

III. OTRAS DISPOSICIONES

CORTES GENERALES

- 4056** *Resolución de 27 de febrero de 2017, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de la utilización de la Encomienda de Gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012.*

La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su sesión del día 27 de febrero de 2017, a la vista del Informe remitido por ese Alto Tribunal acerca del Informe de la utilización de la Encomienda de Gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012, acuerda:

Asumir el contenido del citado Informe, así como sus conclusiones y recomendaciones.

Palacio del Congreso de los Diputados, 27 de febrero de 2017.–El Presidente de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, Eloy Suárez Lamata. El Secretario Primero de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, Saúl Ramírez Freire.

**TRIBUNAL DE CUENTAS****Nº 1.003**

**INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA UTILIZACIÓN
DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN REGULADA
EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
POR LOS MINISTERIOS, AGENCIAS Y ORGANISMOS
AUTÓNOMOS DEL ÁREA
POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL ESTADO,
EJERCICIOS 2008-2012**

EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida en los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y a tenor de lo previsto en los artículos 12 y 14 de la misma disposición y concordantes de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha aprobado en su sesión de 28 de Noviembre de 2013 el **Informe de fiscalización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública de los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político – Administrativa del Estado, ejercicios 2008 – 2012**, y ha acordado su elevación a las Cortes Generales, según lo prevenido en el artículo 28.4 de la Ley de Funcionamiento.

ÍNDICE

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	6
I. CONSIDERACIONES GENERALES	8
I.1. INTRODUCCIÓN	8
I.2. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN	8
I.3. NORMATIVAS BÁSICA REGULADORA	12
I.4. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN	14
I.5. LIMITACIONES	15
I.6. TRATAMIENTO DE ALEGACIONES.....	15
II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN	15
II.1. RÉGIMEN DE LOS ENCARGOS CONFERIDOS	15
II.1.1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	15
II.1.2 REGULACIÓN ACTUAL.....	17
II.1.3 DIFERENCIAS CON LA ENCOMIENDA DEL ARTÍCULO 15 LEY 30/1992.....	20
II.1.4 REQUISITOS SUBJETIVOS	23
II.1.4.1 ENTIDAD ENCOMENDANTE.....	23
II.1.4.2 ENTIDAD ENCOMENDATARIA.....	23
II.1.4.2.1 CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES.....	23
II.1.4.2.2 INCIDENCIAS: especial referencia a TRAGSA y SEGIPSA	26
II.1.5 REQUISITOS OBJETIVOS	43
II.1.5.1 OBJETO DEL ENCARGO.....	43
II.1.5.2. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES	44
II.2 EL EXPEDIENTE DE LA ENCOMIENDA	46
II.2.1 ACTUACIONES INTEGRANTES DEL EXPEDIENTE DE ENCOMIENDA: EL ENCARGO.....	46
II.2.2 INCIDENCIAS PARTICULARES.....	50
II.2.2.1 DEPARTAMENTOS MINISTERIALES.....	50

II.2.2.1.1 MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN	50
II.2.2.1.2 MINISTERIO DE JUSTICIA.....	52
II.2.2.1.3 MINISTERIO DE DEFENSA	54
II.2.2.1.4 MINISTERIO DEL INTERIOR.....	55
II.2.2.1.5 MINISTERIO DE EDUCACIÓN	62
II.2.2.1.6 MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA	66
II.2.2.2 ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y AGENCIAS.....	66
II.2.2.2.1 AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO.....	66
II.2.2.2.2 INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL “ESTEBANTERRADAS”	68
II.2.2.2.3 INSTITUTO NACIONAL DE LAS ARTES ESCÉNICAS Y DE LA MÚSICA	69
II.3. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA ENCOMIENDA	69
II.3.1 RÉGIMEN LEGAL DEL SISTEMA DE TARIFAS.....	69
II.3.2 CRITERIOS PARA LA FIJACIÓN DE LA TARIFA	71
II.3.3 INCIDENCIAS PARTICULARES.....	74
II.3.4 APLICACIÓN DEL IVA A LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN.....	76
II.4. EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA.....	78
II.4.1 LA SUBCONTRATACIÓN O CONTRATACIÓN CON TERCEROS	78
II.4.2 INCIDENCIAS PARTICULARES.....	79
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	81
III.1. CONCLUSIONES.....	81
III.1.1 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LOS ENCARGOS CONFERIDOS	81
III.1.2 EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE DE LA ENCOMIENDA	82
III.1.3 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA ENCOMIENDA.....	83
III.1.4. EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA.....	85
III.2. RECOMENDACIONES	85

APÉNDICE 1

RELACIÓN DE EXPEDIENTES FISCALIZADOS: DEPARTAMENTOS MINISTERIALES.

APÉNDICE 2

RELACIÓN DE EXPEDIENTES FISCALIZADOS: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y AGENCIAS ESTATALES.

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AECID	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
BOE	Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
DGT	Dirección General de Tráfico
EPE	Entidad Pública Empresarial
FAD	Fondo de Ayuda al Desarrollo
FCM	Fondo para la Concesión de Microcréditos
FEIL	Fondo Estatal de Inversión Local
FNMT-RCM	Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.- Real Casa de la Moneda
FONPRODE	Fondo para la Promoción del Desarrollo
GIEC	Gerencia de Infraestructura y Equipamiento
GIESE	Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad del Estado
INAEM	Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música
INSA	Ingeniería y Servicios Aeroespaciales
INTA	Instituto de técnica Aeroespacial “Esteban Terradas”
INTECO	Instituto Nacional de Tecnología de la Comunicación S.A.
INVIED	Instituto Nacional de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa
IPC	Índice de Precios al Consumo
ISDEFE	Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, Sociedad Anónima
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LPAP	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
MAEC	Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación
MICINN	Ministerio de Ciencia e Innovación

OAPPE	Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos
OATPFE	Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo
RLCAP	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
SECI	Secretaría de Estado de cooperación Internacional
SEGIPSA	Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, sociedad Anónima.
SEGITTUR	Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas
SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima.
TRAGSATEC	Empresa de Tecnologías y Servicios Agrarios, Sociedad Anónima
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
UIMP	Universidad Internacional Menéndez Pelayo

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

9

I. CONSIDERACIONES GENERALES**I.1. INTRODUCCIÓN**

El Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones asignadas por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y por Acuerdo del Pleno de fecha 20 de diciembre de 2012, mediante el que se aprobó el "Programa de fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas para el año 2013" remitido a las Cortes Generales, ha realizado, a iniciativa propia, la "Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008- 2012".

Las Directrices Técnicas de la presente fiscalización fueron aprobadas por el Pleno del Tribunal en su reunión de 31 de enero de 2013.

I.2. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN

La encomienda o encargo de gestión es uno de los negocios jurídicos más utilizados en la actualidad por la Administración Pública. Así se desprende del siguiente cuadro en el que se muestran las encomiendas de gestión suscritas en el período 2008 – 2012 por los Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos y Agencias que se encuentran en el ámbito de competencias del Departamento de Fiscalización del Área Político-Administrativa del Estado a 31 de diciembre de 2012 y su importe total.

Las cifras mostradas revelan la importancia cuantitativa que ha adquirido la encomienda de gestión contractual como negocio jurídico empleado por las Administraciones Públicas en el período 2008-2012, desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), actualmente sustituida por el Real Decreto –Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), norma que regula con mayor detalle esta figura.

MINISTERIOS	TOTAL NÚMERO	TOTAL IMPORTE (en €)
Asuntos Exteriores	25	39.536.598,31
Justicia	49	178.708.269,74
Defensa	531	430.599.744,20
Interior	344	824.929.731,20
Educación, Cultura y Deporte	53	28.869.485,77
Presidencia	45	5.710.527,47
TOTAL	1047	1.508.354.356,69

10

Tribunal de Cuentas

OO.AA Y AGENCIAS ESTATALES	TOTAL NÚMERO	TOTAL IMPORTE (en €)
AECID	113	208.269.466,87
Cría Caballar de las FFAA	0	0
Instituto Vivienda (INVIED)	17	4.188.145,44
INTA	168	96.342.365,24
Canal Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo	4	833.478,70
Servicio Militar de Construcciones	0	0
Consejo Superior de Deportes	34	21.207.269,84
Agencia Estatal Antidopaje	2	76.062,82
Biblioteca Nacional	2	80.227,88
INAEM	553	1.363.364,30
Instituto de la cinematografía y de las artes audiovisuales	3	331.996,91
Programas educativos europeos	0	0
Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de cultura GIEC	8	3.865887,81
UIMP	7	1.733.549,21
OA Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo	9	12.809.515,02
GIESE	2	3.343.216,56
DGT	63	77.859.452,39
Centro de Estudios Jurídicos	9	429.000,00
BOE	11	656.320,76
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales	1	1.454,76

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

11

CIS	0	0
Patrimonio Nacional	30	10.051.846,91
TOTAL	1036	443.442.621,02

La regulación de la figura se encuentra recogida tanto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) como en el artículo 3 del TRLCAP 2/2000, ya derogado, y en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP 30/2007, y del TRLCSP 3/2011.

La aplicación de uno u otro régimen determina la existencia de dos figuras de encomienda de gestión distintas, la intra-administrativa y la de contenido contractual, que hay que diferenciar no sólo porque su ámbito y contenido es distinto sino porque sus requisitos formales también lo son.

Las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992,- tras la doctrina *in house providing* elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras sentencias en la Sentencia Teckal, y que se ha traducido en nuestro Derecho en la previsión contenida en el derogado artículo 3.1.l) del TRLCAP 2/2000 y posteriormente en los artículos 4.1.n) y 24.6 del LCSP 30/2007, y del TRLCSP 3/2011, - tienen como ámbito propio aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella siendo necesario que el acuerdo de encomienda de gestión sea publicado, como requisito para que sea eficaz, en el Diario Oficial correspondiente. Por el contrario, las reguladas en el TRLCSP tienen por objeto relaciones de contenido materialmente contractual, esto es, la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica. Son estas últimas las que centran el objeto de la presente fiscalización

Nuestra legislación siempre ha admitido la posibilidad de que la propia Administración lleve a cabo obras, suministros o servicios, cuando disponga de los medios materiales o técnicos necesarios para ello. Estos medios pueden consistir en entidades con personalidad jurídica distinta de la Administración encomendante, siendo considerados como medios propios o servicios técnicos de acuerdo con el TRLCSP.

Ahora bien, esta figura constituye una excepción a las reglas generales del Derecho Comunitario en materia contractual, cuya finalidad es garantizar los principios de igualdad, transparencia en los procedimientos de licitación pública, concurrencia y no discriminación. Por ello, para que dicha excepción resulte aplicable es necesario que los entes, organismos o entidades encomendados cumplan una serie de requisitos, esto es, que sean considerados medios propios y servicios técnicos del poder adjudicador, lo cual implica:

- Que el poder adjudicador ejerza sobre dicha entidad un control análogo al que realiza sobre sus propios servicios. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.
- Que la entidad realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que la controla.
- Si se trata de sociedades, se exige, además, la titularidad pública de la totalidad de su capital.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueda conferir, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas

por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Otro aspecto sustancial de las encomiendas de gestión es su régimen económico ya que en virtud de este negocio jurídico se excluye de la licitación pública la prestación objeto de la encomienda, lo que supone a su vez, como ya se ha señalado, una excepción a los principios que rigen la contratación pública y que dan garantía al interés público, como el de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación, sin olvidar que en todo caso las entidades integrantes del sector público estatal deben adecuar su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa (artículo 69 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

Y finalmente respecto de la ejecución de la encomienda, debe tenerse presente que la entidad encomendataria puede contratar con terceros la ejecución material del encargo. Esta posibilidad de recurrir a la subcontratación no ha sido limitada expresamente y con carácter general por el TRLCSP (sin perjuicio de que las normas reguladoras de los medios propios sí pueden establecer en cada caso concreto límites específicos como en el caso de TRAGSA que tiene limitada la colaboración de empresarios particulares al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio), lo que ha dado lugar a que las entidades instrumentales hayan subcontratado en ocasiones la totalidad o la mayor parte de la prestación sin aplicar la legislación contractual con la misma rigurosidad que la que está prevista para el caso de que las Administraciones Públicas fueran el órgano de contratación, configurándose como una mera intermediadora que habilita a un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública. No obstante, ello no implica que en dichas contrataciones se pueda prescindir total y absolutamente de dicha legislación la cual se aplicará en función de la naturaleza jurídica de la entidad y de la cuantía del contrato.

I.3. NORMATIVA BÁSICA REGULADORA

La normativa aplicable se encuentra fundamentalmente recogida en:

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (derogado).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- 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.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (derogada).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (derogada).
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

13

- Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales
- Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Ley 36/2010, de 22 de octubre, del FONPRODE
- RD Ley 9/2008, de 28 de noviembre de creación del Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la economía y el Empleo.
- Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
- RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.
- RD 1495/2007, de 12 de noviembre, modificado por RD 1788/2009, de 20 de noviembre y por RD 302/2012, de 3 de febrero, crea la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y se aprueba su estatuto.
- RD 1.114/1999, de 25 de junio, por el que se aprueba el estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Casa de la Moneda, modificado por Real Decreto 199/2009, de 23 de febrero.
- RD 88/2001, de 2 de febrero, modificado por Real Decreto 343/2010, de 19 de marzo, que aprueba los estatutos del INTA.
- RD 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen Jurídico de TRAGSA y de sus filiales.
- El RD 868/2005, de 15 de julio, aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, modificado por Real Decreto 1384/2009, de 28 de agosto.
- El RD 164/2002, de 8 de febrero, aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, modificado por Real Decreto 351/2011, de 11 de marzo.
- Real Decreto 331/2002, de 5 de abril, aprueba el Estatuto de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- RD 845/2011, de 17 de junio, por el que aprueba el Reglamento del FONPRODE.

Además de los Estatutos y otras normas reguladoras de las demás entidades encomendatarias incluidas en el ámbito de la presente fiscalización.

I.4. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN

Los objetivos principales de la fiscalización han sido los siguientes:

- Verificar que las encomiendas de gestión se ajustan al régimen jurídico vigente aplicable en cada caso, tanto en atención a la naturaleza del negocio como a la de la entidad encomendada
- Comprobar el régimen económico de la encomienda y su adecuación a la legalidad vigente.

- Comprobar el grado de ejecución del encargo por la entidad encomendaria, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de aplicación.

Esta fiscalización se ha concebido principalmente como una fiscalización de regularidad, centrando el análisis especialmente en la actuación de las entidades encomendantes. En la selección de la muestra se han utilizado criterios estadísticos estratificados así como una selección ponderada por el valor, unidos al análisis de otros elementos de riesgo a juicio del equipo auditor.

Asimismo, se ha verificado el cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en todo aquello en que lo dispuesto en esta norma pudiera tener relación con el objeto de las actuaciones fiscalizadoras.

Para conseguir estos objetivos se han realizado las pruebas que se han estimado necesarias.

I.5. LIMITACIONES AL ALCANCE

No ha habido limitaciones al alcance. Los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos fiscalizados así como las entidades encomendatarias incluidas en el ámbito de la presente fiscalización han proporcionado toda la colaboración y la documentación solicitada y han permitido el acceso a cuanta información y datos han sido requeridos.

I.6. TRATAMIENTO DE ALEGACIONES

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 7/1988 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se dio trámite de alegaciones a los responsables del sector público fiscalizado y a quienes lo habían sido durante el periodo a que se extiende la fiscalización. Las alegaciones recibidas se acompañan al presente Informe, además de haber sido incorporadas en los casos oportunos en el cuerpo del mismo.

II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN

II.1 RÉGIMEN DE LOS ENCARGOS CONFERIDOS

II.1.1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el contexto de las relaciones de Derecho público, las Administraciones Públicas han evolucionado hacia formas diversas de organización, complejas en exceso, y en ocasiones innecesarias, llamadas a satisfacer, en régimen de desconcentración instrumental, los múltiples intereses que el sector público tiene asignados. La autoorganización pública revela distintas formas de alejamiento de las formas nucleares de organización administrativa tradicional, de modo que de las entidades estatales autónomas y los grupos empresariales públicos de mediados del siglo XX se ha pasado a una floración de formas de organización que paulatinamente vienen vaciando el concepto mismo de Administración Pública. Fundaciones en mano pública, sociedades estatales, autonómicas o locales para la gestión de servicios típicamente administrativos, consorcios interadministrativos, Agencias o, la última modalidad de creación de fondos sin personalidad jurídica, son algunas de las manifestaciones de este fenómeno tratado en innumerables ocasiones y denominado por la doctrina como *“huida del Derecho Administrativo”*.

Encomendar servicios, suministros u obras a estas entidades de carácter instrumental se ha convertido en una práctica cotidiana. No existe inconveniente jurídico alguno, desde la perspectiva de las reglas y principios del acervo normativo comunitario, en llevar a cabo estas actuaciones *“ad intra”*, también llamadas operaciones internas, autocontratación, encomienda a medios propios y servicios técnicos, contratos domésticos, *“in house providing”*, contratos *“in house”*, relaciones *“in house”* o *“contrats maison”*. Sin

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

15

embargo, estas formas de gestión instrumental o de sujeción especial no agotan su estudio en analizar su adecuación a la legalidad comunitaria.

El problema surge del abuso y del fraude en la utilización de estas figuras, cuando la entidad instrumental no es sino una proyección personificada de la Administración dominante, no dotada ni surtida de medios necesarios para llevar a cabo las actividades y prestaciones propias de las encomiendas.

Frente a la gestión mediante servicios administrativos, servidos por personal funcionario o laboral de plantilla y sin presupuesto diferenciado, en la gestión mediante entes instrumentales, dotados de personalidad propia, se dota a estos, en primer lugar, de autonomía financiera. Tienen un presupuesto propio y diferenciado que se gestiona por los propios responsables del ente y que, en el caso de las compañías mercantiles y de las fundaciones del sector público, pertenece a los llamados presupuestos de explotación y capital, lo que implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir, al control interventor. En segundo lugar, en el plano de la gestión, se les otorga una mayor flexibilidad, que en caso de que sean organismos públicos, responderá a la fórmula de la descentralización funcional o por servicios, y en el caso de que sean sociedades y fundaciones, suponen la adopción de modelos de gestión privada, al estar sujetas al derecho privado y no ser funcionario su personal, sino laboral. Desde esta perspectiva, el recurso a la sociedad o fundación del sector público hay que encuadrarlo dentro del fenómeno de la *"huida de Derecho Administrativo"*, que en este caso va acompañado de una huida de la contabilidad pública y del Presupuesto.

Todo ello puede generar beneficios en el plano de la eficacia, pero supone sacrificios en el de las garantías que el Derecho administrativo ofrece a los ciudadanos. Incluso, desde la óptica de la legalidad y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, no deja de presentar riesgos la situación de unas entidades, que pese a desenvolverse con arreglo al derecho privado, no están sometidas a las reglas del mercado, por una parte, y por otra, se nutren de fondos públicos sin someterse a las reglas de gestión y control que rigen para las Administraciones públicas.

II.1.2 REGULACIÓN ACTUAL

La LCSP y de igual modo el TRLCSP, tras señalar los entes y contratos que caen dentro de su ámbito, dedica el artículo 4, a relacionar los *"contratos o negocios excluidos"* o los *"negocios y relaciones jurídicas"* excluidas.

El artículo 4.1 n) excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los siguientes negocios jurídicos: *"Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174."*

El artículo 24.6 de la LCSP dispone que:

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

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

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

Los excluidos constituyen un conjunto heterogéneo de figuras de las cuales unas no revisten carácter contractual y otras, pese a tenerlo, han quedado fuera por decisión del legislador. De otra parte, la exclusión no es total pues pueden serles de aplicación los principios y alguna previsión de la propia Ley.

Dentro de las exclusiones se comprenden los que podríamos denominar encargos a medios propios personificados, u *“operaciones in house providing”*. En una primera aproximación, pueden definirse estas operaciones como aquellas que celebra una entidad adjudicadora con entidades controladas por ella aunque posean personalidad propia. Estos negocios quedan excluidos de la obligación de licitación y suponen una excepción a la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Se trata de una exclusión que reviste una importancia singular no solo teórica sino, sobre todo, práctica, dado el cada vez más frecuente recurso de la Administración a la misma, cuya regulación hay que contemplar conjuntamente con la que la LCSP, en su art. 24, establece de la *“ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares”*, por cuanto puede considerarse como el último estadio en la evolución de una forma de actuar caracterizada porque la Administración recurre a sus propios medios, en lugar de recurrir a contratistas externos. Por otra parte, y como consecuencia de ello, la proximidad de la regulación de ambas formas de actuación es manifiesta, y no siempre fácil de delimitar.

La situación que se plantea en los dos preceptos citados es la siguiente: cuando la Administración recurre al mercado para proveerse de bienes y servicios se aplica el derecho de la contratación pública. Pero la Administración también puede proveerse de tales bienes o servicios por sí misma, por sus medios, sin recurrir a contratistas. En tal caso, la Administración está exenta de las exigencias destinadas a garantizar la libre competencia, que constituyen el objetivo último de toda la normativa comunitaria sobre contratos, cuya transposición ha llevado a cabo la LCSP.

Ahora bien, cuando para aprovisionarse de las prestaciones indicadas utiliza los propios servicios, integrados en su estructura, la diferencia con el contrato es manifiesta. Y lo ha sido siempre: la ejecución de obras, fabricación de bienes y ejecución de servicios por sí, aun recurriendo a la colaboración de empresarios particulares, ha quedado tradicionalmente al margen de la normativa contractual, aunque el supuesto se haya regulado dentro la legislación sobre contratos.

Las relaciones que derivan de los actos administrativos mediante los que se confieren encargos de ejecución a estos medios son relaciones internas, no contractuales. Tan obvia es esta exclusión que el art. 4 LCSP ni siquiera la relaciona entre los negocios jurídicos excluidos. Tampoco para el Derecho comunitario se estaría ante un contrato comprendido en la Directiva. Como afirma el TJCE en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, *“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*

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

17

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”.

La novedad de la LCSP, y ya antes del TRLCAP 2/2000, de 16 de junio, a partir de las modificaciones introducidas en éste por el Real Decreto-ley 5/2005, 11 de marzo, está no en la exclusión de la ejecución directa de la prestación por la Administración, sino en atribuir la condición de medios propios a entes dotados de personalidad jurídica diferenciada, cuando se den las circunstancias previstas en la Ley.

Se trata de una situación cada vez más frecuente como consecuencia de las tendencias al sometimiento a derecho privado de la gestión pública, hoy imperantes, que se manifiestan no solo en pasar a manos privadas la prestación de ciertos servicios públicos, sino en crear entes con personalidad jurídica propia, que se rigen por el derecho privado, pero que revisten carácter instrumental respecto de la Administración que las crea, para realizar funciones propias de éstas. De acuerdo con la doctrina *in house providing* el encargo o encomienda efectuado a estos entes no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización y las relaciones que se originan con dichos entes pueden calificarse, si no de relaciones internas, sí de relaciones cuasi internas, que no llegan a ser contractuales por cuanto, aunque no forman parte de la estructura administrativa del ente que acuerda el encargo, están bajo su dependencia funcional.

Pese a su personalidad jurídica diferenciada existe una única voluntad decisoria, la de la Administración matriz, que ordena la realización de la actividad.

Consecuentemente puede apreciarse que existen dos tipos de encargos a medios propios: los que originan las expresadas relaciones internas, y los que dan lugar a las relaciones cuasi internas o “contratos domésticos”, “encargos a medios propios instrumentales”, “autocontratación”, o “encomiendas de gestión”, que fue la denominación utilizada en su regulación inicial por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, aunque sin ofrecer una definición de la misma.

En el encargo a entes instrumentales, al estar dotados de personalidad jurídica propia, la frontera con el contrato es más compleja que cuando los medios carecen de personalidad, y existe el riesgo de infringir las reglas de la competencia. Debe conjugarse de una parte la libre competencia y, de otra, la libertad organizativa de las Administraciones nacionales.

Finamente la LCSP parece rehuir la expresión “encomienda de gestión”, tal vez por la amplitud de su significado, dentro del que caben otras realidades jurídicas, y, si bien la emplea en el art. 24.6, no se apropia de este *nomen iuris* para utilizarlo como denominación específica de los supuestos que regula, lo que permite despejar posibles dudas sobre el tipo de negocio u operación que se excluye: serán todos aquellos negocios que puedan servir de vehículo del encargo, cualquiera que sea su denominación: encomiendas de gestión, encargos de gestión, encargos a medios propios instrumentales, contratos domésticos...

II.1.3 DIFERENCIAS CON LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 30/1992

El artículo 15 de la Ley 30/1992 regula los encargos o encomiendas de gestión en los siguientes términos: “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 encomendante 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 formación 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.”

El artículo 15 de la Ley 30/1992 se incluye dentro del título II de esta Ley, dedicado a la regulación de los órganos administrativos y a la titularidad y ejercicio de las competencias. La competencia administrativa se atribuye a los órganos de la Administración y, en principio, debe ejercerse por los que la tengan atribuida como propia, pero no siempre es así. Puede desconcentrarse la titularidad de la competencia y su ejercicio en otros órganos y puede delegarse sólo el ejercicio, manteniendo la titularidad. Pero también cabe una alteración de los elementos determinantes de su ejercicio (art. 15.1), sin que se ceda la titularidad ni aquellos elementos que tengan carácter sustantivo (art. 15.2). Este último es el caso de la encomienda de gestión interadministrativa.

La Ley 30/1992 configura en el artículo citado, si se atiende a su régimen jurídico, dos clases de encomienda: la que se realiza entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración, y la que se realice entre órganos y entidades de distintas Administraciones. Se refiere también, para excluirlas, a la realización de estas actividades por personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, las cuales, en su realización, habrán de ajustarse, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, previsión ésta que viene a corroborar que las actividades objeto de las encomiendas materialmente eran, o podían ser, las mismas que constituían objeto de los contratos públicos. Por tanto, si las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 difieren de los contratos regulados en la LCSP no es necesariamente por razón de su objeto, sino porque les falten otras notas definitorias de dichos contratos, como pueden ser la onerosidad o la existencia de dos partes formalmente distintas.

El ámbito material del artículo 15 de la Ley 30/1992 comprende, inicialmente, tanto las relaciones jurídicas cuyo objeto no está integrado por prestaciones propias de los contratos administrativos (como son las actividades que se realicen por cuenta de la otra administración a título esencialmente gratuito, es decir, sin contraprestación), como los negocios jurídicos cuyo objeto presenta un contenido claramente contractual desde el punto de vista de la LCSP. Así pues, se puede afirmar que si bien el ámbito objetivo del artículo 15 de la Ley 30/1992 es más amplio que el que regula la LCSP, aparentemente hay una cierta coincidencia o superposición entre los encargos de gestión regulados por ambas leyes.

La diferenciación entre las figuras del encargo de gestión en ambas leyes ha sido analizada por la Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado, que llega a la conclusión de que los problemas que genera la

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

19

incompatibilidad de los dos regímenes jurídicos, a causa de un conflicto positivo de las dos normas jurídicas que regulan la misma figura con requisitos diferentes, debe resolverse, básicamente, con los principios generales del Derecho, como son la doctrina de la *lex posterior* y el principio de la ley especial respecto de la ley general. Así, la Abogacía general del Estado concluye que : *“Tras la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha de entenderse modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el sentido de que este último precepto ya no puede entenderse referido a las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, es decir, a las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia de un contrato de obras, suministro o de servicios a cambio de una contraprestación económica.*

Como consecuencia de ello la figura de la encomienda de gestión que regula el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se traduce en la necesaria diferenciación entre ambas por razón de sus respectivos ámbitos o contenido. Así, la figura de la encomienda de gestión a que se refiere el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, queda circunscrita siendo este su ámbito propio, a aquellas actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella. La figura de la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, queda limitada, siendo éste su ámbito propio, a aquellas actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios a cambio de una contraprestación económica. (...)

Las consecuencias de este hecho son las siguientes:

— Un encargo de gestión de contenido materialmente contractual debe hacerse de conformidad con los artículos 4.1 n) y 24.6 de la LCSP, es decir, deben cumplirse los requisitos que exige el artículo 24.6. En caso de que no se cumplan, no se podrá llevar a cabo el encargo de gestión por esta vía ni, obviamente, por la vía del artículo 15 de la Ley 30/1992.

— Los encargos de gestión de la LCSP no exigen el cumplimiento de los requisitos formales que prevé el artículo 15 de la Ley 30/1992, por lo que es suficiente que la entidad que hace el encargo notifique a la entidad que recibe el encargo el acuerdo que ha adoptado, no siendo necesaria, para que el encargo produzca eficacia, la publicación del mismo en el Diario oficial correspondiente¹.

II.1.4 REQUISITOS SUBJETIVOS

La LCSP, al tiempo que excluye de su ámbito de aplicación a las encomiendas de gestión ofrece una cierta regulación de estos encargos que, aunque ello supone un avance en relación al TRLCAP, que no contemplaba esta figura, sigue siendo una regulación tan parca que no puede decirse que resuelva los problemas no solo teóricos sino, sobre todo, prácticos que el recurso a las operaciones *in house* presenta.

¹ En este punto deber tenerse en cuenta que, a la fecha de publicación de este Informe, el todavía proyecto de Ley de Transparencia en su artículo 7.b), relativo a la información económica, presupuestaria y estadística dispone que : *“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: • (...) , se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.”*

Así pues, si eventualmente se exige la publicación de las encomiendas de gestión del artículo 24.6 TRLCSP se hará en virtud de las necesidades impuestas por la futura Ley de Transparencia y no porque les sea aplicable el régimen del artículo 15.3 de la Ley 30/1992.

La relación de encomienda se establece entre dos personas formalmente distintas, aunque materialmente no lo sean: la entidad encomendante y la entidad encomendada.

II.1.4.1 ENTIDAD ENCOMENDANTE

El art. 4.1 n) LCSP no contiene precisión alguna sobre el sujeto encomendante. El artículo 24 de esta Ley, aunque la rúbrica y parte del texto hacen referencia a la "Administración", las previsiones específicas del apartado 6 sobre el régimen de los contratos *in house* van referidas a todo poder adjudicador, tenga o no carácter de Administración. El precepto habla de medios propios de los "poderes adjudicadores", que "los poderes adjudicadores" ostenten un control análogo.

En el ámbito de la presente fiscalización esta cuestión no ha ofrecido incidencia alguna siendo todas las entidades analizadas poderes adjudicadores (Departamentos ministeriales, Organismos autónomos y Agencias).

II.1.4.2 ENTIDAD ENCOMENDATARIA

II.1.4.2.1 CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES

De acuerdo con las exigencias del artículo 24.6 de la LCSP, deben concurrir en la entidad encomendada las siguientes circunstancias:

- Que el poder adjudicador que realiza el encargo ostente sobre el organismo o entidad del sector público que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Esta circunstancia, que no aparece definida legalmente, debe entenderse como una categoría incardinada dentro de una interpretación amplia del principio de jerarquía, más que como una manifestación del dominio mercantil del capital. No se trata sin embargo de una mera traslación del principio de jerarquía administrativa. Esta dependencia no es estrictamente jerárquica sino de carácter funcional ya que las dos entidades que se relacionan, encomendante y encomendada, no tienen porqué estar integradas en la misma estructura organizativa.
- Que el organismo o entidad destinatario del encargo realice la parte esencial de su actividad para el poder o los poderes adjudicadores en cuestión. Esta condición, sin perjuicio de tratarse de una cuestión de hecho más que de derecho, puede considerarse implícita en la atribución de funciones o en la descripción del objeto social de la entidad².
- Adicionalmente, si el encargo se hace a una sociedad, además de las dos circunstancias anteriores, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

A las condiciones mencionadas, que son condiciones de fondo, la LCSP en el precepto mencionado, añade una condición formal, el reconocimiento del carácter de medio propio del ente instrumental en su norma de creación o en sus estatutos.

Debe subrayarse que no en todos los casos se da ni puede darse una relación de dependencia entre estos entes, sin la cual no existiría encargo obligatorio. No cabe que la Administración centralizada (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Entidades que integran la Administración Local) pueda recibir encargos obligatorios de los organismos que integran la Administración

² En la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), de 20 de diciembre de 2011, que, a la fecha de publicación de este informe, está siendo objeto de tramitación se proponen unos umbrales de alrededor del 80% de la actividad de ente encomendatario (artículo 11)

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

21

institucional ni de ningún otro ente del sector público de ellas dependiente, ni unos Ministerios de otros, aunque sean órganos de contratación diferenciados, pues no existe dependencia respecto de los supuestos encomendantes. La situación habría de reconducirse en último extremo a la encomienda interadministrativa del artículo 15 Ley 30/1992.

Por otra parte la distinta naturaleza jurídica de las entidades encomendatarias puede determinar las peculiaridades del modo en que se van a exigir algunos requisitos de la encomienda, así como la ejecución del encargo, pues éste se habrá de llevar a cabo conforme a la naturaleza del encomendatario, y no a la del encomendante.

De capital importancia es la cuestión relativa a los medios con los que debe contar el medio propio para ser calificado como tal. La jurisprudencia comunitaria no se ha referido a esta circunstancia por que se trata de una cuestión básica de derecho nacional, esto es, la causa del acto administrativo como elemento esencial del mismo.

Un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo los encargos que se le encomienden, ese es una de las principales causas de la encomienda, que la Administración instrumental tiene medios para llevar a cabo órdenes de la matriz. Lo contrario equivaldría a entender la figura de la encomienda de gestión como un fraude a la legislación de contratos públicos.

En esta materia la IGAE en un informe de 5 de junio de 2006 defendió que: *“En cuanto a la necesidad de que las entidades receptoras de la encomienda tengan medios propios suficientes para realizar la actividad encomendada, entiende esta Intervención General que, no contemplándose tal requisito por la jurisprudencia comunitaria, no procede su exigencia, salvo que la normativa específica de la entidad encomendada así lo disponga, como es el caso de TRAGSA, que tiene limitada su facultad de requerir la colaboración de empresarios particulares por el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y por el artículo 6 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.*

Para los supuestos en que la normativa específica no lo prevea, no cabe imponer limitación similar a la posibilidad de contratar con terceros, ya que ésta no deriva ni del apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP ni de la jurisprudencia comunitaria.

Así, resulta significativa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003, que al calificar a TRAGSA como un caso de “in house providing” cita como fundamento algunos aspectos de su regulación en el antes citado artículo 88, sin mencionar como elemento a tener en cuenta en dicha calificación la limitación a la contratación con terceros para las actuaciones que se le encomienden.

Asimismo, cabe mencionar la sentencia de 11 de mayo de 2006: de los hechos en ella descritos resulta que el objeto de la encomienda fue, a su vez, licitado y adjudicado en su totalidad a terceras empresas por la sociedad encomendada. Pues bien, tal circunstancia no es destacada ni considerada por el Tribunal como obstáculo para apreciar el supuesto de “in house providing”, en contraposición a otros datos fácticos que sí se traen a colación por el Tribunal para fundamentar la no concurrencia de alguno de los dos requisitos configuradores de tal supuesto”.

Ciertamente la situación no parece contravenir el Derecho comunitario, pero, desde la perspectiva del derecho interno, aun cuando tampoco exista una prohibición expresa, no sería defendible.

El Derecho administrativo, en general, y el régimen de los contratos administrativos, en particular, no es un derecho dispositivo al que pueda acogerse o renunciar el órgano de contratación. Será el régimen administrativo el que deberá seguirse cuando el objeto esté vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante, siempre que no exista una causa para recurrir al encargo al ente instrumental sujeto al derecho privado. El cambio del régimen contractual administrativo por el privado, es decir, de un régimen que ofrece garantías singulares para el interés público por otro que no las ofrece, deberá responder a una causa, que no puede ser la libre elección del órgano de contratación entre uno y otro régimen. Y esto es cabalmente lo que

ocurriría si se recurre a un ente instrumental con la exclusiva finalidad de alterar el régimen contractual. Seguir otro criterio supondría ir más allá de lo que es una cuestión de autoorganización, que es el aspecto que considera la normativa comunitaria, para admitir que la Administración puede prescindir del régimen de garantías propio de quien gestiona recursos del contribuyente, establecidos por la legislación para garantizar el interés público.

En efecto, si la encomendaria es una empresa que cuenta con medios propios para llevar a cabo la prestación, al menos en parte, el recurso al encargo puede encontrar una justificación similar a la que ampara la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, a que se refiere el art. 24 LCSP, es decir, podría justificarse por razones de economía y eficacia. En cambio esta justificación no se da en el caso de que el llamado "medio propio" carezca de "medios" para ejecutar por sí la prestación. Si el objeto de la encomienda o encargo es, como quiere la Ley, "la realización de una determinada prestación", no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución. Esta circunstancia, por tanto, es algo que debe valorarse desde la perspectiva no del derecho comunitario sino del derecho interno.

II.1.4.2.2 INCIDENCIAS: estudio especial de objeto social de las sociedades públicas TRAGSA y SEGIPSA

No se han detectado irregularidades en cuanto a los requisitos jurídicos necesarios para tener la condición de entidad encomendaria en la muestra de entidades que, en razón al ámbito subjetivo de la presente fiscalización, se ha analizado.

Merece sin embargo una especial atención el caso de TRAGSA y SEGIPSA dada la amplitud con la que se configura su objeto social y la gran implantación que ambas sociedades tienen en la Administración Pública española.

Las entidades que han actuado como encomendarias en la muestra seleccionada y su régimen de contratación son las siguientes.

1. Boletín Oficial del Estado (BOE): El RD 1495/2007, de 12 de noviembre, modificado por RD 1788/2009, de 20 de noviembre y por RD 302/2012, de 3 de febrero, aprueba el estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

El artículo 3 prevé en cuanto a su régimen jurídico que: "1. La agencia ajustará su actuación a lo dispuesto en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, a lo establecido en el presente estatuto y sus normas de desarrollo, y, supletoriamente, a las previsiones normativas que le sean aplicables de acuerdo con el artículo 2, apartado 2, de la indicada ley.

2. La agencia desarrollará su actividad sin perjuicio de las competencias de otros órganos establecidas por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado".

El artículo 29 regula su régimen de contratación: "1. El régimen de contratación es el establecido en la legislación de contratos del sector público con las particularidades que se señalan a lo largo de este artículo y, en su caso, por las normas de contratación aplicables a las entidades declaradas medios propios de la Administración.(...)

5. La Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado tiene la consideración de medio propio instrumental de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público para la edición, publicación, distribución y venta en las materias que constituyen sus fines.

En virtud de ése carácter, la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público podrán encomendar directamente a la agencia la realización de trabajos, servicios y encargos sobre las materias que constituyen sus fines, viniendo ésta obligada a la realización y prestación de los mismos en

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

23

la forma establecida en la Ley de agencias estatales, en el presente estatuto y demás normas que resulten de aplicación. Las encomiendas o encargos establecerán los términos y condiciones de realización de los citados trabajos o servicios.

El importe a pagar por los trabajos y servicios realizados por medio de la Agencia se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido aprobadas por el consejo rector, a propuesta de su director.

Dichas tarifas se calcularán en función de los costes de realización.

Los contratos que la Agencia Boletín Oficial del Estado deba concertar con terceros para la ejecución de los trabajos que realice como medio propio de la Administración, se sujetarán a los procedimientos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que les resulten de aplicación, según la naturaleza y cuantía de los contratos, con las particularidades previstas en los apartados precedentes de este artículo.

6. La Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado no podrá participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la Administración General del Estado, organismos o entidades de las que sea medio propio instrumental."

2. La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre- Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM): El Real Decreto 1.114/1999, de 25 de junio, por el que se adapta la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, aprueba su Estatuto y acuerda su denominación como Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (modificado por Real Decreto 199/2009, de 23 de febrero).

La FNMT-RCM es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1, b), de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que, como organismo público, tiene personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión en los términos de dicha ley.

De acuerdo con el artículo 2.7 de sus Estatutos: *"La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda es medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado en los términos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del presente Estatuto"*.

El artículo 3 contiene su régimen de contratación: *"2. La entidad, como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, de acuerdo con sus fines, estará obligada a aceptar las encomiendas realizadas por el referido poder adjudicador, así como las realizadas por las entidades y organismos públicos vinculados o dependientes del mismo que sean establecidas o, en su caso, autorizadas por la Subsecretaría de Economía y Hacienda, en cuanto órgano directivo de adscripción de la entidad, con competencias para fijar las condiciones y tarifas correspondientes.*

3. La entidad, en el desarrollo de su actividad, podrá realizar cualesquiera actividades de carácter comercial, industrial, financiero, o análogo, que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y de las encomiendas de gestión recibidas, con facultades para la gestión y administración de fondos, subvenciones, créditos, fianzas, avales y, en general, cualesquiera clase de operaciones financieras.

4. La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, en el cumplimiento de sus fines, podrá formalizar convenios de colaboración con las diferentes Administraciones públicas o sus entidades y organismos públicos vinculados o dependientes, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

5. La entidad no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio o servicio técnico, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda

encargársele la fabricación o prestación objeto de las mismas, todo ello de conformidad con el artículo 24.6 in fine de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.”

El artículo 30 relativo a su régimen económico y de facturación dispone que *“cuando actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, se atenderá a las tarifas aprobadas por la Administración o poder adjudicador encomendante, teniendo en cuenta la equiparación entre el coste del producto o servicio y el precio a repercutir, el cual comprenderá necesariamente un porcentaje de beneficio industrial, que podrá oscilar en función de los volúmenes contratados u otras circunstancias objetivamente atendibles de acuerdo con los mercados correspondientes, quedando excluidas, en todo caso, cualesquiera partidas que pudieran tener la consideración de ayuda pública.”*

El régimen económico de la encomienda es objeto de análisis en un apartado posterior del Informe.

3. Ingeniería y Servicios Aeroespaciales (INSA): En 2012 se fusiona con ISDEFE, en virtud de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal.

Hasta dicho momento, INSA era una sociedad anónima estatal cuyo capital pertenecía en su totalidad al INTA, quedando sujeta al derecho privado en cuanto a su régimen de contratación, así como la LPAP y a la LGP en aquellas partes en que les sea de aplicación. INSA tenía reconocida la condición de medio propio desde 2009 y aprobadas tarifas desde la misma fecha.

4. Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA): El Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», se aprueba por RD 88/2001, de 2 de febrero, modificado por Real Decreto 343/2010, de 19 de marzo.

El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», organismo público de investigación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 13/1986, de 14 de abril, es un Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Defensa, a través de la Secretaría de Estado de Defensa, de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El artículo 21 recoge su régimen económico-financiero (tras RD 343/2010): *“El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero será el establecido para los Organismos autónomos en la Ley 47/2003, de 26 noviembre y demás disposiciones vigentes sobre estas materias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.*

Sin perjuicio de las competencias fiscalizadoras atribuidas al Tribunal de Cuentas por su Ley Orgánica, y por las demás leyes que desarrollan sus competencias, el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” estará sometido al control financiero permanente y a la auditoría anual de cuentas que se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado de conformidad con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 noviembre.»

En cuanto a su régimen de contratación el artículo 23 dispone (tras la modificación de 2010, por la que se reconoce como medio propio): *“1. La contratación del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” se regirá por la legislación de contratos del sector público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público y en el artículo 49 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. (...)*

5. El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas” tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, pudiendo asumir encomiendas de gestión para la realización de actos de gestión relativos a programas de ayudas o actuaciones referidas a la promoción de la

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

25

investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación, por parte del Ministerio de Defensa y de los demás departamentos ministeriales con competencias en la materia.

Las encomiendas de gestión serán de ejecución obligatoria para el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas", se retribuirán mediante tarifas sujetas al régimen previsto en el párrafo siguiente, y llevarán aparejada la potestad para el órgano que confiere el encargo de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución.

La tarifa o la retribución de la encomienda deberán cubrir el valor de las prestaciones encargadas, teniendo en cuenta para su cálculo los costes directos y los indirectos, y márgenes razonables, acordes con el importe de aquellas prestaciones, para atender desviaciones e imprevistos.

La cuantía de la tarifa o la retribución será fijada por el titular del Ministerio de Defensa.

El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas" actuando con el carácter de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores pertenecientes a la misma, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas."

5. Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima. (TRAGSA): La Disposición Adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público configuró las bases del régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales, actualmente sustituida por la Disposición Adicional vigesimoquinta del TRLCSP 3/2011:

En cuanto a su configuración como medio propio, el párrafo 2º de la DA 25ª dispone que " TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla (...).

Las funciones que integran su objeto social, tan controvertido en ocasiones, por su extensión son, de acuerdo con los apartados 4 y 5 de la DA25ª:

"a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, y para la mejora de los servicios y recursos públicos, incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La actividad agrícola, ganadera, animal, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.

c) La promoción, investigación, desarrollo, innovación, y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.

d) La fabricación y comercialización de bienes muebles para el cumplimiento de sus funciones.

e) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente.

f) La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales y de equipamientos de núcleos rurales, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.

g) La planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de servicios ganaderos, veterinarios, de seguridad y sanidad animal y alimentaria.

h) La recogida, transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos, subproductos y residuos de origen animal, vegetal y mineral.

i) La realización de tareas o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.

Las sociedades del grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa.

Asimismo, las sociedades del grupo TRAGSA estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.

5. Las sociedades del grupo TRAGSA podrán realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional.”

En cuanto a las particularidades de su régimen de contratación: “6. (...) En el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de estos deberá ser inferior al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio.

7. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio del grupo TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio instrumental, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente”.

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

27

El RD 1072/2010, de 20 de agosto desarrolla dicha disposición y deroga el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se reguló el régimen de TRAGSA y sus filiales, que queda sustituido por el nuevo texto.

El estudio de esta entidad tiene particular interés por la extraordinaria dimensión adquirida por las actividades de las empresas del Grupo, con implantación en toda la geografía nacional (según informa en su página web TRAGSA dispone de 17 Delegaciones Autonómicas y 39 Delegaciones Provinciales).

Por su condición de sociedades mercantiles públicas, TRAGSA y sus filiales en sus actuaciones empresariales se registrarán por las normas de general aplicación a dichas sociedades, o lo que es igual por la LPAP (título VI) y el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (art. 166 LPAP).

Su régimen retributivo se analizará más adelante, pero baste señalar aquí que el objeto de los encargos que pueden encomendarle los poderes adjudicadores se ha ido extendiendo de forma ininterrumpida en el tiempo hasta comprender una amplia gama de actuaciones bastando la simple lectura de los apartados 4 y 5 de la DA 25ª para comprender su magnitud. Esta circunstancia ha hecho que en ocasiones se haya planteado reparos sobre la viabilidad de utilizar a TRAGSA como un medio “para todo”.

La Abogacía General del Estado (Informe de 10 de diciembre de 2012) se ha manifestado sin embargo, siguiendo criterios emitidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de entender que las materias incluidas en el objeto social de TRAGSA (DA 25ª TRLCSP) tienen carácter enunciativo y no limitativo, “*quedando excluidos en principio, del ejercicio de poder de representación – de los administradores de la sociedad- los claramente contrarios al objeto...*”, pudiendo entenderse propios del objeto social no sólo los actos de desarrollo o ejecución directa o indirecta del mismo sino “*también los actos neutros o polivalentes e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social*” (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994 y de 17 de noviembre de 1998).

Ese Tribunal considera sin embargo que esta interpretación *ad infinitum* de las actividades que pueden encargarse a TRAGSA, ahondando en la falta de concreción de las actividades descritas en sus estatutos, supondría la indefinición total de su objeto social. Asimismo admitir que se le puedan encargar actuaciones para las que carezca de medios efectivos para su ejecución implicaría un fraude de ley y que TRAGSA pudiera ser utilizada como simple intermediadora al objeto de evitar el régimen de contratación aplicable a la entidad encomendante, con la correspondientes consecuencias en la fijación de los precios de los encargos y en el consiguiente impacto en materia de competencia.

A este respecto se pronunció el Tribunal de Cuentas en su “*Informe de fiscalización de la participación de las Fuerzas Armadas Españolas en Misiones Internacionales. Ejercicios 2009 y 2010*” (nº 943, 28/06/2012), considerando cuestionables las encomiendas de gestión del Ministerio de Defensa a TRAGSA para la construcción de polígonos de combate.

Debe recogerse también la opinión vertida en el informe de la IGAE de 23 de marzo de 1999, en relación con la construcción de un helipuerto en la Isla de Alborán, en el que entiende, atendiendo a las actividades descritas dentro del objeto social del TRAGSA en el art 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que en su momento regulaba el régimen estatutario de TRAGSA, que dichas obras no forman parte del mismo.

6. Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, Sociedad Anónima Unipersonal. (ISDEFE): ISDEFE es una sociedad mercantil de titularidad pública, que ofrece servicios de ingeniería, consultoría estratégica, asistencia técnica, gestión de programas y ejecución de proyectos para la Administración Pública española y organismos públicos internacionales. Es medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado.

De acuerdo con el artículo 1 de sus estatutos de 11 de diciembre de 2012, *“ISDEEFE, S.A está constituida una sociedad anónima española, que se regirá por los presentes Estatutos, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por cuantas disposiciones legales le sean genérica o específicamente aplicables.*

ISDEEFE tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la AGE y de los entes, entidades y organismos dependientes de ella, pudiéndose conferir por parte de estos las encomiendas que sean propias de las actividades que constituyen su objeto social”.

ISDEEFE absorbió la sociedad INSA el 10 de octubre de 2012. En cuanto a su régimen jurídico, se regirá por las normas de general aplicación a las sociedades anónimas, esto es, por la LPAP (título VI) y el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (art. 166 LPAP).

7. Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (OATPFE): El RD 868/2005, de 15 de julio, aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, modificado por Real Decreto 1384/2009, de 28 de agosto.

El artículo 1 dispone que *“1. Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo es un organismo autónomo de los previstos en los artículos 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio del Interior a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.*

2. Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo tiene por objeto la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos en los centros penitenciarios. (...)

4. Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo se regirá por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; por este estatuto, y por las demás disposiciones legales aplicables a los organismos autónomos de la Administración General del Estado.

Su régimen de contratación es el previsto para los Organismos Autónomos la LCSP.

El artículo 11.3, en relación con la retribución de los trabajos que realice, dispone que *“El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por el organismo se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.*

La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente.”

8. Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima. (SEGIPSA): La Disposición Adicional décima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas regula el estatuto jurídico SEGIPSA: *“1. La «Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima» (SEGIPSA), cuyo capital social deberá ser de titularidad pública, tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público para la gestión, administración, explotación, mantenimiento y conservación, vigilancia, investigación, inventario, regularización, mejora y optimización, valoración, tasación, adquisición y enajenación de los bienes y derechos integrantes o susceptibles de integración en el Patrimonio del Estado o*

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

29

en otros patrimonios públicos, así como para la construcción y reforma de inmuebles patrimoniales o de uso administrativo.

3. La encomienda o encargo, que en su otorgamiento y ejecución se regirá exclusivamente por lo establecido en esta disposición, establecerá la forma, términos y condiciones de realización de los trabajos, que se efectuarán por SEGIPSA con libertad de pactos y sujeción al Derecho privado, se podrá prever en dicha encomienda que SEGIPSA actúe en nombre y por cuenta de quien le efectúe el encargo que, en todo momento, podrá supervisar la correcta realización del objeto de la encomienda. Cuando tenga por objeto la enajenación de bienes, la encomienda determinará la forma de adjudicación del contrato, y podrá permitir la adjudicación directa en los casos previstos en esta ley. En caso de que su otorgamiento corresponda a un órgano que no sea el Ministro de Hacienda, requerirá el previo informe favorable del Director General del Patrimonio del Estado.

4. El importe a pagar por los trabajos, servicios, estudios, proyectos y demás actuaciones realizadas por medio de SEGIPSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido aprobadas por resolución del Subsecretario de Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Patrimonio del Estado. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización. La compensación que proceda en los casos en los que no exista tarifa se establecerá, asimismo, por resolución del Subsecretario de Hacienda.

El pago, que tendrá la consideración de inversión, se efectuará previa certificación de conformidad expedida por el órgano que hubiera encomendado los trabajos.(...)

6. Los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que SEGIPSA deba concertar para la ejecución de las actividades que se expresan en el apartado 1 de esta disposición adicional, quedarán sujetas a las prescripciones del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere las cantidades fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de dicha ley.(...)

9. Igualmente SEGIPSA tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico para la realización de los trabajos de formación y mantenimiento del Catastro Inmobiliario que corresponden a la Dirección General del Catastro en virtud de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, cuya encomienda y realización se efectuarán de acuerdo con lo establecido en esta disposición.(...)

11. Las resoluciones por las que se aprueben las tarifas, a las que se refiere el apartado 4 anterior, serán objeto de publicación en el "Boletín Oficial del Estado", cuando las tarifas aprobadas resulten aplicables a encomiendas que puedan ser atribuidas por distintos órganos, organismos o entidades del sector público estatal, o cuando por su relevancia así lo estime necesario la autoridad que aprueba las tarifas."

Las tarifas se plasman en la Resolución de 21 de marzo de 2000 de aprobación de tarifas.

De igual modo que en el caso de TRAGSA debe hacerse mención a la excesiva amplitud con que se ha configurado e objeto social de SEGIPSA.

Analizando el artículo 2 de sus estatutos de 7 de junio de 2011, esta sociedad puede realizar desde construcción de obras de infraestructura, planeamiento urbanístico, gestión patrimonial por cuenta ajena, toda clase de actuaciones relativas a bienes muebles, inmuebles y derechos incorporales, hasta el estudio, promoción asesoramiento y mediación en "toda clase de contratos", incluyéndose la administración y venta de valores mobiliarios, tenencia, administración, adquisición y enajenación de acciones de entidades mercantiles, así como la prestación de servicios de gestión administrativa, contable y financiera y laboral de Fundaciones e Instituciones integrantes del sector Público Estatal.

Todas estas actividades podrán recaer sobre bienes y derechos de titularidad pública o privada y podrán ser desarrolladas *“total o parcialmente”* de modo directo o indirecto por ella misma o a través de terceros.

Este objeto social no excluye prácticamente ninguna actividad pública o privada, lo cual, de no tratarse de una sociedad pública, tendría difícil acceso al registro mercantil. Ello además origina que parte de la actividad que se le encomiende deba ser subcontratada puesto que sería muy difícil que SEGIPSA contara con personal adecuado para dar cobertura a tan variado elenco de actividades.

Parece por tanto que SEGIPSA se concibe como un “ente para todo”, permitiendo articular como encomienda de gestión verdaderas contrataciones públicas que debieran ser objeto de licitación pública en atención a las reglas del mercado comunitario de bienes y servicios y al principio de economía en el suministro de bienes y servicios.

9. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, S.A. (INTECO): De acuerdo con sus Estatutos, en su última redacción de 25 de octubre de 2010, la Sociedad INTECO se rige, además de por los mismos, *“por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por las demás disposiciones vigentes que le sean de aplicación.”*

En cuanto a su objeto social, este consiste en la gestión, asesoramiento, promoción y difusión de proyectos tecnológicos en el marco de la Sociedad de la Información.

Su régimen de contratación aparece recogido en el artículo 2 bis de sus estatutos: *“La Sociedad no tiene la consideración de poder adjudicador a los efectos previstos en el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.”*

La Sociedad, como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, estará obligada a realizar los trabajos que le encomienden, la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos en las materias objeto de sus funciones.

La Sociedad no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargarse la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Los diferentes Departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos podrán encomendar a la Sociedad los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en estos Estatutos.

La Sociedad está obligada a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por los encomendantes. Dicha obligación se refiere a los encargos que le formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen sus funciones estatutarias. Las relaciones de la Sociedad con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado. Corresponde a sus Organismos Públicos aprobar el régimen de la Sociedad en este ámbito y realizar las correspondientes funciones organizativas, tutelares y de control en los términos previstos en el apartado 6 del artículo 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Las actuaciones obligatorias que le sean encargadas a la Sociedad estarán definidas, según los casos, en proyectos, memorias u otros documentos técnicos y valoradas en su correspondiente presupuesto, conforme al régimen establecido de conformidad con lo previsto en el párrafo anterior.

Encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública

31

Antes de formular el encargo, los órganos competentes aprobarán dichos documentos y realizarán los preceptivos trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto. El encargo de cada actuación obligatoria se comunicará formalmente por el encomendante a la Sociedad haciendo constar, además de los antecedentes que procedan, la denominación de la misma, el plazo de realización, su importe, la partida presupuestaria correspondiente y, en su caso, las anualidades en que se financie con sus respectivas cuantías, así como el director designado para la actuación a realizar. También le será facilitado el documento en que se defina dicha actuación, con su presupuesto detallado.

La comunicación encargando una actuación a la Sociedad supondrá la orden para iniciarla. La Sociedad realizará sus actuaciones conforme al documento de definición que el órgano ordenante le facilite y siguiendo las indicaciones del director designado para cada actuación.

La Sociedad someterá los contratos necesarios para ejecutar las encomiendas de gestión a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Finalizada la actuación, se realizará su reconocimiento y comprobación en los términos legalmente establecidos, extendiéndose el documento correspondiente y procediendo a su liquidación en el plazo de los seis meses siguientes."

Los estatutos nada dicen de la retribución de las encomiendas mediante tarifas si bien ello no es óbice para que la LCSP le sea plenamente aplicable en este particular extremo.

10. RED.ES: El RD 164/2002, de 8 de febrero, aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, modificado por Real Decreto 351/2011, de 11 de marzo, configurándola como una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El artículo 2 dispone en cuanto a su régimen jurídico: "1. La entidad pública empresarial Red.es se rige por lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley General de Telecomunicaciones, en las disposiciones que resulten aplicables de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y de la legislación presupuestaria, y por lo previsto en el presente Estatuto.

2. La actividad de la entidad pública empresarial Red.es se rige por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas que tenga atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y en la legislación presupuestaria, y en lo previsto en el presente Estatuto.

En particular, la gestión de la tasa por asignación del recurso limitado de nombres y direcciones, se regirá por las normas de Derecho administrativo y tributario que resulten de aplicación."

Su régimen de contratación y actuaciones como medio propio se encuentra regulado en el artículo 30 de sus estatutos: "Red.es tiene la consideración de poder adjudicador a los efectos previstos en el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La entidad pública empresarial, como medio propio y servicio técnico de la Administración, estará obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella en las materias objeto de sus funciones de asesoramiento, elaboración de estudios e informes, ejecución de programas y apoyo establecidas en los párrafos b), d) y e) del apartado 4 de la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y del artículo 3.1 del presente Estatuto.

Red.es no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Administración General del Estado y los entes, entidades, organismos y sociedades vinculados a la Administración General del Estado o dependientes

