

Dictamen 4/07 (Ref. A.G. Industria, Turismo y Comercio). Doctrina «in house providing». No es admisible la encomienda de gestión entre dos organismos autónomos no dependientes entre sí, aunque ambos estén integrados en la Administración General del Estado.

Se eleva consulta a este Centro Directivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado [...] respecto a la aplicación, a un supuesto concreto, de la figura de la encomienda de gestión prevista en el artículo 3.1.1) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En concreto, se plantea la posible aplicación del artículo 3.1.1) de la LCAP a un proyecto de acuerdo que, teniendo por objeto la selección de formaciones geológicas susceptibles de almacenar CO₂ en el subsuelo de determinadas Comunidades Autónomas, se suscribiría entre en Instituto XX, organismo autónomo adscrito al Ministerio de X, que actuaría como encomendante, y el Instituto YY, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Y, que actuaría como encomendatario [...]

Examinado el proyecto de acuerdo de encomienda de gestión de referencia, este Centro Directivo comparte el criterio de la Abogacía del Estado consultante con arreglo al cual no concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la encomienda de gestión prevista en el artículo 3.1.1) de la LCAP, y ello por las razones que seguidamente se exponen.

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, introdujo un nuevo apartado 1) en el artículo 3.1. de la LCAP, con arreglo al cual:

«1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley [...]

Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración.»

Posteriormente, la redacción de dicho apartado ha sido modificada por la disposición final cuarta, apartado dos, de la Ley 4212006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, a partir de cuya entrada en vigor han de entenderse excluidas del ámbito de aplicación de la LCAP:

«1) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad público y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan.»

Este Centro Directivo abordó extensamente el tratamiento jurídico de las encomiendas de gestión en su Instrucción 2/2005, de 21 de julio, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal.

Como se indicó en dicha Instrucción, la introducción de la figura de la encomienda de gestión, como supuesto excluido del ámbito de aplicación de la LCAP, tiene su fundamento en la doctrina del «in house providing» establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en las sentencias Teckal, de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98) y Stadt Halle, de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03), principalmente.

La promulgación del Real Decreto-Ley 5/2005 (por el que se introdujo el apartado 1) en el artículo 3.1. de la LCAP) respondió a la urgente necesidad de ajustar la legislación española en materia de contratación pública a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, que declaró el incumplimiento del Reino de España por la incorrecta adaptación de su ordenamiento jurídico interno a las Directivas 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/137/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la LCAP (artículo 3.1.c) los convenios de colaboración que celebren las Administraciones públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas. Pues bien, en dicha sentencia, el TJCE indicaba, a los efectos que aquí interesan, lo siguiente:

«38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, 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. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.»

En la mencionada sentencia Teckal, en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, el TJCE declaró lo siguiente:

«46. El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.

47. Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.

48. Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.

49. Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.

50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, 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. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que 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 y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, 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».

Por su parte, en la sentencia Stadt Halle el TJCE resuelve el litigio entre el Ayuntamiento de Halle, que había encargado a la sociedad RPL Lochau (cuyo capital pertenece mayoritariamente a dicho Ayuntamiento y, en una fracción minoritaria, a una sociedad privada) el tratamiento de residuos, y la sociedad «Trea Leun», que entendió que la adjudicación por el referido Ayuntamiento a la sociedad RPL Lochau del tratamiento de residuos sin haber seguido para ello un procedimiento de licitación era contraria al Derecho comunitario. En dicha sentencia, el TJCE, reiterando la doctrina sentada en la sentencia Teckal, declaró lo siguiente:

«48. 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 obligada 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 contratos públicos.

49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas.

En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.»

En suma, conforme a la doctrina del «in house providing» establecida por el TJCE en las sentencias parcialmente transcritas, quedarán sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora (en el sentido que las citadas Directivas atribuyen al término) y un contratista o proveedor que sea una persona

jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones. Sin embargo, no quedarán sujetos a la normativa comunitaria sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, aquellas relaciones de colaboración que, aun reuniendo esas características en cuanto a su objeto, carácter oneroso y forma escrita, se celebren entre una entidad adjudicadora y una persona que, aun siendo jurídicamente diferente de aquélla, se encuentre bajo el pleno control de esa entidad adjudicadora y realice respecto de ella la parte esencial de su actividad (como dice literalmente el TJCE, «a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona dé que, se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan»), circunstancias que configuran la situación económico-jurídica denominada «in house providing», en el marco de la cual el contratista, aun cuando formalmente ostenta personalidad jurídica propia e independiente de la del contratante que le encarga la ejecución de las prestaciones contractuales, en realidad no es otra cosa que un medio instrumental del contratante, completamente dependiente de él y sin una verdadera capacidad decisoria autónoma, lo que excluye la naturaleza contractual y convierte en instrumental la relación jurídica entre estas partes.

En consecuencia, las encomiendas de gestión realizadas por la Administración General del Estado, sus Organismos o Entidades públicas deben entenderse amparadas en el apartado 1) del artículo 3.1 de la LCAP, y por tanto excluidas de la aplicación de la LCAP, aunque su objeto coincida con el de alguno de los contratos regulados en la propia LCAP o en normas administrativas especiales y con independencia de su cuantía, cuando en ellas concurren las siguientes circunstancias:

a) Que la Administración, Organismo o Entidad pública que realiza la encomienda de gestión ejerza sobre el Organismo o Entidad pública que la recibe un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, en términos tales que este último que carezca de autonomía desde el punto de vista decisorio.

Este primer requisito no suscita cuestión alguna en el caso de que la entidad contratista haya sido creada única y exclusivamente por la entidad adjudicadora, estando sometida al solo control de ésta, debiendo considerarse también cumplido en el supuesto de que la entidad contratista haya sido creada por dos Administraciones Públicas o entidades adjudicadoras y esté sometida al control de éstas. Así lo reconoce la sentencia Teckal que, en su apartado 50, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad contratista se realice «con el ente o los entes que la controlan», así como la sentencia Stadt Halle que, en su apartado 49, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad contratista se realice con la «autoridad o autoridades públicas que la controlan».

b) Y, además, que ese Organismo o Entidad en cuyo favor se acuerda la encomienda de gestión realice la parte esencial de su actividad con la Administración, Organismo o Entidad pública que la otorga.

Este segundo requisito, partiendo del anterior, revela definitivamente que la entidad instrumental es realmente un servicio o medio propio de la Administración o entidad adjudicadora, pues precisamente la creación por una Administración Pública de una entidad en términos tales que la parte esencial de la actividad que esta última realice lo sea para la Administración matriz demuestra que ello se hace con el designio de disponer de un medio propio, lo que no ocurriría si esa entidad realizase la mayor parte de su actividad con terceros,

pues en tal caso se trataría de una entidad que actuaría como un operador o agente económico más en el tráfico.

También se indicaba en la Instrucción 2/2005 que, aun cuando los dos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE anteriormente expuesta no figurasen recogidos explícitamente en la inicial redacción del párrafo 1) del artículo 3.1 de la LCAP, introducida por el Real Decreto Ley 5/2005 (en la que sólo se aludía a uno de ellos, el relativo al control análogo al ejercido sobre, los propios servicios, al exigirse que el capital de las sociedades públicas deba pertenecer íntegramente a la Administración encomendante), se consideraba imprescindible la concurrencia de ambos requisitos en todo caso para poder considerar que las encomiendas de gestión a que se refiere ese precepto quedan excluidas de la aplicación de la LCAP, lo que no sería posible, de acuerdo con esa doctrina jurisprudencia/, en los supuestos en que faltara cualquiera de esos requisitos. La reforma operada en el artículo 3.1.1) de la LCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, viene a confirmar normativamente el anterior criterio, al exigirse expresamente en la nueva redacción del precepto tanto el requisito del control análogo al que la entidad encomendante ejerce sobre sus propios servicios, como el de que la entidad que recibe la encomienda realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que la controlan.

Pues bien, así las cosas, debe entenderse que la jurisprudencia del TJCE (y también el artículo 3.1.1) de la LCAP, en su vigente redacción) exigen la inexcusable y cumulativa concurrencia de los dos requisitos o presupuestos mencionados (control de la entidad encomendante sobre la que recibe la encomienda análogo al que la primera ejerce sobre sus propios servicios, y realización de la parte esencial de la actividad de la entidad que recibe la encomienda en favor de la entidad o entidades que la controlan) para considerar aplicable la figura de la encomienda de gestión.

Y, en la medida en que la encomienda de gestión supone una excepción al régimen general de publicidad y concurrencia que inspira la normativa sobre contratación pública (al excluir del ámbito de aplicación de dicha normativa supuestos que, en principio, podrían tener un objeto coincidente con el de los contratos administrativos) también ha de entenderse que los mencionados requisitos han de ser objeto de una interpretación estricta.

Cabe citar, a estos efectos, las conclusiones formuladas por el Abogado General en el Asunto C-295/05, relativo a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en resolución del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2001, y en la que se plantea la compatibilidad entre la normativa española reguladora del régimen jurídico aplicable a TRAGSA y las Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE, 97/52/CE, 2001/178/CE y 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de obras y de servicios. Pues bien, en sus conclusiones, el Abogado General declara lo siguiente:

«88. Si bien es cierto que no ha lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública cuando una entidad pública realiza las tareas de interés público que le corresponden con sus propios servicios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas, y cuando dicha entidad ejerce sobre tales servicios un control análogo al que ejerce sobre sus otros servicios internos y, además, los servicios en cuestión realizan la parte esencial de sus actividades para la entidad pública que los controla, no lo es menos que estos dos requisitos, los llamados criterios Teckal, constituyen una excepción. En consecuencia, ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la

prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella.»

Partiendo de esa interpretación estricta, el Abogado General declara lo siguiente respecto del primero de los mencionados «criterios Teckal»:

«91. En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia desarrolló más detalladamente el primer criterio Teckal, en el sentido de que, en el ejercicio del control ‘análogo al que ejerce sobre sus propios servicios’, debe tratarse de una ‘influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad’.

94. Si se organiza el medio instrumental como ‘medio propio’ de los entes’ públicos colaboradores, es preciso, por analogía con los requisitos establecidos para el control sobre una persona jurídica ‘común’ independizada en la ejecución de tareas públicas, que el control se efectúe de tal manera que se asegure la influencia ‘tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes’ de todos los entes públicos implicados.

95. En efecto, si los entes públicos participantes no pueden tener influencia alguna sobre la estrategia ni sobre la gestión de un servicio común en tanto medio propio, tampoco pueden ser considerados responsables por las actuaciones de dicho servicio. Lo mismo cabe decir en lo que se refiere a su responsabilidad por el correcto cumplimiento del Derecho comunitario.

97. Esto me lleva, como paso intermedio, a la conclusión de que en los supuestos en que un medio instrumental actúa como ‘medio propio’ de varios entes públicos, es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real de todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este ‘medio propio’. [...]»

Y, respecto al segundo de los «criterios Teckal», el Abogado General declara lo siguiente:

«105. En la sentencia Carbotermo, el Tribunal de Justicia declaró que el requisito, conforme al cual es preciso que la persona jurídica sobre la que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios realice a la vez la parte esencial de su actividad para el ente público o los entes públicos que la controlan, tiene por objeto principal evitar que se falsee el juego de la competencia.

106. Sólo en el caso de que la persona jurídica controlada realice la parte esencial de su actividad exclusivamente para el ente público o los entes públicos que la controlan, puede resultar justificado que no se apliquen las disposiciones imperativas de las Directivas en materia de contratación pública, puesto que fueron adoptadas con objeto de defender una competencia que, en tal situación, ya no existe.

107. Lo anterior implica que sólo cabe considerar que la persona jurídica de que se trate realiza lo esencial de su actividad para el ente público que la controla, en los términos de la sentencia Teckal, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente, de modo que el resto de su actividad tiene carácter meramente marginal.

110. El requisito de que se realice la parte esencial de las actividades para el ente público que ejerce el control es imprescindible para prevenir que se falsee el juego de la competencia en el

mercado común, como el Tribunal de Justicia subrayó recientemente en la sentencia Carbotermo.»

En consecuencia, sólo cabe excluir la aplicación de la normativa sobre contratación pública y, en concreto, de la LCAP, cuando se trate de acuerdos de encomienda de gestión en los que se cumplan cumulativamente los dos «requisitos o criterios Teckal» anteriormente expuestos, interpretados además de forma estricta.

Pues bien, trasladando las consideraciones anteriores al supuesto que se examina, resulta que no concurren en él ninguno de los dos requisitos o presupuestos que la jurisprudencia del TJCE, incorporada al artículo 3.1.1) de la LCAP, exige en la encomienda de gestión [...]

a) En primer lugar, el Instituto XX no ejerce sobre el Instituto YY un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. De hecho, se trata de dos Organismos autónomos adscritos a distintos Departamentos ministeriales que actúan en el ámbito de sus respectivas competencias con absoluta autonomía funcional uno respecto del otro. No puede decirse, en suma, que el primero de los mencionados organismos ejerza un control sobre el segundo ni a través de sus órganos de gobierno ni a través de la participación en su financiación o patrimonio, ni mucho menos que el primero ejerza sobre el segundo una «influencia potencialmente determinante, tanto sobre sus objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes» que le afecten.

b) En segundo lugar, tampoco puede entenderse que el Instituto YY desarrolle la parte esencial de su actividad para el Instituto XX, de tal forma que el resto de su actividad haya de considerarse meramente marginal.

En definitiva, si bien las partes del proyecto de acuerdo, en su condición de Organismos autónomos de la Administración General del Estado, podrían considerarse, en su caso, medios instrumentales de la misma, en el supuesto que se examina el Instituto YY recibiría el encargo o encomienda no de dicha Administración Pública de, la que es medio instrumental, sino de otro Organismo autónomo que, si bien es poder adjudicador, en la terminología comunitaria, ni ejerce control alguno sobre él ni es beneficiario de la parte esencial de su actividad, debiendo concluirse que se trata de dos Organismos autónomos entre los que no existe relación de control ni de instrumentalidad alguna.

No concurriendo ninguno de los dos requisitos exigidos en la doctrina Teckal del TJCE (cuya presencia, además, se exige de forma cumulativa), procede confirmar el criterio de la Abogacía del Estado consultante, con arreglo al cual no puede considerarse aplicable en el supuesto que se examina la figura de la encomienda de gestión del artículo 3.1.1) de la LCAP.

Cabe añadir que el criterio que aquí se sostiene (con arreglo al cual la aplicación de la figura de la encomienda de gestión se supedita a la concurrencia cumulativa de los dos requisitos establecidos por el TJCE en la sentencia Teckal) ya ha sido mantenido por este Centro Directivo en anteriores informes. Así, en un informe de 6 de octubre de 2005 (ref. A.G. Medio Ambiente 5/05) se consideró improcedente acudir al mecanismo de la encomienda de gestión para articular una relación de colaboración de objeto coincidente al de los contratos administrativos, entre dos sociedades estatales entre las que no existía relación de control ni de instrumentalidad alguna.

En este sentido, debe indicarse que, aunque las entidades a que se refiere el presente informe sean, en su condición de Organismos autónomos, entidades instrumentales de la Administración del Estado (la figura de los Organismos autónomos surge de la técnica de la descentralización funcional o por servicios y supone la creación por la Administración matriz - Administración del Estado- de entidades filiales de ella a las que se atribuye la gestión de funciones o servicios de titularidad de la Administración del Estado y que ésta sigue reteniendo como propios), ese carácter instrumental de la relación entre la Administración del Estado y sus Organismos autónomos no es trasladable a la relación de estos últimos entre sí a los efectos de admitir la aplicación de la doctrina del «in house providing» en las relaciones entre ellos y, por, esta vía, excepcionar la aplicación de las disposiciones imperativas de las distintas Directivas que en materia de contratación pública se han dictado, llegándose así a un resultado que es justamente el que esas Directivas pretenden evitar, cual es la restricción o falseamiento de la competencia. Buena prueba de ello es la exclusión o eliminación de la posibilidad de que esas entidades públicas, aun en el caso de que dependan de una misma Administración Pública, concierten entre sí convenios de colaboración cuyo objeto sea el propio de los contratos que regula la LCAP, tal y como establece el artículo 3.1.c) de este texto legal. La misma exclusión o eliminación de la posibilidad de que esas entidades públicas concierten entre sí convenios de colaboración cuyo objeto sea el propio de los contratos regulados en la LCAP (prohibición que se introdujo por el Real Decreto-Ley 5/2005 para dar cumplimiento a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 que declaró el incumplimiento del Reino de España por la incorrecta adaptación de las Directivas antes mencionadas, pues antes se admitía la celebración, al margen de la legislación de contratos públicos, de convenios de colaboración entre entidades públicas que tuviesen por contenido el que es propio de los contratos regulados en esa legislación) pone de manifiesto la improcedencia o inadmisibilidad de que en las relaciones de contenido contractual entre esas entidades queden excluidos, a pretexto de que se trata de relaciones entre entidades públicas, los principios que están en la base de las Directivas comunitarias en materia de contratación. Sería, en efecto, un contrasentido que entre entidades públicas dependientes de una misma Administración (como acontece en el caso a que se refiere el presente informe) esté excluida la posibilidad de concertar convenios de colaboración cuyo objeto sea el propio de los contratos regulados en la LCAP, lo que obliga a la entidad pública que ostente la condición de contratante (poder adjudicador) a observar los principios de publicidad y concurrencia a través del oportuno procedimiento de adjudicación (con objeto de garantizar la libre y plena competencia) y que, en cambio, entre esas mismas entidades públicas se admita, para articular relaciones contractuales, la figura de la encomienda de gestión (doctrina del «in house providing») y, por tanto, se eludan esos principios, cuando, como se ha razonado, no concurren los requisitos exigidos para ello.

En suma, la prevalencia del principio básico de la garantía de la libre y plena competencia en la actuación de los poderes adjudicadores y el carácter restrictivo con que ha de admitirse la doctrina del «in house providing», en cuanto excepción a ese principio, determinan la improcedencia de aplicar esta doctrina y la figura de la encomienda de gestión a las relaciones (de contenido contractual) entre entidades públicas en las que no concurren los requisitos exigidos por dicha doctrina, lo que, por otra parte, impide aplicar analógicamente algún precepto que, dictado para un ámbito más sectorial y restringido, pudiera dar pie para excluir la normal aplicación del procedimiento de adjudicación basado en los principios de publicidad y concurrencia (caso del artículo 7.2. g. i.) de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre).