

## **SITUACIÓN ACTUAL DE LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS ENTES INSTRUMENTALES PÚBLICOS Y SU ADMINISTRACIONES**

Los entes instrumentales públicos realizan una compleja actividad en el desarrollo de sus amplios objetos sociales o finalidades para las que ha sido constituidos en la que se producen una multiplicidad de relaciones tanto las que mantienen con sus administraciones titulares, denominadas **relaciones internas o “ad intra”**, y aquellas otras que mantienen con persona ajenas o terceros, **externas o “ad extra”**.

Esta multiplicidad de relaciones parte de la propia administración que en su **potestad de autoorganización** para realizar el ejercicio de sus competencias y actividades debe adoptar una **primera decisión**, en la que acuerda realizar dichas actividades por sí misma, a través de sus propios medios, bien de forma indiferenciada o bien mediante sus entes propios, personificados o no, o, por el contrario, decide externalizar la prestación de los mismos valiéndose de empresarios privados, en el primer caso nos encontramos en un supuesto de **“gestión directa”** y de **“gestión indirecta”** del servicio en el segundo.

En caso de que esta gestión directa se realice mediante ente instrumental personificado surgen las denominadas **“relaciones internas instrumentales o in house”**. Estas relaciones de naturaleza interna de la administración con el ente del que se vale para la gestión directa son de naturaleza organizativa. En estos casos la administración debe adoptar una **segunda decisión**, igualmente organizativa, configurándose en un doble plano con distinto alcance en función de que al ente personificado, bien se le deleguen las actividades o funciones con carácter habitual, lo que se suele denominar **“atribución de competencias”**, o bien, le sean delegadas las actividades de forma excepcional o puntual en cuyo caso se han denominado habitualmente **“encargo o encomiendas de gestión”**. Sin perjuicio de estudio posterior, estadualmente la deja perfectamente claro la LOTUP<sup>1</sup> que en su regulación sobre las Entidades urbanísticas de capital público indica: **“Estas sociedades tendrán la consideración de entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos y actividades para los que ha sido constituida y, en su caso de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen o encomienden...”**

En el caso de la gestión indirecta, las **“relaciones externas”**, que comprenden tanto las denominadas **contractuales** y las llamadas relaciones de **cooperación horizontal**.

Desarrollando lo anteriormente indicado se puede establecer el siguiente esquema de las citadas relaciones

### **A) RELACIONES INTERNAS, INSTRUMENTALES O “IN HOUSE”**

Las relaciones domésticas, internas o “in house” como las denomina la doctrina anglosajona y cuya denominación ha causado estado en el derecho comunitario, no son sino las relaciones de cooperación vertical que hemos denominado instrumentales y que se producen entre una administración y un ente instrumental o medio propio que forma parte de la organización y estructura de la misma. El concepto de “relación in house”, que ha sido delimitado por la doctrina del TJCE vía jurisprudencia es muy amplio pues puede incluirse en el mismo un variado contenido, tanto las prestaciones de

---

<sup>1</sup> Disposición Adicional Octava ((Entidades urbanísticas de capital público) de la ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunitat valenciana

servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras realizadas a una entidad del sector público -normalmente una administración territorial- por sus propios servicios o entidades en relación de dependencia.

Estas relaciones se encuentran excluidas de la normativa contractual al ser relaciones instrumentales o como se denominan actualmente de acuerdo con el Derecho europeo **relaciones “in house”** de acuerdo con lo indicado se clasifican:

- 1º. **atribución de competencias**, cuando se delega en el ente con carácter habitual una serie de actividades que constituirán la **actividad propia y habitual del ente**, debido al hecho de que la sociedad instrumental se configura como un modo de gestión directa de los servicios. En estos casos con su creación la administración establece que la gestión de determinados servicios públicos se van a prestar y realizar de forma ordinaria y habitual mediante dicha sociedad.
- 2º. **actividad “encargada” o “encomendada”**: Son las denominadas **relaciones de cooperación vertical** cuando la administración le encarga al ente que es su medio propio la realización actividades a actuaciones concretas y determinadas en estos casos el encargo o encomienda se realiza mediante dos figuras con tipología y trascendencia distinta como posteriormente se analizarán:
  - las denominadas **“encomiendas de gestión”** cuando se trate de relaciones siempre entre sujetos de Derecho público y materias distintas de las reguladas la legislación de contratos públicos y que se rigen por la normativa reguladora del Sector Público (**Ley 40/2015 RJSP**)
  - los denominados **“encargos a medios propios”**, ya posibles entre entes públicos sometidos al Derecho privado y en materias y contratos sometidos, por el contrario, a la referida legislación de contratos públicos (**artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, LCSP**).

En ninguno de los anteriores supuestos se trata de una relación contractual y consecuentemente sometidas a las directivas de Mercado Interior de la Unión Europea ni a las de contratación pública nacionales. Estas relaciones internas y su exclusión de la normativa contractual la ha dejado perfectamente clara el TSJCE, ya en la sentencia de 12 de julio de 2001, la famosa sentencia sobre el “proyecto Scala2000” indicaba que si la *“Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades, no hay razón para aplicar la directiva citada (Directiva 93/2037) porque no se está actuando mediante contratación con terceros, sino utilizando entes instrumentales propios”*. Más recientemente en sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) afirma que *“Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública”*.

## **B) RELACIONES EXTERNAS**

En ellas se distinguen las denominadas relaciones de colaboración interadministrativa y las que son consideradas de partenariado público/privado o contractuales

**1º. Relaciones de colaboración interadministrativa:** Denominadas también de **cooperación horizontal**, que son aquellas que se producen entre distintas administraciones que no dependen las unas de las otras, por lo que se trata de relaciones de igual nivel jerárquico y, como se ha indicado, son denominadas de Cooperación horizontal. En estos casos se les aplica **la Directiva 2014/24/UE y artículo 6.1 de la nueva LCSP 2017** y se concretan esencialmente en los denominados **“convenios”**.

**2º. Relaciones contractuales:** Se denomina a este tipo como **relaciones de colaboración entre el sector público y el privado** distinguiendo las que se denominan **institucionales** de las que no tienen este carácter.

- Las **relaciones de colaboración público/privadas institucionales**, los denominados por la Unión Europea **Partenariados Públicos-Privados Institucionales (PPPI)** o **Colaboración Público Privada Institucional (CPPI)** en el derecho español, no son sino aquellos supuestos en los que se crea una figura con personalidad jurídica independiente.

En ellas destacan las tradicionalmente llamadas **“sociedades mixtas”**, aquellas en la que, aunque sea pequeña, existe participación del sector/capital privado. En este supuesto, las relaciones no se encuentran excluidas de la normativa de mercado interior. y, para su constitución y el encargo de actuaciones o contratos, la administración viene obligada a cumplir los criterios de la normativa de contratación, como ha dejado muy clara la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008 relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. La **LCSP 9/2017**, como se ha visto, las regula en como gestión indirecta a Sociedades mixtas en la **Disposición Adicional 22ª**.

- Las **relaciones de colaboración no institucionalizadas** son las más habituales, son las que se tienen con los contratistas o concesionarios y dan lugar a los distintos supuestos de **contratos públicos** referidos en la normativa de Contratos de Sector Público (obras, servicios, suministros, concesiones de obra pública, etc.) que no son objeto de este estudio.

**Centrándonos en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017)** en el **artículo 31** de la nueva Ley (**“Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal”**)<sup>2</sup> sigue lo anteriormente indicado y establece una distinción previa entre las relaciones horizontales o de cooperación entre distintas administraciones y las cooperación vertical entre la administración y sus entes

---

<sup>2</sup>El citado artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal, indica en su párrafo 1º que: Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

- a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.
- b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6.

dependientes. En concreto, el citado artículo 31, indica que las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual, mediante las siguientes formas o sistemas de cooperación:

- a) **Cooperación vertical:** consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el **artículo 32** para los poderes adjudicadores, y en el **artículo 33** para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo. A dicha relación corresponde el siguiente esquema:



- b) **Cooperación horizontal:** aquellas entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios. . Es habitual en estos casos que el convenio celebrado entre una administración autonómica o estatal, posteriormente sea objeto de ejecución por el ente instrumental del mismo. Ejemplos habituales son los supuestos de actuaciones en desarrollo de los planes de vivienda, especialmente en materia de promoción, rehabilitación y/ gestión y control de planes. A dicha relación corresponde el siguiente esquema:



Desde un punto de vista positivo, además, la Ley 9/2017 no incluye en su ámbito y suprime la regulación del contrato de gestión de servicios público para que la relación y definición de servicio y las formas de prestarlo se regulen por la normativa de carácter orgánico y sustantivo de la propia administración que lo presta. A tal fin la nueva Ley establece en su Exposición de motivos que *“en el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. .... Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios de acuerdo con la Disposición adicional vigésima segunda”*.