuació material determinada. Així mateix, el contingut objectiu de la delegació de competències és notablement major que el de l'encàrrec de gestió, ja que, partint de la regla general per la qual totes les competències són, en principi, delegables admet, no només el traspàs d'actuacions materials, sinó també d'actuacions de caràcter jurídic o resolutori<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Si bé això no impedeix que el nostre Dret Positiu enumeri també algunes funcions específiques que, per la seva transcendència o caràcter personalíssim, no poden ser objecte de delegació (com l'adopció de disposicions de caràcter general o les competències que s'exerceixin per delegació, art. 13.2 LRJPAC).

Per aquesta mateixa raó, l'encàrrec de gestió pot diferenciar-se de l'*avocació* prevista a l'article 14 de la LRJPAC. Com és sabut, l'avocació consisteix en la transferència de l'exercici de la competència decisòria en un assumpte concret a favor d'un òrgan superior a aquell que la té atribuïda o delegada amb caràcter general per raó de la matèria, la jerarquia o el territori<sup>227</sup>. Pel que, des del moment que l'avocació recau únicament sobre l'exercici d'una competència decisòria, podem establir una clara diferenciació amb la figura de l'encàrrec de gestió, limitada a activitats de caràcter material i sense transcendència jurídica *ad extra*.

Finalment, i en consideració al seu objecte, podríem diferenciar també l'encàrrec de gestió de la *delegació de firma* recollida a l'article 16 de la LRJPAC. D'acord amb aquest precepte la delegació de firma limita el seu objecte únicament a la signatura de determinades resolucions o actes administratius. Per tant, en rigor, en aquest supòsit no hi ha cap transferència de l'exercici d'una competència administrativa ni el desenvolupament d'una activitat material, tècnica o de serveis, sinó que l'únic que es transfereix és la materialitat de la firma, adoptant-se la resolució en forma verbal pel titular de la competència<sup>228</sup>.

#### **4. - EFECTES DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.**

D'acord amb el nostre pla inicial d'exposició del règim jurídic de l'encàrrec de gestió que havíem definit en l'inici d'aquest Capítol, ens queda referir-nos finalment als efectes jurídics que es deriven de la constitució de la relació d'encàrrec i és que aquesta, com tota relació jurídica bilateral, dóna lloc la naixement de drets i deures mutus per a cada una de les parts intervinents.

Abans d'avançar, però, cal advertir que, com hem indicat al analitzar el seu marc normatiu, al nostre ordenament jurídic hi ha diferents regulacions concretes de la figura de l'encàrrec de gestió que, sens dubte, poden modular els efectes que es deriven d'aquesta en cada un dels diferents supòsits (en efecte, no és igual l'encàrrec de gestió de la tramitació

---

<sup>227</sup> Sobre el règim jurídic de l'avocació poden veure's, entre molts d'altres, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos", Op. Cit., p. 333-334 i GALLEGU ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 119-121.

<sup>228</sup> Novament, com en la nota anterior, sobre el règim jurídic de la delegació de firma poden veure's, entre d'altres, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos", Op. Cit., p. 363-368 i GALLEGU ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p.117-119.



burocràtica de determinats procediments administratius que el possible encàrrec de la realització de complexes obres hidràuliques). Tot i així, creiem que, almenys des d'un punt de vista abstracte, sí que resulta possible identificar un nucli de conseqüències generals predicables en tot cas a aquesta institució jurídico-administrativa.

#### **4.1. - La posició jurídica de l'encarregat.**

En primer lloc, centrarem la nostra atenció en la posició jurídica de l'Administració encarregada que, com hem vist, és aquell subjecte que mitjançant la formalització de l'encàrrec de gestió es compromet a portar a terme, en nom i per compte del encarregant, l'actuació material que constitueix l'objecte de la relació d'encàrrec. Des d'aquesta perspectiva, i partint d'aquesta definició general, podem caracteritzar el contingut de la seva posició jurídica a través de dos aspectes essencials: en primer lloc, el deure de complir l'encàrrec assumit i, en segon lloc, la rendició de comptes i la transferència de resultats al encarregant; dels quals ens ocuparem a continuació.

##### **4.1.1. - Compliment de l'encàrrec.**

La primera i fonamental obligació de l'encarregat consisteix en el compliment de l'encàrrec conferit. En efecte, l'encàrrec de gestió no només suposa, des d'un punt de vista positiu, reconèixer a l'encarregat un títol habilitant per actuar en un àmbit competencial que inicialment li estava vedat, sinó que es configura, alhora, com un deure de compliment de l'actuació material a la que s'ha compromès.

El contingut d'aquest deure dependrà, òbviament, d'allò que les parts hagin pactat en l'acord o conveni d'encàrrec. Tanmateix, podem entendre que l'encàrrec de gestió suposa sempre la realització d'una activitat per part de l'entitat encarregada (ja sigui aquesta de caràcter material, tècnic o de serveis), el que donaria lloc, per tant, al naixement d'una *obligació de fer*<sup>229</sup>.

Més discutible, però, pot resultar la seva consideració també com una *obligació de resultats*. Com hem vist a l'inici d'aquest Capítol, el recurs a la figura de l'encàrrec de gestió es

---

<sup>229</sup> En el mateix sentit, MORELL OCAÑA, Luis: "Encomiendas de funciones", Op. Cit., p. 3134 i MANTECA VALDELANDE, Víctor: "La encomienda de gestión (I)", en *Actualidad Administrativa*, núm. 4, febrero 2009, p. 499.

justificava per l'absència dels mitjans materials idonis o en la falta de capacitat de gestió de l'encarregat, que venien a suplir-se, precisament, pels de l'entitat encarregada. En aquest sentit, no hi hauria cap dubte en afirmar que l'encàrrec és una *obligació de mitjans*, ja que, de fet, s'exigeixen a l'encarregat els mitjans necessaris per complir l'encàrrec que voluntàriament s'ha assumit. Però seria exigible també l'obtenció d'un determinat resultat?

La qüestió, encara que pugui semblar-ho, no resulta només teòrica, sinó que té una important repercussió pràctica, ja que resulta determinant per establir el moment exacte del compliment de l'encàrrec. El professor MORELL OCAÑA, al examinar aquesta figura, entenia que l'encàrrec de gestió no podia configurar-se jurídicament, en cap cas, com una obligació de resultats<sup>230</sup>. Des del nostre punt de vista, malgrat que compartim la idea que a través de la relació d'encàrrec allò a què s'obliga l'encarregat és, principalment, a posar els mitjans necessaris pel compliment de l'encàrrec, creiem que en molts supòsits sí que pot exigir-se l'obtenció d'un resultat concret, ja sigui perquè així s'ha pactat expressament al seu instrument de formalització o bé perquè aquesta característica pot inferir-se directament del seu objecte. Seria el cas, per exemple, que s'encarregués la realització d'una determinada obra o la redacció d'un informe concret, en els que al finalitzar el termini fixat a tal efecte hauria de ser possible verificar no només el grau de compliment de l'objecte contractual sinó també l'obtenció d'un resultat o un producte susceptible d'aprofitament per part del encarregat.

En qualsevol cas, el compliment de l'encàrrec s'ha de realitzar de la manera i en el temps previst a l'instrument de formalització de l'encàrrec de gestió; així com d'acord amb les instruccions que dicti l'Administració encarregant. I és que, com veurem en l'apartat següent, un dels elements que caracteritza la posició jurídica de l'Administració encarregant és el mantenir un poder de direcció sobre l'activitat objecte d'encàrrec. Només d'aquesta manera l'encarregat s'alliberaria, en sentit jurídic, del deure assumit mitjançant l'encàrrec.

Òbviament, cal preveure que la forma normal d'extinció de la relació d'encàrrec serà el compliment exacte de les prestacions corresponents a les obligacions contretes. Però en el cas que no fos així, l'Administració encarregant podria revocar l'encàrrec, recuperant la gestió de les actuacions materials objecte d'encàrrec. En termes semblants, però en sentit invers, hem d'admetre també la renúncia efectuada per l'encarregat com a efecte de

---

<sup>230</sup> MORELL OCAÑA, Luis: "Encomiendas de funciones", Op. Cit., p. 3134.

l'incompliment per part de l'Administració Pública encarregant<sup>231</sup>. En tot cas, però, entenem que s'ha de fer un ús limitat dels supòsits de revocació o renúncia per incompliment, aplicant-los només en els casos més greus i que poguessin posar en qüestió la viabilitat de l'encàrrec. Tenint en compte les greus conseqüències que pot tenir la facultat de resolució, però també el deure de col·laboració que presideix les relacions entre les diferents Administracions Públiques, així com la bona fe i la confiança legítima (art. 3 LRJPAC), considerem més oportú fer una lectura restrictiva de la seva aplicació, buscant possibles mesures alternatives per aconseguir el correcte compliment. Però sense que això s'hagi d'entendre, en cap cas, com la necessitat d'acceptar una mala gestió aliena

Tot i això, més enllà del règim d'extinció de l'encàrrec de gestió - que, d'altra banda, s'assembla al de qualsevol relació jurídica obligatòria - ens interessa assenyalar un element important del seu règim jurídic, conseqüència del fet que mitjançant l'encàrrec no es produeix una transmissió plena ni de la titularitat ni de l'exercici de les competències administratives. En aquest sentit, en atenció al fet que el encarregant reté la plena disposició sobre les seves competències, se li hauria de reconèixer també la possibilitat de resoldre o denunciar l'acord o conveni d'encàrrec amb caràcter unilateral i sense causa justificada. Segons la nostra opinió, la capacitat de revocar unilateralment l'encàrrec de gestió es configura no només com una facultat inherent a la posició jurídica del encarregant, en el mateix nivell que la seva creació, sinó també, i sobretot, com un límit necessari lligat al principi d'irrenunciabilitat de les competències (art. 12 LRJPAC). En efecte, des del punt de vista d'aquest principi jurídic, la possibilitat de revocar l'encàrrec permetria al seu titular recuperar en qualsevol moment la plena gestió de totes aquelles actuacions que havia vinculat a través de la relació d'encàrrec ja que, en cas contrari, si una vegada acordada amb una altra entitat pública una determinada manera d'exercir una competència pròpia, el seu titular es trobés en una situació de no disponibilitat unilateral de la mateixa, hauríem de concloure que, en realitat, s'estaria afectant a la pròpia titularitat de la competència, encara que les parts només haguessin establert un acord sobre el seu exercici<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> De fet, l'incompliment de les condicions establertes en els acords o convenis d'encàrrec de gestió és un dels motius que, de forma més habitual, es preveuen a la pràctica per justificar l'extinció de la relació d'encàrrec. Podem citar, per exemple, la Clàusula Setena de la ja esmentada Resolució de 8 de juliol de 2010, per la que es publica l'Acord d'encàrrec de gestió entre la secretaria d'Estat d'Investigació i l'Institut Espanyol d'Oceanografia per a la gestió i coordinació de determinades actuacions en matèria de pesca i ciències marines.

<sup>232</sup> ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: "El régimen de los convenios de colaboración entre Administraciones: un problema pendiente", Op. Cit., p. 636.

Òbviament, en aquests supòsits la revocació unilateral hauria d'anar precedida de la corresponent valoració i compensació dels danys soferts per l'encarregat. Però la necessitat de rescabament patrimonial d'aquests danys no hauria d'excloure, per si mateixa, la possibilitat de revocació.

#### ***4.1.2. - Transferència de resultats i liquidació econòmica de l'encàrrec.***

Com hem vist, l'encarregat actua sempre en nom i per compte de l'Administració Pública que li ha conferit l'encàrrec, això suposa no només que està obligat a complir l'encàrrec sinó que, a més, ha de revertir al encarregant els resultats obtinguts de la seva gestió.

Els instruments de formalització de l'encàrrec acostumen a referir-se també a aquests elements, preveient la manera de posar a disposició del encarregant, en el seu cas, els resultats derivats de la relació d'encàrrec. En el supòsit que l'encàrrec es limiti a la realització de determinades activitats o la prestació de serveis, però sense que en derivi un resultat material concret, el que es preveu són mecanismes de seguiment i control del compliment dels acords, creant per a això òrgans col·legiats formats per representants de les diferents parts, als que s'assigna la funció de vetllar per la correcta execució de l'encàrrec, així com realitzar un seguiment de les actuacions portades a terme.

Però aquest deure de transferència dels resultats obtinguts, s'hauria d'acompanyar també del dret a obtenir la compensació econòmica que s'hagi pactat. Com pot deduir-se fàcilment, la realització de les activitats materials objecte d'encàrrec suposa sempre un cost econòmic per al subjecte encarregat. Cost que evidentment hauria de ser sufragat, almenys inicialment, per les parts intervinents. La LRJPAC, però, no preveu una regla uniforme sobre aquesta qüestió sinó que remet a l'acord o conveni d'encàrrec la determinació de qui ha de córrer amb les despeses que aquest comporta.

Segons la nostra opinió, i tenint present que l'encàrrec suposa un cost afegit a l'activitat ordinària de l'ens gestor, sembla lògic que aquestes despeses siguin assumides principalment per l'entitat encarregant<sup>233</sup>. A qui, al seu torn, repercuteixen també

---

<sup>233</sup> Comparteixen també aquesta opinió, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Las encomiendas de gestión", Op. Cit., p. 675, MORELL OCAÑA, Luis: "Encomiendas de funciones", Op. Cit., p. 3134; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las*

directament els beneficis de l'activitat realitzada per l'encarregat. Així, podem entendre que el fet que l'encàrrec de gestió es justifiqui en l'absència dels mitjans materials o personals necessaris per dur a terme una determinada actuació o en la insuficient capacitat de gestió (art. 15.1 LRJPAC), no pot significar automàticament que una determinada entitat pública pugui desentendre's totalment del cost que suposa aquesta activitat, sinó que, en quan que titular d'aquestes funcions, ha de contribuir al finançament de la seva gestió material.

Aquesta és, precisament, la tendència que es desprèn de la pràctica convencional de les Administracions Públiques espanyoles, en la que és habitual que tant els acords com els convenis d'encàrrec de gestió prevegin la forma de finançament de l'activitat encomanada, atribuint a l'entitat encarregant la seva cobertura pressupostària. Alhora que aquests instruments de formalització concreten també moltes altres prescripcions relatives, per exemple, a la forma de pagament i abonament de les quantitats degudes, a la justificació de les partides pressupostàries, a l'emissió de factures o certificacions, etc.<sup>234</sup>.

#### **4.2. - La posició jurídica del encarregant.**

Com a negatiu de l'anterior, ens hem de referir també al contingut que caracteritza la posició jurídica del encarregant, és a dir, del subjecte públic que realitza l'encàrrec i que, per tant, adquireix el dret a l'execució de la prestació material de la qual es troba necessitat i que, per manca de mitjans o per raons d'eficàcia, no pot realitzar per si mateix. Cal tenir present que la posició jurídica del encarregant no es limita únicament a la possibilitat d'exigir el compliment d'allò acordat – certament, aquesta constitueix potser la part més visible de l'encàrrec, i de la que ens ocuparem en primer lloc – sinó que trobem tota una sèrie drets i deures que conflueixen en la figura del encarregant i que són imprescindibles per articular correctament la relació d'encàrrec. I per això els examinem separadament.

---

*Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., pàg. 765 o MESEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 138.

<sup>234</sup> Podem referir-nos, novament, a la ja citada Resolució de 8 de juny de 2010 per la que es publica l'Acord d'encàrrec de gestió entre la Secretaria d'Estat d'Investigació i l'Institut Oceanogràfic per a la gestió de determinades actuacions en matèria de pesca i ciències marines. La Clàusula Tercera d'aquest Acord es refereix expressament al finançament de les actuacions que són objecte d'encàrrec, preveient per a la seva execució la posada a disposició immediata a l'Institut, després de la firma de l'Acord, de la quantitat de 400.000 euros; quantitat que, en el cas que es desenvolupessin activitats complementàries a les expressament previstes, podria ampliar-se mitjançant una addenda a l'esmentat Acord.

#### **4.2.1. - El dret a l'execució de la prestació material.**

Com hem dit a l'inici del nostre treball, l'encàrrec de gestió es caracteritza per la voluntat de les parts d'obligar-se jurídicament, per la qual cosa, en consideració a aquest ànim subjectiu de les entitats intervinents, hem de presumir la seva predisposició al compliment d'allò l'acordat. Però, en cas contrari: es pot exigir realment a l'encarregat el compliment de l'encàrrec efectuat? La resposta a aquesta pregunta resulta particularment important, ja que si no resultés possible controlar judicialment el compliment de les obligacions concretes, difícilment podríem qualificar l'encàrrec de gestió com un acord de naturalesa contractual, havent de reconèixer que estem davant d'una simple declaració d'intencions sense caràcter vinculant. Tot això ens porta a referir-nos, si més no breument, a l'eficàcia vinculant de la relació d'encàrrec.

Un dels principals interrogants que s'ha plantejat la doctrina jurídica a l'hora d'analitzar els acords o convenis entre Administracions Públiques ha estat, precisament, el determinar el seu vertader caràcter jurídic, ja que podia entendre's que la possibilitat d'exigir judicialment el compliment d'una determinada obligació assumida convencionalment pressuposaria una renúncia a les pròpies competències. Tot i això, majoritàriament s'ha negat tal consideració, no només pel reconeixement legal del caràcter obligatori dels convenis previst a l'article 8.2 de la LRJPAC<sup>235</sup>, sinó també afirmant que la vinculació de l'exercici d'una determinada competència per a un supòsit concret no s'ha de veure com una cessió o pèrdua d'aquesta competència sinó més aviat com una forma d'exercici de les mateixes. Concloent, per tant, que estem davant d'acords de caràcter vinculant<sup>236</sup>.

De la mateixa manera ho ha entès el Tribunal Constitucional en la seva Sentència núm. 44/1986, de 17 d'abril (ponent Sr. Fernando García-Mon i González Regueral), en la que ha identificat com un dels elements diferenciadors dels convenis entre Comunitats Autònomes previstos a l'article 145 de la Constitució el seu caràcter jurídic vinculant; distingint-los, per aquest motiu, d'altres supòsits que no mereixen tal consideració, com poden ser declaracions conjuntes d'intencions o propòsits sense contingut vinculant, o la

---

<sup>235</sup> Aquest precepte, en regular el règim jurídic dels convenis de col·laboració, assenyalava que aquests “*obligaran a las administraciones intervinientes desde el momento de su firma [...]*”. La cursiva és nostra.

<sup>236</sup> Un detallat examen sobre l'eficàcia dels convenis interadministratius, així com als diferents arguments aportats en aquesta discussió pot veure's a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 339-349. Igualment, MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 34-37.

mera exposició de directrius, etc. (F.J. 3). Per la seva part, la Sala del Contenciós-Administratiu del Tribunal Suprem també ha fet referència a aquestes qüestions, per exemple, en la seva Sentència de 23 de febrer de 1987 (Ponent: Sr. Francisco Javier Delgado Barrio), quan s'assenyala que, en ser aplicables als convenis entre Administracions els principis essencials dels negocis jurídics bilaterals, cal concloure reconeixent la seva força jurídica vinculant (F.J. 2), o en la Sentència de 4 de juliol de 2003 (Ponent: Sr. Juan José González Rivas) en la que es considera que els convenis de col·laboració entre entitats públiques són vinculants per a les parts, conforme al principi general del dret del "*pacta sunt servanda*" (F.J. 3).

Aquestes mateixes consideracions podem fer-les extensives a la figura de l'encàrrec de gestió. En constituir una manifestació de l'exercici de les pròpies competències, que té el seu fonament en el principi de col·laboració, entenem que podem afirmar també el seu caràcter vinculant, podent instar al compliment efectiu dels compromisos assumits en seu jurisdiccional. Una altra cosa és que, en consideració al caràcter de les tasques que s'encomanen - que, com vèiem suposen una obligació de fer - i a la vista del nostre sistema de control jurisdiccional de l'activitat administrativa, resulti certament difícil exigir el compliment d'allò establert a l'instrument de formalització de l'encàrrec<sup>237</sup>. No obstant, segons la nostra opinió, això no és impediment per afirmar el caràcter vinculant d'aquest negoci jurídic, sinó per posar de relleu la necessitat d'actualitzar les vies processals oportunes per obtenir aquesta finalitat i per remarcar la necessitat de les parts que, si volen garantir l'eficàcia dels compromisos adquirits, prevegin altres possibles mecanismes substitutius de responsabilitat per incompliment (com, per exemple, clàusules penals)<sup>238</sup>.

Ara bé, en el cas de l'encàrrec de gestió hem de realitzar encara una matisació més. I és que quan la relació d'encàrrec recau sobre òrgans o entitats que pertanyen a una mateixa Administració Pública, l'ordenament administratiu sí que articula mecanismes per forçar el compliment d'allò pactat en l'acord d'encàrrec. En efecte, com ja hem indicat, el principi de jerarquia utilitzat com a criteri d'organització al si de cada una de les Administracions Públiques implica l'atribució a l'òrgan superior de la capacitat per ordenar i dirigir les

---

<sup>237</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op., Cit., p. 98 o JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: "Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre 1994, p. 104.

<sup>238</sup> En el mateix sentit, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 345-348.

tasques dels òrgans o entitats inferiors. Per la qual cosa, en aquests casos, el possible conflicte intra-administratiu se solucionaria acudint al superior jeràrquic comú que podria dirimir el conflicte, ordenant a qui correspongui la realització de les tasques corresponents.

#### ***4.2.2. - El poder de direcció de l'activitat encarregada.***

En segon lloc, la posició jurídica de l'Administració Pública encarregant es caracteritza també per la capacitat de dirigir l'actuació de l'encarregat i la possibilitat d'establir uns cànons determinats sobre a la seva actuació. De manera que l'activitat material o tècnica de l'entitat encarregada apareixeria emmarcada i ordenada a través de l'activitat jurídica que es reserva al encarregant. És per això que, malgrat que la LRJPAC no faci una referència expressa a aquest efecte derivat de la relació d'encàrrec, podem entendre que aquesta és una consideració implícita en l'obligació del encarregant de dictar els actes o resolucions jurídiques que donin suport o en els quals s'integri l'activitat material objecte d'encàrrec (art. 15.1 LRJPAC); alhora que aquesta és una conseqüència habitualment reconeguda pels instruments a través dels quals es formalitzen les diferents encàrrecs de gestió.

La normativa autonòmica, en la seva gran majoria, al reproduir la redacció de la legislació bàsica estatal tampoc no ens aporta més detalls sobre aquesta qüestió, si bé, en l'àmbit sectorial, algunes lleis autonòmiques sí que han previst de forma expressa aquesta capacitat de direcció. Per exemple, la Llei 8/2010, de 23 de juny, de Règim Local de la Comunitat Valenciana, al regular els encàrrecs de gestió de la Generalitat valenciana als ens locals d'aquesta Comunitat subratlla que aquests hauran d'actuar amb subjecció plena a les instruccions generals i particulars que es dictin (art. 150.1 Llei 8/2010).

D'altra banda, la justificació d'aquest poder de direcció no s'ha de buscar, en cap cas, en una teòrica posició jeràrquica superior del encarregant, sinó en el principi d'irrenunciabilitat de competències previst a l'article 12 de la LRJPAC. Com hem vist anteriorment, l'Administració Pública que realitza l'encàrrec no cedeix ni la titularitat ni l'exercici de les seves competències pròpies, sinó simplement reconeix a l'encarregat una habilitació per desenvolupar determinades tasques materials, per la qual cosa el reconeixement d'aquest poder de direcció no és sinó un reflex de la seva obligació de vetllar pel correcte desenvolupament de les seves competències i de les finalitats públiques que li han estat



assignades. D'aquí que la posició jurídica del encarregant difícilment pugui comprendre la possibilitat de dictar autèntiques ordres de servei, en els termes de l'article 21 de la LRJPAC, doncs la relació que uneix els subjectes intervinents en l'encàrrec és diferent del vincle de jerarquia que es dona entre els òrgans d'una mateixa organització administrativa. És per això que el poder de direcció es manifestarà essencialment a través de l'emanació d'instruccions que interpretin i desenvolupin els termes de l'acord o conveni d'encàrrec, en la fixació de determinades prescripcions tècniques que concretin l'objecte de l'encàrrec, en la possibilitat de requerir informació sobre la gestió encarregada o formular requeriments per intentar reparar les deficiències que poguessin detectar-se.

En aquest sentit, i com esmentàvem anteriorment, cal tenir present que l'incompliment de les directrius fixades per l'encarregant podria constituir un motiu de revocació o suspensió de l'encàrrec de gestió<sup>239</sup>. És per això que, amb la voluntat d'evitar haver d'arribar a aquest extrem, és també habitual que als instruments de formalització dels encàrrecs de gestió es prevegi la creació d'òrgans conjunts de seguiment i avaluació de les actuacions encarregades, als que s'assigna la funció de dirimir amistosament els possibles conflictes que poguessin sorgir en el desenvolupament de l'encàrrec de gestió i interpretar les clàusules de l'acord o conveni d'encàrrec<sup>240</sup>.

#### ***4.2.3. - La liquidació econòmica de l'encàrrec. Remissió.***

Com hem vist anteriorment, i malgrat que la LRJPAC no prevegi expressament qui ha d'assumir els costos derivats de l'execució de l'activitat encarregada, sembla coherent que aquests hagin de ser assumits principalment per l'entitat encarregant. Certament, podria pensar-se també en la possibilitat de configurar l'encàrrec de gestió de forma totalment gratuïta, en què la prestació de les activitats, obres o serveis objecte d'encàrrec fos assumida en la seva totalitat i de forma exclusiva pel subjecte encarregat. Però això no sols aniria en

---

<sup>239</sup> Així ho preveu, per exemple, la citada Llei valenciana 8/2010, de 23 de juny, en la que s'assenyala que en cas d'incompliment de les directrius i mesures contingudes al conveni d'encàrrec, la Conselleria corresponent en matèria d'Administració Local advertirà formalment a les entitats locals implicades i, si aquestes mantinguessin la seva actitud, podria revocar-se o deixar-se sense efectes l'encàrrec de gestió (art. 150.5 Llei 8/2010, de 23 de juny).

<sup>240</sup> Per exemple, la citada Resolució de 8 de juliol de 2010, per la que es publica l'Acord d'encàrrec de gestió entre la Secretaria d'Estat d'Investigació i l'Institut Espanyol d'Oceanografia per a la gestió i coordinació de determinades actuacions en matèria de pesca i ciències marines, preveu la creació d'una Comissió de Seguiment paritària per resoldre els dubtes i controvèrsies que poguessin sorgir, regint-se pel règim jurídic dels òrgans col·legiats previst en la LRJPAC (Clàusula Segona).

contra de la pràctica convencional del nostre Estat sinó que, a més, podria ser difícilment explicable des de la lògica dels principis de la racionalitat administrativa, en el sentit que una Administració Pública vindria obligada no només a la realització d'unes tasques materials alienes, sinó també a cobrir econòmicament despeses per activitats que, en principi, correspondrien a altres organitzacions administratives<sup>241</sup>).

Pel que es refereix al règim econòmic de l'encàrrec de gestió, podem afegir que, normalment, la seva cobertura econòmica s'haurà consignat de forma prèvia a la realització de l'actuació que es tracti. Pel que, en aquests casos, l'Administració encarregant assumiria, ja des de l'inici, una posició deutora davant l'entitat encarregada. Tanmateix, són també molt habituals els supòsits en els que la retribució per les activitats gestionades es fa efectiva una vegada finalitzat l'encàrrec. En aquests casos, el pagament efectiu es fa dependre de la verificació del correcte compliment de les prestacions compromeses.

---

<sup>241</sup> En aquest punt cal insistir novament en la deficient utilització del terme “*encomienda de gestión*” que es realitza al nostre ordenament jurídic, ja que, en ocasions, s'identifiquen com a tal a supòsits que no tenen res a veure amb aquesta figura. Supòsits que, en el que ara ens ocupa, poden tenir naturalesa essencialment gratuïta.

És el cas, per exemple, de la Sentència de la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Suprem de 28 de març de 2007 (núm. recurs 76/2005, ponent: Sra. Margarida Robles Fernández) en la que es definia com a encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC l'atribució que el Reial Decret 685/2005, de 10 de juny, realitzava al Col·legi de Registradors de la Propietat, Mercantils i de Béns Immobles d'Espanya de la gestió material d'un registre públic de determinades resolucions judicials; atribució que no generava cap contraprestació a càrrec de l'Administració, sinó que la seva gestió es realitzava a compte del Col·legi (F.J. 6 y 7). No obstant, no compartim el criteri de la Sala del Tribunal Suprem, en quan la realització de l'encàrrec no derivava d'un acord voluntari entre dues Administracions Públiques sinó directament d'una norma jurídica. Pel que, més que una encàrrec de gestió administratiu, podria qualificar-se, com de fet fa el propi Tribunal, com una “atribución de funciones a un ente público” (F.J. 6), és a dir, un supòsit de transferència de competències (encara que en aquest cas es limitin només a la gestió material del registre).

## CAPÍTOL II

### L'ENCÀRREC DE GESTIÓ DES DEL PUNT DE VISTA CONTRACTUAL

Fins al moment hem vingut analitzant el concepte i el règim jurídic de la figura de l'encàrrec de gestió tal i com tradicionalment ha vingut configurant-se al nostre ordenament. Tanmateix, ens interessa ara donar un pas més i aprofundir en l'examen de la seva concreta naturalesa jurídica, analitzant especialment aquesta figura des d'una òptica contractual.

Segons la nostra opinió, aquesta és una tasca que ha quedat, en gran part, al marge dels treballs doctrinals que han centrat la seva atenció sobre aquesta institució. El fet que l'encàrrec de gestió s'hagi abordat gairebé exclusivament des del vessant de l'organització administrativa – situant-lo sempre en el denominat *Dret d'Organització*<sup>242</sup> - ha suposat deixar de banda, en moltes ocasions, el seu estudi també com un negoci jurídic bilateral a través del qual s'acorda la realització d'una determinada activitat material a canvi d'una contraprestació econòmica.

El fet que l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques de 1995 permetés excloure del seu àmbit d'aplicació qualsevol relació convencional entre entitats públiques [(art. 3.1 c) TRLCAP] segurament explica l'escàs interès doctrinal sobre aquests aspectes. Al cap i a la fi, independentment del seu objecte, la pròpia Llei es declarava no aplicable a aquests negocis jurídics. Tot i això, la situació avui dia és radicalment diferent. La modificació del marc legislatiu espanyol sobre contractació pública - mitjançant l'aprovació de la ja citada Llei de Contractes del Sector Públic de 2007 -, així com la cada vegada major incidència del Dret europeu sobre el nostre ordenament, obliga a replantejar-nos si la tradicional consideració de l'encàrrec de gestió com un instrument al marge de l'aplicació de les regles ordinàries de contractació és avui dia encara vigent i, en el seu cas, en quines condicions.

---

<sup>242</sup> Per exemple, GALLEGU ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., *in totum*; PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Op. Cit., p. 116-119 o HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión*, Op. Cit., p. 126 i 140.

És per això que considerem oportú dedicar aquest capítol a analitzar la figura de l'encàrrec de gestió des d'un punt de vista contractual, a l'efecte d'intentar donar resposta a alguns dels principals interrogants que encara ens planteja aquesta figura, com, per exemple: pot l'intercanvi de prestacions entre diferents subjectes públics articulat a través de l'encàrrec de gestió configurar-se com un contracte públic? I, si fos així, quin tractament preveu la vigent Llei de Contractes del Sector Públic per a aquests supòsits?

La resposta a aquestes preguntes, com després es veurà, no resulta fútil, ja que no hem d'oblidar que la possibilitat de qualificar l'encàrrec de gestió com un negoci jurídic contractual i, en el seu cas, subjecte a la normativa sobre contractació pública, podria tenir com a resultat una completa modulació del seu règim jurídic; limitant-se, per exemple, les possibilitats de les Administracions Públiques d'adjudicar directament i al marge dels procediments de selecció previstos a la LCSP aquest encàrrec o exigint-se un règim de publicitat adequat que garantís la concurrència de tots els possibles interessats.

## **1. - EL NOU MARC REGULADOR DELS CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.**

No obstant, abans d'endinsar-nos en l'estudi d'aquestes qüestions, considerem pertinent realitzar una primera aproximació general al nou marc regulador dels contractes del sector públic, i és que la important incidència del Dret europeu en aquesta matèria aconsella realitzar-hi, si més no breument, alguna al·lusió, no només perquè la Llei espanyola ha incorporat conceptes provinents de les normes europees, sinó perquè, a més i com s'ha afirmat, la legislació espanyola sobre contractació pública ja només pot ser correctament interpretada des del context europeu<sup>243</sup>.

Com és sabut, l'actual Unió Europea és fruit de la convergència de diferents factors, derivats tant de les diferents formes de cooperació política desenvolupades tradicionalment pels Estats membres com del llarg procés d'integració econòmica iniciat durant la segona meitat del Segle XX. I ha estat, precisament, en l'aspecte econòmic on la Unió Europea ha pogut avançar d'una forma més eficaç, fins a arribar a la quasi plena consecució d'un dels

---

<sup>243</sup> PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho Español de contratos públicos", en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2004, p. 27. En el mateix sentit, entre molts altres, BAÑO LEÓN, José M<sup>a</sup>: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 151, enero-abril 2000, p. 11.

objectius enunciats a l'article 3.3 del vigent Tractat de la Unió Europea: l'establiment d'un mercat interior, basat en un creixement econòmic estable i en una economia social de mercat altament competitiva.

L'efectiva realització d'aquest mercat interior, entès com la creació d'un espai econòmic sense fronteres, en unes condicions anàlogues a les existents en un mercat intern d'un Estat, ha suposat una transformació sense precedents del nostre sistema, que no només s'ha materialitzat en l'establiment d'uns objectius comuns i en la implementació d'una política econòmica basada en l'estreta coordinació, sinó també en una progressiva aproximació de les legislacions nacionals dels estats membres. En aquest sentit, i donada l'especial transcendència que la contractació pública pot tenir en la vida social i econòmica dels Estats<sup>244</sup>, aquest ha estat un dels àmbits en els quals la legislació europea ha trobat un major desenvolupament, arribant a conformar-se un autèntic “Dret comú dels contractes públics”<sup>245</sup>.

En efecte, la necessitat d'assegurar l'existència d'un marc jurídic uniforme i sense exclusions a tots els Estats membres que garantis el funcionament d'una economia de mercat, evitant l'establiment a nivell intern de pràctiques restrictives de la lliure competència, explica que, a partir dels anys 70, s'hagin vingut adoptant una sèrie de directives relatives a la coordinació de les diferents legislacions nacionals en aquesta matèria; especialment en allò relatiu als procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, serveis i subministraments, així com a l'establiment d'un sistema específic de recursos i de procediments per garantir l'aplicació i el respecte a aquestes disposicions<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Per a fer-nos una idea de l'impacte econòmic de la contractació pública és suficient fer referència al document de treball publicat per la Comissió Europea sobre els recursos destinats pels diferents Estats de la Unió Europea a l'adquisició de béns, obres i serveis durant el període 2004-2008. Malgrat que la importància varia significativament entre els diferents Estats membres, només l'any 2008 la despesa pública contractada es xifra en 2.155 bilions d'euros. Vegeu, COMISSIÓ EUROPEA: *Public Procurement Indicators 2008*, [En línia]. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2008\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf)

<sup>245</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, p. 35. En el mateix sentit s'expressa PIÑAR MAÑAS en considerar que estem davant d'un dels exemples més significatius de la “comunitarització” dels ordenaments nacionals, PIÑAR MAÑAS, José Luis: “El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho Español de contratos públicos”, Op. Cit., p. 28.

<sup>246</sup> Sobre l'evolució de la normativa comunitària sobre contractació pública podem citar RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Op. Cit., p. 39-47, en el que s'agrupa el desenvolupament d'aquesta normativa en tres fases o etapes diferenciades: des dels inicis, l'any 1961, a través dels Programes generals de supressió de les restriccions a les llibertats d'establiment, lliure prestació de serveis, fins als nous horitzons que planteja l'ampliació de la Unió Europea. En termes

Actualment, el marc normatiu europeu relatiu a la contractació pública es troba regulat principalment en dues Directives - la Directiva 2004/17/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, sobre la coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i la Directiva 2004/18/CE, de 31 del Parlament i del Consell, de 31 de març, sobre la coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres subministraments i de serveis - que, sobre la base de la simplificació i modernització dels procediments contractuals, pretenen garantir el respecte a les llibertats comunitàries i als principis de no discriminació, proporcionalitat i transparència que es deriven d'elles.

És en el marc d'aquestes Directives en el que hem de situar la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, el principal objectiu de la qual, tal com s'afirma en la seva Exposició de Motius, no és altre que completar la transposició d'aquestes normes europees al nostre ordenament jurídic, garantint que la contractació de les entitats que conformen el sector públic espanyol s'ajusten a les llibertats comunitàries i als principis que se'n deriven. Per això s'introdueixen importants modificacions tant en el que a la preparació i adjudicació dels contractes del sector públic es refereix (permetent introduir, per exemple, consideracions de tipus social o mediambiental com a criteris de valoració de les ofertes, o introduint el concepte d'oferta econòmicament més avantatjosa) com en la gestió del cicle contractual (apostant per les noves tecnologies i simplificant la tramitació i gestió els procediments contractuals).

Malauradament no podem detenir-nos més en l'estudi del contingut i sistemàtica de la nova Llei. Malgrat el seu interès i actualitat, aquesta qüestió sobrepassa de molt l'objectiu principal del nostre treball<sup>247</sup>. Per tant, a partir d'ara centrarem ja la nostra atenció en

---

semblants, i entre molts d'altres, GIMENO FELIÚ, José María: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Op. Cit., p. 23-63 o PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho Español de contratos públicos", Op. Cit., p. 25-27.

<sup>247</sup> Són molts els treballs doctrinals que analitzen detalladament el contingut de la nova Llei de Contractes del Sector Públic i les seves principals novetats. Així, poden veure's, entre molts d'altres, BERMEJO VERA, José (Dir.): *Diccionario de Contratación Pública*, Ed. Iustel, Madrid 2009; DEL SAZ, Sílvia: "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 335-366; GIMENO FELIÚ, José María: *Novedades de la Ley 30/2007 de 30 de octubre en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Aranzadi, Madrid 2010; MORENO MOLINA, José Antonio: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Ed. La Ley, Madrid 2009; PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Bosch, Barcelona,

intentar donar resposta a les preguntes que ens plantejàvem a l'inici d'aquesta exposició, pel que resultarà essencial referir-se en primer lloc a l'àmbit d'aplicació de la LCSP. I és que serà precisament aquest àmbit d'aplicació el que ens ajudarà a determinar si l'encàrrec de gestió ha de considerar-se o no com un autèntic contracte públic i, en el seu cas, si ha de subjectar-se també a les prescripcions normatives contingudes en aquesta norma legal.

## **2. - L'ÀMBIT D'APLICACIÓ MATERIAL DE LA LCSP. POT L'ENCÀRREC DE GESTIÓ CONCEPTUAR-SE COM UN *CONTRACTE PÚBLICA* EFECTES DE LA LCSP?**

Segons el seu article primer, la nova LCSP té per objecte regular la contractació del sector públic, incloent dins d'aquesta categoria - i, en conseqüència, sotmetent-los a allò que es preveu en aquest text normatiu - tots els contractes onerosos, qualsevol que sigui la seva naturalesa jurídica, que celebrin els ens, organismes i entitats compresos en el seu àmbit d'aplicació (art. 2.1 LCSP).

D'aquesta manera, la Llei fixa amb claredat els elements necessaris per determinar la seva aplicabilitat, articulant-la al voltant de tres aspectes: 1) que es tracti d'un contracte, 2) que tingui caràcter oneros i 3) que hagi estat celebrat per una de les entitats que la Llei considera compreses dins del sector públic. Aquests tres elements s'han de presentar de manera acumulativa, de manera que si un determinat negoci jurídic no compleix simultàniament amb alguns d'aquests no podrem parlar, en rigor, de l'existència d'un *contracte del sector públic* a efectes de la LCSP i, per tant, la seva regulació quedaria fora de l'àmbit d'aplicació d'aquesta norma jurídica.

En conseqüència, hem de començar aquest capítol descomponent cada un d'aquests tres elements per analitzar si la figura de l'encàrrec de gestió, tal i com l'hem vingut configurant fins ara, reuneix tots els requisits per ser qualificada, efectivament, com un “contracte del sector públic” a efectes de la LCSP.

---

2009 o COLAS TENÁS, Jesús y MEDINA GUERRERO, Manuel (Coord.): *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2000.

## 2.1. - L'encàrrec de gestió com a *contracte*.

El primer requisit indispensable per a l'aplicació de la LCSP rau en l'existència d'un *contracte*. La definició de què hem d'entendre com a tal és una tasca que la LCSP no assumeix per si mateixa, sinó que aquesta es remet a la idea de *contracte* com una categoria conceptual preexistent. I és que, com succeeix amb moltes altres institucions del Dret Públic, no hi ha en el Dret Administratiu un concepte propi de *contracte*, com a categoria jurídica, sinó que aquesta s'ha vingut construint a partir dels esquemes clàssics del dret Civil<sup>248</sup>.

D'aquesta manera, i partint de la definició de l'article 1254 del Codi Civil, podríem pensar que amb el terme *contracte* la LCSP s'està referint a tot acord de voluntats entre dues o més persones, dirigit a la configuració, modificació o extinció d'un vincle obligatori entre elles. Com pot observar-se, ens referim a un concepte molt ampli de *contracte* - a un supraconcepte, en paraules del professor DÍEZ PICAZO<sup>249</sup> -, aplicable no només a l'àmbit jurídic privat, sinó també a molts altres camps jurídics (entre ells el relatiu a l'actuació de l'Administració Pública), i que serviria de base comuna per explicar el naixement d'obligacions entre dos subjectes diferents.

Ha estat precisament aquest concepte ampli de *contracte* el que, tradicionalment, ha vingut utilitzant la nostra doctrina més qualificada per explicar la figura del *contracte* administratiu; entenent com a tal tot acord de dues o més voluntats en vista a la creació d'un vincle jurídic<sup>250</sup>. Si bé, com dèiem i com es deriva també de la LCSP, això no ha impedit que, sobre la base d'aquest esquema clàssic, per poder parlar avui dia d'un *contracte del sector públic* s'exigeixi la concurrència d'altres requisits substantius específics.

---

<sup>248</sup> Sobre l'origen ius-privatista del *contracte* administratiu poden veure's, entre altres, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1996, p. 24 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 41, mayo-agosto 1963, p. 111-116; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. 672-673. Més recentment, BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Op. Cit., p. 44 y 101-105.

<sup>249</sup> DIEZ-PICAZO, Luís: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Op. Cit., p. 76. En termes semblants s'expressa ALBALADEJO que es refereix també a la idea de *contracte* en sentit ampli, com un negoci jurídic bilateral dirigit en la creació d'obligacions. ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, volumen I, séptima edición, Ed. Bosch, Barcelona 1983, p. 367 y sigs.

<sup>250</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. p. 672-673; MORELL OCAÑA, Luis: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Aranzadi, tercera edición, Pamplona, 1998, p. 264.



En aquest punt, cal afegir que, malgrat que des de les institucions europees no s'ha ofert tampoc una definició general del concepte *contracte*, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha referit també al concepte de “contracte públic” previst a les Directives europees d'una manera molt àmplia, en la que, prescindint-se de definicions dogmàtiques, s'ha entès aplicable a tot “conveni entre dues persones diferents”. És a dir, configurant-lo genèricament com la prestació d'un consentiment entre dues persones, dirigit a la producció d'una relació jurídica entre elles<sup>251</sup>.

Pel que és a partir d'aquestes consideracions que hem de passar a analitzar si la figura de l'encàrrec de gestió pot qualificar-se realment com un *contracte*. I per a això prendrem com a referència els requisits que l'article 1261 del Codi Civil exigeix perquè puguem parlar de l'existència d'un contracte, és a dir: consentiment, objecte i causa<sup>252</sup>. Aquests requisits, consubstancials a la pròpia definició de contracte que manteníem anteriorment, han d'integrar tot contracte; de tal manera que per poder configurar l'encàrrec de gestió com un negoci jurídic contractual serà precís que aquesta figura reuneixi també aquests elements essencials.

---

<sup>251</sup> En aquest sentit, per exemple, s'expressa la citada STJUE de 18 de novembre de 1999, assumpte C-107/98, *Teckal Srl./Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua consorziale (AGAC) di Regio Emilia*, en el seu Fonament Jurídic 49. Així mateix, PERNAS GARCÍA ens recorda que, entre d'altres, l'Advocat General Sr. Phillippe Léger, ha fet menció també a la consideració del contracte com un acord entre dues persones jurídiques amb capacitat per obligar-se mitjançant l'expressió de la seva lliure voluntat. Conclusions de l'Advocat General Phillippe Léger presentades el 15 de juny de 2000, assumpte C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land - und Forstwirtschaft*, F.J. 49; citat per PERNAS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 32.

<sup>252</sup> Encara que ha estat, principalment, la doctrina civilística la que s'ha ocupat d'analitzar els requisits essencials dels contractes, la doctrina administrativa s'hi ha referit també a l'hora d'analitzar la validesa dels contractes administratius, afirmant-se majoritàriament que, per a poder parlar de l'existència d'un contracte administratiu, és requisit previ i necessari que es presenti un acord de voluntats, un objecte cert i una causa.

En aquest sentit, per exemple, MARTÍN REBOLLO, Luis y PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento”, en AAVV: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, volumen I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander 1993, p. 305, BOQUERA OLIVER, José M<sup>a</sup>: “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 23, enero-abril 1957, p. 201, PENDÁS GARCÍA, Benigno (Coord.): *Derecho de los contratos públicos (Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas)*, Ed. Praxis – Wolters Kluwer, Barcelona, 1995, p. 273-300 o VELÁZQUEZ CURBELO, Fernando: *Manual Práctico de Contratación Administrativa*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2003, p. 8-10.

### ***2.1.1. - L'encàrrec de gestió com un acord de voluntats de caràcter bilateral.***

Per poder parlar de *contracte*, en primer lloc, és necessari que es produeixi un acord de voluntats entre dues persones diferents. En efecte, el contracte és, tècnicament, una estructura consensual que troba la seva base en la concurrència de dues o més declaracions de voluntat a través de les quals les parts es proposen aconseguir un determinat resultat. Així ho exigeix l'article 1254 del Codi Civil, en preveure que el contracte només existeix des que una persona (o diverses) consenteixen en obligar-se respecte d'una altra (o d'altres). De manera que han de quedar exclosos de la qualificació contractual tant aquells actes jurídics de caràcter estrictament unilateral, és a dir, que tenen el seu origen en la declaració de voluntat d'una sola de les parts, com aquells que vénen imposats directament per l'ordenament jurídic, sense que les parts puguin configurar les conseqüències jurídiques que es deriven de les seves recíproques manifestacions de voluntat.

En la nostra definició inicial de l'encàrrec de gestió subratllàvem el fet que aquest, per la seva pròpia naturalesa, exigia sempre la intervenció de dos subjectes diferents - l'encarregat i l'encarregat - que es constituïen com les parts de la relació jurídica creada entre elles (art. 15.1 LRJPAC). Això ens portava a qualificar genèricament a aquesta forma de col·laboració administrativa com una relació de caràcter bilateral, conseqüència de la confluència de l'acord entre l'Administració Pública mancada de mitjans o capacitat de gestió per actuar per si mateixa i aquella altra entitat pública a la que s'encarrega l'auxili en la gestió de determinades tasques materials. No obstant, el fet que la relació d'encàrrec recaigui sempre entre entitats públiques, que han d'actuar amb plena submissió al principi de legalitat i orientar la seva actuació a la satisfacció de l'interès general (art. 103.1 CE); així com el fet que l'encàrrec pugui formalitzar-se també entre òrgans o entitats que pertanyen a la mateixa Administració Pública (art. 15.1 LRJPAC), han portat la doctrina i la jurisprudència a qüestionar-se si, efectivament, en aquests supòsits es pot parlar també de l'existència d'un nexa contractual *voluntari* entre dos subjectes *diferents*. Per la qual cosa, davant de la importància d'aquesta qualificació, creiem oportuns detenir-nos un moment i analitzar amb més detall la concurrència de tots aquests elements.

*A) L'encàrrec de gestió com a negoci jurídic bilateral.*

Quan l'encàrrec de gestió es formalitza entre dues Administracions Públiques diferents (art. 15.4 LRJPAC), segons la meua opinió, no hi hauria majors impediments per poder qualificar, des d'un punt de vista subjectiu, aquest negoci jurídic com a bilateral. En efecte, en aquest supòsit ens trobaríem davant de dues persones diferenciades, amb personalitat jurídica plena i autonomia per a la gestió dels seus respectius interessos, que lliurement convenen la realització de determinades tasques de caràcter material, tècnic o de serveis. Per la qual cosa, com dèiem, l'encàrrec de gestió no seria més que una tècnica jurídica per ordenar les relacions entre els diferents subjectes públics en que s'estructura el nostre ordenament jurídic. Òbviament, en aquesta categoria podríem incloure tant les relacions entre Administracions territorials diferents, com aquelles formalitzades entre aquestes i altres entitats jurídic-públiques de naturalesa institucional o corporativa que pertanyen a diferents Administracions Públiques.

Tanmateix, junt a les anteriors, l'article 15 de la LRJPAC dóna cobertura també a altres supòsits de transferència de la realització d'activitats materials, tècniques o de serveis, la qualificació bilateral de les quals resulta molt més dubtosa. Això es deu essencialment a dos factors, bé perquè ens trobem davant d'una simple relació entre òrgans d'una mateixa Administració Pública o bé perquè es formalitza respecte d'entitats que, tot i que formalment es doten de personalitat jurídica pròpia, es troben unides a una Administració Pública territorial per una relació de vinculació o dependència. Detinguem-nos un moment a analitzar cadascun d'aquests supòsit.

*a) Els encàrrecs de gestió interorgànics.* Com ja ha quedat dit, l'article 15.3 de la LRJPAC permet que els encàrrecs de gestió es formalitzin entre òrgans administratius - supòsits que denominàvem encàrrecs de gestió *interorgànics* -. En aquests casos, el fet que, per la seva pròpia naturalesa, els òrgans administratius es trobin mancats de personalitat jurídica pròpia i, per tant, no puguin ser subjectes de Dret, impedeix que puguem parlar pròpiament de l'existència d'un autèntic negoci jurídic bilateral<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> Ens referim en aquest cas als encàrrecs de gestió entre òrgans administratius que pertanyen a una mateixa Administració Pública, ja que quan l'encàrrec es formalitza entre òrgans de diferents Administracions ens trobaríem davant d'un supòsit diferent - el dels encàrrecs de gestió *interadministratius* -. En aquests supòsits, com veurem posteriorment, sí que existeix una relació entre dos subjectes diferenciats ja que tot i que l'Administració actua a través dels òrgans competents, la seva actuació és imputada a la persona jurídica a la que pertanyen.

Certament avui dia no pot negar-se la juridicitat de les relacions de funcionament que poden establir-se entre les diferents unitats funcionals d'una mateixa organització administrativa - de fet, el propi article 18.1 de la LRJPAC s'hi refereix, en assenyalar que els òrgans administratius ajustaran la seva activitat als principis previstos per la pròpia Llei<sup>254</sup> - però el cert és que en tractar-se de relacions organitzatives purament internes d'una mateixa persona jurídica, sense transcendència en l'àmbit de les relacions intersubjectives, se situen fora de la consideració contractual. I és que en aquests casos falta un dels elements essencials per poder parlar de *contracte*: l'alteritat de les parts contractants.

En conseqüència, quan l'Administració a l'hora de gestionar els seus serveis acudeix als seus propis mitjans administratius, sense recórrer a cap entitat externa i aliena a la seva pròpia organització, no tindria sentit tampoc plantejar-se el tractament d'aquests encàrrecs a efectes de garantir la igualtat de tracte o la lliure concurrència dels particulars. El fet que es tracti de relacions purament internes, derivades de la coordinació exigible al sí de les Administracions Públiques i del principi de jerarquia, que pretenen assegurar el correcte desenvolupament de les funcions atribuïdes a una determinada organització administrativa, les situa fora de la lògica del mercat i vindria a excloure-les de l'aplicació de les normes sobre contractació pública<sup>255</sup>.

Aquesta ha estat, precisament, la interpretació mantinguda tant pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea com pel legislador espanyol. En relació al primer, podem assenyalar que el TJUE, en analitzar l'àmbit d'aplicació de les Directives sobre contractació pública, ha vingut a subratllar de forma expressa el fet que les normes europees prenen només en consideració els contractes subscrits entre subjectes dotats de personalitat jurídica pròpia<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Alguns autors, a l'hora d'explicar l'existència de relacions jurídiques entre òrgans d'una mateixa Administració, no dubten de reconèixer-los un cert grau de personificació, parlant-se, en alguns casos, de *capacitat jurídica parcial*. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 31; ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico). Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Instituto de Estudios Administrativos, segunda edición, Madrid 1974, p. 120 y sigs. En el mateix sentit, i mencionant la doctrina italiana, MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 62-67.

<sup>255</sup> Sobre el tractament de les relacions interorgàniques, poden veure's, entre d'altres, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "La teoría del órgano en el Derecho Administrativo", Op. Cit., p. 43-55; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, Op. Cit., 856 o GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Op. Cit., p. 30-32.

<sup>256</sup> En aquest sentit pot veure's, per exemple, la ja citada Sentència del TJUE de 18 de novembre de 1999, *Teckal*, en la qual s'explicita aquesta idea, considerant que per poder parlar de l'existència d'un contracte públic és precís que aquest hagi estat celebrat per una entitat territorial i una persona *jurídicament diferent*

Com hem vist anteriorment, el Dret europeu de la contractació es dirigeix únicament a garantir l'obertura a la concurrència del mercat de la contractació pública, assegurant en aquest àmbit el respecte als principis de no discriminació, publicitat i transparència; però no prejutja la forma en la qual les diferents Administracions nacionals organitzen i regulen el funcionament dels seus propis serveis interns. Qüestió aquesta que queda circumscrita a la autonomia institucional de cada Estat.

Per la seva part, la vigent LCSP tampoc no sembla prendre en consideració les relacions de caràcter interorgànic, sinó que limita el seu àmbit d'aplicació únicament a les relacions entre persones jurídiques. Així, la Llei només regula els contractes celebrats entre, per una part, els “*entes, organismos y entidades*” integrats al sector públic espanyol - als quals l'article 3 de la LCSP exigeix necessàriament estar dotats de personalitat jurídica pròpia - i, per una altra, les persones naturals i jurídiques amb plena capacitat d'obrar (art. 2.1 i 43.1 LCSP).

D'aquesta manera, podem concloure que quan l'encàrrec de gestió pretén celebrar-se entre òrgans que pertanyen a una mateixa Administració Pública la seva formalització quedaria al marge de les regles de la contractació pública. En aquests casos, com s'ha afirmat, no ens trobaríem pròpiament davant d'una excepció a l'aplicació d'aquestes normes contractuals, sinó davant d'una actuació que, per la seva pròpia naturalesa, queda *ab origine* fora del seu àmbit d'aplicació<sup>257</sup>. I és que, com hem dit, si no podem parlar de l'existència d'un *contracte*, menys encara de l'existència d'un *contracte públic* a efectes de la LCSP.

*b) Els encàrrecs de gestió a entitats amb personalitat jurídica pròpia de la mateixa Administració Pública.* Però al marge dels encàrrecs de gestió entre òrgans, hem vist com la LRJPAC preveia també l'existència d'encàrrecs de gestió *intersubjectius*, i en particular, la possibilitat d'encarregar directament - per tant, amb l'aparent voluntat de no sotmetre aquestes adjudicacions al règim ordinari de contractació - la realització de determinades activitats

---

*d'aquesta* (F.J. 50). I fins i tot d'una manera més clara s'expressa la STJUE de 13 de gener de 2005, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GMBH/Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, que declara que quan una autoritat pública realitza les tasques d'interès públic que li corresponen amb els seus propis mitjans no existirà un contracte oneros celebrat entre dues persones *jurídicament diferenciades*, pel que no hi haurà lloc a aplicar les normes sobre contractació pública (F.J. 48).

<sup>257</sup> PASQUAL GARCÍA comparteix també aquesta reflexió quan, d'una manera rotunda, afirma que resulta tan obvi que les relacions de l'Administració Pública amb els seus propis serveis queden excloses de legislació contractual que l'article 4 de la LCSP ni tan sols no les relaciona entre els negocis jurídics exclosos. PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 20.

materials, tècniques o de serveis a altres entitats amb personalitat jurídica pròpia de la mateixa Administració (art. 15.1 LRJPAC)<sup>258</sup>.

En aquests supòsits, i des d'un punt de vista merament formal, podríem afirmar que sí, que efectivament ens trobaríem davant d'un negoci jurídic bilateral, celebrat per dos subjectes, perfectament individualitzats, que gaudeixen de personalitat jurídica pròpia i que es constituïrien com a parts de la relació jurídica creada. Pel que, aparentment, en presentar-se l'alteritat pròpia del contracte semblaria que aquest acord podria encaixar, almenys des d'un punt de vista subjectiu, dins de la noció àmplia de contracte que estem manejant.

Tanmateix, tant la doctrina com la jurisprudència han vingut a matisar la noció de contracte públic aplicable en l'àmbit jurídic-administratiu, limitant notablement la seva extensió subjectiva. Així, s'entén que el requisit formal de l'existència de personalitat jurídica pròpia no és un element suficient, per si mateix, per qualificar aquestes operacions com a contractuals. En aquesta concepció el que es vol destacar és que, en moltes ocasions, el reconeixement d'una personalitat jurídica independent és tan sols una eina al servei de l'Administració, amb la que es pretén assegurar l'existència d'unes estructures administratives capaces de poder afrontar amb eficàcia l'exercici de les funcions que els han estat conferides per l'ordenament. Però aquesta personalitat diferenciada no implica, en cap cas, la completa desvinculació de l'organització instrumental de l'entitat pública de la que porta causa.

I per això, tenint present les facultats de l'Administració matriu per regular i ordenar les activitats de les seves pròpies entitats instrumentals, s'afirma que no tindria sentit parlar de l'existència d'un contracte en els supòsits en els que s'encarrega l'execució d'una determinada prestació material a una entitat purament instrumental. I és que, en aquests supòsits, el caràcter vinculant de la relació d'encàrrec no derivaria de l'acord de voluntats entre els subjectes participants, sinó directament de la situació jurídica de vinculació o dependència que uneix aquestes entitats amb l'Administració Pública encarregant<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Excloent-se únicament d'aquest règim jurídic, com ja hem mencionat, aquells encàrrecs de gestió que haguessin de recaure sobre persones jurídic-privades, la regulació dels quals es remetria aleshores a allò previst per la legislació contractual (art. 15.5 LRJPAC).

<sup>259</sup> Són molts els autors que han analitzat amb deteniment aquesta qüestió, arribant sempre a conclusions similars. Per exemple REBOLLO PUIG afirma que el fet que es doti a aquestes organitzacions d'una forma de personificació pública no modifica la seva consideració com un pur instrument de l'Administració matriu, com a un conjunt de mitjans materials i humans al seu servei. Pel que, en aquests casos, no ens

En aquest sentit, “l’acord” al que fa referència l'article 15.3 de la LRJPAC s'assemblaria més a un acte administratiu unilateral, necessitat d'acceptació pel seu destinatari, que no realment a un negoci jurídic contractual. La relació d'encàrrec, per tant, naixeria de la sola voluntat unilateral de l'Administració encarregant, en exercici de l'habilitació prevista en la LRJPAC, si bé per a la seva eficàcia seria necessari incorporar, formalment, la voluntat de l'encarregat. Des d'aquesta perspectiva, el recurs a personificacions instrumentals constituiria simplement una manifestació més del principi d'autoorganització i de l'autonomia institucional de les Administracions Públiques. Ens trobaríem, com en el cas anterior, davant d'una relació de caràcter merament intern, en la que l'Administració acudeix als seus propis mitjans materials - encara que personificats - per al compliment de les finalitats que té assignades<sup>260</sup>.

El problema en aquests casos no seria tant admetre la possibilitat que l'Administració Pública es valgui dels seus propis mitjans - qüestió que, com dèiem, ha estat acceptada sense majors dificultats pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea - sinó determinar, a efectes contractuals, quan ens trobem realment davant d'una relació jurídica travada amb una entitat amb personalitat jurídica pròpia *pertanyent a la mateixa Administració Pública*. És a dir, quins són els criteris que poden portar-nos a afirmar que *no* ens trobem davant d'una persona jurídic-pública diferent d'aquella que, en un determinat procediment, actua com a “poder adjudicador”.

---

trobem estrictament amb una persona diferent, sinó davant d'una eina institucional de la pròpia Administració. Afegint-se, més endavant, que qualsevol semblança amb un contracte de les relacions que es puguin establir entre una Administració Pública i les seves pròpies entitats instrumentals és casual i superficial, ja que en aquests casos no es produeix cap acord de voluntats sinó, simplement, un acte administratiu de l'Administració pel qual s'ordena una activitat a l'ens institucional en REBOLLO PUIG, Manuel: “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, Op. Cit., p. 380-384.

En el mateix sentit, i entre molts d'altres, SOSA WAGNER, Francisco: “El empleo de recursos propios por las Administraciones Locales”, en COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord.): *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid 2003, p. 1317; HUERGO LORA, Alejandro: “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, Op. Cit., p. 163; BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP”, Op. Cit., p. 81-82.

<sup>260</sup> REBOLLO PUIG, Manuel: “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, Op. Cit., p. 379; HUERGO LORA, Alejandro: “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, Op. Cit., p. 161-163.

La resposta a aquesta pregunta ens porta, novament, a haver de fer referència a la Jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i, en particular, a la ja citada Sentència de 18 de novembre de 1998, *Teckal*. En aquesta resolució, i en ocasió de l'anàlisi de la naturalesa jurídica d'un encàrrec directe per a la realització de determinats serveis efectuada per un municipi a una mancomunitat en la qual aquest era part, el TJUE va establir les bases dels que han vingut a denominar-se com a contractes o operacions “*in house providing*” (denominació que en la nostra terminologia ha estat traduïda com a “contractes domèstics” o “auto-contractació”). Com ja hem vist en el punt anterior, el TJUE va afirmar que existirà un contracte públic a efectes de les Directives europees sempre que aquest hagi estat subscrit entre dues persones jurídiques diferenciades, però, i aquí resideix la principal novetat, el Tribunal exigeix que, a més, les relacions entre els poders adjudicadors i els operadors econòmics es regeixin per un principi d'autonomia efectiu i no merament formal.

En efecte, per al TJUE el requisit de la personalitat jurídica pròpia no constitueix un element determinant per parlar de l'existència d'un contracte públic, sinó que - a més de la lògica concurrència dels requisits objectius i formals necessaris - serà l'existència d'una voluntat decisòria pròpia de l'entitat adjudicatària la que permeti qualificar aquestes relacions jurídiques com a contractuals. Així es desprèn clarament de la Sentència *Teckal* en subratllar-se, en primer lloc, que les Directives europees només resulten aplicables quan un poder adjudicador projecti subscriure per escrit un contracte a títol onerós amb una altra entitat jurídicament diferenciada, però sempre que, a més, aquesta última resulti “autónoma respecto a ella desde un punto de vista decisorio” (F.J. 51); i sobretot, quan el TJUE afegeix que la presumpció de l'existència de contracte quedarà desvirtuada sempre que “a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan” (F.J. 50).

Com pot observar-se, el TJUE adopta en aquest punt un concepte funcional de contracte públic, que prescindeix de criteris merament formals i pren especialment en consideració la relació de dependència o vinculació existent entre els subjectes participants en un determinat negoci<sup>261</sup>. I és que, malgrat l'existència de dues persones formalment diferents,

---

<sup>261</sup> Es refereixen expressament al caràcter *funcional* de la noció de contracte públic manejada pel TJUE, entre altres, PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 36; PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho*



el TJUE considera que l'absència de capacitat decisòria pròpia modularia la naturalesa jurídica d'aquesta operació, impeding parlar, des d'un punt de vista material, de l'existència d'un concurs de dues voluntats diferenciades. Ens trobaríem, en canvi, davant d'una relació organitzativa de caràcter intern (*in house providing*) entre un poder adjudicador i els seus propis mitjans tècnics o materials

Això sí, per poder parlar de l'existència de *mitjans propis* el Tribunal de Justícia de la Unió Europea exigeix, en tot cas, la concurrència simultània i acumulativa de les dues condicions o requisits anteriors (per això la doctrina es refereix comunament a ells com a criteris *Teckal*):

- En primer lloc, que l'entitat pública que adjudiqui el contracte tingui la possibilitat d'exercir sobre el tercer un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis; i
- En segon lloc, que aquest últim, realitzi la part essencial de la seva activitat per a l'entitat o entitats que la controlen.

Aquesta important doctrina jurisprudencial ha estat reafirmada, posteriorment, pel propi Tribunal de Justícia de la Unió Europea en moltes altres sentències, en les quals no només s'han consolidat aquests plantejaments, sinó que, a més, s'han vingut a delimitar amb major precisió els supòsits que s'han de considerar exclosos de l'àmbit d'aplicació de les normes europees sobre contractació pública i els requisits que s'han de complir<sup>262</sup>. Però sobretot, ens interessa també destacar ara aquesta jurisprudència pel fet que ha estat positivitzada al nostre ordenament jurídic a través de la Llei de Contractes del Sector Públic que, com veurem posteriorment amb més detall, no només exclou expressament del seu àmbit

---

*comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 61 o GIMENO FELIU, José Maria: “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios. Alcance la jurisprudencia comunitaria”, en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.): *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona 2006, p. 843.

<sup>262</sup> Podem citar, entre altres, la STJUE de 7 de desembre de 2000, assumpte C-94/99, *ARGE Gewässerschutz / Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft*; la STJUE de 13 d'octubre de 2005, assumpte C-458/03, *Pàrquing Brixen GMBH / Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*; la STJUE de 19 d'abril de 2007, assumpte C-295/05, *Associació Nacional d'Empreses Forestals (ASEMFO) / Transformació Agrària, SA. (TRAGSA), Administració de l'Estat* o la Sentència del TJUE de 13 de novembre de 2008, assumpte C-324/07, *Coditel Brabant SA / Comune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*.

Sobre l'evolució de la doctrina jurisprudencial del TJUE en aquesta matèria pot consultar-se MONTOYA MARTÍN, Encarnación: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie claves del gobierno local, núm. 9, Barcelona 2009, p. 26-42. Igualment, PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., *in totum*.

d'aplicació “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a un entidad que [...] tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación” [art. 4.1 n) LCSP], sinó que, a més, assumeix els criteris interpretatius elaborats pel TJUE i fixa els requisits necessari per poder parlar de l'existència d'un mitjà propi o servei tècnic de l'Administració (art. 24.6 LCSP).

Per tant, la resposta a la pregunta de si els encàrrecs de gestió efectuats entre entitats públiques que pertanyen a una mateixa Administració s'han de considerar, en tot cas, com a supòsits no contractuals no pot respondre's d'una manera general i *a priori*. Malgrat que, en efecte, tant la doctrina com la jurisprudència i, fins i tot, el nostre Dret Positiu accepten que les relacions organitzatives internes no poden ser considerades pròpiament com un contracte públic, la determinació de quins supòsits poden incloure's en aquest àmbit només pot efectuar-se a partir de l'anàlisi concreta de la concurrència o no dels requisits previstos per la LCSP relatiu a l'existència de mitjans propis o serveis tècnics de l'Administració (art. 24.6 LCSP). Doncs només en els negocis jurídics celebrats amb mitjans propis que pertanyen a una mateixa organització administrativa, i més enllà d'una qualificació formal com a relacions entre persones jurídiques, ens trobaríem, materialment, davant d'un supòsit d'autoorganització, conclòs al marge del recurs a les figures contractuals, ja que en ells no resulta possible parlar pròpiament d'un acord de voluntats entre dues persones jurídiques diferenciades.

D'aquesta manera, hem de deixar oberta en aquest moment la qüestió relativa al tractament contractual dels encàrrecs de gestió realitzats a entitats públiques que pertanyen a una mateixa Administració Pública, havent de reprendre-la més endavant al analitzar, d'una manera més detallada, els requisits exigits per la LCSP per excloure del seu àmbit d'aplicació els negocis jurídics que es concloguin amb els mitjans propis o serveis tècnics de l'Administració.

*B) L'encàrrec de gestió com un negoci jurídic voluntari.*

Un segon element imprescindible per poder parlar de l'existència d'un acord de voluntats entre dues persones jurídiques diferenciades és, òbviament, que aquest hagi estat subscrit de forma voluntària. En efecte, el requisit de la voluntarietat és un element inherent a la figura del contracte, de manera que quan la realització d'una determinada

prestació no deriva del lliure acord entre dos subjectes sinó de la llei o d'una imposició unilateral d'una de les parts sobre l'altra, no podem parlar en cap cas, d'un negoci jurídic contractual<sup>263</sup>.

En aquest sentit, en la nostra definició inicial de l'encàrrec de gestió afirmàvem amb caràcter general que aquest es configurava com una institució de caràcter voluntari. L'article 15 de la LRJPAC així semblava confirmar-nos-ho quan parlava de la seva formalització a través *d'acord* o *conveni*. De fet, tal com ha vingut exposant la nostra doctrina majoritària, identificàvem també aquest requisit de la voluntarietat com un dels aspectes més innovadors de la regulació de la figura de l'encàrrec de gestió prevista a la Llei 30/1992, de 26 de novembre; alhora que aquest element se'ns presentava com un criteri útil per diferenciar l'encàrrec de gestió d'altres figures similars (com la gestió ordinària dels serveis autonòmics per les diputacions provincials o els cabildos insulars).

No obstant, com encertadament s'ha assenyalat i com ja hem vist en el punt anterior, al nostre ordenament moltes vegades la designació d'un acte jurídic amb conceptes com “conveni” o “acord”, més que remetre a un concret règim jurídic, pretén evitar un pronunciament exprés sobre la naturalesa jurídica d'allò que es descriu amb aquests termes<sup>264</sup>. I és que, més enllà que a través de l'encàrrec de gestió pugui subscriure's formalment un acord entre dues persones diferents, quin és el valor que s'ha de conferir a aquesta concurrència de voluntats és una qüestió que no pot respondre's en abstracte i menys a partir del fet que les parts o l'ordenament es valguin d'una determinada terminologia. Per la qual cosa considerem convenient realitzar un examen més detallat d'aquesta figura per determinar si, efectivament, respon a una estructura consensual. I és que, realment l'Administració té capacitat per negociar el contingut de l'encàrrec de gestió?

---

<sup>263</sup> De fet, hem de recordar que, precisament, sobre aquestes idees giraven bona part dels arguments esgrimits per alguns dels principals teòrics de l'àmbit jurídic-públic de la primera meitat del Segle XX per negar a l'Administració Pública la possibilitat d'acudir a la figura del contracte. El caràcter unilateral sobre el qual es fonamentava l'actuació de l'Administració derivada de la seva situació jurídica de superioritat o “imperium” respecte al ciutadà, feia impossible poder parlar en aquests supòsits d'autèntics contractes.

Sobre els diversos plantejaments entorn del concepte de contracte en l'àmbit jurídic-administratiu poden veure's, entre molts d'altres, BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Op. Cit., p. 92-112 o HUERGO LORA, Alejandro: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Op. Cit., p. 119-188.

<sup>264</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 95-96.

O encara més, una determinada entitat pública podria negar-se a subscriure un conveni d'encàrrec de gestió?

Per respondre a aquestes preguntes, hem de fer referència separada a dues qüestions: en primer lloc, a la ja denunciada falta de voluntat contractual quan l'encàrrec de gestió se celebra entre òrgans o entitats que pertanyen a la mateixa organització administrativa i, en segon lloc, a l'abast de la llibertat contractual de les Administracions Públiques en els restants supòsits.

a) *La voluntarietat en les relacions d'encàrrec intra-administratius*. En l'apartat anterior posàvem ja de relleu com quan l'encàrrec de gestió es conclouïa entre entitats que pertanyen a la mateixa Administració Pública, encara que formalment poguéssim trobar-nos davant de dues persones jurídiques diferents, resultava impossible parlar pròpiament d'un *contracte*, ja que materialment, no hi havia un acord de voluntats entre dues parts diferenciades. Ha estat, precisament, aquesta absència d'alteritat en la relació jurídica un altre dels arguments que ha servit també a la doctrina per qüestionar el caràcter contractual de les relacions d'encàrrec intra-administratives, entenent que aquest fet implicava també excloure d'aquests supòsits el requisit de la voluntarietat propi de tot negoci jurídic contractual.

En efecte, quan l'encàrrec de gestió es formalitza respecte d'una entitat de la pròpia Administració, la relació de jerarquia o dependència que la vincula amb l'Administració matriu implica que l'encarregat no disposa d'una autèntica autonomia des del punt de vista decisorí<sup>265</sup>. Novament, el reconeixement de la personalitat jurídica pròpia i la llibertat contractual pròpia de l'encarregat revestiria un caràcter merament instrumental; sense que, de cap manera, aquest pogués ostentar la condició de tercer que, lliurement, determina el contingut de la relació jurídica en la qual serà part.

Com avançàvem anteriorment, i encara que formalment ens trobéssim davant de la concurrència de dues declaracions de voluntat emeses per dues persones jurídiques diferents, la força vinculant de l'encàrrec de gestió no procediria de l'acord de voluntats entre les parts, sinó de la decisió unilateral de l'Administració que controla l'entitat encarregada. La dificultat, novament, rauria a determinar, des del punt de vista contractual,

---

<sup>265</sup> GIMENO FELIÚ, José María: "Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización de las normas de contratación pública", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 71-72, 2008, p. 156.

quan ens trobarem davant d'un supòsit d'encàrrec de gestió realitzat a una entitat que *pertany a la mateixa Administració*; per la qual cosa ens hem de remetre una altra vegada als requisits *Teckal* assenyalats al punt anterior. No obstant, entenem que una vegada verificat aquest extrem, allà on arribin les facultats de tutela de l'organització matriu respecte dels seus ens institucionals seria superflu regular una determinada qüestió per contracte, quan, com dèiem, l'obligatorietat d'aquesta regulació no derivaria de l'acord voluntari sinó de la situació jurídica respecte de l'Administració en la que aquestes entitats s'integren.

*b) La llibertat contractual de les Administracions Públiques.* Però, deixant de banda els supòsits en els quals l'encàrrec de gestió recau sobre entitats públiques integrades en una mateixa organització administrativa, podríem plantejar-nos també si, en els restants casos, aquesta institució es configura veritablement com un mecanisme de caràcter voluntari. I és que, com ens preguntàvem anteriorment, les Administracions Públiques gaudeixen realment de llibertat per dotar de contingut l'encàrrec de gestió?

Segons la nostra opinió sí, per diverses raons. En primer lloc, i a diferència dels anteriors, entenem que en aquests supòsits el consentiment de l'Administració encarregada no només té valor constitutiu de la relació d'encàrrec, sinó que, a més, se'ns presenta com a totalment autònom respecte del consentiment del encarregant. En aquest sentit, no podem oblidar que quan l'encàrrec de gestió es formalitza entre Administracions Públiques diferents, l'autonomia per a la gestió dels seus respectius interessos que el nostre ordenament jurídic reconeix als diferents nivells de govern i administració en els que s'organitza territorialment el nostre Estat (art. 137 CE) implica situar les parts intervinents en la relació d'encàrrec en una posició jurídica d'igualtat. I per això no es pot parlar de l'encàrrec de gestió com de la imposició unilateral de la voluntat d'una Administració sobre l'altra, sinó que el seu naixement i la fixació del seu contingut és fruit de la delimitació conjunta de les parts intervinents.

Segons la nostra opinió, i igual com succeeix en l'àmbit privat, en l'encàrrec de gestió entre Administracions Públiques diferenciades ens trobaríem davant d'una relació travada entre subjectes jurídicament iguals que acorden el desenvolupament d'una determinada actuació material. Amb la peculiaritat, però, que en aquests casos es tracta d'entitats públiques que convenen sobre l'exercici de determinats interessos també públics; fet que, precisament i a

diferència de les relacions en l'àmbit del Dret Privat, explica i justifica el règim jurídic específic amb què el nostre ordenament dota aquesta institució.

Com ja hem vist al analitzar els seus antecedents normatius més immediats i el seu objecte, l'encàrrec de gestió entre Administracions Públiques diferents no pot configurar-se com una simple relació orgànica a través de la qual una determinada entitat pública se sotmet, gairebé jeràrquicament, a la voluntat d'una altra Administració. Sinó que ens trobem davant d'una relació entre dos poders públics situats jurídicament en una posició paritària. I és, precisament, aquesta específica posició d'igualtat, no solament formal sinó també material, la que ens porta, a diferència dels anteriors supòsits, a rebutjar que l'encàrrec de gestió pugui configurar-se com un acte administratiu necessitat d'acceptació.

Al nostre entendre, la concurrència de voluntats és aquí un element essencial de la relació d'encàrrec, no només perquè a través d'ella neix la relació jurídica, sinó perquè serà a través d'aquest consentiment que es concretaran els drets i obligacions específiques de cada una de les parts<sup>266</sup>.

Però dit això, ens hem de referir també als límits que tenen les Administracions Públiques per configurar l'abast de l'encàrrec de gestió. I és que, com ha posat de relleu la nostra doctrina, no resulta possible traslladar exactament a l'àmbit de les Administracions Públiques el principi d'autonomia de la voluntat previst en l'àmbit jurídic privat (art. 1255 Codi Civil), perquè aquesta és una manifestació jurídica de la llibertat personal i l'Administració mai no és lliure sinó que es troba sempre vinculada tant per l'ordenament jurídic com per la satisfacció de l'interès general (art. 103.1 CE)<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> En aquest sentit, cal indicar que, precisament, el reconeixement per part de l'ordenament d'un marge de llibertat de les parts per configurar el contingut de la relació jurídica creada entre elles s'ha considerat com un dels elements imprescindibles per poder parlar de l'existència d'un contracte. BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Op. Cit., p. 36 y 60.

<sup>267</sup> En aquest sentit, per exemple, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Ámbito de aplicación de la Ley (Arts. 1 a 9, inclusive”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Thomson-Civitas, segunda edición, Navarra 2004, p. 109; REBOLLO PUIG, Manuel: “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, en AAVV: *La contratación Pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004, p. 52-59; BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Op. Cit., p. 36.

Però a més de la seva vinculació positiva a l'ordenament jurídic i de la necessitat d'adequar el contingut de la relació d'encàrrec a la consecució dels interessos públics, en aquest àmbit cobra especial importància també el principi de col·laboració administrativa a què ens referíem anteriorment com un dels fonaments constitucionals de l'encàrrec de gestió. Si bé aquest principi no suposa en cap cas l'obligatorietat de formalitzar un encàrrec de gestió - qüestió que entra dins del marge d'autonomia que s'ha de reconèixer als diferents nivells de govern i administració en els quals s'organitza territorialment el nostre Estat - sí que implica una major ponderació dels interessos afectats i del sistema administratiu en el seu conjunt (art. 4.1 LRJPAC). De tal manera que, en principi, tal com estableix la LRJPAC, la col·laboració requerida a través de l'encàrrec de gestió només podria negar-se quan l'entitat a què se sol·licita aquest auxili material no estigués facultada per prestar-lo, no disposés de mitjans suficients a tal efecte o quan, de fer-ho, pogués causar un greu perjudici als interessos la tutela dels quals té assignada o al compliment de les seves pròpies funcions; i sempre de forma degudament motivada (art. 4.3 LRJPAC).

### ***2.1.2. - L'objecte contractual.***

El segon element a què hem de fer referència per poder parlar de l'existència d'un contracte és el relatiu al seu objecte, és a dir, al sector de la realitat social sobre el qual recau el consentiment de les parts. Com assenyala el Codi Civil, en tot contracte les parts consenteixen a obligar-se per donar alguna cosa o prestar algun servei (art. 1251 CC), per la qual cosa, al costat del consentiment i la causa, l'objecte es converteix en un dels requisits indispensables de tot negoci jurídic contractual (art. 1261 del Codi Civil).

Segons la nostra opinió, tal com ja examinàvem al *Capítol II* del nostre treball, és evident que aquest element objectiu del contracte es presenta també a la figura de l'encàrrec de gestió. En efecte, l'acord de *voluntats* que suposa l'encàrrec de gestió es produeix per a la realització d'un objecte concret: les activitats materials, tècniques o de serveis a què es refereix l'article 15.1 de la LRJPAC. Així, les parts mitjançant la relació d'encàrrec, com hem vist, es comprometen recíprocament a la realització d'una sèrie de prestacions (les actuacions materials objecte d'encàrrec, per una part, i el pagament o retribució per aquesta actuació, per l'altra), la determinació de les quals constitueix l'àmbit objectiu d'aquesta relació jurídica.

Ja ens hem referit també anteriorment als requisits de determinació, licitud i possibilitat fàctica que havia de complir l'objecte de l'encàrrec de gestió, pel que simplement ens interessa afegir ara que la similitud conceptual de l'encàrrec de gestió amb la figura del contracte a la qual ens estem referint es reforça, a més, pel fet que, com ja apuntàvem, la definició de l'àmbit d'aplicació objectiu de l'encàrrec és tan àmplia que, en moltes ocasions, el seu objecte pot arribar a confondre's amb la descripció dels tipus contractuals previstos en la LCSP. En efecte, la gestió de qualssevol activitats tècniques, materials o de serveis que permet encomanar l'article 15.1 LRJPAC podria englobar també la realització d'actuacions que, en ocasions, podrien ser gestionades fàcilment per particulars a través de les figures contractuals previstes en la LCSP. I més quan, com s'ha assenyalat, la gamma de prestacions que les empreses privades o els particulars poden dur a terme és amplíssima i pot incloure la gran majoria d'activitats que avui dia desenvolupa l'Administració Pública, amb l'excepció de l'exercici d'autoritat<sup>268</sup>.

Precisament, com veïem anteriorment, ha estat a partir d'aquesta identitat d'objecte que la doctrina i a la jurisprudència han vingut a qüestionar el tractament contractual que el nostre ordenament jurídic ofereix, no només a l'encàrrec de gestió, sinó a la figura dels convenis de col·laboració en el seu conjunt. Així, s'entén que serà la naturalesa de les relacions jurídiques que s'estableixin entre les parts en un determinat acord – en definitiva, el seu objecte – i no els subjectes, l'element que haurà de determinar, principalment, la submissió d'aquest negoci jurídic a les regles de la contractació pública<sup>269</sup>.

### ***2.1.3. - La causa a l'encàrrec de gestió.***

Finalment arribem a l'últim dels requisits essencials que l'article 1261 del Codi Civil exigeix per poder parlar de l'existència d'un contracte: la causa contractual. Com veurem seguidament, és precisament en aquest punt on, segons la nostra opinió i sens perjudici de les consideracions que realitzàvem a l'apartat 2.1.1 d'aquest Capítol, se situa potser un dels aspectes més controvertits, no només per considerar l'encàrrec de gestió com un autèntic

---

<sup>268</sup> HUERGO LORA, Alejandro: “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, Op. Cit., p. 154. Es refereix també a la idea de similitud entre l'objecte dels contractes públics i de l'encàrrec de gestió, entre altres, PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 91.

<sup>269</sup> En aquest sentit, hem de recordar novament la citada STJUE de 13 de gener de 2005, *Comissió Europea / Regne d'Espanya*; i ÁVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 95-102 i del mateix autor “*Encomienda de gestión y defensa de la competencia*”, [En línia] Op. Cit., p. 6.



contracte, sinó també per determinar el seu concret règim jurídic. No obstant, abans d'avançar en l'anàlisi d'aquest element causal hem de fer algunes matisacions i referir-nos prèviament a què entenem per *causa contractual*.

*A) Breu delimitació del significat de la causa del contracte.*

Com és sabut, la causa del contracte és una de les institucions més complexes i discutides del Dret Civil, no només pel fet que el Codi Civil no preveu cap definició de la causa, sinó també perquè la doctrina i la jurisprudència li han assignat tradicionalment una pluralitat de significats molt diferents<sup>270</sup>. És per això que ens resultaria certament difícil poder entrar ara en profunditat en el debat sobre el concepte de la causa - qüestió que, d'altra banda, aniria també molt més allà del propòsit d'aquest treball. Per tant, ens limitarem només a realitzar algunes referències generals a aquesta qüestió que, més endavant, ens poden resultar importants per poder continuar amb la nostra exposició.

En aquest sentit, podem referir-nos genèricament a la *causa del contracte* com el fonament jurídic que justifica la producció de les obligacions que neixen del contracte. Així, tot negoci jurídic requereix d'una causa o raó suficient que empari la seva tutela per part de l'ordenament jurídic i li reconegui el seu caràcter vinculant, i aquesta ha de ser lícita i vertadera. D'aquesta manera, la principal funció de la causa contractual consistiria, a més de coadjuvar en la classificació dels diferents negocis jurídics, a dotar de sentit jurídic aquest negoci i limitar l'abast de l'autonomia de la voluntat de les parts, fent possible un control sobre l'ús que els subjectes fan sobre la seva pròpia autonomia contractual<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> És molta la bibliografia existent en l'àmbit jurídic-privat entorn la doctrina de la causa contractual. Sense ànim d'exhaustivitat podríem citar, entre molts d'altres, DIEZ-PICAZO, Luís: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Op. Cit., p. 135; PUIG FERRIOL, Lluís y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: *Manual de Derecho Civil*, volumen III, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996, p. 537-543; DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid 1967, p. 164-190.

<sup>271</sup> Com diem, la determinació de la naturalesa i abast de la causa del contracte no és una qüestió pacífica, tanmateix, majoritàriament la doctrina més especialitzada defineix la causa contractual en el sentit exposat anteriorment. Així, poden veure's, entre d'altres, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.): *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Ed. Bercal, Madrid 2003, p. 33; DIEZ-PICAZO, Luís: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Op. Cit., p. 135; PUIG FERRIOL, Lluís y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: *Manual de Derecho Civil*, Op. Cit., p. 537-543; DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, Op. Cit., p. 164-190.

En l'àmbit administratiu l'atenció de la doctrina a aquesta qüestió ha estat molt menor, si bé l'element causal sí que ha estat objecte d'estudi en l'àmbit de les potestats administratives, distingint-se entre la causa i la finalitat o funció dels actes administratius. Podem citar, per exemple, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. 551-556; CARRETERO PÉREZ, Adolfo: "Causa, motivo y fin del acto administrativo", en *Revista de*

Com dèiem, s'ha discutit molt sobre la naturalesa jurídica de la causa, distingint-se una concepció objectiva de la causa - segons la qual el contracte té una específica funció econòmico-social dins del tràfic jurídic - i una concepció subjectiva de la mateixa - que atorga importància també a la intenció concreta perseguida per les parts en realitzar el contracte -. Tot i que, avui dia sembla que s'opta majoritàriament per una concepció dualística de la causa, que conjuga adequadament ambdues concepcions i defineix la causa com la funció econòmico-social concreta estimada pels contractants en subscriure el contracte<sup>272</sup>.

*B) L'aplicació de la causa contractual a l'encàrrec de gestió.*

Segons la nostra opinió, i partint de les anteriors consideracions, no hi hauria cap obstacle de principi per aplicar, des del punt de vista de la causa, l'esquema contractual a la figura de l'encàrrec de gestió. En la seva condició d'acord de voluntats sobre un objecte cert podem entendre que aquesta exigeix necessàriament la concurrència d'un nexa causal entre les obligacions que assumeix cada una de les parts. En efecte, tot encàrrec de gestió ha de respondre a una determinada finalitat que fonamenti la posició jurídica que s'atribueix a cada una de les parts intervinents i que justifiqui també la disposició de determinats aspectes materials de l'exercici de les competències administratives per part d'una Administració Pública.

Concretant una mica més les anteriors consideracions, podríem entendre, en primer lloc, que l'encàrrec de gestió té com a causa específica el propòsit negocial que persegueixen específicament les parts en la seva celebració. És a dir, en funció del seu objecte concret, l'encàrrec perseguirà un o un altre resultat pràctic (ja sigui la realització d'obres, la prestació de serveis, etc.), amb la voluntat de suplir la insuficient capacitat de gestió o la manca de mitjans materials del encarregant. Això no s'ha de confondre amb els motius personals o purament subjectius de les parts que formalitzen la relació d'encàrrec de gestió - motius que, en principi, s'han de considerar irrellevants jurídicament, tret que s'incorporin

---

*Administración Pública*, núm. 58, 1969, p. 127-147 o BOQUERA OLIVER, José Maria: *Estudios sobre el acto administrativo*, Ed. Civitas, séptima edición, Madrid 1993, p. 75-90.

<sup>272</sup> Defensen aquesta postura intermèdia de la causa, entre altres, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.): *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Op. Cit., p. 33; CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis Humberto: *La causa del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España. Studia Albornotiana, Bolonia, 1998, p. 108-113; SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 102-105.

expressament en la declaració de voluntat i passin a formar part d'aquesta<sup>273</sup> - sinó que es refereix al resultat típic que les parts pretenen aconseguir mitjançant la formalització d'aquest acord (per exemple, la realització d'una determinada obra, la prestació d'un servei, etc.).

En aquest sentit, com dèiem, podríem entendre que la causa de l'encàrrec de gestió consistiria essencialment en la intenció comuna de les parts d'acordar el desenvolupament d'una determinada actuació material a canvi d'una contraprestació. En efecte, la causa de l'encàrrec es concretaria en la col·laboració gestora en el desenvolupament de certes actuacions materials que, per compte aliè, presta una determinada entitat pública a una altra entitat de la mateixa naturalesa que, per manca-li els mitjans necessaris o no disposar de suficient capacitat de gestió, es veuria impossibilitada d'actuar per si mateixa. I per això, com qualificàvem anteriorment, l'encàrrec de gestió se'ns presenta com un negoci jurídic de caràcter bilateral, en el qual els drets i obligacions del encarregant troben la seva justificació precisament en els recíprocs drets i obligacions de l'encarregat. Reciprocitat que, justament, és la que explicaria la força vinculant de l'encàrrec de gestió i, en el seu cas, la possibilitat d'exigir la protecció jurisdiccional en cas d'incompliment.

Per reforçar la nostra interpretació sobre l'existència del nexa causal en aquesta figura jurídico-administrativa podríem remetre'ns a un criteri més pràctic i afegir que, sens perjudici del caràcter públic dels subjectes participants - que és precisament un dels aspectes que singularitza l'encàrrec de gestió -, l'esquema de relacions que poden crear-se a través de l'encàrrec pot trobar equivalents molt similars en altres figures contractuals, tant públiques com privades, la qualificació contractual de les quals no planteja cap dubte<sup>274</sup>. En efecte, si traslладem a l'àmbit dels particulars l'encàrrec per a la realització d'unes determinades actuacions materials que suposa l'encàrrec de gestió, ens adonarem com aquesta tipologia de negoci jurídic podria coincidir amb altres contractes civils o administratius típics - que alguns autors han identificat amb el contracte de mandat regulat

---

<sup>273</sup> PUIG FERRIOL, Lluís y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: *Manual de Derecho Civil*, Op. Cit., p. 540; SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Op. Cit., p. 93-105.

<sup>274</sup> A la recerca d'equivalents en l'àmbit privat s'hi han referit GARCÍA DE ENTERRÍA i FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ com a un dels possibles criteris per contribuir a determinar la qualificació com a contractes dels anomenats convenis de l'Administració. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. 681.

a l'article 1709 del Codi Civil<sup>275</sup>, amb els supòsits d'arrendament d'obres o serveis previstos a l'article 1544 del Codi Civil<sup>276</sup> i, fins i tot, amb una espècie de concessió de serveis<sup>277</sup> - de la regulació legal dels quals com a *contractes* es desprèn ja el reconeixement implícit de l'existència d'un vincle causal entre les parts.

No obstant, més enllà d'aquesta finalitat concreta, l'encàrrec de gestió respon també a una altra funcionalitat jurídica essencial, molt lligada al fonament constitucional que posàvem de relleu al *Capítol I* de la nostra exposició: la col·laboració entre Administracions Públiques per a la millor satisfacció de l'interès general.

Com hem vingut afirmant, l'encàrrec de gestió se'ns presenta, en abstracte, com un instrument de col·laboració administrativa que té per objecte contribuir a l'eficaç exercici de les seves competències per part de les diferents Administracions Públiques, fent, així, compatible el principi d'irrenunciabilitat d'aquestes funcions amb les situacions de manca de mitjans materials o insuficient capacitat de gestió. D'aquesta manera, podem entendre que la seva justificació objectiva es trobaria també en la voluntat d'assegurar el correcte desenvolupament de les funcions públiques atribuïdes pel nostre ordenament jurídic als diferents nivells de govern i a administració en els que s'organitza el nostre Estat. En efecte, l'ordenament jurídic assigna a l'encàrrec la finalitat general de contribuir a la satisfacció de l'interès públic. Tractant d'evitar, alhora, la seva utilització per a altres finalitats diferents i, molt especialment, amb la voluntat d'eludir la distribució competencial establerta pel nostre ordenament jurídic. Per la qual cosa, novament, ens apareix la funció de control de la causa contractual, a través de la qual es permet comprovar si, efectivament, la relació d'encàrrec es dirigeix a satisfer les necessitats públiques per a les quals ha estat prevista.

D'aquesta manera, podem entendre que l'element causal de l'encàrrec de gestió vindria integrat per aquests dos aspectes: una causa específica, lligada al tipus d'operació a realitzar a través de l'encàrrec, i una finalitat més genèrica, vinculada a la idea de col·laboració en la consecució d'un finalitat comuna. Però més enllà d'aquesta constatació, ens interessa destacar aquest últim element finalista de l'encàrrec de gestió perquè, precisament, ha estat

---

<sup>275</sup> En aquest sentit, MORELL OCAÑA, Luis: "Encomiendas de funciones", Op. Cit., *in totum*.

<sup>276</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p. 762.

<sup>277</sup> GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M<sup>º</sup>: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Op. Cit., p 97.

a partir d'aquest caràcter de col·laboració implícit en l'encàrrec que, com veurem seguidament, alguns autors han qüestionat la possibilitat de configurar aquesta institució administrativa com un autèntic *contracte*.

C) *El possible qüestionament del nexce causal de l'encàrrec.*

El punt de partida per a aquest qüestionament es troba en una definició molt més restrictiva del concepte de *contracte*, que entén que una de les característiques essencials a tot negoci jurídic contractual seria la d'ordenar situacions jurídiques presidides per una contraposició d'interessos. D'aquesta manera es considera que s'hauria d'excloure aquest qualificatiu de tots aquells supòsits en què els interessos en joc no siguin contraposats sinó paral·lels<sup>278</sup>.

Seguint aquest raonament, la noció de *contracte* es reservaria únicament per a aquells negocis jurídics de caràcter conflictual, però no per a aquells supòsits en els quals les parts persegueixen objectius comuns o complementaris. El fet que en aquests acords les prestacions de les parts intervinents no s'insereixin correlativament en l'esfera jurídica de l'altra, sinó que coadjuven en la consecució d'un objectiu propi i comú, impediria situar als diferents compromisos assumits en situació de reciprocitat i, consegüentment, es nega la seva relació causal.

Això, com dèiem, ha portat alguns autors a negar el caràcter contractual de l'encàrrec de gestió. Així, per exemple, el professor MORELL OCAÑA, en el seu *Curso de Derecho Administrativo*, situava l'encàrrec de gestió dins dels acords de caràcter no contractual pel fet de trobar-nos davant de conductes no situades en relació de reciprocitat o, en el mateix sentit, SÁNCHEZ SÁEZ qualifica també l'encàrrec de gestió, en consideració al seu element causal, com un negoci jurídic bilateral de caràcter no contractual. La constatació que cap de

---

<sup>278</sup> En aquest sentit és habitual esmentar, dins de la doctrina italiana, BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 225-228 o OSORIO MORALES, Juan: "Notas para una teoría general del contrato", en *Revista de Derecho Privado*, 1965, p. 1071-1080.

En l'àmbit administratiu s'ha referit a aquesta qüestió el Prof. MORELL OCAÑA, que diferencia els *contractes*, en sentit estricte, d'altres acords de caràcter no contractual precisament en funció d'aquesta contraposició d'interessos. MORELL OCAÑA, Luis: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Op. Cit., 265-267. En termes semblants s'expressa també ORTIZ MALLOL, José: "La causa como elemento definidor del contrato de consultoría y servicios: contrato *versus* convenio interadministrativo y entre Administración Pública y una entidad sin ánimo de lucro", [En línea] en *Diario la Ley*, 2000, [Consulta 13 de enero de 2011], p. 2-3.

les parts que celebra l'encàrrec no ho fa amb la intenció de treure un profit propi sinó amb la voluntat de contribuir a la satisfacció dels interessos generals - en la mesura que una determinada prestació o activitat és realitzada per l'entitat pública que millor pot executar-la -, modularia, en consideració a aquest autor, la naturalesa jurídica d'aquest negoci, exclouent el seu caràcter contractual<sup>279</sup>.

Tot i això, no podem compartir plenament aquestes opinions. I per dues raons fonamentals. En primer lloc, des del nostre punt de vista, la contraposició d'interessos no és un element determinant, per si mateix, per a l'existència d'un contracte. En efecte, l'existència de posicions contraposades pot ser un element comú dels contractes d'intercanvi, però no és ni un requisit essencial a tot contracte, ni l'únic nexa causal previst al nostre ordenament. Al contrari, la col·laboració entre les parts per a la consecució d'un objectiu comú constitueix també un vincle contractual lícit i admès pel nostre ordenament per dotar de sentit a les relacions jurídiques<sup>280</sup>.

Exigir per a la validesa de tot contracte l'existència d'un vincle conflictual entre les parts contractants, no és només un aspecte que no pot derivar-se directament de la definició d'aquesta institució prevista a l'article 1254 del Codi Civil, sinó que també suposaria, a la pràctica, negar el caràcter contractual a totes aquelles operacions en les quals, com apuntàvem, els interessos en presència no són divergents sinó dirigits a una mateixa finalitat. Pel que la determinació de la naturalesa contractual d'una determinada relació jurídica no pot realitzar-se només a partir de l'articulació dels interessos de les parts sinó

---

<sup>279</sup> Vegeu SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: "Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas", Op. Cit., p. 235 i MORELL OCAÑA, Luis: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Op. Cit., 270, si bé, com hem apuntat, posteriorment aquest últim autor va matisar notablement la seva consideració de l'encàrrec de gestió, definint-la com un autèntic contracte. MORELL OCAÑA, Luis: "Encomiendas de funciones", Op. Cit., *in totum*.

<sup>280</sup> D'aquí que, per exemple, en l'àmbit privat es prevegin figures com el contracte de mandat, regulat a l'article 1709 del Codi Civil, que es defineix unànimement per la doctrina civil com un supòsit de cooperació jurídica; o com els contractes associatius previstos als articles 1665 i següents del Codi Civil, dirigits a la consecució de finalitats comunes entre els diferents socis. Sobre aquestes figures contractuals i en el sentit exposat anteriorment, poden veure's, entre molts d'altres, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.): *Curso de Derecho Civil*, volumen II (Derecho de obligaciones), Ed. Colex, Madrid 2008, p. 714 o DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III (Obligaciones y contratos), volumen segundo, Ed. Thomson-Civitas – Consejo General del Notariado, Madrid 2003, p. 1141-1142.

que s'ha de fonamentar en altres criteris com l'existència d'autèntiques obligacions jurídicament exigibles<sup>281</sup>.

Però és que a més, i sobretot, hem vist també com, malgrat que la idea de col·laboració es troba implícita en la figura de l'encàrrec de gestió, no és menys cert que aquesta es configura també com un negoci jurídic bilateral, que genera nous drets i deures concrets per a les parts intervinents (la realització de les actuacions materials compromeses, per una part, i la retribució de les despeses ocasionades i el dictat dels actes jurídics necessaris per a això, per una altra). D'aquesta manera, segons la nostra opinió, no resulta possible afirmar que l'encàrrec de gestió es configura només com una superposició d'actuacions dirigides a la consecució d'un finalitat comuna, sinó que aquesta se'ns presenta també com un acord de voluntats vinculant en la virtut del qual les parts assumeixen posicions jurídiques diferents a les que tenien en anterioritat a la seva manifestació de voluntat.

En efecte, l'encàrrec de gestió s'articula entorn de dos subjectes que es col·loquen alhora en una posició de poder i de deure jurídic, de manera que aquestes poden ser considerades recíprocament creditors i deutors. És per això que, a partir del fet que l'encàrrec de gestió es caracteritzaria per crear un nou vincle obligatori entre les parts, imposant-los un nou conjunt de drets i deures recíprocament exigibles, que creiem que no resulta possible negar-li la seva condició de negoci jurídic contractual. L'existència de dues parts diferenciades, amb les seves respectives posicions jurídiques, unides per un evident nexa de dependència - ja que la realització de les actuacions materials encomanades mancaria de sentit sense el concurs necessari del encarregant a l'hora de retribuir l'esmentat encàrrec i fixar els paràmetres generals del seu desenvolupament - ens vindria a confirmar l'existència d'un nexa causal entre les prestacions. Com hem exposat, i com ve afirmant la doctrina civilista

---

<sup>281</sup> Aquesta és precisament l'opinió majoritària de la nostra doctrina civilista que, amb caràcter general, nega aquesta diferenciació entre acords i contractes en consideració a l'existència d'interessos contraposats. Així, s'entén que allò determinant per poder parlar de contracte, és l'existència d'interessos "diferents" entre els subjectes que intervenen, però sense que sigui necessari que els interessos siguin contraposats. Per tant, és l'existència d'interessos diferents el que determina l'existència de diferents situacions jurídiques (parts) en una relació jurídica. Per exemple, DIEZ-PICAZO, Luís: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Op. Cit., p. 77-78.

En l'àmbit administratiu es refereixen també a aquesta qüestió, BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Op. Cit., p. 106; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 187-188 o MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 225-227.

en parlar de la causa del contracte, podríem entendre que en l'encàrrec de gestió el contingut de cada una de les prestacions justifica i dota de significat l'altra.

Fins i tot podríem plantejar-nos si resulta possible deslligar qualsevol actuació contractual d'aquesta voluntat de col·laboració. I és que, segons la nostra opinió, aquest principi de col·laboració es manifesta a tota la seu contractual - incloent la categoria dels contractes d'intercanvi, en què els interessos són contraposats. Així, en l'àmbit de la contractació pública, malgrat que l'actuació del contractista de l'Administració respon essencialment als seus interessos privats, no és menys cert que aquest també ha d'enfocar la seva gestió a un correcte desenvolupament de les funcions públiques que li hagin estat encarregades, no només com una mera exigència contractual, sinó que redundarà també en un major aprofitament individual i econòmic de la seva específica posició jurídica. Per la qual cosa, en el fons, com ja va destacar al seu dia ENTRENA CUESTA, un cert component de col·laboració es troba sempre present en tota actuació contractual en l'àmbit públic<sup>282</sup>.

En definitiva, hem de concloure aquest apartat amb l'afirmació que, des del nostre punt de vista, també en consideració a l'element causal, l'encàrrec de gestió respon adequadament a la noció de *contracte*. Tanmateix, arribats a aquest punt hem de realitzar una matisació important, ja que el fet que la finalitat de col·laboració administrativa que presideix l'encàrrec de gestió no sigui suficient, per si mateixa, per negar la seva consideració genèrica com un negoci contractual no significa tampoc que aquesta circumstància no tingui cap transcendència. Al contrari, aquesta específica naturalesa col·laborativa hauria de ser un element a tenir molt present a l'hora de determinar el règim jurídic particular d'aquesta institució, podent arribar a modular en part el seu tractament contractual.

En la nostra opinió, el fet que l'encàrrec de gestió contribueixi a assegurar el correcte compliment de les obligacions públiques atribuïdes a les diferents Administracions, i respongui, principalment, a objectius situats fora de l'òrbita del mercat de béns i serveis ens ha de fer qüestionar si resulta coherent l'estricta aplicació de la normativa sobre contractació pública a aquests supòsits. Normativa que, com hem vist, respon a finalitats

---

<sup>282</sup> El professor ENTRENA CUESTA en analitzar la figura del contracte administratiu posava en relleu com, precisament, una de les seves característiques fonamentals era la consideració del particular (o un altre ens públic contractant) com un col·laborador de l'Administració en la consecució de l'interès públic. ENTRENA CUESTA, Rafael: "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", Op. Cit., p. 65. En el mateix sentit, entre d'altres, ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 230.



sensiblement diferents: en particular, al respecte a la lliure circulació de serveis i els principis d'ella derivats. Així ha semblat entendre-ho, en ocasions, la nostra jurisprudència en examinar, d'una manera més general, la figura dels convenis de col·laboració entre Administracions Públiques. Per exemple, en la Sentència de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Suprem de 15 de juliol de 2003 (ponent: Sr. Juan José González Rivas, núm. recurs 3604/1997), s'afirma que tot i que els convenis de col·laboració interadministratius tenen certes concomitàncies amb els contractes, ja que responen a una concurrència de voluntats coincidents sobre determinats objectius orientats a una específica finalitat, pel seu element de col·laboració depassen o excedeixen l'específic concepte de contracte (F.J. 2). I, sobretot, així ho ha entès també el Tribunal de Justícia de la Unió Europea que, recentment, ha utilitzat també aquests arguments per matisar l'aplicació de les Directives comunitàries a supòsits de cooperació entre Administracions Públiques, entenent que, en ocasions, aquests no qüestionen els objectius de les Directives i, per tant, podria modular-se la seva subjecció al règim contractual públic<sup>283</sup>.

Però, insistim que, en el que ara ens interessa, convé deixar clar que una cosa és el tractament de l'encàrrec de gestió a efectes normatius i una altra, molt diferent, la seva possible consideració abstracta com a *contracte*. Com hem intentat demostrar en els apartats precedents - i amb totes les matisacions que hem vingut fent - l'encàrrec de gestió sí que pot configurar-se realment com un negoci jurídic contractual, és a dir, com un autèntic *contracte*. Pel que, un cop verificat aquest extrem hem de continuar amb el nostre estudi, passant ara a analitzar si aquesta figura reuneix també el segon dels requisits previstos en la LCSP per determinar la seva aplicabilitat, és a dir, el requisit de l'onerositat del contracte.

---

<sup>283</sup> En aquest sentit s'expressa STJUE de 9 de juny de 2009, assumpte C-480/06, *Comissió de les Comunitats Europees / República Federal d'Alemanya*, en la que el Tribunal afirma que determinats supòsits de col·laboració entre Administracions Públiques no qüestionen els objectius principals de les Directives (F.J. 45-48). A aquesta resolució judicial, entre altres qüestions, es refereix NOGUERA DE LA MUELA, Belén: "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 182, mayo-agosto 2010, p. 172-175. En el mateix sentit, pot veure's GIMENO FELIÚ, José María: "Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 71-72, 2008, p. 173-188.

## 2.2. - La possible consideració de l'encàrrec de gestió com a contracte *onerós*.

Com hem vist en iniciar aquest apartat, l'article 2.1 de la LCSP limita l'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic únicament als *contractes* que puguin qualificar-se com a *onerosos*. Tanmateix, i com ja succeïa en el punt anterior, la LCSP no defineix què s'ha d'entendre com a tal, sinó que es remet a les categories tradicionals del nostre dret de les obligacions i dels contractes. Pel que, una altre vegada, hem de començar referint-nos prèviament a què entenem per *contracte onerós*.

### 2.2.1. - Breu referència a la gratuïtat o onerositat de les relacions contractuals.

Són moltes les classificacions teòriques que, especialment des de l'àmbit acadèmic, s'han vingut formulant sobre els diferents tipus de contractes<sup>284</sup>. La majoria d'elles obeeixen merament a un desig d'ordenar i sistematitzar dogmàticament l'exposició de la institució contractual; d'altres, en canvi, adquireixen una major rellevància des del punt de vista pràctic ja que serveixen per destacar diferències notables de règim jurídic entre els diferents tipus contractuals. És el cas, per exemple, de la classificació que distingeix entre els *contractes onerosos* i els *contractes gratuïts*, i que, més enllà de les particularitats que imposa el Codi Civil per a cada un d'ells, ens serveix ara com a paràmetre per determinar l'aplicació de la LCSP.

En aquest sentit, la doctrina jurídica més especialitzada utilitza la primera denominació - *contractes onerosos* - per referir-se a aquells en els quals es produeix un sacrifici econòmic per a les dues parts contractants. De manera que la prestació d'una es correspon naturalment amb la de l'altre. A aquesta categoria contractual es contraposen els segons - els anomenats *contractes gratuïts* - en què, en canvi, un dels contractants es compromet a proporcionar a l'altre un avantatge però sense rebre cap equivalent, és a dir, amb absència d'una contraprestació<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Vegeu, per exemple, els sistemes classificatoris que es recullen en SANTOS BRIZ, Jaime. (Dir.): *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, p. 296-301, CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español Común y Foral*, tomo IV, Ed. Reus, decimoquinta edición, Barcelona 1995, p. 10-17 o PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. Cit., p.400-405.

<sup>285</sup> L'exemple més típic de *contracte onerós* seria el contracte de compravenda, pel qual una de les parts s'obliga a lliurar una cosa concreta i l'altra a pagar per aquesta un preu cert (article 1445 del Codi Civil); mentre que com a paradigma de *contracte gratuït* podríem esmentar el contracte de comodat, pel qual una de les parts lliura gratuïtament al comodatari una cosa perquè usi d'ella (art. 1741 del Codi Civil).

A diferència del que expressàvem en analitzar la causa del contracte, la determinació del concepte de contracte onerós o gratuït resulta molt més pacífica entre la doctrina jurídica més especialitzada. Malgrat

Aquesta diferenciació conceptual, per tant, pren el seu punt de referència en la naturalesa essencialment patrimonial del contracte - element que, per cert, com veïem anteriorment, ens permetia excloure del concepte d'encàrrec de gestió a aquells acords de caràcter merament polític o que establien declaracions d'intencions però sense contingut econòmic - valorant la posició jurídica de cada una de les parts contractuals per determinar si efectivament existeix un intercanvi de prestacions entre elles o no. Això ens posa de relleu com la naturalesa onerosa d'un determinat negoci jurídic es troba estretament lligada al seu caràcter bilateral, ja que la configuració sinal·lagmàtica d'una relació jurídica - creant-se drets i obligacions recíproques per a cada una de les parts contractuals - implicarà normalment el seu caràcter oneros.

Aquesta configuració tradicional del que s'ha d'entendre per onerositat de les relacions contractuals, és també la que s'ha defensat en l'àmbit de la normativa europea sobre contractació pública. Encara que és cert que el TJUE no ha realitzat cap tipus de consideració específica en relació amb la naturalesa onerosa de les relacions contractuals, si que en algunes ocasions s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió. Així, per exemple, en la STJUE de 12 de juliol de 2001, assumpte *C-399/98, Ordine degli Architetti i d'altres*, s'afirma que el caràcter oneros d'un contracte es refereix a la prestació que s'ofereix al contractista per la realització de l'objecte del contracte (F.J. 77). Entenent, per tant, que en tot contracte públic hi ha d'haver necessàriament un intercanvi de prestacions, una creació de drets i obligacions per a les parts, que han de ser interdependents<sup>286</sup>.

### ***2.2.2. - El caràcter oneros de l'encàrrec de gestió.***

Una vegada assentades les anteriors precisions conceptuals, hem de passar ara a aplicar aquesta categorització a la figura de l'encàrrec de gestió, analitzant si aquest es configura com un negoci jurídic de caràcter oneros o gratuït. Per a això ens servirem d'algunes de les consideracions que ja hem vingut realitzant fins ara i, molt especialment, de

---

que els diferents autors poden discrepar en relació a la onerositat o gratuïtat d'un tipus contractual específic, les seves opinions no difereixen gaire sobre l'abast que s'ha de donar genèricament a aquests conceptes. En aquest sentit, poden veure's, entre molts d'altres, PUIG FERRIOL, Lluís y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: *Manual de Derecho Civil*, Op. Cit., p. 541; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. Cit., p. 401 o CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español Común y Foral*, Op. Cit., p. 386.

<sup>286</sup> En el mateix sentit, STJUE, de 18 de gener de 2007, assumpte C-200/05, *Jean Auroux i d'altres/Commune de Roanne*, F.J. 45. Vegeu, també PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 32 y 63-64.

les conclusions a les que arribàvem al capítol anterior en estudiar els efectes jurídics derivats de la formalització de la relació d'encàrrec.

Dèiem aleshores que l'encàrrec de gestió es configurava com un negoci jurídic de caràcter bilateral, que donava lloc al naixement de drets i deures mutus per a cada una de les entitats públiques intervinents - en particular, a l'encarregat se li atribueix el deure de complir amb l'encàrrec assignat i la transferència de resultats a l'encarregant, mentre que a aquest se li imposava l'obligació de retribuir les despeses ocasionades amb l'encàrrec, així com l'aprovació dels actes o resolucions jurídiques necessaris per a que aquest pugui arribar a completar-se -. I per això, segons la nostra opinió, l'encàrrec de gestió s'ha de configurar com un instrument de caràcter oneros doncs, com pot veure's, ambdues parts assumeixen un sacrifici propi que s'explica i justifica en consideració a la contraprestació que reben.

Com hem vist anteriorment, encara que teòricament podria ser admissible l'establiment de l'encàrrec de gestió a títol gratuït - en el que l'encarregat no rebés cap contraprestació -, l'anàlisi de la praxis administrativa actual ens demostra que això resulta pràcticament impensable, ja que gairebé sempre es preveu una retribució per cobrir amb les despeses que suposa la gestió material de l'encàrrec assignat. I per això, si la relació d'encàrrec suposa un esforç patrimonial per a cada una de les entitats públiques que intervenen, hem de concloure que això ens defineix, per naturalesa, aquest acord de voluntats com un negoci jurídic de caràcter oneros<sup>287</sup>.

Aquesta hipòtesi és també la que, al nostre entendre, sembla mantenir la gran majoria de la doctrina jurídic-administrativa. Tot i que és cert que en moltes ocasions els diferents autors no es refereixen de forma expressa a la categorització contractual de l'encàrrec de gestió, sí que normalment molts d'ells posen de relleu com aquesta es configura com una relació bilateral i sinal·lagmàtica, que suposa el naixement de dues posicions jurídiques diferenciades que assumeixen cada una d'elles la realització d'un conjunt de prestacions a favor de l'altra. Pel que, tenint present el que dèiem anteriorment, entenem que la doctrina

---

<sup>287</sup> Ara bé, en cas contrari, quan ens trobem davant d'algun dels infreqüents supòsits en els que l'encàrrec de gestió no va acompanyat de cap retribució, l'absència d'onerositat en la relació ens conduiria també irremediament a la impossibilitat de poder qualificar aquesta operació com un *contracte oneros* i, per tant, a excloure-la de l'àmbit d'aplicació de la LCSP. De manera que, en aquests casos, la seva formalització es regiria per allò previst per la LRJPAC i per la legislació autonòmica complementària.

estaria definint també, si més no implícitament, a l'encàrrec de gestió com un negoci jurídic de caràcter oneros<sup>288</sup>.

En aquest punt, i reprement alguns dels arguments que havíem posat de relleu al analitzar la causa contractual, podria oposar-se que en realitat la prestació de l'encàrrec per part de l'encarregat no derivaria directament de l'expectativa del pagament d'una determinada remuneració, sinó de la recerca d'un interès comú per les parts; qüestionant, per tant, l'efectiva onerositat de la relació d'encàrrec. En efecte, podria dir-se que en l'encàrrec de gestió no hi ha una retribució per la realització d'unes activitats sinó una contribució econòmica a la consecució d'uns objectius comuns. Tanmateix, no compartiríem aquesta possible interpretació, ja que semblaria deixar en un segon costat el vessant de l'encàrrec de gestió com un autèntic mecanisme creador de compromisos obligatoris entre les parts. Com hem vingut afirmant, l'encàrrec de gestió no es limita només a un flux econòmic d'una entitat pública a l'altra per finançar la prestació de determinats serveis, sinó que suposa l'establiment d'una relació jurídica obligatòria, entre dues parts diferenciades, que formalitzen per escrit tant els seus respectius drets i deures com les condicions en les quals s'ha de desenvolupar una determinada actuació. No es tracta només d'una simple posada a disposició de mitjans sinó, insistim, de l'assumpció per l'encarregat de la realització d'una actuació material aliena. Assumpció que es justifica, al mateix temps, pel compromís del encarregat de portar a terme també determinades prestacions.

En conseqüència, i des del nostre punt de vista, mitjançant la relació d'encàrrec s'estarien creant autèntiques obligacions patrimonials entre les parts, idèntiques a les que hi pot haver en la gran majoria de contractes. Per la qual cosa, *a priori*, no podria negar-se el seu caràcter oneros.

---

<sup>288</sup> En aquest sentit, per exemple, GONZÁLEZ PÉREZ i GONZÁLEZ NAVARRO no solament reconeixen a l'encàrrec de gestió la mateixa naturalesa que l'arrendament d'obres o serveis - contractes essencialment onerosos - sinó que destaquen, a més, com els subjectes de la relació d'encàrrec es troben recíprocament vinculats, perquè l'encarregat normalment rebrà una contraprestació per l'activitat material que ha de realitzar. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p. 765.

En el mateix sentit, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: “De la delegación, avocación y sustitución interorgánica, y de algunos de sus falsos hermanos”, Op. Cit., p. 362, MESEGUER YEBRA, Joaquín: “La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos”, Op. Cit., p. 138, BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP”, Op. Cit., p. 79-80 o AMOEDO SOUTO, Carlos: “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, Op. Cit., p. 271.

Igualment, en aquest punt convé fer una segona matisació important i és que aquest caràcter onerós no s'ha de confondre, en cap cas, amb l'existència de finalitat de lucre per alguna de les parts contractants. Així ho ha posat de relleu el propi TJUE que, per exemple, en la Sentència de 23 de desembre de 2009, assumpte C-305/2008, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze*, afirma expressament que sota el concepte d'operador econòmic utilitzat per les Directives poden incloure's organismes la finalitat principal dels quals no sigui l'obtenció de lucre (F.J. 30). I, en el mateix sentit s'expressa la LCSP que, a l'article 2.1 de la LCSP, quan el que s'exigeix per sotmetre un determinat negoci jurídic a la legislació contractual és que aquest pugui qualificar-se com a *onerós* - és a dir, de l'existència d'una contraprestació - però sense que es requereixi que les parts que el celebrin ho facin amb l'ànim subjectiu d'aconseguir un enriquiment econòmic o increment patrimonial<sup>289</sup>.

En efecte, la noció àmplia de *contracte públic* que utilitza la LCSP no implica necessàriament l'existència d'una finalitat de lucre per les parts contractants, sinó només el seu caràcter onerós. Prova d'això és que s'admet amb total normalitat que puguin ser contractistes de l'Administració Pública no només els empresaris mercantils, sinó també entitats sense finalitat de lucre (com les organitzacions no governamentals, les fundacions o, fins i tot, la

---

<sup>289</sup> És precisament d'aquesta mateixa argumentació de la que se serveix BERNAL BLAY per rebatre la interpretació de SÁNCHEZ SÁEZ sobre la naturalesa jurídica de l'encàrrec de gestió. Com hem posat de relleu anteriorment, SÁNCHEZ SÁEZ configura l'encàrrec de gestió com un negoci jurídic gratuït, en consideració al fet que cap de les parts que celebra l'encàrrec no ho fa per treure un profit propi. Tanmateix, BERNAL BLAY considera insostenible aquesta interpretació ja que tenint present que l'encàrrec de gestió podria tenir el mateix objecte que els contractes administratius no pot excloure's *a priori* el seu caràcter onerós. Vegeu, BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) del TRLCAP”, Op. Cit., p. 79 i SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, Op. Cit., p. 241.

Es refereixen també a aquesta idea GIMENO FELIÚ, José María: “Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública”, Op. Cit., p. 173 i ARIMANY LAMOGLIA, Esteban: “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras reurbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso “Centro de Ocio de la ciudad de Roanne”)”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 133, p. 79.

Alguns autors, tanmateix, s'han mostrat crítics amb aquesta apreciació del TJUE, afirmant que el caràcter onerós no es deriva directament de l'existència d'una contraprestació, sinó del fet de què l'ens adjudicador doni cobertura, o no, a l'ens controlat i assumeixi els riscos econòmics de l'activitat. MARCHEGANI, Giannangelo: “La Cour de Justice Européene ignore sa jurisprudence en matière d'organismes de droit public lorsqu'ell examine des cas des marches in-house”, en *Revue du Marché Común et de l'Union Européene*, núm. 512, octubre-noviembre 2007, p. 594-595, citat per PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 64.

pròpia Administració)<sup>290</sup>. Com s'ha assenyalat, pel TJUE l'onerositat del contracte no exigiria ni tan sols una contraprestació monetària, sinó que aquesta podria anar lligada a qualsevol avantatge o contraprestació a favor del contractista, identificada amb tot tipus d'obligació assumida pel poder adjudicador com a contrapartida per la realització d'una determinada prestació<sup>291</sup>.

Tanmateix, de forma similar al que apuntàvem en l'apartat anterior, això no vol dir que aquesta absència de finalitat de lucre no hagi de tenir cap transcendència jurídica rellevant. Òbviament, el fet que un determinat negoci jurídic persegueixi objectius aliens al mercat i a l'enriquiment patrimonial, pot ser (i ha de ser) ser un dels arguments que més endavant ens permetin qüestionar el tractament contractual a què s'ha de sotmetre. Però, novament, això no exclouria, *a priori*, la seva consideració genèrica com un *contracte públic*.

Des d'aquesta perspectiva, una vegada constatada també la possibilitat de configurar l'encàrrec de gestió com un contracte i com un negoci jurídic oneros, hem de passar ara a analitzar el tercer i últim dels requisits exigits per l'article 2.1 de la LCSP per determinar la seva aplicació: que aquest hagi estat celebrat per una de les entitats compreses dins del sector públic.

### **2.3. - El possible encaix de l'encàrrec de gestió dins de l'àmbit subjectiu de la LCSP.**

Si tornem la vista enrere, veurem com en aquest *Capítol* i per analitzar la possible consideració de l'encàrrec de gestió com un contracte públic, ens hem referit principalment al seu vessant objectiu. És a dir, al contingut i justificació dels compromisos adquirits per les parts. Tanmateix, en aquest apartat hem de canviar el nostre punt de referència i centrar-nos en el seu element subjectiu, ja que la Llei de Contractes del Sector Públic

---

<sup>290</sup> Vegeu l'article 43.1 de la LCSP. En aquest mateix sentit s'expressen, per exemple, GIMENO FELIÚ, José María: "Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública", Op. Cit., p. 173; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: *El contratista de la Administración Pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 97-99 o FUERTES LÓPEZ, Mercedes: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, p. 23.

<sup>291</sup> En aquest sentit, poden veure's la STJUE de 12 de juliol de 2001, assumpte C-399-98, *Ordine degli Architetti i d'altres* (F.J. o la STJUE de 18 de gener de 2007, assumpte C-220/05, *Jean Aroux i d'altres / Commune de Roanne* (F.J. 65-68); així com ARIMANY LAMOGLIA, Esteban: "La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras reurbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso "Centro de Ocio de la ciudad de Roanne")", Op. Cit., p. 78.

qualifica com a *contracte públic* només a aquells que hagin estat subscrits pels ens, entitats i organismes compresos dins del seu àmbit d'aplicació (art. 2.1 LCSP). Pel qual, prenent com a referència la presència subjectiva d'una entitat del sector públic com a requisit *sine qua non* per parlar de l'existència d'un contracte públic a efectes de la LCSP, ens correspon ara analitzar si les entitats públiques que participen en l'encàrrec de gestió poden, o no, enquadrar-se dins d'aquesta tipologia de subjectes prevista per la Llei.

Abans d'avançar, no obstant, volem fer una puntualització important. L'objecte del nostre treball no consisteix a entrar a analitzar els problemes que ha plantejat la transposició al nostre ordenament intern dels conceptes de poder adjudicador o organisme de Dret Públic utilitzats per les Directives europees, ni aventurar-nos tampoc a oferir un posicionament sobre la seva possible extensió a les entitats instrumentals de l'Administració. Qüestions, totes elles, que han estat objecte d'estudi específic per part de la doctrina<sup>292</sup>. El nostre plantejament es basa, simplement i d'una manera molt més modesta, a presentar els criteris que ens ofereix el nostre ordenament jurídic per poder respondre a les qüestions que ens havíem plantejat en l'inici de la nostra exposició i, molt particularment, a la pregunta de si l'encàrrec de gestió pot configurar-se realment com un contracte públic a efectes de la LCSP.

---

<sup>292</sup> La noció de "Poder adjudicador" es configura com una de les més importants en el que a la normativa europea en matèria de contractació pública es refereix. I és que, d'acord amb l'article 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març, només es consideren *contractes públics* aquells celebrats entre una entitat que pugui ser qualificada com a tal i un, o diversos, operadors econòmics.

Sobre la interpretació funcional efectuada pel TJUE dels requisits enunciats per les Directives, vegeu, per exemple, la STJUE de 15 de gener de 1998, assumpte C-44/96, *Mannesmann Alagebau Austria / Strohal Rotationsdruck GesmbH*, F.J. 17-35 o la STJUE d'1 de febrer de 2001, assumpte C-237/99, *Comissió Europea / República Francesa*, F.J. 44-62.

En l'àmbit doctrinal podem citar, entre molts d'altres, GIMENO FELIU, José María: "La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública", en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, p. 425-440; MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, Ed. La Ley, Madrid 2003; FUERTES, Mercedes: "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 270, enero-abril 1999, p. 25-34; MONTOYA MARTÍN, Encarnación: "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de poder adjudicador en las Directivas de contratación pública, servicios, suministros y obras", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 41, 2001, p. 121-154; BAÑO LEÓN, José M<sup>a</sup>: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", Op. Cit., p. 27 o BERNAL BLAY, Miguel Ángel: "Acerca de la transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, As. C-84-03 (Comisión vs. Reino de España), y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre 2005, p. 167-185.



### **2.3.1. - Breu referència a l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LCSP.**

Una de les novetats més destacades - i també més discutides - de la nova Llei de Contractes del Sector Públic de l'any 2007 ha estat la determinació del seu àmbit d'aplicació subjectiu. Com dèiem, la necessitat d'adaptar el concepte de “poder adjudicador” previst a l'article 9 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març, al nostre ordenament jurídic intern ha estat una de les principals tasques que ha hagut d'afrontar el legislador espanyol en la reforma de la legislació contractual<sup>293</sup>. Des d'aquesta perspectiva, l'article 3 de la LCSP parteix d'una triple tipologia d'entitats, a mode de cercles concèntrics, a través de la qual es recolza tota l'estructura de la Llei.

El primer, i més reduït, d'aquests cercles és el relatiu a les *Administracions Públiques*, en sentit estricte (art. 3.2 LCSP). Aquí s'inclouen no només les Administracions Públiques territorials, sinó també els organismes autònoms dependents d'aquestes i les entitats de Dret Públic, vinculades o dependents d'una o diverses Administracions Públiques, sempre que compleixin algun dels dos requisits següents: a) que la seva activitat principal no consisteixi en la producció en règim de mercat de béns i serveis destinats al consum individual o col·lectiu, o que efectuïn operacions de redistribució de renda i de la riquesa nacional, en tot cas, sense ànim de lucre; i b) que no es financin majoritàriament amb ingressos qualssevol que sigui la seva naturalesa, obtinguda com a contrapartida del lliurament de béns o prestació de serveis. Tanmateix, s'exclouen en tot cas d'aquesta qualificació les entitats públiques empresarials i els organismes assimilats dependents de les comunitats autònomes i entitats locals (art. 3.2 *in fine* LCSP). A aquest grup d'entitats se'ls aplica la LCSP en tota la seva integritat (excepte que s'estableixi una altra cosa), tant en relació amb els contractes administratius, siguin aquests sotmesos o no a regulació harmonitzada, com als contractes privats que puguin subscriure.

---

<sup>293</sup> L'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, ha estat objecte d'atenció i d'estudi detallat per part de molts autors que no només han destacat la seva importància per a la correcta aplicació i interpretació de la Llei, sinó també la dificultat que comporta la seva complexa redacció i la, en ocasions, difícil compatibilitat amb les Directives europees sobre contractació pública. En aquest sentit, podem citar, entre molts d'altres, GIMENO FELIU, José María: “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, p. 9-54 o PAREJO ALFONSO, Luciano: “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, en COLÁS TENA, Jesús y MEDINA GUERRERO, Manuel (Coord.): *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2009, p. 37-62.

En segon lloc, ampliant el cercle d'aplicació de la LCSP, ens trobaríem amb els anomenats *poders adjudicadors* (art. 3.3 LCSP). Aquesta categoria vindria integrada tant per les Administracions Públiques en sentit estricte, com per tots els ens, organismes o entitats que tinguin personalitat jurídica pròpia i que, a més, a) hagin estat creats per satisfer necessitats d'interès general que no tingui caràcter industrial o mercantil i que b) un altre poder adjudicador financi majoritàriament la seva activitat, controli la seva gestió o designi més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o control. Per tant, s'englobarien totes aquelles entitats que compleixen amb els requisits establerts a l'article 1.9 de la citada Directiva 2004/18/CE, de 31 de març. El grau de vinculació dels poders adjudicadors als procediments i regles establertes per la LCSP és menor que el previst per a les Administracions Públiques en sentit estricte, ja que només estaran subjectes a les regles de preparació del contracte i a les regles d'adjudicació dels contractes en els supòsits en els que aquests contractes, que seran sempre contractes privats, estiguin subjectes a regulació harmonitzada.

I, finalment, en l'àmbit d'aplicació més ampli de la Llei ens trobem amb la resta *d'ens, organismes i entitats del sector públic* (art. 3.1 LCSP), que no només comprèn als dos nivells anteriors, sinó també les entitats públiques empresarials, les societats mercantils amb participació majoritària, directa o indirecta, d'altres entitats públiques, les fundacions del sector públic, els consorcis, les mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social, així com les associacions constituïdes per qualssevol ens del sector públic. El grau de vinculació d'aquestes entitats a la LCSP podríem qualificar-lo de mínim, ja que només se'ls apliquen certes disposicions generals de la Llei sobre el règim de contractació (com, per exemple, les relatives a la capacitat del contractista, solvència, objecte i preu del contracte) i algunes normes més flexibles sobre la preparació i adjudicació dels contractes; ajustant, això sí, la seva actuació als principis comunitaris de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació, per al que hauran d'aprovar unes instruccions internes que hauran de ser publicades en el perfil del contractant de l'entitat.

Així doncs, és a partir d'aquests tres nivells d'aplicació subjectiva de la Llei de Contractes del Sector Públic que hem de passar a valorar si resulta possible o no enquadrar en aquestes categories als subjectes que, segons l'article 15 de la LRJPAC, poden actuar com a encarregats. En definitiva, comprovar si en l'encàrrec de gestió és possible parlar d'un negoci jurídic celebrat per una entitat pertanyent al sector públic.

### ***2.3.2. - L'encàrrec de gestió com a instrument al servei del sector públic.***

La resposta a aquesta pregunta, segons la nostra opinió i partint de les conclusions a les quals arribàvem en estudiar l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió, resulta relativament senzilla. Al *Capítol* anterior, al analitzar el règim jurídic de l'encàrrec de gestió, afirmàvem que l'article 15.1 de la LRJPAC limitava l'assumpció de la posició d'encarregant només a entitats amb forma de personificació jurídic-pública. En efecte, la interpretació de la noció d'òrgans administratius i entitats de Dret Públic a què es refereix aquesta Llei ens portava, en primer lloc, a excloure de l'àmbit d'aplicació d'aquesta institució tant les societats mercantils com a les fundacions del sector públic, però, en canvi, a estendre la consideració d'encarregants no només a les Administracions territorials sinó també a altres entitats públiques, amb personalitat jurídica pròpia, de caràcter instrumental, ja es trobessin directament vinculades o dependents d'una altra entitat pública o gaudissin d'un major marge d'independència en el seu funcionament.

Doncs bé, en aquest punt ens interessa posar de relleu la plena coincidència que pot establir-se entre aquesta regulació i l'enumeració dels subjectes que poden configurar-se com a part activa dels *contractes públics* regulats per la LCSP. En efecte, si llegim amb atenció l'article 3 de la LCSP que citàvem anteriorment veurem com aquest permet incloure dins de l'àmbit d'aplicació subjectiu d'aquesta Llei totes aquelles entitats públiques que, al *Capítol* anterior, havíem identificat com a subjectes encarregants a efectes de l'article 15.1 de la LRJPAC.

Així, segons aquest precepte, la LCSP s'aplica no només a l'Administració General de l'Estat, les Administracions de les Comunitats Autònomes i de les Entitats que integren l'Administració Local, sinó també als organismes autònoms, les entitats públiques empresarials, les universitats públiques, les agències o qualssevol entitats de Dret Públic amb personalitat jurídica pròpia vinculada o dependent d'un subjecte que pertanyi al sector públic, incloent aquelles que, amb independència funcional o amb una especial autonomia reconeguda per la Llei, tinguin funcions de regulació atribuïdes o control de caràcter extern sobre un determinat sector o activitat (art. 3.1 LCSP). La coincidència en aquest punt és fàcilment explicable, ja que tant la LCSP com la LRJPAC són normes dirigides a regular una mateixa realitat material, l'actuació dels diferents nivells de govern i administració

existents al nostre ordenament jurídic, si bé, la segona, es limita específicament a la regulació d'un aspecte més concret com és el seu vessant contractual.

És veritat que, en consideració a les categories que esmentàvem anteriorment, la LCSP no s'aplicarà de la mateixa manera a totes aquestes entitats, ja que del llistat anterior es desprèn també que no totes aquestes entitats gaudeixen de la mateixa condició d'Administració Pública o de poder adjudicador a efectes de la LCSP. Però en qualsevol cas resulta necessari retenir que aquesta possible classificació no exclou la subjecció de totes elles a la Llei de Contractes del Sector Públic. Al contrari, totes aquestes entitats constitueixen el sector públic i, com a tal, els seus contractes han de regir-se per la LCSP. Però és que, a més, cal tenir present també que aquesta classificació subjectiva no afecta en res a la possible consideració d'aquestes entitats com a subjectes encarregants a efectes de la LRJPAC. La classificació tripartida de la LCSP és completament aliena a la LRJPAC que, com hem dit, únicament pren en consideració el fet que un determinat subjecte pugui ser qualificat com a “òrgan administratiu” o “Entitat de Dret Públic” (art. 15.1 LRJPAC).

En conseqüència, hem de concloure aquest punt afirmant, novament, que també des d'aquesta perspectiva subjectiva l'encàrrec de gestió pot ser qualificat com un *contracte públic* a efectes de la LCSP. En vista dels arguments exposats anteriorment, creiem que no resulta possible excloure l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC de l'àmbit d'aplicació de la LCSP en consideració a la figura del encarregant.

### ***2.3.3. - L'encarregat com a contractista de l'Administració Pública.***

Finalment, i abans d'endinsar-nos en el tractament contractual d'aquesta figura, considerem oportú fer una breu referència a la figura del contractista i, en particular, a la possibilitat que una altra entitat pública pugui ser adjudicatària d'un contracte públic.

Com hem posat ja de relleu, una de les característiques principals de la figura de l'encàrrec de gestió introduïda per la LRJPAC és que el seu destinatari - *l'encarregat* - és sempre una altra persona jurídico-pública, ja pertanyi a la mateixa o diferent Administració Pública. El fonament d'aquesta institució en la recerca d'una major eficàcia en el compliment de les funcions públiques mitjançant la col·laboració o auxili recíproc entre Administracions ens portava a diferenciar l'encàrrec de gestió d'aquells altres supòsits en els quals l'obtenció de

les activitats o serveis de que no es disposa es busca fora de l'organització pública, acudint a mitjans instrumentals propis, amb forma de personificació privada, que actuen al mercat al costat dels empresaris particulars.

Tanmateix, malgrat que fins ara aquesta configuració no ens ha impedit qualificar l'encàrrec com un *contracte oneros* a efectes de la LCSP, el fet que aquest es formalitzi entre persones jurídico-públiques sí que pot plantejar-nos en aquest moment un últim dubte i és que poden ser les entitats públiques adjudicatàries d'un contracte públic?

Com ha vingut sent tradicional en el nostre ordenament jurídic, la Llei de Contractes del Sector Públic de 2007 regula la posició del contractista de l'Administració Pública pensant principalment en la seva condició de subjecte privat. És evident, que la legislació sobre contractació pública està pensada originàriament per regular aquells supòsits en què les diferents Administracions acudeixen al mercat privat, com un consumidor més, per aconseguir la dotació d'aquells béns, obres o serveis dels que manquen. No obstant, avui en dia, s'admet que no només els empresaris particulars poden actuar com a contractistes sinó que, en ocasions, aquesta condició pot estendre's també a les persones jurídico-públiques<sup>294</sup>.

En primer lloc, cap precepte de la LCSP no prohibeix expressament a aquestes entitats contractar amb l'Administració. Al contrari. Com ja hem posat de relleu en l'apartat anterior, l'article 43.1 de la LCSP permet contractar amb el sector públic qualssevol persona natural o jurídica, espanyola o estrangera, que tingui plena capacitat d'obrar, no estigui incursa en cap prohibició de contractar i reuneixi els requisits de solvència i qualificació necessaris. Per tant, al marge de les condicions concretes d'aptitud que puguin requerir-se en un determinat contracte, tota entitat de Dret Públic que tingui personalitat jurídica pròpia podria actuar com a contractista<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Anteriorment, hem citat ja com ENTRENA CUESTA admetia l'existència de contractes interadministratius, ENTRENA CUESTA, Rafael: "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", Op. Cit., p. 72-73. Però en aquest mateix sentit s'han expressat molts altres autors, per exemple, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Op. Cit., p. 673; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 364-366; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: *El contratista de la Administración Pública*, Op. Cit., p. 120; PENDÁS GARCÍA, Benigno (Coord.): *Derecho de los contratos públicos (Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas)*, p. 274-275 o RIVERO YSERN, Enrique. "Las relaciones interadministrativas", Op. Cit., p.48 y 64.

<sup>295</sup> En aquest punt, podem recordar una idea de GONZÁLEZ IGLESIAS que creiem que pot ser perfectament extrapolable a l'actual LCSP. L'esmentat autor, en analitzar el contracte administratiu de consultoria i

En aquest mateix sentit, hem de destacar com ja les Directives europees sobre contractació pública semblaven també admetre el fet que una Administració Pública pogués ser adjudicatària d'un contracte públic. En efecte, l'article 1.8 de la Directiva 2004/18/CE utilitza una noció àmplia de contractista, designant com a tal “toda persona física o jurídica, *entidad pública* o agrupación de dichas personas”<sup>296</sup>. Per tant, inclou totes aquelles persones, tant públiques com privades, que poden actuar com a parts oferint la realització d'obres, productes o serveis.

Aquesta conclusió, a més, ha estat reforçada per la interpretació donada pel TJUE, que ha arribat també a la mateixa consideració quan, per exemple, en la ja citada Sentència de 18 de novembre de 1999, *Teckal*, afirma: “la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella [...] un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora” (F.J. 51). O en la mateixa direcció s'expressa la STJUE de 7 de desembre de 2000 assumpte C-94/99, *ARGE Gewässerchutz/Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft*, quan es considera que el fet que una entitat adjudicadora permeti participar en un procediment d'adjudicació d'un contracte públic a organismes que reben d'ella o d'altres entitats adjudicadores subvencions, del tipus que siguin, no vulnera el principi d'igualtat de tracte dels licitadors enunciats en les Directives, ni constitueix una discriminació encoberta<sup>297</sup>.

---

assistència previst en l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques, afirmava que el fet que la Llei es referís habitualment a *l'empresari* no significava que es restringís únicament als particulars les possibilitats de contractar amb l'Administració, ja que, a part de que no hi ha al nostre ordenament una definició del que s'ha d'entendre per empresa o empresari, el cert és que la Llei utilitzava aquest concepte per evitar la reiteració de l'expressió més genèrica de persona física o jurídica. GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, p. 169.

<sup>296</sup> Més clar encara resulta l'article 1.7 de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de març, que defineix com a contractista a “una persona física o jurídica, *una entidad adjudicadora de las contempladas en las letra a) o b) del apartado 2 del artículo 2* [entre los que se incluyen, como poderes adjudicadores, al Estado, las entidades territoriales y los organismos de Derecho Público] o una agrupación de tales personas o entidades [...]”. La cursiva, en ambdues cites normatives, és nostra.

<sup>297</sup> En aquest punt, hem d'assenyalar que aquesta és també la interpretació mantinguda actualment pels òrgans consultius específics en matèria de contractació pública existents al nostre Estat. Així, malgrat que en alguns Informes s'havia considerat que les relacions entre Administracions Públiques no s'havien de sotmetre a la legislació contractual - vegeu, per exemple, l'Informe 36/1996, de 22 de juliol - avui en dia s'ha acceptat la postura contrària. Per exemple, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Administració General de l'Estat, al seu Informe 12/1997, de 20 de març, va admetre la possibilitat de subscriure un contracte d'assistència entre la Generalitat de Catalunya i un organisme autònom dependent d'aquesta. O, de la mateixa manera, la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat catalana al seu Informe 2/2001, de 23 de novembre, analitza la possibilitat que un organisme autònom comercial de

Però és que, a més, aquesta capacitat contractual de les Administracions Públiques no només s'ha admès implícitament, sinó que la pròpia LCSP preveu alguns supòsits en els que, explícitament, es fa referència a determinades persones jurídico-públiques com a possibles contractistes. És el cas, per exemple, de les Disposicions Addicionals Novena i Desena de la LCSP en les que s'eximeix de l'exigència de classificació i de la necessitat d'acreditar la seva solvència a les Agències Estatals, Organismes Autònoms d'investigació i Universitats Públiques per a l'adjudicació de determinats contractes administratius. Amb el què, expressament, s'accepta ja que aquestes entitats públiques puguin convertir-se en adjudicatàries de certs contractes<sup>298</sup>.

En definitiva, encara que, com dèiem, la regulació legal dels procediments d'adjudicació dels contractes públics s'estableix principalment pensant en la naturalesa privada de la part que contracta amb l'Administració, això no impedeix acceptar la capacitat d'una persona jurídico-pública per aspirar, com a subjecte de dret que és, a la celebració de qualsevol contracte públic. Sempre, és clar, que una norma reguladora de la contractació en un sector concret no prohibeixi aquesta possibilitat o estableixi alguna altra limitació material.

#### **2.4. - Recapitulació.**

Una vegada analitzats els diferents elements que, tant des d'un punt de vista subjectiu, objectiu i material, configuren la noció de “contracte públic” a efectes de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, creiem oportú realitzar una petita recapitulació de les principals idees a què hem vingut referint-nos a les pàgines precedents i que, arribats a aquest punt, ens han permès comprovar com l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC responia realment a l'estructura d'un negoci jurídico contractual.

En efecte, i amb l'excepció dels supòsits de relació interorgànica a què abans ens referíem, hem posat de relleu com l'encàrrec de gestió pot configurar-se com un acord causal de voluntats entre dues persones jurídico-públiques diferenciades sobre un determinat sector

---

caràcter local pugui participar com a licitador en un procediment d'adjudicació de contractes administratius.

<sup>298</sup> No s'ha d'entendre, segons la nostra opinió, que aquest precepte es dirigeix únicament a habilitar com a possibles contractistes a un determinat tipus d'entitats públiques, però exclouent les restants persones jurídico-públiques. Des del nostre punt de vista, entenem que aquest precepte no pretén establir una única excepció legal, sinó que respon a una altra classe de raons derivades de la pròpia naturalesa i contingut del requisit de la classificació. En el mateix sentit, encara que en relació amb l'anterior TRLCAP, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: *El contratista de la Administración Pública*, Op. Cit., p. 121-122.

de la realitat social. En aquest mateix sentit, hem exposat també com la relació d'encàrrec pot qualificar-se com a onerosa, ja que genera recíproques obligacions i drets per a les dues parts intervinents. Parts que, finalment, no hem trobat obstacle per incloure dins de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LCSP, doncs podien ser fàcilment definides com a entitats que pertanyen al sector públic.

Per tot i això, i en consideració a aquests arguments, hem de concloure aquest apartat afirmant que, realment, l'encàrrec de gestió pot coincidir plenament amb la figura dels *contractes públics* prevista per la LCSP. En conseqüència, en entrar dins de l'àmbit d'aplicació material d'aquesta Llei, el seu règim jurídic no pot venir determinat només per la consideració d'aquesta figura com un instrument de col·laboració entre Administracions Públiques, sinó que la seva regulació ha de completar-se també amb les exigències que, en el seu cas, se li imposin des de la legislació contractual. D'aquesta manera, i com ja avançàvem al inici d'aquest *Capítol*, se'ns planteja una última pregunta: si l'encàrrec de gestió pot considerar-se teòricament com un contracte públic, quin és el tractament jurídic que, a efectes contractuals, s'ha de donar a aquesta institució? Quina és la regulació concreta que la LCSP preveu per a aquesta figura? A intentar donar una resposta concreta a totes aquestes qüestions dedicarem íntegrament el següent apartat del nostre treball.

### **3. - EL TRACTAMENT CONTRACTUAL DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ.**

El nostre examen sobre el tractament que la Llei de Contractes del Sector Públic atorga a la figura de l'encàrrec de gestió ha de començar amb una primera constatació: i és que la LCSP no es refereix, almenys de forma expressa, a la figura de l'encàrrec de gestió regulada a l'article 15 de la LRJPAC. Efectivament, no hi ha a la LCSP cap precepte concret dirigit a regular específicament l'encàrrec de gestió entre entitats públiques com un tipus de contracte o com una especialitat contractual. Segons la nostra opinió, aquest és un aspecte que mereix ser destacat ja que, en primer lloc, ens posa de relleu la impossibilitat de donar una resposta ràpida i directa als interrogants que plantejàvem en finalitzar l'apartat anterior; però també perquè, com ja avançàvem, ens permet superar alguns dels dubtes que es plantejaven en relació amb l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques, sobretot a partir de la redacció donada pel ja citat Reial Decret-Llei 5/2005, d'11 de març.



Com hem dit al capítol anterior, el fet que la LCSP - a diferència del TRLCAP - no utilitzi la denominació “*encomienda de gestión*” per referir-se a cap dels supòsits que regula, permet reforçar les nostres consideracions sobre l'àmbit subjectiu d'aplicació d'aquesta norma. A partir d'ara sembla quedar clar que el propòsit de la Llei no ha estat el de precisar o delimitar els perfils que la LRJPAC preveu per a aquesta institució administrativa, sinó que el seu objectiu fonamental consisteix únicament a fixar el règim jurídic aplicable als contractes onerosos i celebrats per escrit pels subjectes que pertanyen al sector públic que entrin dins del seu àmbit d'aplicació<sup>299</sup>.

Precisament, aquesta última afirmació és la que ens serveix per introduir en la nostra exposició un nou element de la regulació contractual que, a partir d'ara, resultarà de capital importància en la nostra tasca investigadora. Ens referim al fet que, tot i que, com hem dit, la LCSP s'aplica generalment a tots els contractes onerosos i celebrats per escrit pels subjectes pertanyents al sector públic, existeixen determinades relacions jurídiques que, encara que poguessin definir-se tècnicament com a *contractes públics* a efectes de la LCSP, queden fora del seu àmbit d'aplicació (art. 4.1 LCSP).

### **3.1. - La limitació de l'àmbit objectiu de la LCSP: els negocis i contractes exclosos de la Llei.**

Com ve sent tradicional al nostre ordenament jurídic, la LCSP no només estableix limitacions quant al seu àmbit d'aplicació subjectiu, sinó que també delimita el seu àmbit d'aplicació objectiu. D'aquesta manera, no totes les relacions contractuals establertes per les entitats del sector públic queden subjectes a aquesta Llei, sinó que l'article 4.1 de la LCSP preveu un conjunt heterogeni de figures que, per decisió del legislador, se situen fora del seu àmbit d'aplicació, ja sigui perquè es tracta de supòsits no regulats per les Directives europees - com els contractes relatius a serveis d'arbitratge o conciliació [art. 4.1.k) LCSP] o els acords que celebri l'Estat amb altres Estats o amb entitats de Dret internacional públic [art. 4.1.f) LCSP] - o bé per la pròpia especialitat de les relacions contractuals que s'estableixen, que aconsella la seva remissió a una normativa més específica - com succeeix,

---

<sup>299</sup> Si bé, com ja hem puntualitzat anteriorment, la LCSP continua referint-se, almenys en dues ocasions, a la “*encomienda de gestión*”. Concretament a l'article 24.6 LCSP (al regular-se la consideració de mitjans propis i serveis tècnics) i en la Disposició addicional trentena de la Llei (al fixar-se el règim jurídic de TRAGSA i les seves filials). En ambdós casos, segons la nostra opinió, s'està fent un ús incorrecte de aquesta terminologia, denominant com “*encomienda de gestión*”, al simple reconeixement de la possibilitat que les Administracions Públiques poden assignar la realització d'un determinat encàrrec als seus propis mitjans instrumentals.

per exemple, amb les relacions de servei dels funcionaris públics i els contractes regulats en la legislació laboral [art. 4.1 a) LCSP] <sup>300</sup>. Tots aquests supòsits es regulen per la seva pròpia normativa especial, aplicant-se els principis de la LCSP únicament per resoldre els dubtes i llacunes que poguessin plantejar-se (art. 4.2 LCSP)

Més enllà de posar de relleu l'existència d'una sèrie de matèries alienes a l'aplicació de les regles de la contractació, ens interessa especialment destacar aquestes exclusions pel fet que, com ja hem vist, l'encàrrec de gestió ha vingut considerant-se, tradicionalment, com un d'aquests supòsits exclosos. Si recordem el que ja avançàvem en aquell moment, malgrat que la majoria de la doctrina espanyola havia vingut configurant l'encàrrec de gestió com un negoci jurídic de caràcter contractual, la possibilitat d'incloure aquesta figura dins de l'article 3.1 c) de l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques - que, en regular l'àmbit objectiu de aquesta Llei, deixava fora del seu àmbit d'aplicació totes les relacions convencionals que celebrés l'Administració General de l'Estat amb la Seguretat Social, les Comunitats Autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i les restants entitats públiques o qualsevol d'ells entre si - va suposar, a la pràctica, donar cobertura jurídica suficient per situar, automàticament i de forma molt àmplia, l'encàrrec de gestió al marge de l'aplicació de les regles ordinàries de la contractació pública i, en particular, de la subjecció als principis de concurrència, igualtat, publicitat i transparència que caracteritzen la legislació contractual. Al cap i a la fi, en ser l'encàrrec de gestió un simple acord entre persones jurídic-públiques per a la realització d'una determinada prestació de caràcter material s'entenia subsumit dins del pressupòsit de fet de l'article 3.1. c) de la LCAP i, per tant, exclòs del seu àmbit d'aplicació.

Però si aquesta era la situació derivada de la aleshores vigent LCAP, ens hem de preguntar ara quines són les exigències normatives concretes previstes actualment per la LCSP en aquesta matèria i, sobretot: realment la LCSP permet continuar excloent del seu àmbit d'aplicació, i de manera incondicionada, la figura de l'encàrrec de gestió?

---

<sup>300</sup> Fins i tot, com ha posat en relleu la doctrina, dins del llistat exhaustiu previst a l'article 4.1 de la LCSP s'englobarien alguns supòsits que, difícilment, podrien ser qualificats *ab initio* com a autèntics contractes públics, doncs els manquen d'alguns dels requisits que qualificarien com tals aquests negocis jurídics. En aquest sentit, per exemple, GIMENO FELIÚ, José María: "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", en GIMENO FELIÚ, José María (Ed.): *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Zaragoza 2008, p. 31; del mateix autor podem citar també "El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 22, febrero de 2010, p. 43-46 o PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 19.

La resposta a aquests interrogants, com ha quedat ja dit, no pot donar-se *a priori* i d'una manera general sinó que exigeix un estudi detallat del nou marc legal establert per la LCSP que, en aquest punt, ha introduït modificacions certament importants. Així, d'una banda, i arran de ja citada STJUE de 13 de gener de 2005, assumpte C-84/03, *Comissió de les Comunitats Europees/Regne d'Espanya* - que, de manera contundent, va declarar contrària a les Directives europees la total exclusió de l'aplicació de la legislació de contractes públics de les relacions entre Administracions Públiques, fos quina fos la seva naturalesa, que es contenia en l'anterior normativa espanyola - la Llei de Contractes del Sector Públic ha vingut a limitar notablement els supòsits convencionals que poden quedar al marge de la legislació contractual, exclouent només aquells que, per la seva naturalesa, no tinguin la consideració de contractes del sector públic [art. 4.1.c) LCSP]. Però, per altre, la LCSP ha introduït també un nou supòsit d'exclusió, a través del qual es ve a sistematitzar la jurisprudència del TJUE sobre els anomenats contractes *in house providing*, declarant que queden fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei els negocis jurídics pels quals s'encarregui a una entitat que tingui atribuïda la condició de servei tècnic o mitjà propi la realització d'una determinada prestació [art. 4.1.n) LCSP]<sup>301</sup>.

Per tant, és a partir d'aquesta nova realitat normativa que hem de procedir a examinar si els supòsits d'encàrrec de gestió formalitzats a l'empara de l'article 15 de la LRJPAC entren dins de l'àmbit objectiu d'aplicació de la LCSP o si, al contrari, com ha vingut succeint fins ara, malgrat la possibilitat de configurar-los com un *contracte públic*, han de considerar-se com a supòsits exclosos objectivament de la legislació contractual.

Per a això, i per poder plantejar millor els nostres arguments sobre aquesta qüestió, creiem oportú dividir la nostra exposició en tres nous subapartats, en funció del tipus d'encàrrec de què es tracti. Com veurem, aquesta diferenciació ens resultarà molt útil per determinar més detalladament el règim legal a què s'han de subjectar aquestes relacions jurídiques. Així, en primer lloc, analitzarem el règim (*no*) *contractual* d'aquells encàrrecs de gestió que es formalitzen entre òrgans que pertanyen a la mateixa Administració Pública. En segon lloc, estudiarem el tractament, a efectes de la LCSP, dels encàrrecs de gestió celebrats respecte d'entitats públiques amb personalitat jurídica pròpia però que pertanyen a la mateixa

---

<sup>301</sup> Certament, la novetat de la LCSP no es troba en l'exclusió de l'execució directa d'una determinada prestació per la pròpia Administració que, com ja hem vist, es preveia ja en l'anterior TRLCAP, sinó que la novetat es troba en la regulació específica de la condició de mitjans propis de l'Administració, atribuint aquesta condició a entitats dotades de personalitat jurídica pròpia diferenciada. PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 20.

Administració Pública i, finalment, ens referirem als encàrrecs de gestió *interadministratius*, és a dir, aquells que es conclouen entre subjectes pertanyents a diferents Administracions Públiques.

### **3.2. - El caràcter *no contractual* dels encàrrecs de gestió entre òrgans administratius que pertanyen a la mateixa Administració Pública.**

Com ja hem exposat al estudiar el concepte de *contracte públic* previst en la LCSP, quan l'encàrrec de gestió recau entre òrgans administratius – és a dir, entre subjectes sense personalitat jurídica pròpia, que s'integren dins d'una mateixa estructura organitzativa més àmplia - difícilment podem parlar de l'existència d'un contracte. En efecte, com argumentàvem aleshores, la pròpia idea de *contracte* exigeix la necessària concurrència de dues *persones*, en sentit estricte, que es configuren com les parts de la relació contractual que s'estableix entre elles. Pel que, quan aquesta relació s'estableix entre simples unitats organitzatives d'una mateixa persona jurídica, no podem parlar, en cap cas, de l'existència d'una autèntica relació bilateral.

Com hem posat de relleu anteriorment, aquesta ha estat també la interpretació mantinguda pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea al examinar l'àmbit d'aplicació de les Directives europees sobre contractació pública. Malgrat que aquestes Directives no es refereixen expressament a aquests supòsits, el TJUE ha vingut afirmant reiteradament que han de quedar fora del seu àmbit d'aplicació aquells casos en els quals l'Administració Pública exerceix les funcions públiques que li han estat assignades a través dels seus propis mitjans organitzatius i sense recórrer a persones jurídiques externes. Segons el Tribunal, les Directives tenen per objecte regular els contractes públics celebrats entre un poder adjudicador i un, o diversos, operadors econòmics [art. 1.2 a) Directiva 2004/18/CE, de 31 de març], de manera que, en cas de les relacions merament interorgàniques, al no existir una relació obligatòria entre dues persones formalment diferents, no pot parlar-se pròpiament de l'existència d'un *contracte públic* i, per tant, la seva regulació quedaria al marge de la normativa europea.

Un bon exemple d'aquesta interpretació el constitueix la ja citada Sentència del TJUE d'11 de gener de 2005, assumpte C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GMBH / Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, en la que s'afirma

expressament que les Administracions Públiques tenen la possibilitat de realitzar les tasques d'interès públic que tenen assignades a través dels seus propis mitjans administratius, tècnics o de qualsevol altre tipus, sense veure's obligades a recórrer a entitats externes als seus serveis (F.J. 48). En tractar-se de relacions purament internes no pot parlar-se de l'existència d'un contracte oneros sinó d'una forma de gestió interna que no transcendeix l'estructura organitzativa pròpia d'una mateixa persona jurídica i, per tant, no seria possible aplicar-los les normes en matèria de contractació pública<sup>302</sup>.

Partint d'aquesta perspectiva general, i com no podia ser d'una altra manera, el legislador espanyol al traslladar al nostre àmbit jurídic intern la normativa comunitària ha arribat a les mateixes conclusions. Així, en no poder configurar-se rigorosament com un *contracte*, la LCSP no pren tampoc en consideració les relacions de caràcter interorgànic sinó que, seguint les premisses establertes pel TJUE, limita el seu àmbit d'aplicació únicament a les relacions travades entre subjectes dotats de personalitat jurídica pròpia. En efecte, el fet que la LCSP es dirigeixi exclusivament a regular els negocis jurídics establerts entre, per una part, els “*entes, organismos i entidades*”, amb personalitat jurídica pròpia, integrats al sector públic espanyol i, per una altra, les *personas* naturals o jurídiques amb plena capacitat d'obrar (art. 2.1 i 43.1 LCSP), ens porta a entendre, si més no implícitament, que exclou del seu àmbit material d'aplicació les meres relacions organitzatives que poden establir-se entre òrgans administratius<sup>303</sup>.

En coherència, la formalització dels encàrrecs de gestió entre *òrgans* d'una mateixa Administració Pública, en no poder configurar-se com un contracte públic, quedaria plenament fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic, havent de subjectar-se a allò que estableixi la normativa pròpia de cada Administració pública, així com a les prescripcions bàsiques establertes per la LRJPAC. La principal conseqüència que es derivaria de tot això – en el que a efectes contractuals es refereix - residirà en la lògica innecessarietat de sotmetre la decisió d'adjudicar l'execució d'una determinada prestació

---

<sup>302</sup> En aquest mateix sentit, per exemple, la ja citada STJUE de 18 de novembre de 1999, assumpte C-107/98, *Teckal Srl. / Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Regio Emilia*, afirmava que la Directiva 93/63 només era aplicable aplicable “cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una *entidad formalmente distinta de ella* [...] un contrato a título oneroso [...]” (F.J. 51). O, entre altres, també la STJUE de 10 de novembre de 1998 assumpte C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden / BFI Holding BV*, F.J. 25.

<sup>303</sup> Comparteixen aquesta opinió, per exemple, PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 20 i PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 32-38.

material a un òrgan pertanyent a la mateixa Administració Pública a un procediment competitiu que assegurí la participació i concurrència de tots aquells possibles subjectes interessats en la seva realització - encara que això no exclouria, tal com preveu l'article 15.3 de la LRJPAC, que aquesta adjudicació sí que s'hagués de fonamentar en criteris d'eficàcia i millor capacitat de gestió.

### **3.3. - Tractament contractual dels encàrrecs de gestió entre entitats públiques pertanyents a la mateixa Administració Pública. La doctrina de les relacions *in house providing*.**

Junt amb els encàrrecs de gestió entre *òrgans* pertanyents a la mateixa Administració Pública hem vist també com la LRJPAC admetia plenament la possibilitat que la realització d'activitats materials, tècniques o de serveis s'encomanés a altres entitats públiques, amb personalitat jurídica pròpia, pertanyents a la mateixa organització administrativa (art. 15.3 LRJPAC). En aquests casos, les consideracions que realitzàvem en l'apartat anterior ja no ens serveixen en la seva totalitat perquè, a diferència d'aquells, en aquestes encàrrecs de gestió *intersubjectius* – tot i que limitats a una mateixa Administració Pública - sí que és possible parlar, almenys formalment, de l'existència d'un acord de voluntats celebrat per una entitat del sector públic i una persona jurídica diferent d'ella. Acord que, en la mesura que el seu objecte fos contractual, seria susceptible d'encaixar dins de la definició àmplia de *contracte públic* prevista per la LCSP i, en conseqüència, entrar directament dins de l'àmbit material d'aplicació de aquesta Llei.

No obstant, i malgrat aquesta identificació, a les pàgines precedents hem posat ja de relleu com el fet que aquests encàrrecs de gestió se situïn principalment en l'àmbit intern de les diferents Administracions Públiques i molt estretament lligades a la potestat autoorganitzadora inherent a cada una d'elles, havia portat a la doctrina i al propi TJUE a matisar també el seu caràcter contractual. Així, s'ha vingut considerant que el requisit formal de l'existència de personalitat jurídica pròpia no és un element suficient, per si mateix, per qualificar aquestes relacions com un autèntic contracte públic. Encara que formalment pugui parlar-se de l'existència d'una relació jurídica bilateral, l'absència d'una voluntat diferenciada o d'una autèntica autonomia en el àmbit decisorí ens condueix a conceptualitzar aquestes relacions, des d'un punt de vista material, com un supòsit d'autoprovisió o de gestió interna, en el qual l'Administració acudeix als seus propis mitjans

- encara que personificats - per al compliment de les seves finalitats d'interès general. I és per això que, atenint el seu caràcter intern i merament organitzatiu, s'arriba en la conclusió que aquestes operacions han de quedar fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa contractual.

I aquesta, precisament, sembla ser també l'opció aollida per la vigent Llei de Contractes del Sector Públic. Encara que, com ja hem dit, la LCSP no esmenta específicament els encàrrecs de gestió, sí que exclou expressament del seu àmbit d'aplicació els negocis jurídics en virtut dels quals els ens del sector públic encarreguin la realització d'una determinada prestació a un entitat que tingui atribuïda la condició de mitjà propi i servei tècnic dels mateixos [art. 4.1 n) LCSP]. Com a simple utilització de mitjans propis, i seguint la doctrina jurisprudencial del TJUE (per exemple, en la ja citada STJUE *Stadt Halle* de 2005), es considera que es tracta d'una relació merament interna, sense transcendència fora de la pròpia estructura administrativa i, com a tal, aquests negocis s'han d'exceptuar de l'aplicació de la LCSP.

Des d'aquesta perspectiva, ens interessa destacar aquest precepte perquè la notable amplitud amb què s'expressa - que, com ja hem dit al *Capítol II*, permetria incloure en el seu àmbit d'aplicació a una gran tipologia de figures<sup>304</sup> - semblaria admetre també la subsumpció dels encàrrecs de prestacions materials realitzats a l'empara de l'article 15.3 de la LRJPAC. I és que, en definitiva, com hem vingut exposant, quan parlem d'encàrrecs de gestió entre entitats públiques pertanyents a una mateixa Administració no ens referim a res més que a un negoci jurídic a través del qual les Administracions Públiques encarregarien la realització de determinades activitats a altres persones jurídico-públiques adscrites a la seva pròpia organització. Pel que les similituds entre ambdós supòsits fàctics, creiem, se'ns presenten amb bastant de claredat. No obstant, aquesta consideració requereix d'alguna matisació prèvia, especialment en el que als subjectes de la relació d'encàrrec es refereix. I és que, com el lector pot observar fàcilment, el tenor literal d'aquests preceptes no és del tot coincident, de manera que considerem oportú detenir-nos, si més no breument, en analitzar aquest precepte i els requisits que se'n deriven.

---

<sup>304</sup> Com esmentàvem anteriorment, aquesta és també l'opinió de, entre d'altres, PASCUAL GARCÍA que subratlla el fet que l'article 4.1 n) de la LCSP permet incloure en el seu àmbit d'aplicació una diversitat de figures, entre les que l'autor esmenta també els encàrrecs de gestió. PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 21.

### ***3.3.1. - Elements dels encàrrecs de gestió entre entitats públiques pertanyents a la mateixa Administració exclosos de la LCSP.***

Si partim de la definició prevista a la LCSP, podrem comprovar, en primer lloc, com l'article 4.1 n) de la LCSP es refereix, genèricament, als “negocis jurídics”. Segons la nostra opinió, la LCSP utilitza aquesta denominació en un sentit ampli, amb la voluntat d'englobar tot acord de voluntats entre dues persones diferents a través del qual les parts pretenen aconseguir un determinat resultat jurídic. En aquest sentit, com ja hem exposat, entenem que l'encàrrec de gestió entre entitats amb personalitat jurídica pròpia però pertanyents a la mateixa Administració a què ens estem referint no és més que un acord entre dos subjectes formalment diferents dirigit a crear o concretar una relació obligatòria entre ells. Pel que, segons la nostra opinió, no trobaríem cap inconvenient de principi per conceptualitzar-la - insistim, almenys formalment - com un autèntic negoci jurídic.

Seguidament, i des d'un punt de vista objectiu, pot constatar-se també com els negocis als que es refereix l'article 4.1 n) de la LCSP poden tenir per objecte qualsevol tipus de prestació. En referir-se només a “la realización de una determinada prestación” la Llei de Contractes del Sector Públic sembla emparar tot tipus d'encàrrec (ja siguin obres, serveis,...) i amb independència de la seva quantia. Pel que, òbviament, podria incloure's també la realització de les activitats materials, tècniques i de serveis a què ens referíem anteriorment al analitzar el règim jurídic de l'encàrrec de gestió de la LRJPAC.

Però com apuntàvem més amunt, és quan analitzem l'article 4.1 n) de la LCSP des d'un punt de vista subjectiu que poden plantejar-se'ns alguns interrogants, ja que la terminologia o les categories conceptuals que s'empren en cada un d'aquests supòsits no són del tot coincidents. Així, tot i que en ambdós casos es fa referència a l'establiment d'una relació obligatòria entre dues persones formalment diferents, l'article 15.3 de la LRJPAC exigeix únicament que es tracti d'entitats adscrites orgànicament a una mateixa Administració Pública - “pertenecientes a la misma Administración” -. En canvi, per poder excloure aquests negocis jurídics del seu àmbit d'aplicació, la LCSP ens exigeix en tot cas que l'entitat a què s'encarregui la realització d'una determinada prestació tingui la consideració de mitjà propi o servei tècnic. Consideració que ens vindrà determinada, no només per la pertinença formal a una o una altra estructura administrativa, sinó pel compliment dels requisits



previstos a l'important article 24.6 de la LCSP, en el que s'estableix que, als efectes previstos a l'article 4.1 n) de la LCSP,

“[...] 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 éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios [...]”.

D'aquesta manera, a través de l'article 24.6 de la LCSP, el legislador espanyol ve a positivitzar al nostre ordenament jurídic els criteris que, en l'àmbit jurisprudencial, el TJUE havia vingut utilitzant per determinar quan ens trobàvem davant d'una relació jurídica de caràcter intern susceptible d'exceptuar-se de l'aplicació de les Directives sobre contractació pública. Si recordem el que exposàvem anteriorment, a partir de la tantes vegades citada Sentència *Teckal* de 1999, el TJUE havia vingut delimitant les prestacions excloses de la normativa europea partint de la concurrència acumulativa de dos requisits: 1) que l'entitat adjudicadora exercís sobre l'ens que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i 2) que l'ens encarregat realitzés la part essencial de la seva activitat per a l'entitat o les entitats que el controlen. Requisits que són ara els que, precisament, prenen també en consideració la nova LCSP per limitar els supòsits exclosos del seu àmbit d'aplicació. S'hi afegeix, no obstant, una condició ulterior, de caràcter formal, requerint-se igualment que el reconeixement del caràcter de mitjà propi consti expressament en la norma que creï aquestes entitats o als seus estatuts, que hauran de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició (art. 24.6, tercer paràgraf, de la LCSP)<sup>305</sup>.

En aquest sentit, davant de la divergència dels dos preceptes, se'ns planteja ràpidament la pregunta següent: en el cas dels encàrrecs de gestió formalitzats amb entitats públiques pertanyents a la mateixa Administració és possible parlar també de l'existència de mitjans propis o serveis tècnics? Segons la nostra opinió, podem avançar ja que sí, que en la gran majoria dels casos resulta possible realitzar aquesta equiparació. Però per poder donar una resposta més concreta a aquestes qüestions hem d'analitzar amb major detall la concurrència o no dels requisits fixats per l'article 24.6 de la LCSP.

---

<sup>305</sup> En el cas d'utilització com mitjans propis de societats, l'article 24.6 de la LCSP exigeix, a més, un altre requisit addicional, ja que és necessari que la totalitat del capital social d'aquesta societat sigui de titularitat pública. Al haver limitat ja d'entrada l'àmbit d'aplicació subjectiu de l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC només a les persones jurídico-públiques, aquest requisit quedarà, de moment, al marge de la nostra exposició.

### ***3.3.2. - L'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis.***

El primer requisit a què hem de fer referència és el relatiu a l'existència, sobre l'entitat encarregada, d'un control anàleg al que l'encarregant exerceix sobre els seus propis serveis. Es tracta, en definitiva, de demostrar que aquesta entitat no té, davant de l'Administració encarregant, un autèntic àmbit d'autonomia des del punt de vista decisorí. Pel que, com dèiem, encara que formalment poguéssim parlar-se d'un acord entre dues persones jurídicament diferents no seria possible afirmar que ens trobem davant de la formalització d'un autèntic *contracte públic* entre elles. El requisit del *control anàleg* - element clau en la configuració dels mitjans propis - suposaria, així, la possibilitat d'influir d'una manera determinant tant sobre els objectius estratègics com sobre les decisions més importants de l'entitat encarregada, de manera que pugui concloure's que les tasques que se li encomanen no es gestionarien de forma diferent si les hagués assumit com a pròpies l'ens encarregant i, per tant, evidenciant que en realitat ambdues entitats són una única i idèntica persona, una única unitat organitzativa.

Ha estat d'aquesta manera concreta - subratllant la idea que la presència d'un control anàleg implica l'existència d'una voluntat decisòria única dirigida a la satisfacció d'uns mateixos interessos generals - com el TJUE s'ha vingut referint, a través de la seva extensa jurisprudència, a aquest requisit específic. En aquest sentit, per identificar la concurrència de tal situació de control anàleg, el TJUE ha anat detallant una sèrie d'indicis o circumstàncies que poden ajudar-nos a constatar l'existència d'aquest control. Així, per exemple, s'ha referit a la qüestió de la participació en el capital social de l'operador al qual s'atribueix un determinat encàrrec, a la composició dels òrgans de direcció d'aquests o a l'establiment i abast de les facultats de control reconegudes al poder adjudicador, si bé, com es destaca en la Sentència d'11 de maig de 2006, assumpte C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorcio Alisei / Comune di Busto Arizjo, AGESP, SpA*, aquest és necessàriament un examen casuístic que ha de tenir en compte el conjunt de disposicions legals i circumstàncies pertinents (F.J. 36)<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> Podem citar, entre altres, la STJUE de 13 d'octubre de 2005, assumpte C-458/03, *Pàrquing Brixen GMBH / Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen, AG*, F.J. 65, la STJUE de 19 d'abril de 2007, assumpte C-295-05, *Associació Nacional d'Empreses Forestals (ASEMFO) / Transformació Agrària, SA. (TRAGSA)*, Administració de l'Estat, o la STJUE de 13 de novembre de 2008, assumpte C-324/07, *Coditel Brabant SA / Comune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, F.J. 28.

En qualsevol cas, i sense poder entrar ara més en profunditat en l'estudi del significat de cada un d'aquests indicis, ens interessa esmentar-los pel fet que si els trasludem al nostre específic objecte d'estudi i, sobretot, a la possible tipologia de subjectes encarregats que analitzàvem al Capítol anterior, podrem comprovar com, segons la nostra opinió, no hi hauria majors inconvenients en reconèixer l'existència real d'un control anàleg en la gran majoria d'entitats de Dret Públic, vinculades o dependents de les Administracions Públiques a què ens referíem en aquell moment. I molt especialment en relació amb la categoria d'Organismes Públics *típics* que examinàvem aleshores, és a dir, els organismes autònoms, entitats públiques empresarials o agències regulades per la LOFAGE, així com els seus equivalents en l'àmbit autonòmic i local.

*A) El caràcter de mitjà propi dels Organismes Públics regulats per la LOFAGE, així com els seus equivalents en l'àmbit autonòmic i local.*

Si prenem en consideració, en primer lloc, la categoria dels Organismes Públics dependents de les diferents Administracions Públiques territorials, ens adonarem com totes aquestes entitats, tot i gaudir de personalitat jurídica diferenciada, es caracteritzen, precisament, per dependre directament d'una única Administració. No es tracta, és veritat, d'una dependència jeràrquica, ja que se'ls reconeix una certa autonomia funcional en la seva gestió, però no hi ha dubte, com ha reconegut unànimement la doctrina, que aquests organismes no són més que una projecció de la pròpia estructura organitzativa, perseguint el compliment d'unes finalitats o objectius convergents amb els de la seva Administració matriu<sup>307</sup>.

---

Sobre el contingut concret d'aquest requisit poden veure's, especialment, els ja citats PERNAS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, p. Cit., p. 65-174, MONTOYA MARTÍN, Encarnación: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Op. Cit., p. 93-95 o PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 34-40.

<sup>307</sup> Són molts els autors que s'han pronunciat sobre la relació d'instrumentalitat que lliga aquests organismes amb les seves respectives Administracions. Amb caràcter general, podem citar, per exemple, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 400-404.

En aquesta lògica si acudim a la seva normativa reguladora específica comprovarem com, tant la legislació estatal com l'autonòmica, han vingut destacant el seu caràcter merament instrumental<sup>308</sup>. Caràcter que es plasma en la seva adscripció orgànica a un determinat departament administratiu, al qual se li atribueix la direcció estratègica, l'avaluació i el control dels resultats de la seva activitat. I és que, en definitiva, encara que potser no es prevegin les mateixes prerrogatives que s'exerceixen sobre els òrgans administratius en sentit estricte, sí que es reconeixen a l'Administració matriu amplis poders de control, referits no només a la seva creació, la determinació de les seves funcions i potestats, o la dotació del seu patrimoni, sinó també a la direcció i fiscalització de la seva activitat ordinària; arribant a l'extrem de poder imposar-los, obligatòriament, la realització d'un determinat encàrrec material (tal com preveu, per exemple, l'article 47.2 de la citada Llei gallega 16/2010, de 17 de desembre).

I és important destacar aquest últim aspecte pel fet que no només, com ha assenyalat el TJUE, la possibilitat d'atribuir encàrrecs de compliment obligatori és un clar indicatiu de l'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis sinó que, a més, aquesta ha estat assumida per la LCSP com una presumpció *iuris tantum* de l'existència d'aquest control. De manera que, quan l'ordenament jurídic confereix la possibilitat d'encomanar obligatòriament la realització de determinades tasques, d'acord amb les instruccions fixades unilateralment per l'encarregant i la retribució del qual es fixa per referència a tarifes aprovades també per aquesta última entitat, l'article 24.6, segon paràgraf, de la LCSP entén que els poders adjudicadors ostenten realment un control anàleg sobre l'entitat que es tracta.

---

<sup>308</sup> En aquest sentit, podem recordar, per exemple, com en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat, l'article 1 de la LOFAGE assenyala que els Organismes Públics són les entitats de Dret Públic que desenvolupen les activitats derivades de la pròpia Administració General de l'Estat en qualitat d'organitzacions *instrumentals diferenciades* però *dependents d'aquesta*. Característiques que es reiteren en molts altres preceptes com els articles 41, 43 o 44.1 de la LOFAGE.

Pel que es refereix a l'àmbit autonòmic, i expressant-se en termes molt similars, podem citar l'article 46.4 de la recent Llei 16/2010, de 17 de desembre, d'Organització i funcionament de l'Administració general i del sector públic autonòmic de Galícia o l'article 39 de la Llei 7/2004, de 28 de desembre, d'Organització i règim jurídic de l'Administració Pública de la Comunitat Autònoma de Múrcia.

I finalment en l'àmbit local, l'article 85 bis de la Llei de Bases de Règim Local es refereix també als poders de direcció i control que conformen la relació d'instrumentalitat d'aquestes entitats.

Per tant, i com ha assenyalat àmpliament la doctrina, podríem concloure que el reconeixement de mitjà propi d'aquestes entitats i organismes no presentaria majors problemes de fons ja que, per la seva pròpia configuració, tots ells són instrumentals de l'Administració de la que depenen<sup>309</sup>. No obstant, en aquest punt, i recollint algunes de les idees que esmentàvem en classificar els encàrrecs de gestió per raó dels subjectes intervinents, considerem necessari fer una breu menció a un supòsit que, segons la nostra opinió, pot generar-nos dubtes sobre el compliment o no del control anàleg. Ens referim a la inadequada aplicació del requisit del control anàleg respecte de les que anteriorment hem vingut a denominar Entitats públiques de règim singular.

*B) La difícil ubicació de les anomenades Entitats de règim singular: en especial, les Administracions independents.*

Quan a les pàgines precedents analitzàvem l'àmbit subjectiu de l'encàrrec de gestió posàvem de relleu com, davant de l'enorme diversitat d'entitats i de règims jurídics existents al nostre ordenament, se'ns feia certament difícil precisar a què es referia l'article 15 de la LRJPAC quan parlava dels òrgans o entitats pertanyents a la *mateixa* Administració Pública. En aquest sentit, els nostres dubtes es plantejaven, en primer lloc, en el que denominàvem Entitats de règim singular, que agrupen a un conjunt molt heterogeni d'organismes públics regulats per la LOFAGE (i per la legislació autonòmica) que, tot i tenir algun tipus de vinculació amb l'Administració General de l'Estat (o, en el seu cas, de les Comunitats Autònomes), es caracteritzen perquè es doten d'un règim jurídic particular, diferent del previst generalment per als Organismes Públics típics.

Com explicàvem aleshores, la diversitat de regulacions, però sobretot el notable grau d'autonomia de gestió que en ocasions se'ls reconeix, fan certament complex poder determinar *a priori* el règim de vinculació administrativa d'aquestes entitats respecte de les Administracions Públiques territorials. En qualsevol cas, i sense poder entrar ara més detalladament en aquesta qüestió, ens interessa destacar com, independentment de que a efectes de la LRJPAC aquestes persones jurídiques puguin qualificar-se o no com a entitats pertanyents a una mateixa estructura administrativa, a efectes de la LCSP i de la

---

<sup>309</sup> En el mateix sentit, PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 46 i GALÁN DEL FRESNO, Juan Manuel: "Las encomiendas de gestión en la Ley de Contratos del Sector Público", en *Contratación administrativa práctica*, núm. 90, 2009, p. 33.

jurisprudència del TJUE resulta molt difícil poder considerar-les com a autèntics mitjans propis de les Administracions Públiques territorials.

Això resulta especialment evident, al nostre entendre, en el cas de les anomenades Administracions independents, és a dir, d'aquelles personificacions públiques que es doten d'un major grau d'autonomia en la seva actuació davant el Govern i els respectius departaments ministerials, amb la voluntat, com ha posat de relleu nostra millor doctrina, de “neutralitzar” políticament la seva gestió, apartant la seva disponibilitat de la lluita partidista<sup>310</sup>. En aquests casos, tot i no trencar-se tots els vincles amb el Govern i l'Administració Pública a la qual orgànicament es vinculen<sup>311</sup>, sí que es proveeixen d'un estatus singular que qüestionaria seriosament la seva possible consideració com mitjans propis. Així, la seva independència no només es garanteix per la seva autonomia pressupostària o financera, o per l'inamobilitat dels seus membres, sinó també per la impossibilitat de donar-los instruccions o ordres per a l'exercici de les seves funcions - tal com preveu, novament, el ja citat article 9.2 de la recent Llei 2/2011, de 4 de març, en el que s'assenyala que els Organismes reguladors esmentats en aquesta norma (Comissió Nacional de l'Energia, Comissió Nacional del Mercat de Telecomunicacions i Comissió Nacional del Sector Postal) no podran acceptar ni sol·licitar instruccions de cap entitat pública o privada -.

Per tant, difícilment podria afirmar-se que, en aquests supòsits, l'entitat encarregada no gaudeix d'una autèntica autonomia decisòria en l'àmbit estratègic i de les actuacions més rellevants, quan, precisament, la major autonomia que es reconeix a aquestes autoritats independents es dirigeix principalment a excloure la interferència externa en l'adopció de les seves principals decisions i en el desenvolupament de la seva activitat ordinària. En efecte, pot dir-se que aquestes entitats sí que són capaces de construir la seva pròpia voluntat en l'exercici de les seves competències, al marge de l'Administració Pública a què es vinculen i, per això, podem concloure que, en no complir-se el primer dels requisits

---

<sup>310</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 428. En el mateix sentit, SANTAMARÍA PASTOR ens recorda que el desenvolupament de les anomenades Administracions independents sorgeix, justament, en negació dialèctica de la posició de dependència que caracteritza les entitats instrumentals típiques. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, Op. Cit., p. 726-727.

<sup>311</sup> Precisament una de les incògnites que presenten aquestes entitats és la difícil compatibilitat que existeix entre el seu funcionament independent i la seva submissió al poder de direcció del Govern que es preveu constitucionalment i a l'establiment d'àmbits d'actuació no sotmesos a nivells de control polític efectius.

exigits per l'article 24.6 de la LCSP, els encàrrecs de gestió que les Administracions Públiques territorials poguessin formalitzar amb aquestes entitats no quedarien emparats per l'article 4.1 n) de la LCSP<sup>312</sup>.

Això suposa automàticament que aquests encàrrecs s'han de sotmetre a les exigències de publicitat i concurrència previstes per la LCSP? No necessàriament. Significa, només, que els possibles encàrrecs per a la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis que puguin rebre aquestes entitats, per poder excloure's de l'àmbit d'aplicació de la LCSP, hauran de poder reconduir-se a altres categories. Molt especialment, tal com veurem més endavant, a la figura dels convenis de col·laboració entre Administracions Públiques que l'article 4.1 c) de la LCSP també exclou del seu àmbit d'aplicació.

*C) L'absència del control anàleg en el cas de les Universitats Públiques i les Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos.*

Les mateixes conclusions a les quals hem arribat en l'apartat anterior poden estendre's també a les Universitats Públiques i a les Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos a què ens referíem com a possibles receptors dels encàrrecs de gestió. D'una manera similar al que plantejàvem més amunt, encara que la determinació del caràcter *intra* o *inter* administratiu de les relacions d'encàrrec formalitzades amb aquestes entitats ens genera seriosos dubtes – pel fet que, tot i que se'ls reconeix personalitat jurídica pròpia i independent, és evident que es tracta també d'entitats vinculades, d'alguna manera, a les Administracions Públiques territorials i es doten, per tant, d'un cert grau d'instrumentalitat respecte de la consecució dels fins públics que exerceixen - des d'un punt de vista contractual la discussió ens sembla menys problemàtica.

Si prenem com a referència els criteris utilitzats pel TJUE per constatar l'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis ens adonarem com, tant en el cas de les Universitats Públiques com en el cas de les Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos, el grau d'autonomia de gestió que se'ls reconeix és tal que resulta certament difícil poder afirmar la concurrència d'aquest requisit. En efecte, en ambdós supòsits ens trobem amb entitats el màxim òrgan de govern de les quals està format exclusivament per

---

<sup>312</sup> Comparteix aquesta opinió, ORTIZ MALLOL, José: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, Op. Cit., p. 247-248.

representants dels membres que agrupa<sup>313</sup>, sense cap tipus de vinculació política o administrativa obligatòria amb l'Administració Pública de referència; òrgan que, a més, disposa de la capacitat per organitzar i ordenar, en el marc de l'ordenament jurídic, l'exercici de les funcions públiques que s'atribueixen a aquestes corporacions. Per tant, i sens perjudici de la supervisió pròpia de l'Administració territorial que correspongui, l'autonomia reconeguda a aquestes entitats es caracteritza per la capacitat de gestionar els seus propis interessos d'una manera certament independent, sense subjectar-se a les possibles instruccions que puguin dirigir-se'ls. Així, no només disposen de plena capacitat d'obrar en el tràfic jurídic, sinó també de la potestat reglamentària per aprovar les seves pròpies normes d'organització i funcionament<sup>314</sup>, així com també d'autonomia pressupostària per gestionar els seus propis ingressos i despeses<sup>315</sup>. I aquesta última afirmació també mereix destacar-se, ja que cal precisar que el fet que, per exemple, les Universitats Públiques trobin la seva principal font de finançament en les aportacions econòmiques provinents d'una altra Administració territorial no permet definir incondicionalment aquestes entitats com un simple instrument de l'Administració. Com ha assenyalat el TJUE, tot i que la manera com es finança una determinada entitat pública és un indici que pot resultar revelador de la seva estreta dependència respecte d'una altra entitat adjudicadora, aquest no és un criteri absolut, sinó que cal verificar realment l'existència d'una relació de dependència estructural entre ambdues<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> En el cas de les Universitats Públiques, l'article 20 de la Llei Orgànica d'Universitats preveu que el rector en serà la màxima autoritat, exercint la seva direcció, govern i gestió; afegint-se que aquest serà elegit pel claustre o comunitat universitària mitjançant elecció directa. Alhora es preveu l'existència d'un Consell de Govern, format pel rector, el secretari general i el gerent, així com un màxim de 50 representants de la comunitat universitària i que serà l'òrgan de govern de la Universitat (art. 15 LOU).

En el cas dels col·legis professionals - l'exemple més típic de Corporació de Dret Públic representativa d'interessos - l'article 7.3 de la Llei 2/1974, de 13 de febrer, sobre Col·legis Professionals, preveu també l'existència d'una junta directiva elegida pels propis col·legiats i que es configuraria com el màxim òrgan de govern de aquesta institució.

<sup>314</sup> Així ho preveuen els articles 2.2 i 6.1 de la LOU o l'article 6 de la Llei estatal sobre col·legis professionals, que atribueixen a aquestes entitats la facultat d'elaborar i aprovar els seus propis estatuts i les seves normes internes d'organització i funcionament.

<sup>315</sup> En aquest sentit, per exemple, l'article 79.1 de la LOU reconeix autonomia econòmica i financera a les Universitats públiques, garantint-los els recursos necessaris per al correcte desenvolupament de les seves funcions; mentre que, per la seva part, l'article 6.1 de la citada Llei 2/1974, de 13 de febrer, remet als estatuts col·legials la fixació del règim econòmic dels col·legis professionals que haurà d'assegurar el compliment de les finalitats d'aquesta institució.

<sup>316</sup> Aquestes són, precisament, les consideracions explicitades en la STJUE de 3 d'octubre de 2000, assumpte C-380/98, *University of Cambridge*, en la que el Tribunal analitza la possible consideració d'aquesta Universitat com un poder adjudicador als efectes de les Directives europees. En aquest sentit, encara que la resolució judicial es refereix a una qüestió diferent de la que ara estem examinant, ens



Per tot això, podem considerar que, en aquests supòsits i a efectes contractuals, no resulta possible conceptuar a aquestes entitats com a parts integrants d'una mateixa i única estructura organitzativa. No ens trobem davant d'un mateix complex unitari, del qual pugui inferir-se una dependència estructural, sinó que ens trobem realment davant de dues persones jurídiques diferenciades que, tot i que dirigides en darrer terme a la consecució d'objectius d'interès general, es doten d'uns instruments de direcció i gestió administrativa completament separats. No hi ha, per tant, una subordinació o falta d'independència tal que ens porti a afirmar l'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis. De manera que, com en el punt anterior, en no complir-se amb el primer dels requisits previstos a l'article 24.6 de la LCSP, no podria parlar-se a efectes contractuals de l'existència d'un mitjà propi i servei tècnic de l'Administració. Amb el que hem de concloure novament afirmant que els possibles encàrrecs de gestió que vulguin articular-se amb les Universitats Públiques o les Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos no quedarien excloses de l'àmbit d'aplicació de la legislació contractual a l'empara de l'article 4.1 n) de la LCSP sinó que, reiterant la mateixa idea que esmentàvem en finalitzar l'apartat anterior, aquesta exclusió, en el seu cas, hauria de buscar-se i fonamentar-se en un altre precepte legal. En concret, i com veurem més endavant, podria trobar-se a l'article 4.1 c) de la Llei de Contractes del Sector Públic. Per la qual cosa ens remetem ara al Punt 3.4 d'aquest *Capítol* en el qual, específicament, examinarem aquesta qüestió.

### **3.3.3. - La realització de la part essencial de la seva activitat amb l'ens adjudicador.**

El segon requisit que exigeix la LCSP per constatar l'existència d'un mitjà propi de l'Administració i, per tant, per excloure del seu àmbit d'aplicació les relacions jurídiques que puguin entaular-se entre ells, consisteix en què l'encarregat realitzi la part essencial de la seva activitat respecte a l'ens de què depèn (art. 24.6, primer paràgraf, de la LCSP). Com s'ha assenyalat, amb la influència decisòria determinant d'un poder adjudicador no n'hi ha prou per distingir a un ens d'altres prestadors d'activitats econòmiques, sinó que és precís, a més, verificar que la seva activitat es dedica en gran part a la seva entitat d'origen<sup>317</sup>. I és que, com ha subratllat el TJUE en la Sentència d'11 de maig de 2006, assumpte C-340/04, *Carbotermo SpA., Consorcio Alisei / Comune di busto Arsizjo, AGESP, SpA.*, no pot considerar-

---

serveix per posar de relleu que el fet de comptar amb finançament públic no és un requisit suficient, per si sol, per considerar l'existència d'un mitjà propi, F.J. 21-26.

<sup>317</sup> PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 154.

se que una entitat no disposa de llibertat d'acció pel simple fet que l'ens territorial de què depengui controli les seves principals decisions quan, malgrat aquest control, pot desenvolupar una part important de la seva activitat econòmica amb altres entitats o operadors econòmics (F.J. 61).

D'aquesta manera, el requisit de la realització de la part essencial se'ns presenta com a complementari del requisit del control anàleg i opera en un segon moment - una vegada s'ha verificat la concurrència d'aquest control - tractant d'evitar que una determinada entitat actuï com a mitjà propi de l'Administració i, alhora, competeixi al mercat de béns i serveis<sup>318</sup>. Novament ens trobem aquí davant d'un requisit que ha de ser verificat cas per cas, prenent en consideració no només les activitats que una determinada entitat està facultada a portar a terme segons l'ordenament jurídic o els seus propis estatuts interns, sinó aquelles que realment realitza. I això amb independència de qui remunera aquesta activitat o del territori en el que s'exerceixi.

Però més enllà d'aquestes consideracions generals, la veritat és que ens trobem amb un concepte - el de *part essencial* - que resulta certament indeterminat. L'article 24.6 de la LCSP no aporta cap més element que ens permeti ponderar adequadament quan s'entén complimentat aquest requisit; a la vegada que el TJUE tampoc no ha definit criteris jurisprudencials més específics a tal efecte<sup>319</sup>. En tot cas, sembla exigir-se que l'activitat de

---

<sup>318</sup> En el mateix sentit, GIMENO FELIÚ subratlla que el requisit que l'ens instrumental realitzi la part essencial de la seva activitat econòmica amb l'entitat que la controla és certament coherent si es considera que tot el concepte gira entorn de la falta d'autonomia contractual d'aquest ens controlat. En efecte, si l'exempció de l'àmbit de la contractació pública es basa en que el contracte "in house" no és sinó una forma d'autoprovisió, tal exempció perdria el seu sentit si l'ens instrumental es dediqués a proveir també altres operadors públics i privats com qualsevol altre agent del mercat. GIMENO FELIÚ, José María: "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria", Op. Cit., p. 845. Idea que es repeteix, per exemple, en GIMENO FELIÚ, José María: "Encargos de ejecución a medios propios", en BERMEJO VERA, José (Dir.): *Diccionario de contratación pública*, Op. Cit., p. 317.

Pel contrari, GONZÁLEZ GARCÍA es mostra crític amb aquest element, en considerar que resulta el menys adequat per a determinar la noció de mitjans propis, alhora que no té cap relació amb els objectius perseguits per les Directives europees. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: "Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento la normativa comunitaria de contratación", en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, mayo-agosto 2007, p. 233.

<sup>319</sup> En aquest sentit, la doctrina destaca la menor atenció que aquest requisit ha merescut en relació amb el requisit del control anàleg. Menor atenció que s'explica segurament per la interpretació restrictiva que el TJUE ha realitzat d'aquest últim requisit, l'absència del qual ha generat que, en moltes ocasions, el TJUE no hagi entrat a valorar el compliment del segon requisit *Teckal*. Es refereixen a aquest aspecte, entre d'altres, PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 165-166, PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 41 o GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: "Medios propios de la

l'ens encarregat estigui destinada principalment a l'Administració Pública de què depèn, de manera que la resta de la seva activitat sigui merament marginal. Per això, el TJUE ha utilitzat com indicis d'aquest requisit, per exemple, el percentatge del volum de negocis o d'ingressos totals que una determinada entitat obtingui dels seus encàrrecs públics<sup>320</sup>.

És des d'aquesta perspectiva que hem d'examinar la concurrència d'aquest requisit respecte dels encàrrecs de gestió formalitzats amb entitats públiques pertanyents a la mateixa Administració i, molt especialment, respecte de la categoria dels Organismes Públics (així com entitats autonòmiques i locals equivalents) als quals ens hem vingut referint com a potencials destinataris d'aquests encàrrecs. En aquest sentit, entenem que tant en el cas dels organismes autònoms, com en el de les agències estatals i, fins i tot, en el de les entitats públiques empresarials aquest requisit podria entendre's fàcilment satisfet. Com és sabut, aquestes entitats es dirigeixen al compliment d'activitats d'interès general en règim de descentralització funcional, pel que l'objecte d'aquestes entitats es compon principalment d'activitats públiques pròpies de l'Administració a què s'adscriuen, configurant-se com a organitzacions especialitzades la finalitat de les quals no és altre que la realització d'activitats que l'ordenament jurídic assigna a l'Administració de la que depenen.

D'aquesta manera, no pot considerar-se que es tracti de subjectes que actuen al mercat com a simples operadors econòmics, sinó que, com diem, gestionen principalment activitats dirigides a complir amb les finalitats pròpies dels seus ens matrius. Així ho preveu l'article 1.2 de la LOFAGE que assenyalava expressament que els Organismes Públics “desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado”. Per la qual cosa és evident que realitzen la “part essencial” amb l'entitat de què depenen. Segons la nostra opinió, el fet que algunes d'aquestes activitats puguin tenir caràcter mercantil i el seu cost sigui sufragat pels usuaris no elimina el caràcter instrumental d'aquestes entitats, ja que aquestes es dirigeixen exclusivament a la gestió d'activitats o a serveis públics de la seva administració matriu, sense que la seva actuació es regeixi únicament per criteris de rendibilitat econòmica o per l'obtenció de lucre. Al contrari, totes elles desenvolupen

---

Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento la normativa comunitaria de contratación”, Op. Cit., p. 233.

<sup>320</sup> Podem citar, per exemple, la STJUE de 18 de desembre de 2007, assumpte C-220/06, *Associació Professional d'empreses de Repartiment i Manipulat de Correspondència / Administració de l'Estat*, F.J. 59 o la ja citada STJUE d'11 de maig de 2006, *Carbotermo*, F.J. 57-72.

funcions públiques sufragades, en la seva gran majoria, per fons públics procedents de les transferències o les assignacions realitzades per l'Administració matriu.

Com ha assenyalat CASTRO PASCUAL, en el cas dels Organismes Públics el requisit de la realització de la part essencial de la seva activitat per al encarregant bé podria considerar-se implícit en la pròpia atribució de funcions o en la descripció del seu objecte social ja que, citant un informe de la Intervenció General de l'Estat, se subratlla que en cas de no existir aquests Organismes Públics aquestes activitats correspondrien automàticament a l'Administració General de l'Estat (o, afegiríem, a l'Administració territorial que correspongués)<sup>321</sup>.

Cal tenir present també que aquest criteri exigeix només que els ens encarregats portin a terme la “part essencial” de la seva activitat amb l'encarregant, però no “exclusivament”. Per la qual cosa, com hem apuntat, no s'exclou que puguin realitzar-se també altres activitats comercials que escapin d'aquest control, sempre que tinguin un caràcter residual. En aquest sentit, la possible realització d'actuacions que li siguin encarregades no ja per la seva Administració matriu sinó, fins i tot, per la iniciativa privada - com es preveu, per exemple, l'article 4.4 del Reial Decret 1525/1999, d'1 d'octubre, per a l'Entitat Pública Empresarial de Sól (SEPES) o l'article 2.1 h) del Reial Decret 1114/1999, de 25 de juny, per a l'entitat pública empresarial Fàbrica Nacional de Moneda i Timbre-Real Casa de la Moneda - no suposa necessàriament trencar la seva consideració com a mitjà propi sempre, insistim, que aquesta tingui un caràcter secundari. En aquest punt, convé recordar com el TJUE en la Sentència ja citada la STJUE de 18 de desembre de 2007, assumpte C-220/06, *Associació Professional d'Empreses de Repartiment i Manipulat de Correspondència / Administració de l'Estat* va censurar el caràcter de mitjà propi de l'Administració General de l'Estat de la Societat Estatal de Correus i Telègrafs, SA. pel fet que la seva clientela estava formada no només per l'Administració de l'Estat, sinó per qualsevol persona interessada en utilitzar el servei postal universal. De manera que, al actuar al mercat postal i prestar els seus serveis a un nombre indeterminat de clients, no podia entendre's acomplert el requisit de realització de la part essencial de la seva activitat amb l'ens que la controla (F.J. 59 i 62).

---

<sup>321</sup> PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 51-52.

### **3.3.4. - Reconeixement formal de la condició de mitjà propi.**

Finalment, per poder excloure els encàrrecs de gestió intra-administratius de l'àmbit d'aplicació de la legislació contractual, l'article 24.6 de la LCSP ens exigeix encara un últim requisit de caràcter formal: que la condició de mitjà propi es reconegui expressament per la norma que els creï o pels seus estatuts, que hauran de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició i precisar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir (art. 24.6, tercer paràgraf, de la LCSP).

Es tracta, com ja s'ha dit, d'un requisit no previst per les Directives europees sobre contractació pública ni tampoc per la jurisprudència del TJUE i que, segons la meua opinió, res no aporta a la consideració material d'una determinada entitat com a mitjà propi. Més aviat al contrari, ja que pot generar encara més confusió. Així, en primer lloc, la mera declaració formal de la relació d'instrumentalitat existent entre dues entitats no pot excloure, en cap cas, la necessària verificació de l'existència d'un vincle real de subordinació i dedicació efectiva entre elles. De manera que pot afirmar-se que la norma reguladora dels diferents Organismes Públics no pot convertir-los automàticament en mitjans propis de l'Administració de què es tracti, sinó que això dependrà sempre de la constatació que realment aquestes entitats compleixen amb aquesta naturalesa d'acord amb els criteris fixats per la LCSP<sup>322</sup>.

No obstant, no s'ha de menysprear tampoc la importància que aquest requisit formal compleix en l'àmbit de la contractació pública. I és que, a partir de la redacció del citat article 24.6 de la LCSP, podem considerar que la necessitat de declarar formalment el caràcter de mitjà propi d'una determinada entitat es torna un requisit indispensable per poder excloure un determinat negoci jurídic de l'àmbit d'aplicació de la LCSP. En conseqüència, encara que un determinat Organisme Públic, per la seva pròpia naturalesa, pogués tenir la consideració de mitjà instrumental de l'Administració Pública (art. 44.1 LOFAGE), a efectes de la LCSP no tindria la consideració de mitjà propi o servei tècnic sinó a partir del reconeixement formal i específic d'aquesta qualitat en la seva norma de

---

<sup>322</sup> Així ho entenen també PERNAS GARCÍA, José: “exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 12, junio 2010, p. 1429; ORTIZ MALLOL, José: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *Op. Cit.*, p. 254 o REBOLLO PUIG, Manuel: “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Op. Cit.*, pàg. 381.

creació o, en el seu cas, en els seus propis estatuts reguladors. Així, podríem entendre que no resultaria suficient amb el reconeixement genèric d'aquesta condició - tal com es preveu, per exemple, a l'article 47 de la Llei gallega 16/2010, de 17 de desembre - en la norma general reguladora de l'organització i funcionament de l'Administració de què es tracti, ja que entenem que la LCSP el que ha pretès és que s'identifiqui de manera concreta, expressa i precisa la condició de mitjà propi de cada una de les entitats públiques existents al nostre ordenament, indicant aquelles altres respecte de les quals tenen aquesta qualitat<sup>323</sup>. De no ser així, i entenent que és suficient amb una mera declaració general a tal efecte, no s'arribaria a comprendre molt bé que pot aportar la introducció d'aquest requisit a la LCSP de cara a la millor identificació dels mitjans propis i serveis tècnics de l'Administració.

D'altra banda, seria aquest component obligatori, el que explicaria amb tota seguretat que, des de l'entrada en vigor de la LCSP i malgrat allò previst en la LOFAGE (o normes autonòmiques i locals equivalents), hagin estat molts els organismes públics existents al nostre ordenament jurídic que han procedit explícitament a adaptar el seu marc regulador a les noves previsions legals. Podem citar, per exemple, el Reial Decret 1394/2009, de 28 d'agost, pel qual es modifica l'Estatut de l'Organisme Autònom Treball Penitenciari i Formació per a l'Ocupació o, més recentment, el Reial Decret 351/2011, d'11 de març, pel qual es modifica l'Estatut de l'entitat pública empresarial Red.es, l'objecte del qual, en ambdós supòsits, és gairebé exclusivament el reconeixement exprés del seu caràcter de mitjà propi i servei tècnic de l'Administració General de l'Estat.

### ***3.3.5. - Recapitulació.***

En definitiva, arribats a aquest punt podem concloure que els encàrrecs de gestió formalitzats respecte d'entitats amb personalitat jurídica pública pertanyents a la mateixa Administració Pública a l'empara de l'article 15.3 de la LRJPAC podrien quedar, com ha vingut sent habitual al nostre ordenament jurídic, exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP. El caràcter merament intern d'aquestes operacions administratives ens permet incloure-les dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 4.1.n) de la LCSP. D'aquesta manera, igual com els encàrrecs interorgànics a què ens referíem en l'apartat anterior, la seva

---

<sup>323</sup> Sembla compartir aquesta opinió MONTROYA MARTÍN quan subratlla que, en nom del compliment d'aquesta exigència legal, s'imposen les necessàries modificacions estatutàries d'aquelles entitats el grup normatiu de les quals no proclami *expressament* l'Administració per a la qual tenen la condició de mitjans propis. MONTROYA MARTÍN, Encarnación: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Op. Cit., p. 101.

formalització quedaria al marge de les regles sobre adjudicació dels contractes públics, i molt especialment, d'aquelles referides a la selecció dels contractistes, podent articular-se a través del simple acord entre les entitats interessades.

En tot cas, però, perquè això sigui possible, el subjecte encarregat haurà de complir escrupolosament amb els requisits fixats a l'article 24.6 de la LCSP. Pel que serà precís que pugui acreditar-se objectivament l'existència sobre el subjecte encarregat d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis per part de l'Administració encarregant, així com la necessitat que aquell realitzi la part essencial de la seva activitat amb aquesta; havent de fer-se constar també expressament als seus estatuts o normes de creació la seva condició de mitjà propi o servei tècnic de l'Administració encarregant.

### **3.4. - Tractament contractual dels encàrrecs de gestió formalitzats entre diferents Administracions Públiques.**

Finalment, seguint el nostre esquema expositiu, queda referir-nos al tractament contractual dels encàrrecs de gestió *interadministratius*, és a dir, aquells que es formalitzen mitjançant conveni entre entitats que pertanyen a diferents Administracions Públiques (art. 15.4 LRJPAC). Entenent, com assenyalàvem en els apartats precedents, que la pertinença a diferents Administracions Públiques ens vindrà donada principalment per la adscripció orgànica a una determinada Administració Pública de caràcter territorial. Per tant, inclouríem en aquest apartat, per exemple, els encàrrecs de gestió formalitzats entre l'Administració General de l'Estat i les Comunitats Autònomes, o entre qualsevol d'aquests i les entitats que integren l'Administració Local - que constitueixen supòsits molt habituals al nostre ordenament jurídic - però també els encàrrecs de gestió entre aquestes Administracions territorials i els organismes públics instrumentals vinculats a una altra Administració Pública territorial o entre organismes públics dependents de diferents Administracions Públiques<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> Com veurem més endavant, i encara que ja hem manifestat els nostres dubtes sobre el caràcter *intra* o *inter* administratiu que els atribueix l'article 15 de la LRJPAC, inclourem també en aquest grup a aquells encàrrecs de gestió que es formalitzen respecte de les anomenades Administracions Públiques independents, les Universitats Públiques o les Corporacions de Dret Públic representatives d'interessos, respecte de les quals, com hem vist, no resulta possible estendre la condició de mitjà propi o servei tècnic de l'Administració a què es refereixen els articles 4.1 n) i 24.6 de la Llei de Contractes del Sector Públic.

En tots aquests supòsits, i com succeïa en el cas anterior, ens trobem davant d'un negoci jurídic entre dues persones jurídic-públiques diferents a través del qual s'encarrega a una d'elles la realització d'una determinada prestació de caràcter material, tècnic o de serveis a canvi d'una contraprestació. Per la qual cosa, i tenint present el que dèiem sobre els elements del contracte i de la plasmació del caràcter contractual de l'encàrrec de gestió, aquesta relació jurídica seria susceptible de ser qualificada, a efectes de la LCSP, com un autèntic *contracte públic*.

No obstant, malgrat el seu evident caràcter contractual, com també hem assenyalat, al nostre ordenament jurídic aquests encàrrecs tradicionalment han vingut excloent-se de l'aplicació de la legislació contractual. La seva consideració com a simples instruments de col·laboració entre Administracions Públiques al servei del compliment de l'interès general, ha portat a la doctrina - sobre la base de l'anterior article 3.1 c) del TRLCAP - a considerar-los com un supòsit convencional específic aliè a les regles ordinàries de la contractació pública. En efecte, la necessària exclusió de la legislació contractual dels convenis de col·laboració que poguessin celebrar les Administracions Públiques entre si - entre ells també els convenis d'encàrrec de gestió - ha estat una idea constant en bona part de la doctrina espanyola que, atenint a la finalitat cooperativa que apuntàvem abans i a les finalitats públiques que es persegueixen, ha vingut situant aquests convenis al marge de la lògica contractual<sup>325</sup>.

Els arguments que s'han utilitzat per fonamentar aquesta concepció han estat molt diversos. Des de, per exemple, la dificultat d'aplicar a l'Administració Pública que s'hagi de considerar com a contractista els diferents preceptes de la legislació contractual (en particular, els relatius a la solvència, classificació empresarial o garanties), fins a la seva consideració com negocis *intuitu personae*, és a dir, en els que les qualitats tècniques i personals de les parts tenen tal rellevància que condicionen la pròpia configuració del contracte i els seus procediments de formalització i execució<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Amb caràcter general, podem citar, per exemple, COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, sexta edición, Madrid 1995, p. 382; ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit, p. 130.

<sup>326</sup> En aquest sentit, per exemple, s'expressen PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 282 o GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "Ámbito de aplicación de la Ley (Arts. 1 a 9, inclusive)", Op. Cit., p. 106.



Però, sense negar completament aquestes consideracions, el problema que se'ns planteja ara és que amb la regulació contractual vigent no ens resulta tan senzill poder arribar a la mateixa conclusió. Les importants modificacions introduïdes per la LCSP en aquesta matèria ens obliguen a replantejar-nos el fonament normatiu concret a partir del qual, en el seu cas, poder excloure aquests negocis jurídics del joc de les regles ordinàries de la contractació pública. Tenint molt present, a més, la ja citada Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de gener de 2005, *Comissió de les Comunitats Europees / Regne d'Espanya*, en la que el TJUE va entrar a analitzar la compatibilitat de l'anterior article 3 del TRLCAP amb les Directives europees sobre contractació pública i va arribar a la conclusió de que, com que aquesta normativa exclouia a priori de l'àmbit del Text Refós les relacions entre les Administracions Públiques, els seus organismes públics i, en general, les entitats de Dret Públic, no mercantils, fos quina fos la naturalesa d'aquestes relacions, la normativa espanyola en qüestió constituïa una adaptació incorrecta del dret intern a les Directives (F.J. 40).

Per tant, hem d'analitzar detalladament quines possibilitats concretes ens ofereix avui dia la nova LCSP no només per continuar considerant els encàrrecs de gestió celebrats entre Administracions Públiques a l'empara de l'article 15 de la LRJPAC com un instrument jurídic al marge de l'aplicació de les regles de la contractació pública, sinó també per justificar adequadament la seva exclusió de l'àmbit d'aplicació de la LCSP. En aquest sentit, la primera idea que ràpidament podríem plantejar-nos és si seria possible enquadrar també aquestes encàrrecs de gestió, com en el cas anterior, en l'àmbit de l'article 4.1 n) de la LCSP. És a dir, considerant-los com una relació jurídica de caràcter merament intern, aliena a les regles de la concurrència i del mercat.

### ***3.4.1. - La difícil aplicació de l'article 4.1 n) de la LCSP a les relacions interadministratives.***

En efecte, la primera opció que hem d'analitzar consistiria a plantejar-nos si, a efectes de la LCSP, quan l'encàrrec de gestió es formalitza entre diferents Administracions Públiques és possible encara poder parlar de l'existència d'un negoci jurídic celebrat amb una entitat que tingui la consideració de mitjà propi. En aquest cas, és no només l'existència formal de dues persones jurídiques diferenciades la que ens planteja dubtes sobre el tractament contractual que hem de donar a aquestes relació, sinó que, a més, això es complica pel fet que aquesta relació se celebra entre entitats, en principi, autònomes en la

gestió dels seus respectius interessos i respecte de les quals resulta certament difícil poder identificar l'existència d'un vincle d'instrumentalitat o dependència.

*A) La impossibilitat d'estendre la consideració de mitjà propi a les relacions entre diferents Administracions Públiques.*

Com hem vist anteriorment, la LCSP ha reconegut, com no podia ser d'una altre manera, la capacitat de les Administracions Públiques per ordenar internament la gestió d'aquells assumptes que els són propis, excloent del seu àmbit d'aplicació els negocis jurídics la transcendència dels quals se circumscriu només a l'interior d'una mateixa estructura administrativa [art. 4.1 n) LCSP]. Tanmateix, emparant-se en la jurisprudència del TJUE, hem vist també com aquest reconeixement es fa d'una manera certament restrictiva, exigint per a aquesta exclusió la concurrència acumulativa de tres requisits essencials: 1) Que l'entitat encarregat exerceixi un control sobre l'encarregat anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, 2) que l'encarregat realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'ens que el controli i, finalment, 3) que es reconegui formalment aquesta condició en la norma que els creï o als seus estatuts (art. 24.6 LCSP).

És, precisament, en l'absència d'algun d'aquests requisits - molt especialment, el requisit del control anàleg - on, com veurem a continuació, podem situar el principal problema a l'hora d'estendre la consideració de mitjà propi també a les relacions d'encàrrec formalitzades entre entitats que pertanyen a diferents Administracions Públiques.

Com hem exposat al *Capítol I*, el nostre ordenament jurídic reconeix autonomia a les diferents Administracions Públiques en les quals s'organitza territorialment el nostre Estat per a l'exercici de les funcions públiques que tenen assignades. L'article 137 de la Constitució així ho proclama expressament, en reconèixer a municipis, províncies, comunitats autònomes - i implícitament a l'Estat - autonomia per a la gestió dels seus respectius interessos. Aquesta autonomia es tradueix, entre altres aspectes, en la capacitat de cada una d'aquestes Administracions per orientar i dirigir políticament i administrativament la seva pròpia comunitat, a través dels seus propis mitjans personals i materials. D'aquesta manera, correspon a aquestes entitats territorials no només autodeterminar les finalitats públiques a perseguir, sinó també organitzar la seva realització

o prestació, sense més limitacions que la seva submissió al conjunt de l'ordenament jurídic (art. 103.1 CE)<sup>327</sup>.

Com ha assenyalat en moltes ocasions la doctrina i el nostre Tribunal Constitucional - especialment al examinar el contingut i abast de l'autonomia local - l'autonomia significa, entre altres aspectes, el reconeixement als ens de qui es predica d'una indiscutible capacitat d'autogestió o independència funcional en l'acompliment de les funcions que tenen atribuïdes. Capacitat que és la que, precisament, els diferencia d'aquelles altres entitats subjectes a una relació de jerarquia. Així, per a l'exercici de les seves funcions cada una d'aquestes entitats *autònomes* es dota d'una estructura organitzativa pròpia, diferent i separada de les altres, i que li permet actuar sense determinacions exteriors. En el marc de la submissió a l'ordenament jurídic, cada una de les Administracions Públiques en les quals s'organitza territorialment l'Estat pot, no només decidir en el camp normatiu sobre els seus propis interessos, sinó que pot gestionar-los directament en el pla executiu, donant actuació a les seves pròpies decisions, sota la seva pròpia i exclusiva responsabilitat. Tot això, evidentment, sens perjudici de la necessària col·laboració entre els diferents nivells de govern i administració a què al·ludíem anteriorment.

Des d'aquesta perspectiva general, quan dues Administracions Públiques diferenciades convenen la realització d'una determinada prestació de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència d'una d'elles, resulta certament difícil poder negar el caràcter de tercer de l'entitat encomanada. No ens trobem aquí, a diferència dels supòsits anteriors, davant d'una mera projecció instrumental d'una mateixa organització administrativa, sinó davant d'una relació jurídica entre dos subjectes públics diferents, portadors d'uns interessos propis, representatius de la comunitat territorial a la que personifiquen, i amb plena capacitat per actuar autònomament les seves decisions, sense cap vincle de dependència o subordinació entre ells.

Com hem vist al analitzar el caràcter contractual de l'encàrrec de gestió, ens trobem davant d'un negoci jurídic de caràcter voluntari, travat entre dues institucions en posició d'igualtat. Per la qual cosa, quan la relació d'encàrrec es formalitza entre dues Administracions Públiques diferenciades, no pot afirmar-se l'existència entre els subjectes intervinents d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis. Tot i que, com hem vist al

---

<sup>327</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 381.

Capítol anterior, l'encarregat pot dirigir la realització de l'encàrrec material específic en què consisteixi l'encàrrec de gestió, establint els criteris tècnics en els quals s'ha de desenvolupar, això no suposa situar aquesta entitat en una posició de jerarquia o control que li permeti influir de forma determinant sobre la direcció estratègica del subjecte encarregat. És a dir, més enllà de la capacitat genèrica de direcció de l'execució concreta de l'assumpte que es tracti, l'Administració encarregant no gaudeix de cap poder d'influència sobre l'activitat administrativa de l'encarregat.

D'altra banda, en el cas dels encàrrecs de gestió interadministratius tampoc no es compliria el segon dels requisits previstos per l'article 24.6 de la LCSP: la realització de la part essencial de la seva activitat amb l'ens encarregant. Com venim insistint, en aquests supòsits ens trobem davant de dues entitats públiques a les què l'ordenament jurídic assigna unes finalitats pròpies i específiques. De manera que la realització d'un determinat encàrrec material per una d'elles no és més que un supòsit puntual de col·laboració administrativa, en una situació momentània d'absència de mitjans materials o d'insuficient capacitat de gestió. Però, reiterant la idea anterior, més enllà d'aquesta col·laboració esporàdica, cada una de les entitats intervinents manté intacte el seu àmbit d'actuació, realitzant la seva activitat ordinària al marge de l'altra i amb completa autonomia en la seva gestió.

En conclusió, resulta evident que quan la relació d'encàrrec s'entaula entre dues Administracions Públiques diferenciades no ens trobem ja en una relació de caràcter merament intern entre una determinada organització administrativa i els seus propis mitjans materials. Al contrari, ens trobem amb una autèntica relació jurídica de caràcter bilateral entre dos subjectes formalment i materialment diferents. I per això, en no poder parlar de l'existència de mitjans propis o serveis tècnics de l'Administració en el sentit de l'article 24.6 de la LCSP, la possible exclusió de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic de les relacions contractuals entre aquestes entitats no s'ha de buscar a l'empara de l'article 4.1 n) de la LCSP sinó en un altre lloc, i molt especialment, en l'àmbit de l'article 4.1. c) de la LCSP que, com ja hem avançat, exceptua de l'aplicació de l'esmentada Llei als convenis de col·laboració que celebri l'Administració de l'Estat amb les entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social, les Universitats Públiques, les comunitats Autònomes, les entitats que integren l'Administració local, els organismes autònoms i restants entitats públiques o els que celebrin aquestes entitats i organismes públics entre si.

Però abans de passar a examinar aquesta exclusió, i sens perjudici del que hem vingut afirmant fins ara, hem de aturar-nos un moment i matisar alguna de les consideracions anteriors. I és que, en algunes ocasions, encara que administrativament semblaria clar poder parlar de l'existència de dues Administracions Públiques diferents, el TJUE ha vingut a considerar que, a efectes contractuals, això no sempre és així, sinó que partint novament d'una concepció funcional, el Tribunal ha entès que, malgrat trobar-nos davant de dos subjectes amb personalitat jurídica pròpia i, aparentment, autònoms, en determinades condicions era possible establir una relació d'instrumentalitat entre elles. De manera que sí que era possible considerar-los - insistim, només a efectes contractuals - com una única estructura organitzativa. Ens referim a aquells casos en els que l'encàrrec de gestió recau sobre una entitat pública formada per l'associació voluntària d'altres entitats públiques i, més concretament, al cas de les mancomunitats de municipis previstes en la nostra legislació local i dels consorcis que tant la LRJPAC com la normativa de règim local permeten crear entre Administracions Públiques de diferents ordre<sup>328</sup>.

*B) La particularitat dels supòsits d'associacions voluntàries d'entitats públiques.*

El primer dubte que se'ns planteja al analitzar aquests supòsits és, com pot imaginar-se, la seva classificació a efectes administratius i, més concretament, d'acord amb l'article 15.1 de la LRJPAC. Quan l'encàrrec de gestió recau sobre una persona jurídica formada per l'associació voluntària de diferents entitats públiques - i de la qual l'encarregat

---

<sup>328</sup> Com és sabut, les *mancomunitats de municipis* es regulen, amb caràcter bàsic, a l'article 44.1 de la LBRL que ens les defineix com associacions de diversos municipis per a l'execució en comú d'obres i serveis determinats de la seva competència. Sobre el règim jurídic de les mancomunitats poden veure's, entre molts d'altres, SOSA WAGNER, Francisco: "Mancomunidades y otras formas asociativas", en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Ed. Civitas, segunda edición, Madrid 2003, p. 1209-1218; QUINTANA LÓPEZ, Tomás: *Las mancomunidades en nuestro Derecho Local*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid 1990; MARTÍN MATEO, Ramón: *Los entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas áreas metropolitanas*, Ed. Trivium, Madrid 1987 o, más recientemente, SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: *Organización intermunicipal*, Ed. Iustel, Madrid 2006.

Per la seva part, la figura dels *consorcis* té potser uns límits conceptuals menys precisos, al·ludint-s'hi a l'article 6.5 de la LRJPAC i, sobretot, en la legislació local. En aquest àmbit és on els consorcis han aconseguit un major desenvolupament a partir que l'article 57 de la LBRL els considera com un dels instruments a través dels quals canalitzar la cooperació econòmica, tècnica i administrativa entre l'Administració Local i la de les Comunitats Autònomes i que l'article 87.1 de la LBRL permeti a les entitats locals constituir consorcis amb altres Administracions Públiques per a finalitats d'interès comú o amb entitats privades sense ànim de lucre que persegueixin finalitats d'interès públic, concurrents amb les de les Administracions Públiques. Sobre els consorcis poden veure's, entre molts d'altres, MARTÍN MATEO, Ramón: *Los consorcios locales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1970; NIETO GARRIDO, Eva: *El consorcio administrativo*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 1997 o REBOLLO PUIG, Manuel: "El consorcio entre entes locales como forma de cooperación", en *Anuario del Gobierno Local 1997*, Ed. Marcial Pons – Institut de Dret Públic, Madrid 1997, p. 203-256.

n'és també membre - ha de prevaldre la dada formal de la personificació jurídic-pública i, per tant, estariem realment davant d'una relació entre dues Administracions Públiques diferenciades? O ens trobaríem simplement davant d'una relació de caràcter merament intern o instrumental?

Com ja hem dit, aquesta és una qüestió molt lligada al concepte d'Administració Pública, - que no podem afrontar detingudament en aquest moment, ja que va molt més allà del nostre concret objecte d'estudi - no obstant, enunciant-la volem posar de relleu una altra vegada més les dificultats que se'ns plantegen a vegades a l'hora d'enquadrar, dins dels esquemes manejats per la LRJPAC, la multiplicitat de relacions jurídiques que poden establir-se entre les diferents entitats públiques existents al nostre ordenament. Dificultats que quan ens referim a les mancomunitats de municipis o als consorcis se'ns presenten en tota la seva extensió. El fet que se'ls reconegui personalitat jurídica pròpia i diferenciada<sup>329</sup>, en contrast amb la seva composició plural i el seu caràcter voluntari<sup>330</sup>, o les limitacions de les seves finalitats i competències a les expressament atribuïdes per les entitats associades<sup>331</sup>, fan certament complex poder identificar d'una manera general si ha de prevaldre la seva consideració com a subjectes autònoms administrativament o si existeix, al contrari, una relació de dependència o vinculació tal que ens permeti qualificar-les, a efectes de la LRJPAC, com a *pertanyents* a una determinada Administració Pública. No en va s'ha arribat a afirmar, amb raó, que aquestes associacions donen lloc a l'aparició d'una entitat-pont no

---

<sup>329</sup> En el cas dels consorcis, tant l'article 6.5 de la LRJPAC com, en l'àmbit local, l'article 37.2 del Decret de 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de Serveis de les Corporacions Locals o l'article 110.2 del Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local (d'ara endavant TRRL), els reconeixen expressament personalitat jurídica pròpia i diferenciada de les Administracions Públiques consorciades; mentre que per a les mancomunitats de municipis la LBRL no només els atribueix aquesta personalitat jurídica pròpia sinó que, a més, els reconeix també la consideració d'entitats locals [art. 3.2 d) LBRL].

<sup>330</sup> Quedarien al marge d'aquesta definició els anomenats "consorcis legals", que, a diferència dels anteriors, no són creats per l'acord voluntari dels diferents ens públics interessats sinó que neixen directament de la Llei per a la gestió conjunta de funcions entre diferents Administracions Públiques. Sobre aquesta qüestió, a més de la bibliografia citada anteriorment, poden veure's, entre d'altres, ORRIOLS I SALLÉS, Maria Àngels: "Los consorcios legales previstos en la Carta Municipal de Barcelona", en FONT I LLOVET, Tomàs y JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (Coords.): *La Carta Municipal de Barcelona. Diez Estudios*, Fundació Carles Pi i Sunyer - Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, p. 199-214.

<sup>331</sup> L'article 44.2 de la LBRL preveu que les mancomunitats de municipis tenen personalitat jurídica pròpia per al compliment de les seves finalitats específiques, que s'hauran de determinar, junt al seu objecte, als seus propis estatuts reguladors. Per la seva part, els consorcis, com ha assenyalat REBOLLO PUIG, també responen al principi d'especialitat, ja que les seves competències i capacitats, com preveu el citat article 110 del TRRL, s'han de limitar a les del seu objecte i finalitats públiques concretes que els assignen els seus estatuts. REBOLLO PUIG, Manuel: "El consorcio entre entes locales como forma de cooperación", Op. Cit., p. 205.

integrada a l'òrbita de cap de les entitats participants en la mateixa<sup>332</sup> - el que, precisament, les diferenciaria dels Organismes Públics regulats per la LOFAGE (o equivalents autonòmics i locals) -.

En qualsevol cas, sense poder detenir-nos-hi més, el que ens interessa destacar en aquest moment és que el TJUE sí que ha tingut l'ocasió de pronunciar-se sobre el tractament contractual d'aquestes entitats, examinant el règim legal a què s'han de sotmetre les relacions jurídiques que poden establir-se entre aquestes associacions d'entitats públiques i altres Administracions Públiques. I el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, novament, ha realitzat el seu examen partint d'un concepte funcional de contracte públic, que relativitza els criteris formals - i, molt especialment, la dada de l'existència de personalitat jurídica pròpia dels subjectes intervinents -. D'aquesta manera, no ha dubtat a estendre a aquestes entitats associatives la consideració de mitjà propi d'una determinada Administració<sup>333</sup> i, per tant, en excloure de l'àmbit d'aplicació de les Directives europees els negocis jurídics celebrats amb elles, sempre que, òbviament, aquestes operacions compleixin amb els requisits jurisprudencials abans citats: és a dir, que l'encarregat exerceixi sobre aquesta entitat un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i que, al mateix temps, aquella realitzi la part essencial de la seva activitat amb els subjectes que la controlen. Com hem ja exposat, per al TJUE la dada essencial consisteix a analitzar si, des d'un punt de vista material, és possible parlar o no d'un contracte onerós celebrat entre un poder adjudicador, d'una banda, i un operador econòmic, per l'altre; sent irrellevant la qualificació formal que els subjectes intervinents rebin en el dret intern.

Des d'aquesta perspectiva, la particularitat en aquests supòsits se centra que el TJUE ha vingut a admetre que el recurs als mitjans materials propis materials per a l'exercici de les funcions administratives pot fer-se en col·laboració amb altres entitats públiques; pel que no és imprescindible que ni el control sobre l'entitat encarregada sigui exercit només per

---

<sup>332</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, Op. Cit., p. 690-691 o ORRIOLS I SALLÉS, Maria Àngels: “Los consorcios legales previstos en la Carta Municipal de Barcelona”, Op. Cit., p. 207.

<sup>333</sup> De fet, una de les principals fites de la jurisprudència del TJUE entorn dels anomenats negocis o contractes *in house provindig* - la Sentència de 18 de novembre de 1999, *Teckal*- té el seu origen precisament en un supòsit d'aquest tipus. En particular, en aquesta Sentència el TJUE analitza l'adjudicació directa, sense cap procediment de licitació, de la gestió del servei de calefacció de determinats edificis municipals, que el municipi italià de Viano havia realitzat a un consorci - *Azienda Gas-Acqua Consorziale* - del qual ell mateix n'era membre. Aquesta adjudicació va ser recorreguda per l'empresa privada italiana *Teckal Srl.* que desenvolupava les seves activitats mercantils en l'àmbit dels serveis de calefacció a particulars i organismes públics.

una única entitat, ni que la part essencial de la seva activitat es verifiqui amb una sola Administració Pública, sinó que és possible que, com en el cas de les mancomunitats i dels consorcis, aquests siguin exercits conjuntament per diverses entitats públiques<sup>334</sup>.

Respecte del primer, el TJUE ha acceptat plenament que l'exigència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis no sigui merament individual, sinó que pugui considerar-se compartit amb altres entitats públiques. La STJUE de 13 de desembre de 2008, assumpte C-324-07, *Coditel Brabant, SA./ Commune d'Uccle i Regió de Bruxelles-Capitale*, així ho declara de forma expressa, quan entén que el control conjunt exercit sobre una societat cooperativa intermunicipal, els socis de la qual eren exclusivament municipis, pot considerar-se com un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis. Doncs, en cas contrari, l'exigència d'un control merament individual faria impossible l'existència de fórmules associatives i tindria com a conseqüència la necessitat de convocar una licitació pública en la majoria dels casos en els quals una determinada autoritat pública volgués adherir-se a un grup format per altres autoritats públiques (F.J. 50-51).

I pel que es refereix al segon dels requisits *Teckal*, el TJUE ha entès també que el criteri de la realització de la part essencial de l'activitat pot entendre's referit al conjunt d'entitats que controlen el subjecte encarregat. En aquest cas, és referència obligada la STJUE d'11 de maig de 2006, assumpte C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei / Comune di Busto Arsizio, AGE SP, SpA.*, en la que s'afirma que, quan són diversos els ens territorials que controlen una determinada entitat, aquest requisit pot considerar-se satisfet si l'operador econòmic realitza la part essencial de la seva activitat, no amb un o un altre d'aquests ens territorials, sinó amb tots ells considerats conjuntament (F.J. 69-70). D'aquesta manera, en prendre com referència l'activitat realitzada pel conjunt de poders adjudicadors que controlen una determinada entitat, el Tribunal amplia l'àmbit d'aplicació de l'excepció dels encàrrecs realitzats a mitjans propis a un major nombre de supòsits que si es prengués en consideració només el control que es desenvolupa individualment respecte de cada un d'ells<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio: "Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, enero-junio 2009, p. 53-54.

<sup>335</sup> PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 154.



Aquesta interpretació jurisprudencial, encara que no hagi estat plasmada literalment a la Llei de Contractes del Sector Públic, és també la que hem d'entendre aplicable al nostre ordenament. No només perquè, com ja hem dit, la nostra legislació sobre contractació pública sols pot ser entesa correctament en el marc del context europeu, sinó també perquè implícitament així sembla declarar-lo el propi article 24.6 de la LCSP en preveure que la norma que creï el mitjà propi o els seus estatuts hauran de determinar, entre altres aspectes, les “entidades respecto de las cuales tienen esta condición” (art. 24.3, tercer paràgraf, LCSP). Per tant, sembla que la nostra LCSP no exigeix que existeixi una sola Administració Pública titular del mitjà propi, sinó que és possible predicar aquesta consideració d'una pluralitat de subjectes (com assenyala el precepte en qüestió, de diverses *entidades*).

En el cas concret de les mancomunitats i dels consorcis existents al nostre ordenament la verificació de la concurrència d'aquests requisits dependrà, òbviament, d'allò que prevegin específicament els seus estatuts. Tanmateix, hi ha una sèrie d'elements importants del seu règim jurídic que poden orientar-nos *a priori* en aquestes qüestions.

En primer lloc, hauríem de valorar el grau formal de participació de cada una de les entitats públiques associades, ja que si el seu nivell d'implicació en aquesta associació fos mínim, llavors podríem qüestionar-nos si realment ens trobem materialment davant d'una mateixa organització administrativa<sup>336</sup>. Precisament, el nivell de participació en el capital social de les entitats que pretenien considerar-se com a mitjans propis (normalment societats mercantils) ha estat un dels criteris utilitzats pel TJUE per apreciar la concurrència del requisit del control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis. Tanmateix, cal advertir que l'actitud del TJUE ha estat bastant flexible, fins al punt que en la citada Sentència de 19 d'abril de 2007, assumpte C-295/05, *Asociación Nacional d'Empreses forestals (ASEMFO) / Transformació Agrària, SA. (TRAGSA), Administració de l'Estat*, referida precisament a l'ordenament espanyol, el Tribunal afirma que, tot i que les Comunitats Autònomes tinguin només l'1% del seu capital social, és possible entendre que aquestes exerceixen un control anàleg sobre aquesta entitat ja que aquestes Comunitats poden fer valer la seva influència a través dels seus encàrrecs de compliment obligatori i mitjançant la fixació unilateral de les

---

<sup>336</sup> Sobre aquesta concreta resolució judicial poden veure's, entre altres, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento la normativa comunitaria de contratación”, Op. Cit., *in totum*; PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Op. Cit., p. 101-111.

tarifes, cosa que reflecteix una absència de la voluntat que ha de concórrer per poder parlar-se d'un contracte públic (F.J. 65-69).

Per tant, més enllà de l'estricta participació formal en la composició social de la persona jurídica associativa de que es tracti, la nostra doctrina ha destacat la importància que en aquests supòsits juga la possibilitat de determinar o condicionar l'actuació dels seus òrgans de govern, posant l'accent en el fet que la capacitat d'influència en els òrgans rectors d'una determinada organització és un factor decisiu per apreciar la relació d'instrumentalitat o dependència que existeix entre dues entitats<sup>337</sup>. En aquest sentit, el fet que els òrgans de direcció de les mancomunitats de municipis i dels consorcis, encarregats d'adoptar les decisions més transcendents d'aquestes entitats, estiguin formats per representants de totes les entitats públiques que agrupen i que, normalment, les seves decisions hagin d'adoptar-se per majoria o per consens, seria un indicatiu que ens permetria considerar que, efectivament, les diferents Administracions Públiques poden exercir una influència determinant sobre els objectius estratègics o sobre la seva gestió ordinària<sup>338</sup>.

Ahora, la seva caracterització com una forma de personificació pública dirigida exclusivament al compliment de les finalitats d'interès públic dels seus membres podria reforçar també la seva consideració, a efectes contractuals, com un simple instrument organitzatiu a disposició de les Administracions Públiques. En efecte, aquestes entitats actuen en una esfera que podríem considerar com aliena al mercat, ja que es dirigeixen principalment a la consecució de finalitats públiques, guiades en bona mesura per criteris no econòmics. Així doncs, la confusió entre les finalitats pròpies de les mancomunitats de municipis o dels consorcis i les de les Administracions participants ens podria servir també per argumentar que aquestes associacions no són més que un instrument a través del qual

---

<sup>337</sup> En aquest sentit, per exemple, ORTIZ MALLOL, José: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, Op. Cit., p. 255.

No obstant, cal tenir present també que el TJUE ha limitat en certa mesura l'abast de totes aquestes consideracions perquè en la ja citada Sentència de 13 d'octubre de 2005, assumpte C-458/03, *Pàrquing Brixen GMBH / Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, va entendre que, malgrat que el municipi de Brixen tenia el dret a nomenar la majoria de membres del consell d'administració de la societat municipal *Stadtwerke Brixen AG*, no podia apreciar-se la concurrència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis, doncs el control municipal es limitava únicament a les mesures que normalment el Dret de Societats atribueix a la majoria d'accionistes però sense anar més enllà (F.J. 65-69).

<sup>338</sup> Malgrat les àmplies remissions als seus estatuts reguladors, l'article 44.2 de la LBRL preveu expressament que els òrgans de govern de les mancomunitats de municipis seran representatius dels ajuntaments mancomunats; mentre que, en el cas dels consorcis, l'article 110.4 del TRRL estableix una prescripció similar, afirmant que els òrgans de decisió dels consorcis locals estaran integrats per representants de totes les entitats consorciades, en la proporció que es fixi als seus estatuts.

les Administracions Públiques pretendrien garantir d'una forma més eficaç els objectius d'interès públic que elles mateixes tenen atribuïts.

Precisament aquestes últimes consideracions ens porten, en el cas dels consorcis, a haver de realitzar encara una altra precisió. Com ja hem vist, la legislació de règim local permet constituir consorcis no només amb Administracions Públiques de diferent ordre, sinó també amb entitats privades sense ànim de lucre que persegueixin finalitats d'interès públic (art. 87.1 LBRL). Malgrat que l'admissió de la possible participació d'entitats privades en els consorcis no desvirtua, en principi, la seva consideració com a Administracions Públiques, tanmateix, això sí que podria alterar la seva qualificació, a efectes contractuals, com a mitjà propi i servei tècnic.

En aquest sentit, cal recordar que el TJUE, al analitzar la relació d'instrumentalitat dels poders adjudicadors respecte de les societats mercantils, ha subratllat de forma expressa que la participació privada en el capital social d'aquestes societats, encara que sigui minoritària, exclou que pugui parlar-se de l'existència sobre aquesta entitat d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis. Com s'afirma en la ja citada Sentència del TJUE d'11 de gener de 2005, assumpte C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GMBH / Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, les relacions entre una autoritat pública i els seus propis serveis es regeix exclusivament per consideracions i exigències característiques de la persecució d'objectius d'interès general, mentre que, al contrari, qualsevol inversió de capital privat en una empresa obeeix a consideracions característiques dels interessos privats i persegueix objectius de naturalesa diferent (F.J. 50).

En el nostre cas, no obstant, creiem que no resulta possible una extensió automàtica de l'esmentada doctrina jurisprudencial a tots els supòsits consorcials, considerant gairebé mecànicament que tota participació de socis privats en un consorci ha d'excloure inevitablement la seva consideració com a mitjà propi. I és que la LBRL condiona la possible participació de persones privades en un consorci a l'expressa exigència que aquestes persegueixin “fines de interés público, concurrentes con los de la Administración” (art. 87.1 LBRL). Per la qual cosa, en realitat, en aquests supòsits hi hauria una coincidència d'interessos entre les Administracions Públiques i les persones privades (com diu la Llei, una concurrència d'interessos), dirigits a la consecució d'unes mateixes finalitats públiques. Per tant, i en la mesura que aquestes entitats no obeïssin a consideracions característiques

dels interessos privats, podríem plantejar-nos si això no podria mitigar la interpretació tan estricta i formal que ha realitzat el TJUE i estendre'ls també el caràcter de mitjà propi de l'Administració<sup>339</sup>.

Així ha semblant entendre-ho també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya al seu Informe 9/2009, de 3 de juliol, en el que s'analitzava específicament la possible consideració com a mitjà propi de la Generalitat catalana de determinats consorcis sanitaris i es considera que la participació minoritària de persones jurídico-privades sense ànim de lucre (en concret, de fundacions) en aquests consorcis, sempre que tinguin objectius i finalitats públiques coincidents amb les que són pròpies de l'Administració, no afectaria al principi de lliure circulació i no alteraria el joc de la lliure competència<sup>340</sup>.

No obstant, segons la nostra opinió, encara que és veritat que la sola presència d'entitats privades sense ànim de lucre no té perquè alterar, per si mateixa, els objectius d'interès general que persegueixen els ens públics que participen majoritàriament en un consorci, no se'ns escapa que, per petita que sigui aquesta participació privada, difícilment podríem afirmar el seu impacte al mercat és totalment neutre, o que no s'afecta de cap manera el principi d'igualtat de tracte. Encara que es tracti sempre d'una entitat sense ànim de lucre, és evident que admetre la possibilitat d'encarregar la realització d'una determinada activitat material competència d'una determinada Administració Pública a un consorci participat també per una entitat privada, suposaria reconèixer a aquesta entitat privada un avantatge competitiu davant la resta dels operadors econòmics.

---

<sup>339</sup> Una línia argumental similar va ser, precisament, la mantinguda davant del TJUE per l'Advocada General Sra. Christine Stix-Hackl en l'assumpte citat *C-26/2003, Stadt Halle*, en el que es defensava que el criteri del control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis s'havia d'interpretar també d'una manera funcional, considerant les circumstàncies de cada cas concret i, sobretot, entenent que la dada de la mera participació formal d'un soci minoritari privat en el capital social d'una determinada empresa no podia resultar, per si sol, determinant.

<sup>340</sup> Fent també al·lusió a l'esmentat Informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, NOGUERA DE LA MUELA es refereix també a la possible utilització dels consorcis amb participació privada com a mitjà propi de l'Administració, afirmant que aquesta consideració només seria possible quan aquest consorci mixt porti a terme directament les tasques que se li encomanin i sempre que el servei o activitat gestionada no tingui caràcter econòmic. NOGUERA DE LA MUELA, Belén: "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", Op. Cit., p. 178.

En qualsevol cas, com dèiem, és aquesta una qüestió encara oberta, la concreció de la qual dependrà, en bona mesura, d'allò que estableixin els estatuts i normes reguladores pròpies de cada una de aquestes entitats. Pel que, davant de la impossibilitat d'endinsar-nos més detalladament en aquesta matèria, passàriem a examinar ja l'última qüestió que havíem deixat pendent: el tractament contractual dels encàrrecs de gestió formalitzats entre diferents Administracions Públiques que *no* tenen el caràcter de mitjà propi a efectes de l'article 4.1. n) de la LCSP.

### ***3.4.2. - Els convenis d'encàrrec de gestió entre diferents Administracions Públiques a efectes de la LCSP.***

Com hem vingut avançant, el fet que la gran majoria de les relacions d'encàrrec de gestió que poden establir-se entre els diferents nivells de govern i administració territorial existents al nostre ordenament jurídic no puguin reconduir-se a la noció - certament restrictiva - de mitjans propis o serveis tècnics utilitzada tant per la jurisprudència del TJUE com per la LCSP no significa tampoc que necessàriament aquests negocis jurídics hagin de quedar sempre subjectes a les regles pròpies de la contractació pública.

Com exposàvem anteriorment, la tradicional exclusió de qualssevol relacions convencionals entre Administracions Públiques que es preveia en l'anterior Text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques [art. 3.1 c) TRLCAP], havia vingut permetent deixar fora dels procediments de selecció i adjudicació dels contractes administratius als convenis d'encàrrec de gestió celebrats entre Administracions Públiques a l'empara de l'article 15 de la LRJPAC. En aquest sentit i, tenint present que el nou article 4.1 c) de la LCSP exclou també del seu àmbit d'aplicació els convenis de col·laboració entre Administracions, podríem plantejar-nos si - com a instrument convencional que aparentment és - l'encàrrec de gestió *interadministratiu* pot incloure's també dins de l'excepció prevista per la LCSP i, d'aquesta manera, considerar-se al marge dels procediments ordinaris que regeixen l'àmbit de la contractació pública.

Per respondre a aquesta pregunta resulta obligat fer referència novament a la ja citada Sentència del TJUE de 13 de gener de 2005, *Comissió de les Comunitats Europees / Regne d'Espanya*, que, sense cap mena de dubte, ha marcat un punt d'inflexió en la concepció que ha vingut realitzant-se al nostre ordenament jurídic sobre la institució convencional (i

també, per via indirecta, sobre la figura de l'encàrrec de gestió), fins al punt que ha portat des d'aleshores a un complet replantejament d'aquestes qüestions.

En aquesta Sentència, tal com apuntàvem, en virtut d'un recurs formulat per la Comissió Europea contra l'Estat espanyol, el TJUE es va pronunciar sobre l'exclusió de l'àmbit d'aplicació del TRLCAP dels convenis de col·laboració celebrats entre entitats públiques i, en aquest sentit, ens recorda que, segons les definicions contingudes en les Directives europees, “un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora [...] y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras” (F.J. 37) . Afegint-se que conforme a les Directives “basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Solo puede ser de otra manera en el supuesto que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan” (F.J.38). D'aquesta manera, el Tribunal ve a concloure que, en la mesura que el TRLCAP exclouia, de forma general i absoluta, totes les relacions que poguessin establir-se entre les Administracions Públiques, els seus organismes públics i les entitats de Dret Públic, qualssevol que fos la seva naturalesa, l'article 3.1 c) del TRLCAP s'havia de considerar contrari a les Directives europees sobre contractació pública.

Aquest pronunciament judicial va portar al Govern espanyol, en un esforç de rapidesa digne de menció, a aprovar el també citat Reial Decret-Llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública, amb el que es pretenia adaptar correctament el Dret espanyol als principis i criteris jurídics europeus en aquesta matèria, reforçant la seva publicitat i transparència<sup>341</sup>. Entre altres aspectes, aquest Reial Decret-Llei va introduir una important modificació a l'article 3.1 c) del TRLCAP, a l'efecte de recollir la jurisprudència comunitària en aquesta matèria i, en conseqüència, ampliar l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques als convenis de col·laboració entre Administracions sempre que la matèria sobre la qual versessin fos “objeto de un contrato de obras, de subministro, de consultoría y asistencia o de servicios” (art. 34 Decret-Llei 5/2005, d'11 de març).

---

<sup>341</sup> Vegeu els apartats I i V de l'Exposició de Motius del Reial Decret-Llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública.

D'aquesta manera, encara que la Llei continuava deixant fora de l'àmbit contractual la gran majoria de les relacions de col·laboració entre Administracions Públiques que es donen al nostre ordenament jurídic, sí que limitava molt notablement l'extensió d'aquesta exclusió. A partir d'aquest moment si l'objecte dels convenis era algun dels previstos expressament pel TRLCAP, llavors aquests negocis jurídics havien de quedar sotmesos obligatòriament a les regles sobre contractació pública.

Malgrat la seva, potser, escassa repercussió acadèmica i pràctica - ja que, com s'ha denunciat en repetides ocasions, la pràctica convencional sovint ha continuat ometent totes aquestes consideracions<sup>342</sup> -, el canvi introduït pel Reial Decret-Llei va ser realment important, i més encara en l'àmbit dels encàrrecs de gestió que estem examinant. Si recordem allò que dèiem al *Capítol II*, una de les característiques de l'àmbit objectiu de l'encàrrec de gestió era precisament la seva amplitud, ja que l'article 15.1 de la LRJPAC permetia encarregar qualssevol activitats materials, tècniques o de serveis de la competència dels òrgans o entitats de Dret Públic; activitats que, com posàvem de relleu també, en moltes ocasions no guarden cap diferència substancial amb el contingut dels encàrrecs que poden articular-se a través de les formes contractuals típiques existents al nostre ordenament jurídic.

D'aquesta manera, hauríem d'entendre que a partir de la modificació legislativa de l'any 2005 ja no era possible seguir considerant l'encàrrec de gestió entre Administracions Públiques com un supòsit completament exclòs de l'àmbit d'aplicació de la legislació contractual. Sinó que, en la mesura que l'encàrrec material efectuat per una Administració Pública a un altre òrgan o entitat pertanyent a una altra Administració pogués encaixar dins d'algun dels objectes previstos pel TRLCAP, la seva formalització i execució haurien de prendre en consideració no només les previsions de la LRJPAC, sinó també de la normativa reguladora dels contractes públics<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> S'han referit de forma crítica a la utilització de vegades abusiva dels convenis de col·laboració al nostre ordenament jurídic, entre d'altres, MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Op. Cit., p. 167-168; ÁVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 102 y 216 o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., qui al llarg de tot el seu treball ens identifica diferents supòsits d'utilització incorrecta de la institució convencional.

<sup>343</sup> Així ho havia ja assenyalat molt encertadament HUERGO LORA que al estudiar l'exclusió dels convenis interadministratius de l'àmbit de la legislació contractual arribava a la conclusió que, a partir de la jurisprudència del TJUE i de les modificacions introduïdes pel citat Reial Decret-Llei 5/2005, d'11 de març, ja no era possible continuar exclouent de l'àmbit d'aplicació d'aquesta normativa l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC. Vegeu HUERGO LORA, Alejandro: "El Derecho español de contratos

Aquesta mateixa consideració és la que, *a priori*, creiem que pot predicar-se de la nova regulació introduïda per la Llei de Contractes del Sector Públic de 2007 que, segons la nostra opinió, en aquest punt no és sinó una continuació d'aquella. Així, l'article 4.1 c) de la LCSP - igual com l'anterior article 3.1 c) del TRLCAP - continua excloent del seu àmbit d'aplicació, i amb caràcter general, els negocis jurídics celebrats entre entitats públiques; tot i que, igual com la modificació de 2005, aquesta exclusió no és absoluta ni incondicionada, sinó que la pròpia LCSP limita de forma significativa el seu abast. En aquest sentit, i segons aquest precepte, avui ja no queden fora del àmbit d'aplicació de la LCSP els convenis de col·laboració entre Administracions que tinguin un *objecte contractual*, sinó que ara se sotmeten a l'esmentada normativa tots els convenis que tinguin *naturalesa contractual*. Concretament, l'article 4.1. de la LCSP estableix que queden exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei:

“c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”.

Per tant, és a partir d'aquest precepte concret que hem de passar a analitzar quin tractament contractual mereixen els encàrrecs de gestió entre Administracions Públiques a efectes de la LCSP. Per a això, considerem oportú fer referència, si més no breument, a tres dels aspectes essencials que configuren aquest precepte: en primer lloc, la denominació com a convenis de col·laboració; en segon lloc, els subjectes inclosos en aquesta previsió i, finalment, el significat de la naturalesa contractual del conveni.

---

públicos y el Derecho comunitario”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 126, abril-junio 2005, p. 239-242.

En el mateix sentit, havíem ja esmentat anteriorment com ÁVILA ORIVE s'havia mostrat molt crític amb la regulació del TRLCAP que exclou els convenis de col·laboració entre Administracions en funció d'elements de caràcter merament subjectiu. ÁVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 146-158.



A) La denominació “Convenis de col·laboració”.

El primer element que hem de valorar és si la figura de l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC i, en particular, els convenis d'encàrrec entre diferents Administracions Públiques a què es refereix l'article 15.4 de l'esmentada Llei poden qualificar-se, a efectes de l'article 4.1.c) de la LCSP, com a “*convenios de colaboración*”. Tot i que pugui semblar una mica artificial, creiem necessari realitzar aquesta aproximació inicial, pel fet que, en el cas que no fos possible tal identificació, no tindria sentit continuar fonamentant en aquest precepte la possible exclusió de l'encàrrec de gestió *interadministratiu* de l'àmbit d'aplicació de la LCSP.

Tenint això present, creiem que quan la LCSP utilitza aquesta terminologia no ho fa pensant en una única tipologia concreta de negoci jurídic entre subjectes públics, ni amb la voluntat d'establir una definició pròpia d'aquests acords a efectes contractuals, sinó que la utilitza en un sentit molt ampli, merament descriptiu, que pretén englobar en el seu àmbit d'aplicació tots aquells actes jurídics en la formació dels quals intervé la voluntat concurrent de dos o més persones jurídic-públiques. Per tant, es refereix al “conveni” d'una manera genèrica, com a acord de caràcter administratiu però, com ha destacat RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, sense que es remeti a una única i precisa naturalesa jurídica de la figura a la qual es refereix<sup>344</sup>. Aquesta interpretació, segons la nostra opinió, és la que es deriva directament del propi text legal, en el que es fa patent la indeterminació de la que estem parlant quan el mateix article 4.1 c) de la LCSP sembla diferenciar dins d'aquesta concepció àmplia, com a mínim, dues classes de convenis: aquells que tenen naturalesa contractual - que queden subjectes a les prescripcions de la LCSP - i aquells altres que no tenen aquesta naturalesa - que s'exclouen de la LCSP, sens perjudici de la que, tal com preveu l'article 4.2 de la LCSP, se'ls apliquin els principis d'aquesta Llei per a resoldre els dubtes o llacunes que poguessin presentar-se<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 95-96.

<sup>345</sup> Aquesta mateixa opinió es compartida per MORENO MOLINA quan subratlla que, precisament, una de les principals problemàtiques derivades de l'àmbit d'aplicació de la nova LCSP és l'absència d'una definició legal del concepte “conveni de col·laboració” o, fins i tot, d'un concepte doctrinal netament perfilat sobre la seva naturalesa. MORENO MOLINA, José Antonio: “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, enero-agosto 2006, p. 64.

D'altra banda, la denominació com a “convenis de col·laboració” creiem que tampoc no prejutja el contingut d'aquests acords, sinó que pretén principalment destacar la posició d'igualtat formal en la qual se situen les entitats públiques intervinents i, per això, quan l'Administració Pública convé amb els particulars - situats en una posició de subordinació respecte al poder públic - la Llei denomina a aquests acords simplement com a “convenis” [art. 4.1.d) de la LCSP]. Alhora, creiem que aquesta terminologia serveix també per centrar el camp en el qual es mouen aquests convenis: l'àmbit de la col·laboració administrativa al què ens referíem anteriorment al *Capítol I*.

D'aquesta manera, tal com ja succeïa en l'anterior article 3.1 c) del TRLCAP, del qual aquest precepte de la LCSP pren indubtablement la referència, l'adjectivació com a “convenis de col·laboració” prevista en la Llei de Contractes del Sector Públic, al nostre entendre, es refereix simplement a la consideració genèrica dels convenis com una aplicació del principi de col·laboració que ha de regir entre els diferents nivells de govern i administració existents al nostre ordenament i a través dels quals les parts assumeixen compromisos jurídicament vinculants, però amb independència de l'objecte concret d'aquest acord<sup>346</sup>. Novament, el fet de què l'article 4.1 c) de la LCSP diferenciï el tractament contractual dels convenis de col·laboració als que s'inclou en el seu àmbit d'aplicació, segons la seva naturalesa jurídica, ens dona una bona mostra de l'amplitud material de supòsits que poden establir-se; però sobretot constitueix un indici més de la indeterminació amb què s'ha expressat el legislador espanyol, que ha renunciat a formular una definició pròpia amb pretensions de generalitat i acull a la varietat de relacions jurídiques entre Administracions Públiques que poden coexistir sota la denominació formal de “conveni de col·laboració”.

Des d'aquesta perspectiva, podem afirmar amb rotunditat que els convenis a través dels quals s'articulen els encàrrecs de gestió interadministratius, tot i que nominalment puguin designar-se com a “convenis d'encàrrec”, poden definir-se perfectament com a “convenis de col·laboració” a efectes de la LCSP. Ja hem vist com aquests convenis d'encàrrec es configuraven com un negoci jurídic bilateral i voluntari, entre dues entitats amb personalitat

---

<sup>346</sup> En aquest sentit, entenem que la LCSP s'expressa també al marge de les múltiples denominacions plantejades en aquest àmbit per la doctrina jurídica més especialitzada. Aquesta, al analitzar el règim jurídic dels convenis entre Administracions Públiques, ha formulat diverses classificacions dels convenis en funció del seu objecte. No obstant, el fet que es tracti de classificacions merament dogmàtiques que pretenen sistematitzar les diferents actuacions que normalment s'engloben genèricament sota la denominació de *convenis de col·laboració* impedeix que puguem traslladar directament aquestes categories - fora d'això molt subjectives i, en conseqüència, molt diverses - a l'àmbit normatiu.

jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar, que trobaven el seu fonament constitucional en el principi d'autoorganització inherent a les Administracions Públiques i en el principi de col·laboració administrativa implícit en el nostre model d'organització territorial de l'Estat. Pel que, segons la nostra opinió, no hi hauria impediment para situar l'acord derivat de l'encàrrec de gestió interadministratiu de l'article 15.4 de la LRJPAC dins de la categoria de convenis utilitzada per la LCSP<sup>347</sup>.

*B) Els subjectes intervinents.*

En segon lloc, hem de fer referència a l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'article 4.1. c) de la LCSP que, com assenyalàvem, permet emparar els convenis de col·laboració que celebrin tant l'Administració General de l'Estat amb les entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social, les Universitats Públiques, les Comunitats Autònomes, les Entitats locals, organismes autònoms i restants entitats públiques; com els que celebrin qualsevol d'aquests organismes i entitats entre si. Una lectura ràpida d'aquest precepte ens posa ja de relleu la gairebé plena coincidència que pot establir-se entre els diferents subjectes que, com hem vist a les pàgines precedents, poden actuar com a encarregants i encarregats a efectes de la LRJPAC i els subjectes que poden ser part dels convenis de col·laboració exclosos de la LCSP. En efecte, tant l'article 15 de la LRJPAC com l'article 4.1 c) de la LCSP permeten l'establiment de relacions jurídiques entre les Administracions territorials, les Universitats Públiques, els organismes autònoms, etc. pel que, des d'un punt de vista subjectiu, no resulta difícil poder enquadrar la majoria dels convenis d'encàrrec de gestió formalitzats entre aquestes entitats públiques dins de l'estricta àmbit d'aplicació de l'article 4.1 c) de la LCSP.

No obstant, com diem, aquesta coincidència no és total, ja que, per exemple, la LCSP no esmenta de forma expressa ni a les entitats públiques empresarials (o equivalents autonòmics i locals) ni a les corporacions de Dret Públic representatives d'interessos, referint-se només a les “restantes entidades públicas”. Per tant, se'ns planteja el dubte següent: poden aquestes entitats - entitats públiques empresarials i corporacions de Dret Públic - considerar-se incloses dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 4.1 c) de la LCSP?

---

<sup>347</sup> Compartiria aquesta opinió ÀVILA ORIVE que, al analitzar el tractament contractual de l'encàrrec de gestió en l'anterior TRLCAP, situava igualment aquesta figura dins del concepte de convenis de col·laboració exclosos per aquesta normativa. Vegeu, ÀVILA ORIVE, José Luis: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 112-138 y 158-175.

Segons la nostra opinió, la resposta a aquesta pregunta ha de ser afirmativa, ja que entenem que les entitats públiques empresarials i les corporacions de Dret Públic representatives sí que s'han de considerar compreses dins de la tipologia *d'entitats públiques* esmentades en aquest precepte, tanmateix, aquesta afirmació es veu necessitat d'algunes precisions prèvies.

En primer lloc, volem posar de relleu que, segons la nostra opinió, la regulació de la LCSP en aquest punt resulta certament qüestionable. En efecte, la denominació “entitats públiques” se'ns mostra estranya o, com a mínim, difícil d'encaixar amb l'àmbit d'aplicació subjectiu de la LCSP que, com hem vist anteriorment, es refereix a les “entidades del sector público”, als “poderes adjudicadores”, o “Administraciones Públicas” (art. 2 i 3 LCSP), però en cap moment a les “entidades públicas”. La raó d'aquesta evident discordança podria explicar-se, potser, pel fet que l'article 4.1 c) de la LCSP adopta gairebé mimèticament la mateixa terminologia que anteriorment s'havia vingut utilitzant en el ja citat article 3.1 c) del TRLCAP - que, si recordem, es referia en termes similars a “los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las *restantes Entidades Públicas* o cualquier de ellos entre sí” - però sense adaptar-la a les seves pròpies categories subjectives.

Aquesta falta d'adaptació resulta encara més censurable si es té present que, precisament, un dels principals dubtes que s'havien plantejat en analitzar-se l'anterior article 3.1 c) del TRLCAP consistia en la correcta determinació de l'abast que s'havia de donar a la noció de “entitats públiques” utilitzada per aquest precepte. Així, mentre que alguns autors defensaven que aquesta denominació prenia principalment com a referència la dada formal de la personificació pública o privada d'una determinada entitat, per limitar-lo només a les entitats jurídico-públiques<sup>348</sup>; altres autors, en canvi, han vingut considerant que aquesta expressió s'ha d'estendre també a les societats mercantils públiques o a les fundacions del sector públic<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> En aquest sentit, poden veure's, per exemple, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 140-141; CALAFELL FERRÁN, Vicente Juan: *Los convenios entre Comunidades Autónoma*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006, p. 142 o GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ Carlos: *Los convenios interadministrativos de los entes locales*, Op. Cit., p. 98.

<sup>349</sup> Entre altres, ÁVILA ORIVE, José Luís: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Op. Cit., p. 165-167 o MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis: “Convenios”, en BERMEJO VERA, José (Dir.): *Diccionario de contratación pública*, Op. Cit., p. 271.

Segons la nostra opinió, encara que aquest sigui un tema que escapa del nostre específic objecte d'estudi, ens decantem més per la primera opció ja que considerem que l'article 4.1 c) de la LCSP pretén regular exclusivament els acords que poden celebrar-se entre persones jurídic-públiques. Des del nostre punt de vista, la denominació "entitats públiques" vindria a emparar tots aquells subjectes amb forma de personificació pública, independentment del règim jurídic a què hagin de sotmetre la seva actuació; excloent-se, en conseqüència, només els convenis celebrats amb persones constituïdes d'acord amb formes jurídic-privades. La nostra argumentació podria fonamentar-se, en primer lloc, en el fet que aquesta sembla ser la interpretació que la doctrina majoritària havia realitzat de l'anterior article 3.1 c) del TRLCAP, del qual el vigent article 4.1 c) de la LCSP pren la seva referència<sup>350</sup>. Però a més podria fonamentar-se també en el fet que, de forma coherent amb el què hem exposat, posteriorment la LCSP exclou del seu àmbit d'aplicació els convenis que, d'acord amb les seves normes específiques, puguin celebrar-se "con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado" [art. 4.1 d) de la LCSP]. Referència que entenem realitzada les persones jurídic-privades.

Però en qualsevol cas, i amb independència de l'amplitud que haguem de reconèixer a l'expressió "entitats públiques" a efectes de la LCSP, entenem que no hi hauria impediment per considerar, en primer lloc, a les entitats públiques empresarials com tals. La seva consideració com a Administració Pública a efectes de la LRJPAC, així com la seva consideració com a entitat del sector públic a efectes de la legislació contractual [art. 3.1 h) de la LCSP], vindria a corroborar-nos la seva naturalesa pública i, per tant, la seva inclusió dins de l'article 4.1 c) de la LCSP. Conclusió que també podem fer extensiva a les corporacions de Dret Públic representatives d'interessos. En aquest supòsit, tot i que es tracta d'associacions de base privada, com hem vingut afirmant al llarg de la nostra exposició, seria tant la seva forma de personificació pública com el fet que l'ordenament jurídic els reconegui potestats públiques per a la consecució de finalitats d'interès general el que ens permetria situar també a aquestes entitats dins del sistema jurídic-públic i, en

---

<sup>350</sup> Així, per exemple, s'ha afirmat que el text de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques realitzava una enumeració tancada dels ens públics que podien celebrar tals convenis, si bé, a mode de clàusula de tancament d'aquesta tipificació, es trobava la referència a "las restantes entidades públicas", expressió que s'entenia comprensiva de les entitats de Dret Públic, diferents dels organismes públics, a les què es refereix l'article 2.2 de la LRJPAC, així com als òrgans constitucionals. PANIZO GARCÍA, Antonio: "Régimen jurídico de los convenios de colaboración", en *Diario la Ley*, 1995, p. 3-4.

conseqüència, tenint present la seva naturalesa pública, poder qualificar-les coma “entitats públiques” a efectes de l'article 4.1 c) de la LCSP<sup>351</sup>.

I, fins i tot, en aquest apartat podríem incloure també els acords d'encàrrec que es formalitzin respecte d'aquelles entitats públiques de règim singular a què ens referíem en l'apartat anterior. En faltar-los el criteri del control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis, hem vist com les relacions jurídiques que s'establien amb aquestes entitats no podien ser qualificades com un negoci jurídic amb un mitjà propi o servei tècnic de l'Administració [art. 4.1 n) de la LCSP]; però això no obsta per a que, en la mesura que es tracta d'un acord voluntari entre dues persones jurídiques públiques diferenciades, aquests negocis puguin ser considerats com un “conveni de col·laboració” a efectes de l'article 4.1 c) de la LCSP.

Finalment, i sens perjudici de l'anterior, resulta important destacar també l'última afirmació continguda a l'article 4.1 c) de la LCSP - “cualquiera de estos organismos y entidades *entre sí*” – ja que admet no només les relacions *verticals* de col·laboració entre les diferents Administracions territorials (és a dir, entre l'Administració General de l'Estat i l'administració autonòmica o local) i les restants entitats públiques, sinó també les relacions de caràcter *horitzontal* entre qualsevol d'elles.

### C) *Naturalesa contractual.*

Finalment, per poder excloure de l'àmbit d'aplicació de la LCSP els convenis de col·laboració que celebrin les Administracions Públiques, l'article 4.1 c) de la Llei exigeix la concurrència d'un últim requisit: que la naturalesa jurídica d'aquest acord no sigui de caràcter contractual. Però a què es refereix la LCSP quan parla de la naturalesa contractual del conveni? Quin és l'element concret que atribueix aquesta naturalesa a un determinat acord? És l'existència d'una contraprestació? És potser el seu objecte? O el fet de què, com tradicionalment s'havia vingut entenent, participin en aquest conveni dues Administracions Públiques exclou sempre tal naturalesa?

---

<sup>351</sup> En contra d'aquesta possibilitat, MARTÍN HUERTA, Pablo: *Els convenis interadministratius*, Op. Cit., pàg. 83-84. Partint del caràcter privat dels interessos que sustenten aquestes entitats, l'esmentat autor entén que als convenis celebrats amb aquestes corporacions no hi ha la posició d'igualtat pròpia de les relacions entre Administracions Públiques, i per això el seu tractament contractual s'ha de remetre als preceptes relatius als convenis que l'Administració pugui celebrar amb les persones físiques o jurídiques subjectes al Dret Privat.

Aquestes i moltes altres preguntes similars són les que podríem plantejar-nos en abstracte per posar de relleu que, segons la nostra opinió, fer dependre la subjecció o no dels convenis de col·laboració a la LCSP d'una noció tan indeterminada com “la naturalesa jurídica” d'una institució resulta del tot inadequada, ja que afegeix encara més confusió a la determinació de quins negocis jurídics concrets s'han de subjectar a les prescripcions de la LCSP. Sobretot si es té en compte que, precisament i davant de la ja citada absència d'una definició legal dels mateixos, una de les qüestions que més s'han vingut discutint i sobre la que encara es plantegen molts dubtes és precisament sobre la naturalesa jurídica dels convenis interadministratius; especialment per l'amplitud i diversitat de supòsits que poden englobar-se sota aquesta figura.

En qualsevol cas, per intentar dotar de contingut a aquesta precisió legal pot resultar-nos adequat recordar el que hem vingut dient al llarg d'aquest *Capítol* sobre l'àmbit d'aplicació material de la LCSP i, sobretot, sobre la seva limitació només als acords que poguessin qualificar-se com a “contractes públics” (art. 2.1 LCSP). En aquest sentit, el primer aspecte que preniem en consideració a l'hora d'analitzar si l'encàrrec de gestió podia conceptuar-se veritablement com un contracte públic a efectes de la LCSP era si aquest podia configurar-se en realitat com un “contracte”. Per a això, partíem d'un concepte molt ampli de contracte que descansava principalment sobre la concurrència simultània de tres elements essencials: l'existència d'un acord de voluntats entre dos subjectes diferents - entre una entitat del sector públic i un tercer, independentment que aquest fos, alhora, una altra entitat del sector públic -, fonamentat sobre una causa lícita i en relació amb un determinat objecte contractual. En aquest sentit, podem afirmar que si aquests tres elements eren els ens permetien en aquell moment esbrinar quan estàvem davant de la presència d'un “contracte”, serà també la confluència d'aquests tres ingredients la que ens permetrà ara determinar la naturalesa contractual d'un determinat negoci jurídic i, en particular, dels convenis de col·laboració celebrats entre Administracions Públiques.

D'aquesta manera, amb l'esmentada terminologia la LCSP pretendria subjectar a les seves prescripcions tots aquells negocis jurídics entre entitats jurídic-públiques que, independentment de la denominació que rebin, puguin encaixar dins de l'esquema ampli de contracte que estem manejant. És a dir, per incloure en el seu àmbit d'aplicació tots aquells acords de voluntats entre dues persones diferenciades que responguin a una causa onerosa i que, a més, tinguin per objecte alguna de les prestacions materials previstes per la pròpia

Llei de Contractes del Sector Públic. I és que aquesta era, precisament, la idea subjacent de la ja citada Sentència del TJUE de 13 de gener de 2005, *Comissió de les Comunitats Europees / Regne d'Espanya*, que va motivar la modificació de l'anterior article 3.1 c) del TRLCAP i que indubtablement ha servit també de referència per a la LCSP.

Com ja hem dit, aquesta resolució judicial va venir a censurar l'anterior exclusió dels convenis de col·laboració interadministratius de l'àmbit d'aplicació del TRLCAP pel fet que, segons el TJUE, aquests convenis podien considerar-se en molts casos com a autèntics *contractes* celebrats per un poder adjudicador doncs el simple fet que l'altra part fos també un poder adjudicador a efectes de les Directives europees no constituïa per si sol un motiu suficient per eludir el compliment de la normativa sobre contractació pública. I, insistim, des d'aquesta mateixa perspectiva, la LCSP pretén estendre el seu àmbit d'aplicació a tots els convenis de col·laboració entre Administracions que puguin qualificar-se, en consideració als aspectes subjectius, objectius i causals a què ens hem referit, com un autèntic contracte.

En aquest punt, cal advertir que, malgrat que la LCSP sembla expressar-se d'una manera més àmplia que l'anterior TRLCAP - que, a partir del Reial Decret Llei 5/2005, d'11 de març, fa dependre tal exclusió de l'element objectiu -, segons la nostra opinió, aquesta amplitud és només aparent ja que l'element determinant per a la qualificació contractual d'un determinat negoci jurídic continuarà sent en la gran majoria dels casos el relatiu al seu objecte<sup>352</sup>. I és que, tal com ja hem exposat anteriorment, en el cas que no es pogués parlar d'un negoci jurídic celebrat entre dues persones formalment diferents o es tractés d'una relació jurídica de caràcter gratuït, aquesta operació convencional quedaria en tot cas fora de l'àmbit d'aplicació de la LCSP. Però no en virtut de l'excepció prevista per l'article 4.1 c) d'aquesta Llei sinó perquè aquest negoci jurídic no reuniria els requisits mínims a què al·ludíem anteriorment per ser considerat com un autèntic “contracte públic” - que, com ja hem vist es basa en la bilateralitat i onerositat del contracte (art. 2.1 LCSP) -, de manera que, coherentment, quedaria exclòs de l'àmbit material d'aplicació de la LCSP.

---

<sup>352</sup> De fet, bona part dels autors que més recentment han analitzat aquestes qüestions continuen fent derivar l'exclusió dels convenis de col·laboració de la LCSP gairebé exclusivament del seu element objectiu, semblant deixar de banda la referència a la *naturalesa contractual* d'aquest acord. En aquest sentit, per exemple, MORENO MOLINA, José Antonio: “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, Op. Cit., p. 64 o PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p.97.



Si traslladem totes aquestes consideracions a l'àmbit de l'encàrrec de gestió que estem analitzant, se'ns posa ràpidament de relleu les dificultats que, a partir de l'anterior interpretació, se'ns plantegen per continuar considerant aquesta institució administrativa com un instrument al marge dels procediments ordinaris de la contractació pública. Com hem vingut insistint al llarg de la nostra exposició, no només pel fet que els encàrrecs de gestió celebrats entre dues Administracions Públiques diferenciades poden reunir els elements subjectius i causals necessaris per parlar de l'existència d'un negoci jurídic contractual<sup>353</sup>, sinó també perquè l'article 15 de la LRJPAC s'expressa en termes tan amplis que, en la gran majoria dels supòsits, les actuacions que permet encarregar són susceptibles de encaixar plenament amb els diferents tipus de contractes regulats per la LCSP. I és que no podem passar per alt el fet que és habitual que les mateixes activitats que en algunes ocasions l'Administració Pública encarrega a altres Administracions diferenciades en virtut de l'article 15.4 de la LRJPAC; en d'altres, en canvi, siguin objecte d'un autèntic contracte administratiu amb els particulars.

En aquest sentit, hem d'afirmar que amb la nova LCSP - igual com succeïa ja amb l'última modificació operada pel Reial Decret-Llei 5/2005, d'11 de març - aquesta llibertat d'elecció de l'operador administratiu no resulta admissible al nostre ordenament jurídic i és que si l'objecte d'aquests encàrrecs de gestió encaixa amb l'àmbit material de la LCSP, aleshores aquesta operació quedarà vinculada indefectiblement a les prescripcions fixades per la normativa contractual. En altres paraules, la LCSP no admet que l'Administració Pública pugui acordar amb una altra Administració diferenciada - respecte de la qual no pugui parlar-se de l'existència d'una relació d'instrumentalitat que permeti qualificar a aquesta última com un mitjà propi o servei tècnic del encarregant -, a l'empara de l'article 15 de la LRJPAC i sense cap procediment, la realització d'activitats materials, tècniques o de serveis

---

<sup>353</sup> Afirmació que, com hem ja citat en diverses ocasions, ha estat ratificada també àmpliament per la gran majoria de la doctrina jurídica que ha estudiat aquesta institució, que ha subratllat repetidament la naturalesa contractual de l'encàrrec de gestió. Podem esmentar novament, entre d'altres, HUERGO LORA, Alejandro: "El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario", Op. Cit., p. 239-240; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común*, Op. Cit., p. 761; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Las encomiendas de gestión" Op. Cit., p. 674; HERNANDO OREJANA, Luis Carlos: *La encomienda de gestión...* Op. Cit., p. 138 o BERNAL BLAY, Miguel Ángel: "Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra 1) del TRLCAP", Op. Cit., p. 89.

que puguin ser susceptibles de ser qualificades com un dels contractes típics previstos per la LCSP<sup>354</sup>.

La conseqüència que això té per al règim jurídic de l'encàrrec de gestió, com fàcilment pot veure's, és d'una enorme importància, fins al punt que pot portar-nos a qüestionar la pròpia funcionalitat d'aquest instrument de col·laboració administrativa en el moment actual. En efecte, si com dèiem a l'inici de la nostra exposició, un dels arguments que havia facilitat - i justificat - el desenvolupament d'aquesta institució era la seva flexibilitat i la possibilitat d'acordar directament amb una altra Administració la possibilitat de portar a terme determinades actuacions materials, al marge dels procediments competius previstos per la legislació contractual, ara hem d'afirmar novament que, quan l'encàrrec de gestió tingui caràcter contractual, això no serà possible. En aquests casos la formalització del conveni d'encàrrec no dependrà només de la voluntat de les dues Administracions Públiques intervinents, que disposen de llibertat per escollir la forma jurídica més adequada - conveni d'encàrrec o contracte - per realitzar les seves finalitats; sinó que, en la mesura que tinguin naturalesa contractual, aquestes operacions queden atretes cap a la legislació de contractes del sector públic, havent de subjectar-se a allò establert per la Llei 30/2007, de 30 d'octubre i, molt especialment, als principis d'igualtat, transparència, publicitat i concurrència previstos per a la selecció del contractista i per a l'adjudicació del contracte al Llibre III de la LCSP<sup>355</sup>.

Només en el cas que l'encàrrec de gestió no tingui caràcter contractual, per tractar-se, com ja hem dit d'un negoci gratuït o d'una actuació el contingut de la qual no coincidís amb algun dels contractes del sector públic previstos per la LCSP, la seva conclusió i execució es regiria, tal com preveu l'article 4.2 de la LCSP, per les seves normes especials, és a dir, per la LRJPAC i la normativa autonòmica de desenvolupament.

---

<sup>354</sup> En termes semblants, PASCUAL GARCÍA afirma que quan l'encàrrec de gestió entre dues Administracions Públiques tingui la consideració d'un contracte a efectes de la LCSP, llavors la regulació de la LRJPAC cedirà davant d'allò que disposi la LCSP. PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Op. Cit., p. 98.

<sup>355</sup> El professor BAÑO LEÓN, molt encertadament, destaca aquesta mateixa idea en afirmar que la irrupció de les Directives europees ha marcat un abans i un després respecte a la llibertat que tenien els països membres d'utilitzar una o altra tècnica jurídica. Així, tot i que formalment puguin seguir utilitzant-se diferents fórmules, els procediments de preparació i adjudicació d'aquelles activitats administratives que puguin considerar-se com a contractes irremeiablement hauran d'ajustar-se a les regles de publicitat, lliure concurrència i criteris de selecció previstos per la normativa europea sobre contractació pública. BAÑO LEÓN, José M<sup>a</sup>: "La figura del contrato en el Derecho Público: nuevas perspectivas y límites", en AAVV: *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2044, p. 18.

De tota manera, en aquest punt volem cridar l'atenció sobre l'escàs espai que resta per a la formalització directa d'encàrrecs de gestió interadministratius a l'empara de l'article 15 de la LRJPAC, ja que si acudim als diferents tipus contractuals previstos a la LCSP podrem comprovar com aquesta ha ampliat notablement l'àmbit objectiu d'aplicació d'aquests contractes i, molt especialment, del “contracte de serveis” previst a l'article 10 de la LCSP<sup>356</sup>. Si partim de què, segons aquest precepte, el desenvolupament de qualsevol activitat per part d'un operador econòmic amb un resultat diferent a la realització d'una obra o la prestació d'un subministrament pot ser susceptible de ser qualificat com un *contracte públic de serveis*, llavors la inexistència d'un espai material suficient per situar a l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC - que, com hem vist, consisteix precisament també en la realització d'una activitat - se'ns mostra encara més amb tota claredat.

Tot això ens porta a plantejar-nos quin paper queda aleshores per a l'encàrrec de gestió de l'article 15 de la LRJPAC. Si, com hem vist, el tractament contractual que rep aquesta institució a efectes de la LCSP no es diferencia en res dels procediments de contractació previstos per als empresaris particulars, ens hem de resignar llavors a entendre que aquesta figura ha de quedar circumscrita només a les relacions dins d'una *mateixa* Administració Pública o a activitats de caràcter no contractual? Certament, en vista de les consideracions anteriors, sembla difícil poder donar una resposta negativa a aquesta pregunta. No obstant, la peculiar configuració de l'encàrrec de gestió com un instrument organitzatiu dirigit a garantir l'eficàcia de l'actuació pública i a promoure la col·laboració entre les Administracions Públiques existents al nostre ordenament jurídic podria portar-nos a matisar o suavitzar algunes de les conseqüències que hem expressat anteriorment; si bé aquesta és una qüestió que, de moment, remetem a un moment posterior.

---

<sup>356</sup> L'article 10 de la LCSP estableix que són contractes de serveis aquells l'objecte dels quals siguin prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o un subministrament



## BIBLIOGRAFIA

AAVV: *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, Giuffrè Editore, Varese 1977.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre administraciones”, en FONT I LLOVET, Tomàs (Dir.): *Informe sobre el Gobierno Local*. Ministerio de Administraciones Públicas – Fundació Pi i Sunyer, Madrid 1992, p. 125-172.

AMOEDO SOUTO, Carlos: “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto, 2006, p. 261-294.

AMOVILLI, Paolo: *Enti locali e riforma costituzionale del titolo V. Gli effetti sull'ordinamento delle autonomie locali*. Gedit Edizioni, Bologna 2003.

ANGIOLINI, Vittorio; VIOLINI, Lorenza y ZANON, Nicolo: *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano. In ricordo de Gianfranco Mor*, Giuffrè Editore, Milán 2002

ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso: “El sistema Interrelacional de las Administraciones Territoriales”, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 9, 2003, p. 49-149.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar: “Principios de descentralización y desconcentración”, en *Documentación Administrativa*, núm. 214, abril-junio, 1988, p. 11-34.

ÁVILA ORIVE, José Luís: “Encomienda de gestión y defensa de la competencia”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2003, p. 281-303.

ÁVILA ORIVE, José Luís: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 2002.

BARBERA, Augusto i FUSARO, Carlo: *Corso di Diritto Pubblico*, Ed. Il Mulino, Bologna 2001.

BARBERA, Augusto: *La regione come ente di governo*, Ed. Il Mulino, Bologna 1974.

BARTOLE, Sergio; BIN, Roberto; FALCON, Giandomenico y TOSI, Rosanna: *Diritto regionale. Dopo le riforme*. Ed. Il Mulino, Bologna 2003.

BENVENUTO, Feliciano: “L’organizzazione impropria della Pubblica Amministrazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1956.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, AS. C-84-03 (*Comisión vs. Reino de España*), y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre, 2005, p. 167-185.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra l) TRLCAP”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, enero-mayo 2006, p. 77-90.

BERMEJO VERA, José (Dir.): *Diccionario de Contratación Pública*, Ed. Iustel, Madrid 2009.

BERTI, Giorgio: “Autonomie locali intraregionali e esercizio delle funzioni amministrative regionale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, abril-junio 1971, p. 464-483.

BOTARI, Carlo (Dir.): *La riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*. Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2003.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Ed. Thomson – Aranzadi, segunda edición, Madrid 2005.

CAMMELLI, Marco: “I raccordi tra i livelli istituzionali”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, anno XXII, núm. 6, 2001, pág. 1079-1102.

CAMMELLI, Marco: “Delega amministrativa”, en AAVV: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Ed. Treccani, vol. X, Roma 1988

CARBONELL PORRAS, Eloísa: “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias ¿Convenio o contrato administrativo?”, en COSCULLUELA MONTANER, Luís (Coord.): *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid 2003, p. 377-394.

CARETTI, Paolo: “L'utilizzazione degli uffici degli enti locali”, en AAVV: *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, vol. II, Giuffrè Editore, Varesse, 1977, p. 585-601..

CARINGELLA, Francesco: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Ed. Percorsi, tercera edició, Milan 2008.

CARINGELLA, Franceso (Dir.): *L'ordinamento degli enti locali nel Testo Unico*, IPSOA, segona edició, 2001.

CASSETTA, Elio: *Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, tercera edició, Torino, 2001.

CASSESE, Sabino: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milan, 2004.

CASTELLS ARTECHE, José Manuel: “El papel de las administraciones locales como primer nivel de administración”, en AAVV: *Función ejecutiva y administración territorial*, Institut d'Estudis Autonòmics – Generalitat de Catalunya, Barcelona 1997, p. 123-142.

CASTRO PASCUAL, José M<sup>a</sup>: “Encomienda de gestión, contrato administrativo, encargo de ejecución”, en AAVV: *La administración instrumental. VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2005.

CAVALERI, Paolo: *Diritto regionale*, Ed. Cedam, Padua, 2000.

CERULLI IRELLI, Vincenzo: *Lineamenti del diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, segona edició, Torí, 2010.

CHIEFI, Lorenzo, CLEMENTE DI SAN LUCA, Guido (Coord.): *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisioni*. G. Giappichelli Editore, Turín 2004.

CORPACI, Alfredo: “Revisione del título V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo”, en *Le Regioni*, núm. 6, novembre-deseembre 2001, p. 1315-1356.

CUOCOLO, Fausto: “Aspetti della delega delle funzioni amministrative Della Regioni agli Enti locali”, en AAVV: *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, Giuffrè Editore, vol. 2, Varesse 1977, p. 637-675.

D’ALESSANDRO, Daniele “Il riparto costituzionale delle funzioni amministrative” en Silvio GAMBINO (Coord.), *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè Editore, Milán 2003, p. 118-145.

D’ATENA, Antonio: *Le Regioni dopo il Big Bang*. Giuffrè Editore, Milán 2005.

DE LA VALLINA Y VELARDE, Juan Luis: *Transferencia de funciones administrativas*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1964.

DE MARTIN, Gian Candido: “La funzione amministrativa tra regioni ed enti locali”, en *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2005, pág. 975-997.

DEL SAZ, Silvia: “La nueva Ley de contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 335-366.

DELL’ANNO, Paolo: “Utilizzazione di Uffici (Avvalimento)”, en CASSESE, Sabino (Dir.): *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. VI, Giuffrè Editore, Milan 2006, p. 6144



DELPINO, Luigi i DEL GIUDICE, Federico: *Diritto Amministrativo*, Simone Edizione, Nàpols, 2010.

FALCON, Giandomenico: “Il big bang del regionalismo italiano”, a *Le Regioni*, núm. 6, 2001, pàg. 1141-1152.

FANLO LORAS, Antonio: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.

FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín: “Bases para una teoría constitucional española sobre relaciones intergubernamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, septiembre-diciembre, 2004, p. 51-86.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: “Las encomiendas de gestión” a AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (Dir.): *Informe Comunidades Autónomas 1995*, volum I, Institut de Dret Públic, Barcelona 1996, p. 667-685.

FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Ed. Marcial Pons – Diputació de Barcelona, Madrid 2000.

FONT I LLOVET, Tomàs y JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (Coords.): *La Carta Municipal de Barcelona. Diez Estudios*. Fundació Carles Pi i Sunyer – Ed. Marcial Pons, Madrid 2007

FONT I LLOVET, Tomàs: “La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre, 2003, p. 253-268.

FONT I LLOVET, Tomàs: “La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los estatutos”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público, Barcelona 2004.

FRANCHINI, Flaminio: *La delegazione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milan, 1950.

GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano (Dirs.): *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens – Ayuntamiento de Madrid, Barcelona, 2010.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Conceptos y principios del Derecho de Organización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

GAMBINO, Silvio (Dir.): *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè Editore, Milan, 2003.

GARAFOLI, Roberto i FERRARI, Giulia: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, segunda edición, Roma 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Administración española: estudios de ciencia administrativa*, Ed. Civitas, sexta edición, Madrid 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La figura del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 41, mayo-agosto 1963, p. 99-128.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Estudio preliminar”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Coord.): *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1980, p. 20-34.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M<sup>a</sup>: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, Ed. Civitas, tercera edición, Madrid 2000.

GIANNITI, Luigi: “L’attuazione dell’articolo 11 della legge costituzionale n. 3/2001”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, anno XXII, núm. 6, 2001, pág. 1113-1121.

GIMENO FELIU, José María: “La problemática del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.): *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Institut de Dret Públic, Barcelona 2006, p. 838-855.

GIMENO FELIÚ, José María: “Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 71-72, 2008, p. 139-188.

GIMENO FELIÚ, José María: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra 2006.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto *Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado*”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, mayo-agosto 2007, p. 217-237.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid 2000.

GONZÁLEZ NAVVARO, Francisco: “De la delegación, avocación, sustitución interorgánica y algunos de sus falsos hermanos”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, vol I, Ed. Civitas, Madrid 2003, p. 302-378.

GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos: *Los convenios interadministrativos de los entes locales*, Ed. Montecorvo, Madrid 2002.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: “¿Una tesis sustancialista del contrato administrativo?”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 279, enero-abril 1999, p. 35-68.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: “Claves del nuevo Derecho administrativo económico”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.135, 2007, p. 421-424.

GROPPI, Tania i OLIVETTI, Marco (Dir.): *La Repubblica delle Autonomie. Regione ed enti locali nel nuovo Titolo V*, G. Giappichelli Editore, Torino.

HUERGO LORA, Alejandro: “El derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 126, abril-junio 2005, p. 217-247.

HUERGO LORA, Alejandro: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Ed. Civitas, Madrid 1998.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *La “Administración única” en el Estado Autonomico*, Institut d’Estudis Autonòmics – Marcial Pons, Madrid 1998.

LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

LLISET BORREL, Francesc: “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 67, julio-septiembre 1990, p. 389-400.

LLISET BORRELL, Francesc: “El convenio de cooperación institucional del área metropolitana de Barcelona”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, octubre-diciembre 1992, p. 645-650.

LLISET CANELLES, Annabel: “Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, Junio 1997, p. 1619-1628.

MARCHETTI, Gloria: *Le autonomie locale fra Stato e Regioni*, Giuffrè Editore, Milan 2002.

MARTÍN HUERTA, Pablo: *Los convenios interadministrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2000.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis y ROIG MOLÉS, Eduard: “Mecanismos i procediments d’increment competencial”, en GALÁN GALÁN, Alfredo (Ed.): *La descentralització de competències de la Generalitat de Catalunya als ens locals*, Volum I: estudi general, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona 2006, p. 155-182.

MEALE, Guido: *Diritto delle regione e poteri locali*, Ed. Cacucci, Bari 2003.

MEILÁN GIL, José Luis: *Las estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Ed. Iustel, Madrid 2008.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel: “La cooperación, ¿un concepto jurídico?”, en *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre, 1994, p. 11-49.

MERLONI, Francesco: “I rapporti tra regioni ed enti locali: dalla separazione (e competizione) alla necessaria collaborazione”, en CHIEFI, Lorenzo, CLEMENTE DI SAN LUCA, Guido (Coord.): *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisioni*. G. Giappicheli Editore, Turín 2004, pág. 283-292.

MERLONI, Francesco: “Il destino dell’ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione”, a *Le Regioni*, núm. 2-3, març - juny 2002, pàg. 409-444.

MERLONI, Francesco: “La participación de las entidades locales en el ámbito regional en Italia. El Consejo de las Autonomías Locales”, a FONT I LLOVET, Tomàs (Dir.): *Anuario del Gobierno Local 2005*. Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, Barcelona 2006, pàg. 179-188.

MESSEGUER YEBRA, Joaquín: “Las técnicas *menores* en la flexibilización competencial interorgánica: encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 33, septiembre, 2002, p. 113-137.

MIELE, Giovanni: “Delega (Diritto Amministrativo)”, en AAVV: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè Editore, Milan, 1962.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, serie Claves del Gobierno Local 9, Barcelona 2009.

MORELL OCAÑA, Luis: “Encomiendas de funciones”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 19, Octubre 2004, p. 3132-3140.

MORELL OCAÑA, Luis: *La delegación entre entes públicos en el Derecho español*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1972.

MORTATI, Constantino: “Considerazioni su alcuni aspetti dell’ordinamento regionale”, en *AAVV: Studi sulla Costituzione*, vol. III, Giuffrè Editore, Milan 1958, p. 816-817.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad”, en PÉREZ MORENO, Alfonso (Coord.): *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, volumen II, Ed. Civitas – Instituto García Oviedo, Madrid 1994, p. 1251-1282.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. III, Ed. Iustel, Madrid 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, Ed. Thomson – Civitas, segunda edición, Madrid 2003.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: “El reto dogmático del principio de eficacia”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994, p. 7-16.

ORTIZ MALLOL, José: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril, 2004, p. 245-278.

PACCHIAROTTI, Andrea: *Federalismo amministrativo e riforma costituzionale delle autonomie*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2004.

- PALADIN, Livio: *Diritto regionale*, Ed. Cedam, setena edició, Padua 2000.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1999.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Instituto Nacional de Administración Pública – Boletín Oficial del Estado, Madrid 1995.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: “La potestad de autoorganización de la Administración Local, en *Documentación Administrativa*, núm. 228, octubre-diciembre 1991, p. 13-44.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: “Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 161-191.
- PASCUAL GARCÍA, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Estudios Jurídicos 13, Ministerio de la Presidencia-Boletín Oficial del Estado, Madrid 2010.
- PERNAS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Ed. Iustel, Madrid 2008.
- PIZZETTI, Franco: “Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso”, en *Le Regione*, núm. 6, 2001, p. 1153-1196.
- PIZZETTI, Franco: *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Giuffrè Editore, Milan 1979.
- POTOTSCHING, Umberto: “La delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali”, en *Foro Amministrativo*, III, 1971, p. 435-482.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, enero-junio 2009, p. 39-86.

REBOLLO PUIG, Manuel: “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2003, p. 359-393.

REBOLLO PUIG, Manuel: “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, en AAVV: *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2004, p. 41-59.

RIVERO ORTEGA, Ricardo: ¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 121, enero-mayo 2004, p. 25-47.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M<sup>a</sup>: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

ROLLA, Giancarlo: *Il sistema costituzionale italiano. L'organizzazione territoriale della Repubblica*, Giuffrè Editore, Milan 2005.

ROLLA, Giancarlo: *L'autonomia dei comuni e delle province*, en Tania GROPPY y Marco OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie. Regioni e enti locali nel nuovo titolo V*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2003.

ROMANO, Santi: *Principi di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, tercera edición, Milan 1912.

ROVERSI-MONACO, Fabio: *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Giuffrè Editore, Milan 1970.

SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: “Algunas reflexiones sobre la encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, p. 227-265.

SANDULLI, Aldo M.: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene Editore, quinquagesima edición, Napoli, 1989.



SEVERO SEVERI, Fabio: “Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici”, en AAVV: *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Ed. UTET, Torino 1989, p. 552-557.

SOSA WAGNER, Francisco: “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)”, *Diario La Ley*, núm. 6715, 17 de mayo de 2007.

SOSA WAGNER, Francisco: “El empleo de los recursos propios por las administraciones locales”, en COSCULLUELA MONTANER, Luís (Coord.): *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid 2003, p.1309-1341.

SOSA WAGNER, Francisco: *Manual de Derecho Local*, Ed. Thomson-Aranzadi, novena edición, Navarra, 2005.

SUAY RINCÓN, José: “Organització instrumental de les corporacions locals”, en *Quaderns de Dret Local*, núm. 9, 2005, p. 7-15.

STADERINI, Francesco: “Assetto delle competenze e delegue interorganiche”, en *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, núm. 15-16, agosto 1992, p. 1743-1749.

STADERINI, Francesco: *Diritto degli enti locali*, Ed. Cedam, trezzena edició, Padua, 2009

VANDELLI, Luciano: “La colaboración entre Estado y autonomías: el caso italiano”, en FONT LLOVET, Tomàs (Dir.): *Anuario de Gobierno Local 2004*. Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, Barcelona, p. 189-198.

VANDELLI, Luciano: “Le Regione, le Province, i Comuni”, en BRANCA, Giuseppe: *Comentario Della Costituzione*, Ed. Nicola Zanichelli, Bolonia 1985, p. 267-336.

VANDELLI, Luciano: *Il sistema delle autonomie locali*. Ed. Il Mulino, Bolonia 2004.

VILALTA REIXACH, Marc: *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de las entidades locales en las Comunidades Autónomas*, Ed. Iustel, Madrid 2007.