

III. OTRAS DISPOSICIONES

CORTES GENERALES

- 4059** *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 fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.*

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 fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013, 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 1.197**

**INFORME DE FISCALIZACIÓN SOBRE LA
UTILIZACIÓN DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN,
REGULADA EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA APLICABLE, POR LAS ENTIDADES DEL
SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO ESPAÑOL DURANTE
EL EJERCICIO 2013.**

EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida por los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, 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 22 de diciembre de 2016, el Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autónomo Español durante el ejercicio 2013 y ha acordado su elevación a las Cortes Generales, según lo prevenido en el artículo 28 de la Ley de Funcionamiento.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
I.- ANTECEDENTES	11
I.1. INICIATIVA DEL PROCEDIMIENTO FISCALIZADOR.....	11
I.2. ÁMBITOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y TEMPORAL DE LA FISCALIZACIÓN	11
I.2.1. Ámbito subjetivo de la fiscalización.....	11
I.2.2. Ámbito objetivo de la fiscalización.....	13
I.3. OBJETIVOS DE LA FISCALIZACIÓN, PROCEDIMIENTO Y METODOLOGÍA.....	16
I.3.1. Objetivo y Tipo de Fiscalización.....	16
I.3.2. Procedimientos y Metodología.....	17
I.4. MARCO JURÍDICO.....	19
I.4.1. Normativa de referencia durante el periodo fiscalizado.....	19
I.4.2. Suficiencia de la normativa aplicable	23
I.5. LIMITACIONES AL ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN.....	24
II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN	24
II.1. EXAMEN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS	24
II.1.1. Encomendantes.....	24
II.1.2. Entidades encomendatarias.....	26
II.2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA ENCOMIENDA	31
II.2.1. Consideraciones generales.....	31
II.2.2. Adecuación del objeto de la encomienda al objeto social del encomendatario.....	31
II.2.3. Encomiendas que incluyen ejercicio de potestades públicas	32
II.2.4. Objeto suficientemente determinado.....	36
II.2.5. Retribución de las encomiendas	37
II.2.6. Temporalidad de la Encomienda.....	39
II.2.7. Representación formal de la Encomienda.....	41
II.3. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO Y DE LA TRAMITACIÓN DE LAS ENCOMIENDAS ...	42
II.3.1. Problemática general.....	42
II.3.2. Justificación del empleo de la figura de la encomienda.....	44
II.3.3. La planificación relacionada con la utilización de las encomiendas de gestión	46
II.3.4. El control preventivo de la cesión de trabajadores	49
II.4. EJECUCIÓN DE LAS ENCOMIENDAS	51
II.4.1. Actuaciones a cargo de la entidad encomendante.....	51
II.4.2. Actuaciones a cargo de la Encomendataria	57
II.5. OBSERVANCIA DE LA NORMATIVA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE HOMBRES Y MUJERES.....	59
III. CONCLUSIONES:.....	59
IV. RECOMENDACIONES	62

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AMAYA	Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía
AMTEGA	Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia
AST	Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST),
C.	Comunidad
CA	Comunidad Autónoma
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CITA	Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón
D.	Decreto
D.A.	Disposición Adicional
D.F.	Disposición Final
EG	Encomienda de Gestión
FASAD	Fundación asturiana de atención y protección a personas con discapacidades y/o dependencias.
FEP	Fondo Europeo de Pesca
FUNCATRA	Fundación canaria para el fomento del trabajo
GEVISCAN	Gestión de Viviendas e Infraestructuras de Cantabria.
GIEDUCAN	Gestión de Infraestructuras educativas de Cantabria
GISCAN	Gestión de Infraestructuras Sanitarias de Cantabria
GIT	Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias, SAU
IAF	Instituto Aragonés de Fomento
IACS	Instituto Aragonés de Ciencia de la Salud
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
IGJA	Intervención General de la Junta de Andalucía
IGIC	Impuesto General Indirecto de Canarias
IVA	Impuesto del Valor Añadido
LAJA	Ley de Administración de la Junta de Andalucía

LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LFTCu	Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas
LOTCu	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común.
PCAP	Pliego/s de Cláusulas Administrativas Particulares
PEM	Presupuesto de Ejecución Material
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
RD-Leg.	Real Decreto Legislativo
OCEX	Órganos de Control Externo
PA	Principado de Asturias
PDR	Programa de Desarrollo Rural
PROMESA	Proyecto Melilla SA
RECREA	Sociedad Pública de Gestión y Promoción Turística y Cultural del Principado de Asturias, S.A.U
RGLCAP	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
SARGA	Sociedad Aragonesa de Gestión Ambiental
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima
TRAGSATEC	Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A.
TRLACA	Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad de Aragón
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
VAERSA	Valenciana d'Aprofitament Energètic de Residus, Societat Anónima.

ÍNDICE DE CUADROS

Nº cuadro	Descripción	Página
1	Muestra de encomiendas comunicadas y examinadas	18

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 11

I.- ANTECEDENTES

I.1. INICIATIVA DEL PROCEDIMIENTO FISCALIZADOR

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 136 y 153 d) de la Constitución española y en los artículos 2, 9, 12 y 13 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, corresponde al Tribunal de Cuentas el control económico y presupuestario del Sector Público.

En ejercicio de las funciones constitucionales antes citadas, el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó, en su reunión de 22 de diciembre de 2015, el programa anual de fiscalización del Tribunal de Cuentas para el año 2016, incluyendo en su apartado III la Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013, decisión que se adoptó por iniciativa propia del Tribunal de Cuentas. Esta fiscalización se incluyó por primera vez en el programa anual de fiscalización del Tribunal de Cuentas para el año 2015, aprobado por el Pleno el 20 de octubre de 2014, junto con las fiscalizaciones de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público de las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, La Rioja y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

La inclusión del Informe en el Programa anual citado trae su causa de la reunión de la Comisión de Coordinación de Comunidades Autónomas (CCAA) entre el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo (OCEX) autonómicos que tuvo lugar en febrero de 2014, donde se acordó realizar en 2015, en coordinación con el Tribunal de Cuentas, una fiscalización por los diferentes órganos de control para cada una de las CCAA y Ciudades Autónomas que se reflejaría en un informe individual de cada una de ellas y además en otro informe global del Tribunal de Cuentas que recogiera los resultados parciales obtenidos respecto de cada uno de los ámbitos autonómicos analizados por los OCEX y el propio Tribunal de Cuentas.

Posteriormente, el 30 de abril de 2015, la Cámara de Comptos de Navarra comunicó que declinaba participar en la elaboración de esa fiscalización, por considerar que el ejercicio de referencia (2013), se aleja en el tiempo de la oportunidad de su publicación y que por ello para esa Cámara no iba a generar el valor añadido deseado; a este respecto cabe recordar que la Sindicatura de Comptes de Valencia así como la Audiencia de Cuentas de Canarias, entre otras, han incorporado otros periodos posteriores a sus respectivas fiscalizaciones. Por lo que se refiere al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (Herri-Kontuen Euskal Epaitegia), éste no ha incluido la fiscalización en sus programas anuales de fiscalización correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016, ni ha comunicado su incorporación a otras fiscalizaciones ya que la utilización de la encomienda a medios propios no era relevante en el ámbito de esa CA. Por último, la Cámara de Cuentas de Madrid realizó los trabajos de fiscalización correspondientes que remitió al Tribunal, sin que haya aprobado un informe específico.

El presente Informe ha sido realizado por el Tribunal de Cuentas de conformidad con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, siguiendo las Directrices Técnicas aprobadas por el Pleno del Tribunal de Cuentas el día 30 de junio de 2016 y de acuerdo con las Normas de Fiscalización aprobadas por el Pleno del Tribunal de Cuentas el día 23 de diciembre de 2013.

I.2. ÁMBITOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y TEMPORAL DE LA FISCALIZACIÓN

I.2.1 Ámbito subjetivo de la fiscalización

El ámbito subjetivo de la fiscalización se extiende sobre las entidades integrantes del sector público autonómico español, en cuanto efectuaron encargos constitutivos de encomiendas de gestión a otros entes que tenían atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de aquellos, en los

términos expuestos por los diversos informes elaborados por el Tribunal de Cuentas y los OCEX autonómicos sobre las encomiendas de gestión realizadas por las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunitat Valenciana, Extremadura, Galicia, Illes Balears, La Rioja, Madrid, Principado de Asturias, Región de Murcia así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. No han realizado informe las Comunidades Autónomas de Navarra y del País Vasco.

El presente informe es integrador de la información obtenida en las fiscalizaciones coordinadamente realizadas con este objeto por el Tribunal de Cuentas sobre las Comunidades Autónomas carentes de órgano de control externo propio y los OCEX mencionados sobre sus respectivos ámbitos autonómicos, en concreto la Audiencia de Cuentas de Canarias, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Cámara de Cuentas de Aragón, el Consejo de Cuentas de Castilla y León, la Cámara de Cuentas de Madrid, el Consello de Contas de Galicia, la Sindicatura de Cuentas de Asturias, Sindicatura de Comptes de Catalunya, la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears y la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.

El Tribunal de Cuentas aprobó los correspondientes Informes sobre la utilización, durante el ejercicio 2013, de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico: de Cantabria, aprobado el 28 de enero de 2016; de Castilla La Mancha, aprobado el 22 de diciembre de 2015; Extremadura aprobado el 22 de diciembre de 2015; La Rioja aprobado el 22 de diciembre de 2015, Murcia aprobado el 28 de enero de 2016 ; y el de las Ciudades Autónomas de Ceuta, aprobado el 30 de junio de 2016.

Por otra parte, los OCEX de ámbito autonómico, han llevado a cabo diversas actividades fiscalizadoras cuyo objeto era la encomienda, en los términos que se indican a continuación:

- Fiscalización de las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de contratación pública de determinadas Consejerías de la Administración Autónoma de Andaluza, ejercicio 2013. Aprobado el 26 de Octubre de 2016 por la Cámara de Cuentas de Andalucía.
- Fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en 2013. Aprobado el 29 de diciembre de 2015 por la Cámara de Cuentas de Aragón.
- Fiscalización sobre encomiendas de gestión de la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos Dependientes. Aprobado el 12 de noviembre de 2015 por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.
- Fiscalización de las encomiendas de gestión, ejercicios 2013-2014. Aprobado el 29 de diciembre de 2015 por la Audiencia de Cuentas de Canarias
- Fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público de la comunidad autónoma, en coordinación con el Tribunal de Cuentas. Aprobado el 8 de marzo de 2016 por el Consejo de Cuentas de Castilla y León.
- Fiscalización de encomiendas de gestión, ejercicio 2013. Aprobado el 13 de julio de 2016 por el Consello de Contas de Galicia.
- Fiscalización sobre la utilización de las encomiendas de gestión en el sector público autonómico durante el ejercicio 2013. Aprobado el 22 de junio de 2016 por la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears.
- Fiscalización sobre la utilización de las encomiendas de gestión contractuales formalizadas en el ejercicio 2013 con entidades que tiene la condición de medio propio o servicio técnico del ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Madrid. Aprobado el 6 de noviembre de 2015 por la Cámara de Cuentas de Madrid.

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 13

- Fiscalización de las encomiendas de gestión de la Generalitat ordenadas en el ejercicio 2013 y ejecutadas en 2013 y 2014. Aprobado el 14 de diciembre de 2015 por la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.

- Fiscalización de las encomiendas de gestión, ejercicio 2013. Aprobado el 13 de diciembre de 2016 por la Sindicatura de Comptes de Catalunya.

Finalmente, debe tenerse presente que el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el 28 de noviembre de 2013 un "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" y, el 30 de abril de 2015, otro Informe relativo a las "Encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas".

I.2.2. Ámbito objetivo de la fiscalización

El ámbito objetivo de la fiscalización lo constituyen, exclusivamente, las encomiendas de gestión de tipo contractual formalizadas durante el ejercicio 2013, sin perjuicio de que puedan incluirse otras ejecutadas en dicho año pero formalizadas en otros ejercicios. A efectos de esta fiscalización, se entenderá por encomiendas de gestión todas aquellas cuya realización esté incluida dentro de los supuestos contenidos en los artículos 4.1.n) y 24.6 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o norma autonómica de desarrollo, o se hayan realizado a su amparo, cualquiera que sea la forma que adopten. Cuando ello ha sido preciso, se ha procedido al análisis puntual de alguna encomienda formalizada en ejercicios anteriores, por estar relacionada con las encomiendas formalizadas en el periodo 2013, de conformidad con las Directrices Técnicas de la fiscalización.

De la información recabada por el Tribunal de Cuentas se desprende que una parte relevante de la gestión pública de las Comunidades Autónomas se ha externalizado hacia fórmulas de gestión privada, utilizando para ello una de las modalidades de ejercicio de las competencias administrativas cual es la encomienda de gestión de forma que las entidades integrantes de la Administración general de las Comunidades Autónomas, en los términos del apartado anterior realizaron, tomando en consideración los datos obtenidos en los anteriores informes del propio Tribunal y los remitidos por los Órganos de Control Externo autonómico, 2.132 encomiendas de gestión durante el ejercicio 2013, con un importe de 1.666.254 miles de euros.

Naturaleza Jurídica de la encomienda de gestión

La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo, un organismo público o una entidad del sector público -encomendante-, encarga a otra Administración o a otro ente, organismo o entidad del sector público -encomendado- la realización de una determinada actividad o prestación, sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

Se trata de una forma de colaboración inter e intra administrativa, de perfiles difusos, que se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa.

El régimen jurídico estatal de la encomienda de gestión se encuentra recogido en el artículo 15 de la Ley 30/1992, y en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP 30/2007 e idénticos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) 3/2011. La aplicación de uno u otro régimen determina la presencia de dos distintas manifestaciones de la encomienda de gestión, la de carácter puramente administrativo y aquella otra de contenido meramente contractual o a medios propios, siendo esta última la que es objeto de examen. La encomienda es también una forma de gestión administrativa, cuya importancia cuantitativa y cualitativa ha experimentado un crecimiento sostenido en los últimos años, en especial en la modalidad de encomienda conferida a

las entidades que tienen atribuida la condición de medio propio de las Administraciones Públicas, y que ha adquirido un peso relevante en determinadas áreas de gestión, como se expuso en el apartado precedente.

La proliferación de encomiendas de gestión realizadas por las administraciones públicas y su incidencia en los grupos empresariales públicos determina que la propia existencia de estos, o de algunos de sus entes individuales componentes, haya provocado, en ocasiones, la continuidad de las encomiendas de gestión que les son encargadas.

A este respecto cabe recordar que algunos de los riesgos derivados del recurso a la encomienda de gestión han sido ya advertidos por parte del Tribunal de Cuentas en el curso de otras fiscalizaciones sobre distintos aspectos de la gestión.

a) La encomienda de gestión de carácter administrativo:

La encomienda de gestión fue, en origen, objeto de regulación general en el art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que habilitó la posibilidad de llevar a cabo encomiendas de gestión para 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, a favor de otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño.

El propio artículo 15 de la LRJPAC limitó el recurso a esta figura exclusivamente al marco administrativo, al excluir la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio, o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de Derecho privado debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos.

b) La encomienda de contenido materialmente contractual o a medios propios

Este tipo de encomienda de gestión se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa para la provisión de bienes y servicios, y presenta ciertas afinidades con otras figuras administrativas como los convenios de colaboración o la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

No obstante, la característica determinante del recurso a la encomienda de gestión es que su empleo constituye una excepción a la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública y por ello esta figura ha sido paulatinamente perfilada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en aplicación de las Directivas Comunitarias reguladoras de la contratación pública, lo que, a su vez, ha provocado sucesivas modificaciones de nuestra legislación para adaptarse a las exigencias comunitarias a este respecto. Este proceso es continuo y así, próximamente, España deberá abordar la transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

La encomienda de gestión fue, en origen, objeto de regulación general en el art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, pero la legislación de contratos ha ido modulando con distinto grado de precisión a lo largo del tiempo, la exclusión de su ámbito de aplicación de este tipo de encomiendas. La primera referencia expresa en este sentido fue introducida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) por medio del artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, que excluyó del ámbito de aplicación del TRLCAP a *“Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”* (letra I del artículo 3.1 del TRLCAP), pero sin identificar ni establecer el régimen jurídico aplicable a las mismas, que, según el apartado 2 del artículo 3 del TRLCAP debían configurar sus normas especiales de aplicación. Más

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 15

adelante, la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 modificó la referida letra I) del artículo 3.1 del TRLCAP, restringiendo el ámbito de la mencionada exclusión a *“las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”* (y de nuevo, sin referenciar ni establecer las normas especiales de aplicación a este supuesto).

Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, LCSP, cambió la conceptualización, el alcance, e incluso parcialmente la denominación de esta figura rediseñándola como *“negocio jurídico 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”*, con unos perfiles emparentados, pero ya claramente diferenciados, con respecto a la encomienda de gestión regulada por el artículo 15 de la LRJPAC, en los términos que desarrollaron los artículos 4.1 n) y 24.6 de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, y que mantienen actualmente los mismos artículos del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Esta regulación contenida en el TRLCSP ha venido a plasmar en nuestro derecho la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (significativamente a partir de la conocida Sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, asunto Teckal) en torno a los denominados contratos *“in house providing”* calificados en el propio TRLCSP como encargos o encomiendas a entes propios.

Así, con arreglo a los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP y del TRLCSP, lo decisivo para que una operación pueda calificarse como encomienda de gestión a medios propios, y ser por ello excluida de la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública, es el tipo de relación que se establece entre el poder adjudicador que hace el encargo, y el ente del sector público que lo recibe, que debe ser una relación de dependencia materializada en el cumplimiento de una serie de requisitos, establecidos en el artículo 24.6 del TRLCSP, y que son los siguientes:

- Que el poder adjudicador que realiza la encomienda ostente sobre el encomendatario un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. A este respecto, el TRLCSP establece que, 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.
- Que el encomendatario debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que realiza la encomienda.
- Que si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan estos requisitos de fondo debe además ser reconocida formal y 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 concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Este régimen regulador de las encomiendas introducido por la LCSP ha supuesto que el ámbito de aplicación del artículo 15 de la LRJPAC haya quedado en la práctica reducido al puramente administrativo, limitado a actuaciones objetiva y subjetivamente ajenas al ámbito de la legislación de contratos, y ligadas por tanto estrechamente al ejercicio de las competencias propias de los órganos administrativos¹.

Por el contrario, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, la celebración de encomiendas con contenido materialmente contractual (provisión de bienes o servicios a cambio de una contraprestación dineraria), pero excluidas de la legislación de contratos, ha encontrado en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP un cauce legal de expansión actualmente en pleno desarrollo.

Por otra parte, la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información (BOE del 10 de diciembre) recoge algunos aspectos más concretos sobre el régimen procedimental al que se sujetan estos negocios jurídicos, al disponer en su artículo 8.1.b), no solo la exigencia de su publicación sino el contenido mínimo que ésta debe tener, en concreto, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma. No obstante el precepto, de acuerdo con la Disposición Final de la Ley, entró en vigor el día 10 del mes de diciembre de 2014; esto es, al año de su publicación en el BOE, sin perjuicio de que la citada Disposición final atribuya a los órganos de las comunidades autónomas y entidades locales un plazo de dos años para adaptarse a las obligaciones que impone la ley.

I.3. OBJETIVOS DE LA FISCALIZACIÓN, PROCEDIMIENTO Y METODOLOGÍA

I.3.1. Objetivo y tipo de fiscalización

La fiscalización es calificada como de cumplimiento, pues es su objetivo principal verificar la acomodación de la gestión desarrollada a las normas legales que la regulan, además de procurar dar una información genérica del empleo en cada ámbito autonómico de esta técnica de gestión, recogiendo los resultados de los exámenes desarrollados sobre las encomiendas de gestión analizadas y de la gestión económico-financiera de ellas realizada. Se ha elaborado en el marco de los objetivos generales que se indican a continuación:

1. Verificar el cumplimiento de las normas y procedimientos que resulten de aplicación en orden a la formalización, tramitación, ejecución y gasto de las encomiendas examinadas.
2. Comprobar si el régimen económico de la encomienda se ajusta a la legalidad vigente.
3. Analizar los sistemas previstos para el control de la ejecución de la encomienda, su implementación y desarrollo.
4. Verificar la adecuada justificación de la ejecución y recepción del objeto de la encomienda y la liquidación de la misma.

¹ La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que ha entrado en vigor el pasado día 2 de octubre de 2016, regula las encomiendas de gestión en su artículo 11, en el que se mantiene esta dicotomía entre las encomiendas administrativas, en las que tanto encomendantes como encomendatarios deben ser antes de derecho público, y aquellas otras que tengan por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, cuya naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.

Además, esta nueva ley, dentro del marco regulador de la organización y funcionamiento del sector público institucional estatal, dedica el artículo 86 al "Medio propio y servicio técnico", norma que impone acreditar que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, y vincula su empleo como medio propio a la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 17

5. Constatar que la encomienda no incluye irregularmente la realización de funciones públicas.

6. Verificar la observancia de la normativa para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en todo aquello que, de conformidad con dicha normativa, pudiera tener relación con el objeto de las fiscalizaciones.

La presente fiscalización se extiende a la comprobación del cumplimiento de la legalidad en la preparación, tramitación, seguimiento de la ejecución y terminación de las encomiendas, así como de la adecuación del recurso a las encomiendas al principio de eficiencia en la utilización de los recursos públicos y de eficacia en el cumplimiento de objetivos por parte de los órganos y unidades que las confirieron.

I.3.2. Procedimientos y metodología

Para llevar a cabo esa fiscalización se ha procedido al análisis de los procedimientos y de la documentación integrante de los expedientes de las encomiendas realizadas así como del seguimiento de su ejecución y control por parte de la Administración encomendada.

De las encomiendas incluidas en la comunicación efectuada por respectivas CCAA, los órganos de control externo han extraído una muestra, con el detalle que se refleja en los diversos informes.

La muestra de encomiendas seleccionada representa el 25% del número de encomiendas celebradas y el 59 % del importe total adjudicado, tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Muestra de encomiendas comunicadas y examinadas

Comunidad Autónoma	E.G. comunicadas	Importe (en miles de €)	E.G. examinadas	%	Importe (en miles de €)	%
Andalucía ²	297	234.458	73	24	110.166	47
Aragón	168	29.765	28	16	19.191	52
Canarias ³	105	38.352	32	30	27.338	71
Cantabria	108	274.569	53	49	213.755	77
Cataluña ⁴	564*	349.352*	25	4	129.342	374
C. y León	47	39.225	47	100	39.225	100
C. La Mancha	48	273.983	26	54	147438	53
C. Valenciana	74	39.363	19	25	36.256	92
Extremadura	142	102.132	56	39	57.582	56
Galicia	177	70.666	40	22	28.390	40
Illes Balears	46	18.472	11	31	14.110	76
La Rioja	23	7.601	23	100	7.601	100
Madrid	69	150.473	20	40	130.373	86
P. de Asturias	135	17.571	23	17	10.425	59
R. de Murcia	122	11.648	42	31	11.583	99
C.A. Ceuta	5	5.725	5	100	5.725	100
C.A. Melilla	2	2.899	2	100	2.899	100
Total	2.132	1.664.354	525	24	991.399	59

Se han tomado en consideración aspectos relativos a las actividades organizativas y de planificación relacionadas con el uso de las encomiendas de gestión, así como de la normativa dictada en esta materia, y se han verificado los aspectos referidos a su gestión, desde su preparación y formalización hasta el control de su ejecución, terminación y liquidación.

En los procedimientos de fiscalización se han realizado todas las pruebas y actuaciones que se han considerado necesarias para dar cumplimiento a los objetivos señalados anteriormente, utilizando los procedimientos y técnicas habituales de auditoría.

En particular, por el Tribunal de Cuentas se han aplicado las Normas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, aprobadas por el Pleno de la Institución en su reunión de 23 de diciembre de 2013.

Interesa destacar que ya en el *Informe de fiscalización de Cantabria, ejercicios 2008-2009*, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el día 28 de mayo de 2013, se hizo un análisis de las encomiendas de gestión atribuidas a diferentes empresas públicas regionales por parte del

² La Cámara de Cuentas ha extendido su trabajo fiscalizador a los ejercicios 2011 a 2013, periodo en el que se han formalizado 1008 encomiendas por un importe de 842.034 miles de euros

³ La Audiencia de Cuentas fiscalizó, asimismo, 42 encomiendas, por importe de 27.607 miles de euros, de las 129 encomiendas que, por importe de 27.189 miles de euros, se formalizaron en 2014.

⁴ Las cifras utilizadas son las que en el Informe de la Sindicatura de Comptes de Catalunya se recogen como derivadas de la información aportada por los órganos encomendantes, siendo las proporcionadas por los medios propios notablemente superiores a la comunicada por aquellos (874 encomiendas y 595.788 miles de euros de presupuesto).

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 19

gobierno de Cantabria, algunas de ellas con una extensión temporal que alcanza al año 2013 ahora fiscalizado. Entre las recomendaciones del citado Informe se incluyeron las siguientes:

9. Emplear la encomienda de gestión únicamente para realizar aquellas actividades concretas y precisas que permitan un mejor desarrollo de las competencias propias de la administración encomendada, evitando su empleo como instrumento para no aplicar los más rigurosos requisitos de la normativa presupuestaria y contractual aplicables a las Administraciones Públicas. En todo caso debería excluirse del ámbito de la encomienda la prestación de servicios que impliquen, directa o indirectamente, el ejercicio de funciones públicas y limitarse a concretas actividades materiales.

10. Motivar suficientemente todas las encomiendas de gestión, incluyendo la adecuada acreditación de la concurrencia de los elementos que justifican su necesidad así como los que acrediten la capacidad para desarrollarla por quien resulte encomendada.

11. Acompasar la financiación presupuestaria y abono de las encomiendas al avance de ejecución, previa la correspondiente justificación de los costes reales incurridos en su realización. En todo caso la duración de los contratos celebrados para la ejecución de las encomiendas no debe ser superior a la duración de estas.

Estas recomendaciones fueron reiteradas en el *Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicios 2010-2011* y en el *Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicio 2012*, aprobados por el Pleno del Tribunal en sus sesiones, respectivamente, de 27 de febrero de 2014 y de 27 de noviembre de 2014.

A su vez, la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en sus sesiones del día 24 de septiembre de 2013 y del 27 de mayo de 2014, a la vista, respectivamente, de los Informes citados correspondientes a los ejercicios 2008-2009 y 2010-2011, acordó instar al Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria a utilizar con la suficiente justificación las encomiendas de gestión con sus empresas públicas acreditando la capacidad de la entidad encomendada para llevarla a cabo.

Debe señalarse que en el Informe de fiscalización correspondiente al ejercicio 2012 se puso de manifiesto, además, que, en relación con las recomendaciones de los Informes anteriores, no se había apreciado una alteración en el uso general que la CA hizo de la figura de la encomienda, opinión que a la vista de los resultados de dicho Informe debía mantenerse.

I.4. MARCO JURÍDICO

I.4.1. Normativa de referencia durante el periodo fiscalizado

La regulación de las encomiendas de gestión fiscalizadas conferidas a medios propios ha estado sujeta durante el periodo objeto de análisis a la siguiente normativa de referencia:

I.4.1.1. ESTATAL

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido.
- Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de TRAGSA.
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

20

Tribunal de Cuentas

- Real Decreto Ley de 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Además de la expresada normativa general se han tomado en consideración las normativas específicas, en particular sus normas de creación y estatutos, correspondientes a las entidades encomendatarias que han sido en su mayor parte fundaciones y empresas mercantiles del sector público. Entre tales normas interesa destacar la Disposición adicional 25ª del TRLCSP relativa al "Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales" y Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales.

I.4.1.2. AUTONÓMICO

Uno de los aspectos relevantes puestos de manifiesto en las diversas fiscalizaciones es la pluralidad normativa con que esta materia es objeto de regulación en el ámbito autonómico. Normativa autonómica específica sobre esta materia puede encontrarse en las CCAA dentro de las correspondientes leyes reguladoras de las Haciendas autonómicas y, anualmente, en las leyes de contenido presupuestario; la excepción está constituida por las Comunidades Autónomas de Castilla y León, La Rioja y Asturias, que carecían en el periodo fiscalizado de normativa legal propia y específica sobre esta materia, rigiéndose por la normativa estatal y disposiciones que la desarrollan.

Dichas normas autonómicas son, entre otras:

- C. A. de Andalucía
 - Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) , tras la modificación operada por la D.F. 5ª de la Ley 18/2011, de 23 de diciembre, de presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2012
- C. A. de Aragón
 - Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Aragón.
 - Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón
- C.A. de la C. Valenciana
 - Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana.
 - Ley 11/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2013, disposición adicional decimocuarta

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 21

- C. A. de Canarias

- Ley de 4/2012, de Medidas Administrativas y Fiscales de Canarias.
- Ley 10/2012, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias para 2013.
- Acuerdo de Gobierno de 12 de septiembre de 2013, para la correcta ejecución de los servicios externos que se contraten en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias, en consonancia con las instrucciones y documentos que se recogen en otras Comunidades Autónomas

- C.A. de Cantabria

- Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria
- Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria.
- Ley de Cantabria 5/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010 y sucesivas leyes de presupuestos.
- Instrucción conjunta de la Intervención General y de la Dirección General del Servicio Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria en relación con la tramitación de los expedientes de encomienda de gestión, publicada en el Boletín Oficial de Cantabria nº 106, de 2 de junio de 2006.

- C.A. Castilla La Mancha.

- Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de Castilla- la Mancha.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 6/1997, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla La Mancha.
- Ley 11/1997, de 17 de diciembre de creación de la empresa pública "Gestión de Infraestructuras de Castilla La Mancha SA".
- Resolución de 6 de mayo de 1998 del Consejo de Economía y Hacienda por la que se aprueba el documento marco que regula las relaciones entre la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y la Empresa Pública "Gestión de Infraestructuras de Castilla La Mancha S.A" (GICAMAN), modificado por resolución de 13 de marzo de 2001 y 27 de diciembre de 2002.
- Ley 15/2001, de 20 de diciembre de creación del Instituto de Finanzas de Castilla La Mancha, Sociedad Anónima. –
- Ley 1/2006, de 17 de diciembre de creación de la empresa pública "Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha S.A.
- Documento Marco regulador de las relaciones entre la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural de Castilla- La Mancha y la empresa pública Gestión Ambiental de Castilla La Mancha, SA de 27 de diciembre de 2006.
- Instrucción de 15 de mayo de 2007 del Consejo de Gobierno sobre tramitación de los expedientes de encomiendas de gestión a TRAGSA y sus filiales.

- Documento marco regulador de las relaciones entre la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y el Instituto de Finanzas de Castilla La Mancha, S.A, en materia de inversiones sanitarias de 23 de junio de 2009.

- Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013. Disposición adicional sexta y décimo octava.

- C.A. Cataluña.

- Ley 26/2010, del 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña.

- C. A. Extremadura

-Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

- Ley 3/2012 de 28 de diciembre, de presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2013, artículo 33

- Ley 20/2010 de 28 de diciembre, de concentración empresarial pública en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

- Ley 3/2012 de 28 de diciembre, de presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2013.

- Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

- Ley 4/2005 de 8 de julio, de reordenación del sector público empresarial de la Comunidad Autónoma de Extremadura

- Ley 1/2002 de 28 de febrero, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Además de estas normas de general aplicación, han estado vigentes las reglas especiales contenidas en las normas de creación y estatutarias, de diversa naturaleza y rango legal, de cada entidad considerada como medio propio. Dentro del ámbito de la presente fiscalización se han tenido presentes las siguientes:

- Instrucción de 15 de mayo de 2007 del Consejo de Gobierno sobre tramitación de los expedientes de encomiendas de gestión a TRAGSA y sus filiales.

- Instrucciones de contratación de las empresas públicas: "Sociedad de Gestión pública de Extremadura SAU" (GPEX), "Gestión de infraestructuras, suelo y vivienda de Extremadura SA" (GISVESA), "Institución Ferial de Extremadura" (FEVAL) y "Agencia Extremeña de la Energía" (AGENEX).

- C.A. de Galicia.

-Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico.

- Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

- Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2013 (artículo 36).

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 23

- Orden de 4 de enero de 2010 por la que se da publicidad al acuerdo del Consello da Xunta de Galicia de 30 de diciembre de 2009 por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 97.2º del Texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, se aprueba el régimen de fiscalización limitada previa para determinados expedientes de gasto.

- C.A. Islas Baleares.

- Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears

- C.A. de Madrid.

- Ley 7/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Madrid para 2013.

- Decreto 49/2003, Reglamento General de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

- C.A. de la R. de Murcia.

- Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

- Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 26 de julio de 1994, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública de la Región de Murcia.

I.4.2. Suficiencia de la normativa aplicable

La parquedad del núcleo regulativo básico de estos encargos a medios propios durante el periodo fiscalizado y su cierta marginalidad –al estar ubicado en el apartado 6 del artículo 24 del TRLCSP, de forma tangencial dentro del cuerpo normativo regulador de los contratos del sector público–, ha obligado al legislador a disciplinar determinados aspectos concretos de esta figura de manera puntual y asistemática sin terminar de resolver muchos de los problemas interpretativos que dicha parquedad propicia. En el ámbito estatal, las leyes de presupuestos anuales para 2007, 2012, 2013 y 2014 se han convertido en las normas mediante las que se ha precisado el alcance y efectos de la encomienda de gestión, sea con el fin de limitar los pagos anticipados para las encomiendas de gestión y los convenios de colaboración, como máximo al 10 por 100 de la cantidad total a percibir (regla del servicio hecho) o introduciendo alguna precisión sobre la gestión del gasto.

En el ámbito autonómico la normativa también ha sido escasa y dispersas las referencias a las encomiendas de gestión, lo que sitúa a los gestores que han de preparar, tramitar y controlar la ejecución de estas encomiendas en una situación difícilmente compatible con la seguridad jurídica que debe predicarse de la actuación de los poderes públicos.

Esta situación de inseguridad jurídica ha intentado paliarse mediante el esfuerzo de interpretación y sistematización reflejado en Instrucciones e informes de órganos internos de asesoramiento o control, en los que se ha intentado reflejar unos procedimientos específicos para la tramitación de estos actos de gestión. Así, en Cantabria, mediante la Instrucción conjunta de la Intervención General y del Servicio Jurídico publicada en el año 2006 (Boletín Oficial de Cantabria –BOC– nº 106, de 2 de junio de 2006).

Ejemplifica esta situación de indefinición durante el periodo fiscalizado la regulación del requisito de la publicidad de las encomiendas. Mientras el art. 15 de la LRJPAC disponía que “*En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente*”, los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP nada dicen

al respecto. Esta situación fue resuelta, en parte, por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, dictada al amparo de las competencias exclusivas del Estado en virtud de lo dispuesto en los artículos 149.1.1.^a, 149.1.13.^a y 149.1.18.^a de la Constitución, estableciendo en su art. 8.1.b) la exigencia de publicidad de las encomiendas en los siguientes términos “se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”. Este precepto obliga directamente a las Comunidades Autónomas en el extenso ámbito subjetivo de aplicación que establece su artículo 2, considerando en todo caso que los órganos de las Comunidades Autónomas disponen de acuerdo con la disposición final novena de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley, plazo que concluye el 10 de diciembre de 2015. Con posterioridad la Ley 40/2015, de 3 de octubre, LRJSP dedica sus artículos 12 y 86 a las encomiendas de gestión y los medios propios.

I.5. LIMITACIONES AL ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN

En el desarrollo de las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo no se han producido limitaciones que hayan impedido cumplir los objetivos previstos, habiendo prestado plena colaboración los responsables de los órganos, unidades y entidades fiscalizadas.

Por la Sindicatura de Comptes de Catalunya se puso de manifiesto la falta de remisión por una Entidad Pública de la documentación requerida. En el mismo sentido la Cámara de Cuentas de Madrid se puso de manifiesto una limitación por defectos en la remisión de la información correspondiente a una encomienda de las del Anexo del trabajo de fiscalización por ella realizado.

En los dos ámbitos autonómicos con mayor número e importe de encomiendas de gestión, Andalucía y Cataluña, los respectivos órganos de control apreciaron discrepancias notables entre el número de encomiendas e importe comunicado por las entidades encomendantes y los datos que muestra la contabilidad, en el caso de la Junta de Andalucía (mayor de gastos) o los resultados obtenidos por la Sindicatura de Comptes de Catalunya tras la circularización realizada a los encomendatarios en solicitud de información sobre esta materia.

II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN

II.1. EXAMEN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

II.1.1 Encomendantes

En ninguno de los Informes examinados se ha apreciado la concurrencia de defectos respecto a la capacidad de la entidad encomendante para efectuar las encomiendas.

Por la Cámara de Cuentas de Aragón se ha considerado errónea la utilización de esta técnica de gestión en relación con el desarrollo de competencias que resultaban propias de la entidad encomendada, así, se considera que el encomendante está utilizando de forma inadecuada la figura de la encomienda de gestión para financiar e instar a un ente instrumental, Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST), en el ejercicio de una competencia cuya titularidad le ha sido traspasada mediante la técnica de la descentralización funcional. En términos similares se pronuncia el Consello de Contas de Galicia, ya que precisa que, desde el punto de vista organizativo, la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA), está ejerciendo funciones propias cuya competencia le fue otorgada mediante una descentralización funcional, que precisaría no obstante que se acompañara de la adecuada asignación de créditos para su ejercicio. En algún caso se ha observado que la encomienda realizada hubiera podido trascender del ámbito competencial atribuido al encomendante en relación estrictamente con las materias que constituían el objeto de las encomiendas, así en los Informes llevados a cabo por el Tribunal de

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 25

Cuentas en relación con sendas encomiendas llevadas a cabo por la administración de las Comunidades Autónomas de Murcia y La Rioja.

Por otra parte el derecho positivo español exige 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 (artículo 24.6 TRLCSP). Entre la entidad matriz y la instrumental debe existir una relación de mando, en virtud de la cual, por la primera se ordena a la instrumental actuar en un sentido determinado, recibiendo ésta última tal imposición, limitándose a tomar cuenta de la misma para su cumplimiento, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual. Esta condición implica una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si las hubiera acometido el propio ente dominante. El TRLCSP establece una presunción de la existencia de este control cuando los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios, entendiéndolo en todo caso 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.

Pues bien, los Informes de los OCEX de Aragón, Asturias, Galicia e Islas Baleares aun tomando en consideración la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007, asunto ASEMFO-TRAGSA, por lo que respecta a las encomiendas realizadas a las empresas TRAGSA y TRAGSATEC, expresamente han puesto de manifiesto las dificultades que plantea soportar la exigencia de control a la que se ha hecho referencia cuando la participación accionarial de la CA se reduce a una única acción de la compañía TRAGSA. En el caso de la Ciudad de Ceuta, el Informe del Tribunal de Cuentas pone de manifiesto la inexistencia de esa relación, por cuanto ni tan siquiera consta que la CA fuera titular de alguna acción.

Además, la Cámara de Cuentas de Aragón ha contrastado si concurren en las sociedades del grupo TRAGSA las condiciones previstas en el artículo 24.6 TRLCSP para ser entidad encomendada de la Administración de la CA de Aragón, refiriendo que ya la Junta Consultiva de Contratación de la CA en su Informe 1/2007, de 8 de marzo, precisó que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la CA sobre TRAGSA: La CA dispone de una sola acción en el capital social de TRAGSA por lo que es difícil argumentar que la CA dispone de un control efectivo sobre TRAGSA y que ésta tiene una dependencia estructural. El régimen de titularidad determina que la CA no tenga una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la compañía, ni sobre las decisiones importantes que adopta y tampoco es posible que la CA influya en el régimen de funcionamiento de la referida sociedad estatal. En cuanto al requisito de que TRAGSA realice la parte esencial de su actividad para la CA de Aragón, según el análisis realizado por la Cámara de Cuentas, el porcentaje de ingresos de TRAGSA que proviene de la CA es del 0,26 % (1.046 miles de euros sobre 409.369 miles de euros). Estos datos sobre la insignificante participación de la CA de Aragón en el capital social de TRAGSA y el bajo volumen de facturación de la sociedad estatal con aquella dificultan que se pueda considerar a TRAGSA medio propio de la Administración de la CA. En el caso del Consello de Contas de Galicia se cuantifica en el 7,5% de la cifra de negocio de TRAGSA la proveniente de Galicia.

La Audiencia de Cuentas de Canarias, en relación con el uso del recurso de la encomienda de gestión por parte de los organismos autónomos y otras entidades públicas, en cuanto que éstos desarrollan actividades provenientes de la propia Administración autonómica en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas, para lo cual han sido dotadas de competencias, personal y recursos financieros que les debería garantizar la suficiencia para el cumplimiento de sus fines, considera que carece de lógica jurídica que estos entes instrumentales acudan a otro ente instrumental para el cumplimiento de los fines que justificaron su creación, incidiendo en situaciones de huida del Derecho administrativo.

Por otra parte, la Cámara de Cuentas de Aragón manifiesta que con carácter general, la sociedad encomendataria Aragonesa de Servicios Telemáticos define técnica y económicamente el objeto de las encomiendas, lo que resulta incompatible con el requisito previsto en el artículo 24.6 TRLCSP de que el encomendante ostente sobre el medio propio un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, fijando instrucciones de forma unilateral y con una retribución determinada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

II.1.2. Entidades encomendatarias⁵

II.1.2.1 REQUISITOS GENERALES

Con carácter previo a la regulación española de los encargos a medios propios en la LCSP, la jurisprudencia comunitaria había establecido los requisitos para poder excluir del ámbito de la contratación pública los contratos a medios propios o servicios *in house providing*, por considerarlos una forma de autoprovisión de la entidad adjudicadora o una técnica de organización o gestión en la que los poderes adjudicadores utilizan medios propios dotados de personalidad jurídica para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado. Esta doctrina jurisprudencial se inicia con la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (Asunto C-107/98, «Sentencia Teckal»), que establece los dos requisitos acumulativos que deben concurrir para que la presunción de existencia de contrato quede desvirtuada, que son que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene frente al poder adjudicador auténtica autonomía decisoria, por lo que no existiría voluntad contractual, y, además, la entidad proveedora debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que lo controlan.

Además de que la entidad encomendada esté sujeta a un control del poder adjudicador encomendante en los términos a los que se ha hecho referencia, el artículo 24.6 TRLCSP impone la necesidad de que concurren en la entidad encomendada, acumulativamente, las siguientes condiciones:

- Que el organismo o entidad destinatario del encargo realice la parte esencial de su actividad para el poder o los poderes adjudicadores en cuestión⁶. No es un obstáculo a estos efectos el que la actividad se realice para varios poderes adjudicadores, siempre y cuando sea ésta relación pública la actividad esencial y no la participación en el mercado como un agente más⁷.

⁵ A estos efectos debe recordarse que la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dentro del marco regulador de la organización y funcionamiento del sector público institucional estatal, dedica el artículo 86 al "Medio propio y servicio técnico", norma que impone acreditar que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, y vincula su empleo como medio propio a la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

⁶ El artículo 12.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (pendiente de transposición, si bien la normativa actual debe ya interpretarse según sus previsiones) exigen que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A estos efectos, para calcular el 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

⁷ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAA, Informe 1/2007, de 8 de marzo, "debe realizar su actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda. Si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de autoprovisión por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 27

- Que la norma de creación de la entidad o sus estatutos recojan la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad y determinen las entidades respecto de las cuales tienen esta condición siempre que el medio propio cumpla los dos requisitos funcionales, citados anteriormente, para serlo.

- Específicamente, si el encargo se realiza a una sociedad, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Cuando se dan las expresadas condiciones de fondo, aunque formalmente pueda predicarse, en el plano del derecho interno, que coexisten dos entidades con personalidad jurídica diferente, materialmente existe identidad de sujetos, lo que a efectos de la doctrina comunitaria de la autocontratación, exime de aplicar la normativa contractual a sus relaciones. No existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos, sino un mandato de una entidad, encomendante, a otra, encomendataria, que tiene carácter instrumental respecto de aquélla.

Esta técnica de las encomiendas o encargos contractuales constituye una excepción a la aplicación de la normativa contractual. En consecuencia, requiere una interpretación estricta, correspondiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a quien pretenda utilizarla.

En los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1 se ha verificado la concurrencia de las condiciones recogidas en el artículo 24.6 TRLCSP para poder ostentar la condición de encomendataria, siendo los aspectos más relevantes allí recogidos los que se indican a continuación:

Por lo que se refiere a la exigencia de que la entidad encomendataria realice su actividad esencial para el poder adjudicador, cabe indicar que, durante el periodo fiscalizado, no existía una norma que precisara el significado de la expresión “parte esencial de su actividad⁸”.

En el análisis de la cuestión se han ofrecido diversas soluciones: para la Sindicatura de Comptes de Catalunya, un volumen de actividad del medio propio para los poderes adjudicadores inferior al 50% no podría considerarse como actividad esencial, y según él, tres de las entidades encomendadas tenían un volumen de actividad con los poderes adjudicadores inferior al 50%. La Audiencia de Cuentas de Canarias, en aplicación de idéntico criterio, apreció un caso con este volumen de actividad.

Como se ha indicado en el epígrafe II.1.1, la Cámara de Cuentas de Aragón, además, ha examinado el cumplimiento de este requisito en relación con la compañía estatal TRAGSA y su condición de medio propio de la Comunidad observando que el importe de la facturación realizada a la comunidad no alcanza al 0,5% de los ingresos totales de la compañía, e igualmente lo ha cuantificado el Consello de Contas de Galicia, precisando esta cantidad en el 7,5% de los ingresos de TRAGSA, además de valorar la falta de aprobación de las tarifas por la CA. de Galicia, entendiendo que la cifra es insuficiente para justificar que realice la “actividad esencial” para esas comunidades. Íntimamente vinculado a lo anterior el Consejo de Cuentas de Castilla y León refiere en su informe que del volumen de los encargos a las empresas del grupo TRAGSA en cuanto al número, contenido e importancia económica de las encomiendas, se desprende una progresiva pérdida del control sobre determinados aspectos de las competencias atribuidas a la Consejería encomendante y una mayor dependencia del ente instrumental.

agente del mercado. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas comunitarias.

⁸ Como ya se ha indicado, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, ha establecido que el porcentaje mínimo debe ser del 80%, aplicable a partir del 18 de abril de 2016.

En los informes realizados por el Tribunal de Cuentas respecto a las CCAA que carecen de OCEX se pone igualmente de manifiesto el hecho de que en relación con las encomiendas realizadas a las empresas del Grupo TRAGSA, en la elaboración y aprobación de las tarifas empleadas no ha participado el Gobierno de las correspondientes CCAA en los términos previstos en la Disposición Adicional Vigésimoquinta apartado 7 del TRLCSP.

La Cámara de Cuentas de Andalucía pone de manifiesto que tan solo en un caso el volumen de la actividad realizada por la encomendataria para la Junta de Andalucía no resulta mayoritario en el global de su actividad, durante el periodo analizado y el anterior, pero si lo había sido en los ejercicios 2010 y 2011.

Se ha examinado la exigencia de que la norma de creación de la entidad o sus estatutos recojan la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad encomendataria, siendo las deficiencias más reseñables de entre las observadas las que se indican a continuación:

- La Cámara de Cuentas de Aragón, al analizar esta exigencia ha apreciado en su Informe que las Leyes de creación de las entidades de Derecho público Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST), Instituto Aragonés de Fomento (IAF), Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón (CITA) y del Instituto Aragonés de Ciencia de la Salud (IACS) y, en su caso, sus estatutos, no reconocen formalmente a las citadas entidades como medio propio y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, aunque desde un punto de vista material AST, IAF y CITA⁹ cumplen los requisitos para poder ser declaradas. Por lo tanto, mientras no sean formalmente declarados medios propios en su ley de creación o en sus estatutos estas entidades no pueden recibir encargos contractuales.

- Por lo que se refiere a que la totalidad del capital social sea de titularidad pública para efectuarle un encargo en estas condiciones, no se ha apreciado incumplimiento alguno en el ámbito societario.

Sin embargo, la Sindicatura de Comptes de Catalunya ha puesto de manifiesto que en una de las entidades encomendatarias (Consortio) se ha observado la participación de una entidad que carece de naturaleza pública, advirtiendo que para el periodo fiscalizado tal exigencia pudiera considerarse reducida al ámbito societario¹⁰,

El Informe de la Sindicatura de Cuentas de Asturias, precisa que todos los encomendatarios cumplen los requisitos para ser medio propio excepto GIT. En este último caso, si bien se define como tal en sus estatutos y la Administración del PA ostenta el control análogo, sin embargo en opinión de esa Sindicatura dicha sociedad no realiza la parte esencial de su actividad para la Administración de la que depende. El concepto de "parte esencial" es un concepto jurídico indeterminado para el que no hay una regla general sino que procede analizar cada caso de forma individual. Como se ha dicho debe evaluarse en cada caso concreto si la encomendataria está obligada a cumplir el mandato del encomendante y no goza de libertad para establecer las tarifas aplicables; pero estos son requisitos necesarios aunque no suficientes para cumplir el requisito referido a la parte esencial de la actividad. En relación al GIT la sindicatura le solicitó el detalle de las fuentes de ingresos, resultando que estos están compuestos principalmente por los recursos derivados de la gestión y explotación de la Red Asturcón, propiedad del PA en cuanto operador neutro y los generados por los encargos que dicha Administración encomienda a GIT como medio propio y servicio técnico de la misma. Los ingresos derivados de las encomiendas son clasificados por GIT como recurrentes -caso de la encomienda para la prestación de los servicios de conectividad a los hospitales- y ocasionales -el supuesto de las encomiendas de despliegue de red,

⁹ Con posterioridad a la emisión del Informe, se aprobó la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón que expresamente ha atribuido al IAF, a AST, y CITA la condición de medios propios de la Administración de la C.A. de Aragón.

¹⁰ La STJUE de 19 de junio de 2014, extiende tal exigencia a cualquier tipo de entidad y la Directiva 2014/724/UE excluye de forma expresa la participación de capital privado en la persona jurídica controlada.

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 29

por ejemplo-, que se agotan con la ejecución de la obra objeto del encargo. Residualmente, pero en todo caso vinculados a la gestión y explotación de la Red, se incluyen ingresos procedentes de diversas mercantiles y administraciones locales en concepto de reparación y/o modificaciones de trazado de fibras ópticas derivadas de actuaciones de las mismas. El hecho de que los ingresos procedentes de las encomiendas recibidas del PA, ya sean para la gestión de la red o para la conectividad de los hospitales en régimen de autoprestación, supongan un ingreso accesorio respecto a los obtenidos de la explotación de la red, impide sostener que la parte esencial de la actividad se realiza para el PA ya que los ingresos que provienen de terceros no pueden calificarse como marginales. En definitiva, como se desprende de lo argumentado en los párrafos precedentes, desde el ejercicio 2012, GIT es un ente instrumental de dicha Administración pero no cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado medio propio de la misma por lo que no puede denominarse como tal.

II.1.2.2. DISPONIBILIDAD POR LOS ENCOMENDATARIOS DE MEDIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA

El TRLCSP no ha establecido límites a la posibilidad de que las entidades encomendatarias contraten el objeto de la encomienda con terceros. Únicamente la DA 25ª.6 TRLCSP recoge un límite para las sociedades del grupo TRAGSA al regular que, en el supuesto de que la ejecución de la encomienda se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos debe ser inferior al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio¹¹.

Sin embargo, en opinión de la mayoría de los órganos de control, el encomendatario debe contar con los medios propios necesarios para llevar a cabo el encargo por sí mismo. Así, si el encomendatario cuenta con medios propios para llevar a cabo la prestación, al menos en parte, el recurso al encargo puede justificarse por razones de economía y eficacia, no suponiendo una alteración de los principios de la contratación pública, dado que la realización de la prestación queda en el ámbito interno. 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 un determinada prestación", no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución.

En esta línea se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en su Informe nº 65/07, de 29 de enero de 2009, concluye que el medio propio debe contar con medios idóneos para ejecutar el contrato indicando que "habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda". La misma Junta Consultiva en su Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012, indica que "para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear la figura, a saber: que ese medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. En nuestro caso, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación".

En la actualidad, al no establecerse en la normativa contractual límites cuantitativos a la subcontratación, es posible que los poderes adjudicadores confieran encomiendas a entidades que carecen de los medios necesarios. Por esta razón, en el expediente del encargo deberá quedar correctamente acreditado en estos casos las razones de economía y eficacia que justifiquen la utilización de esta técnica.

¹¹ El artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aplicable al sector público institucional estatal, prevé que los medios propios y servicios técnicos deben disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social.

En los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, los resultados de las pruebas llevadas a cabo en relación con esta cuestión presentan como aspectos más relevantes de los allí recogidos, los que se indican a continuación.

- La Cámara de Cuentas de Aragón ha detectado que AST ha contratado con carácter previo a la aprobación de las encomiendas por la Administración, la totalidad o parte de las prestaciones encargadas en las mismas. Así, de las 76 encomiendas formalizadas en el ejercicio 2013, en 42, la totalidad o parte de las prestaciones encargadas a AST forma parte a su vez del objeto de varios contratos de prestaciones de servicios informáticos genéricos adjudicados anteriormente por AST en 2008, 2012 y 2013, esto es, con carácter previo a la aprobación de las encomiendas. De lo anterior se deduce también que AST no tiene los medios necesarios para llevar a cabo por sí misma los encargos recibidos.

Además, la Cámara solicitó a los encomendatarios información relativa al porcentaje de subcontratación del objeto de todas las encomiendas formalizadas en el ejercicio 2013, no solo de las incluidas en la muestra fiscalizada. Del detalle del porcentaje de subcontratación efectuado por el encomendatario se desprende, como indica la Cámara, que en el 60 % de las encomiendas la entidad encomendaria no dispone de medios propios para llevar a cabo la prestación objeto de la encomienda y subcontrata más del 60 % del objeto. En el 55 % de las encomiendas se subcontrata más del 80 % del objeto. Las entidades que más subcontratan son Instituto Aragonés de Fomento (100%), Aragonesa de Servicios Telemáticos (82,16 %) y Expo Zaragoza Empresarial, S.A. (100 %).

- La Sindicatura de Cuentas de Asturias aprecia que en una de las encomiendas el porcentaje de subcontratación realizado por la encomendaria alcanza el 100% de la actividad encomendada, lo que implica que la misma no reúne la idoneidad y aptitud requerida para llevar a cabo el encargo por lo que debería haberse tramitado el correspondiente expediente de contratación.

-La Sindicatura de Comptes de Catalunya ha comprobado que en general no existen cláusulas de limitación a la contratación de terceros y no consta que la entidad encomendante efectúe un control o seguimiento específico de la subcontratación realizada por el medio propio. Así, se ha observado que dos encomendatarios contratan a terceros las encomiendas de gestión recibidas de la Administración de la Generalitat o entes dependientes y otros dos tienen un porcentaje de contratación externa superior al 50% de los encargos recibidos.

- En la Cámara de Cuentas de Andalucía, en el 46% de los casos, el importe de las prestaciones que el medio propio ha contratado con terceros supera el 50% de la cuantía del encargo. Este porcentaje de subcontratación llega a alcanzar el 100% de la prestación en el 10,2% de los expedientes. Incluso en la mayoría de estos últimos supuestos en los que el ente instrumental ha actuado como mero intermediador entre la Administración y los contratistas, lo que, cuando menos, hace dudar de la capacidad del ente instrumental para ejecutar la encomienda, éste ha facturado los gastos de gestión. Ello supone además un encarecimiento del trabajo realizado por terceros respecto a si hubiera sido adjudicado por la propia Administración encomendante.

- El Informe del Consejo de Cuentas de Castilla y León, refiere 12 encomiendas, en las que el encomendatario ha procedido a contratar con terceros la realización de los servicios encomendados.

- En el Informe del Tribunal de Cuentas sobre la CA de Cantabria se indica que entre las encomiendas analizadas destacan las que tuvieron por objeto la realización de obras públicas para la construcción o ampliación y, en ocasiones, equipamiento de centros sanitarios y centros educativos. Así, en 14 encomiendas, la subcontratación abarcó la totalidad de los trabajos comprendidos en la encomienda, incrementado su coste con los gastos de gestión de las empresas encomendarias y los costes de la financiación de las obras incurridos por aquellas.

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 31

II.2 ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA ENCOMIENDA

II.2.1. Consideraciones generales

De conformidad con el artículo 4.1 n) TRLCSP el encargo puede tener por objeto cualquier prestación. Por tanto, podrá ser objeto del mismo el que es propio de cualquiera de los contratos típicos (obras, suministros, servicios, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos) o el de un contrato administrativo especial o el de un contrato privado.

No obstante, de forma más restrictiva que la prevista en el TRLCSP, la D.A. 13ª del D. legislativo 2/2001, de 3 de julio, Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad de Aragón, prevé que, en ningún caso, puede ser objeto de encargo a empresas públicas autonómicas la contratación de suministros. En sentido semejante, la normativa autonómica andaluza es más estricta que la estatal al no permitir que formen parte del objeto de las encomiendas el propio de los contratos de suministro (artículo 106.4 de la LAJA), tal y como precisa la Cámara de Cuentas.

II.2.2 Adecuación del objeto de la encomienda al objeto social del encomendatario

En los Informes realizados por el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo de ámbito autonómico se ha analizado si el objeto de las encomiendas se adecúa al objeto social de las entidades encomendatarias, apreciándose en los Informes de Fiscalización emitidos sobre los diversos ámbitos autonómicos diversas irregularidades, de las que resultan las más relevantes las que se exponen a continuación:

- En el Informe sobre la encomienda de gestión en la Comunidad de Aragón, indica la Cámara de Cuentas, respecto al objeto de las encomiendas a SARGA, DOPUVT 21 "Estudio de movilidad de viajeros en los trenes regionales que discurren por Aragón tras la reorganización de servicios de media distancia" y DPJ 27 "Expurgo de expedientes judiciales para la gestión de los expedientes y documentos judiciales depositados en el archivo de los juzgados de familia ubicados en la Plaza del Pilar", que no se adecúan a la actividad de agricultura, ganadería, silvicultura y pesca propia de la entidad encomendataria. El objeto de estos encargos podría subsumirse en el objeto social regulado en el apartado segundo del artículo 2º de los estatutos de la mencionada sociedad, "contratación y prestación de servicios, asistencias técnicas, consultorías y trabajos", redactado con una gran amplitud, aunque resulta evidente que es completamente ajeno a la actividad principal de SARGA.

- El Consejo de Contas de Galicia advierte la presencia de dos encomiendas cuyo contenido no resulta plenamente encajable en el objeto social de la entidad encomendataria o en su área de especialización funcional, a pesar de que la descripción genérica de ese objeto social permite que sean utilizadas para cualquier tipo de actividad. En este sentido, no resulta fácil incluir en el ámbito social de TRAGSATEC la encomienda para la realización de los trabajos encargados por la Dirección General de Juventud y Voluntariado (encomienda 33 para el control de los programas de voluntariado 2013), referidos a tareas administrativas que resulta forzado asociar objetivamente a los ámbitos funcionales propios del medio rural o del medio ambiente en el que se enmarca la mayor parte de la actividad de esta entidad, y sólo la cláusula genérica de "tareas complementarias" incluida en sus estatutos podría permitir el encuadre de esas actividades en el mismo. Del mismo modo, tampoco la prestación de la ejecución de obra de TRAGSA en la encomienda formulada por el Consorcio de Igualdad para la construcción de dos escuelas infantiles tiene una cabida pacífica en el ámbito de actuación de esa empresa.

- El informe de la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana recoge la presencia de encomiendas, tales como las designadas como Infraestructuras/5, Infraestructuras/13, Infraestructuras/75 y la ordenada por el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias para la prestación de servicios de apoyo informático, cuyo objeto no tiene cabida dentro del objeto social de la entidad encomendada.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre encomiendas en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura, Cantabria y Castilla La Mancha así como respecto de las Ciudades de Ceuta y Melilla, ha comprobado también si el objeto de la encomienda está incluido en el ámbito o funciones de la entidad encomendataria o de su objeto social en el caso de las entidades mercantiles y fundaciones, apreciando que en diversas encomiendas realizadas en las Comunidades Autónomas de Cantabria, Murcia La Rioja y Extremadura algunas de las prestaciones encargadas a la entidad encomendataria no resultaban plenamente concordantes con su objeto social o no encajaban adecuadamente en el mismo o en su área de especialización funcional y, por tanto, la selección de la encomendataria –obligada a realizar en cualquier caso el encargo en virtud del art. 24.6 del TRLCSP- no habría sido la más idónea.

En los Informes que sobre esta materia se han efectuado, a los que se hizo referencia en el anterior apartado I.2.1, respecto de las Comunidades Autónomas de Aragón, Illes Balears, Cantabria, Extremadura, Asturias, Murcia, La Rioja y Castilla La Mancha se ha apreciado que el objeto social de algunos medios propios es muy amplio, lo que propicia que se hayan utilizado como «medio para todo». La falta de medios para dar cobertura a un objeto social tan amplio determina, a su vez, que los medios propios deban contratar con terceros la práctica totalidad o la mayor parte de la ejecución de la encomienda y, por tanto, la selección de la encomendataria (obligada a realizar en cualquier caso el encargo en virtud del art. 24.6 del TRLCSP) tampoco habría sido la más idónea.

II.2.3. Encomiendas que incluyen ejercicio de potestades públicas

El primero de los límites que no puede franquear la Administración encomendante cuando recurre al uso de la encomienda es que a través de su empleo se altere de facto la titularidad de la competencia mediante la sustitución de los órganos en el ejercicio de las actividades que como tales les corresponden por los medios propios, y menos aún que ello pueda tener lugar de forma sistemática o habitual.

Estas circunstancias, difícilmente compatibles con la esencia de la figura de la encomienda, devienen en claramente contrarias al ordenamiento jurídico cuando la encomienda incluye actividades que llevan aparejado el ejercicio de potestades públicas. Efectivamente, además de lo dispuesto por las reglas generales sobre el ejercicio de la competencia debe recordarse ahora que el TRLCSP prohíbe los contratos de gestión de servicios públicos (art. 275) y los contratos de servicios (art. 301) *“que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*, la disposición adicional 15ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas prohíbe la encomienda de actuaciones que supongan el ejercicio de potestades administrativas en el contexto de la gestión patrimonial y el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 abril, dispone que *“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”*.

Resulta a este respecto pertinente recordar que los Tribunales de Justicia están procediendo a declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos u órdenes de encomienda llevados a cabo con medios propios cuando estos han incluido el ejercicio de potestades públicas. Y dentro de este concepto entienden comprendidas las tareas de valoración o tratamiento de documentos administrativos y las tareas organizativas de los expedientes pues consideran nuestros Tribunales que estas tareas *“implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar –normalmente así será- el ejercicio de potestades de este orden”*, lo cual excede el concepto de *“mera actividad material”* pues este tipo de actos *“aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas”* (Ver a este respecto la STS 258/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2013, confirmatoria de una sentencia de instancia en este sentido). La más reciente STS de 1 de julio de 2015, anula una encomienda del P. de Asturias a FASAD al considerar que atribuye una función integrada en el sector público autonómico cuando encarga *“el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de*

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español

33

informes sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental” no pudiendo calificarse estas tareas de “mero trámite”. En este sentido el Informe 14/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, precisa que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades, que por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada.

En el examen de las encomiendas de la Comunidad de Cantabria analizadas por el Tribunal de Cuentas, se puso de manifiesto la presencia de casos en los que el objeto de los trabajos encomendados, aunque se definen expresamente como de apoyo y colaboración y se excluye tajantemente “*el ejercicio de autoridad en ninguna de sus formas ni servirán de fundamento para las resoluciones y actos administrativos que en su caso se dicten*”, en lugar de ceñirse a tareas técnicas de apoyo o a la realización de actividades materiales complementarias a la actividad puramente administrativa, ha sido definido de forma en gran medida coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano, con riesgo cierto de que la ejecución de la encomienda exceda de la mera actividad material y pueda implicar en la práctica el ejercicio de potestades administrativas. En este sentido, 2 encomiendas de gestión, relativas, respectivamente, a la realización del “*apoyo tramitación expedientes relacionados con la defensa de la propiedad en Montes de Utilidad Pública (MUP)*” y al “*apoyo tramitación expedientes relativos a reclamaciones previas a la vía civil*”, también en relación con los MUP, ambas efectuadas en las mismas fechas y con iguales plazos de ejecución, presentan características propias de esta utilización deficiente de la encomienda de gestión. Así, la segunda de las encomiendas incluye los siguientes trabajos: “1. *Recepción de solicitudes y documentación adjunta a la misma*; 2. *Revisión jurídico-administrativa previa de las solicitudes presentadas mediante las siguientes fases: a) Confección de la relación previa de documentos presentados, y b) Comprobación de coincidencia entre lo solicitado y la documentación aportada, es decir, análisis de cada uno de los documentos y su relación con el objeto de la solicitud. Valoración de una posible falta de información o documentación*. 3. *Lectura detallada de cada documento y contraste y consulta con la información histórica disponible en el archivo del Servicio de Montes, Registros de la Propiedad o cualesquiera otros organismos públicos en que se encuentre la información relacionada*. 4. *Valoración de la posibilidad de modificación o mejora voluntaria de la solicitud a tenor de lo dispuesto en el artículo 71.3 de la Ley de régimen Jurídico*. 5 *Apoyo en la redacción de informes del Servicio de Montes*.” A la vista de esta descripción de los trabajos a realizar por la encomendataria, resulta evidente el riesgo de que en definitiva constituyan el soporte determinante del ejercicio de potestades administrativas. La Intervención y, especialmente, el Servicio Jurídico, pusieron reiteradamente de manifiesto este riesgo en sus preceptivos informes respecto de las encomiendas analizadas. En particular destacan los informes del servicio jurídico respecto de 2 encomiendas, ambas de la Consejería de Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural, relativas a “*recopilación depuración y envío datos expedientes FEP*” y “*recogida de datos de mercados pesqueros*”, respectivamente, en los que se pone de manifiesto que los servicios prestados incluyen el ejercicio de potestades administrativas, por cuanto los datos a recopilar resultan determinantes de la concesión o no de subvenciones “*auténticos actos unilaterales de imperium cuya adopción en todos sus elementos sólo compete a la Administración*”, si bien en la segunda de las encomiendas consta un escrito de aclaración del órgano gestor en el que afirma que “*la encomienda no supone de ninguna manera la concesión de facultades que impliquen el ejercicio de poder público. Es un servicio de recopilación, grabación, elaboración de estudios y mantenimiento de la base nacional de datos pesqueros del FEP, cuya Autoridad de Certificación y validación son funcionarios de plantilla*”. Por otra parte, en sentido contrario, las encomiendas de gestión son un instrumento para el ejercicio de competencias propias del encomendante. No obstante, en la encomienda para la limpieza y conservación de playas rurales en el período estival, la Administración encomendante asumió a través de la encomienda una competencia que el artículo 115.d) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas atribuye a los Municipios, por lo que la eficacia de la encomienda de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo a MARE se condicionó a la firma de los correspondientes convenios con los Ayuntamientos en los que se ubican las playa. En consecuencia, habría resultado más adecuado que la colaboración de la CA se hubiese materializado mediante transferencias o subvenciones.

En las actuaciones realizadas por la Sindicatura de Asturias para verificar si la encomienda implica o no el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas, para lo que se han identificado aquellos supuestos en los que el objeto de la encomienda coincide con la competencia asignada a la Administración encomendante de manera que, de hecho, se esté detrayendo una competencia pública a los órganos que la tienen atribuida por ley, se han recogido diversos casos en los que los encargos pudieran incorporar la realización de potestades reservadas a funcionarios públicos, tales como la "Elaboración de propuestas de resolución y manejo de datos personales", función que se ha observado en un caso; el "Apoyo administrativo control e inspección", igualmente en un caso; la "Elaboración de normas de régimen interior", en tres encargos; o, en dos de las encomiendas, el objeto del encargo ha incluido la "Planificación y administración del servicio".

La Cámara de Cuentas de Aragón precisa que la encomienda DPTI 23 a TRAGSATEC para la "Realización de los informes a emitir por la Dirección General competente en materia de protección civil sobre los instrumentos de ordenación que presenten las Entidades locales que el artículo 19 de la Ley 30/2002, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón exige", incluye el ejercicio de potestades públicas, incumpliendo el artículo 301 TRLCSP (aplicable a las encomiendas en virtud del artículo 4.2 TRLCSP) que prevé que no pueden ser objeto de contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. De conformidad con el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público "en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos".

El Consello de Contas de Galicia refiere sucintamente la descripción de funciones encargadas al medio propio que pueden referirse a tareas encuadradas en el tratamiento de documentos administrativos y tareas organizativas de los expedientes, además de aquellas otras incardinadas en el seno de encomiendas de actividades típicamente administrativas y que podrían entrañar el riesgo de realización de funciones públicas, así el "Apoyo a la gestión, implantación y seguimiento de líneas estratégicas"; el "Control, gestión y análisis de proyectos de evaluación ambiental; el análisis y gestión de expedientes productores y gestores de residuos; la evaluación de proyectos conservación de la naturaleza"; el "apoyo en las labores de control actuaciones PDR"; el "Control y gestión de los programas de voluntariado; la tramitación de expedientes de dominio público hidráulico"; o la "Gestión de ayudas al programa de actuaciones para la aplicación de la PAC en Galicia".

El Consejo de Cuentas de Castilla y León recoge en su Informe la utilización de las encomiendas para la gestión de funciones típicamente administrativas, como por ejemplo la tramitación de ayudas o subvenciones, viniendo a suplir deficiencias estructurales de medios o de personal. La asunción de nuevas competencias, la acumulación de trabajo u otras causas, motivan la atribución en bloque de la gestión de determinadas ayudas, en lugar del refuerzo y consolidación de los medios propios. Si bien en todos los casos los distintos documentos de formalización de la encomienda contienen declaraciones sobre la irrenunciabilidad de la competencia por la encomendante y otros límites, a veces una imprecisa o genérica descripción de las tareas atribuidas y la falta de mecanismos de seguimiento y vigilancia, puede incurrir en la atribución de funciones públicas, que raya la pérdida del control sobre competencias irrenunciables. El objeto de 8 encomiendas del Informe incluye aspectos como la "tramitación administrativa de los expedientes", la "ejecución y gestión de aspectos técnicos y administrativos del contrato", sin mayor precisión, o la "tramitación de expedientes de concesión de ayudas públicas", que pueden implicar el ejercicio de potestades públicas.

El informe de la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana recoge la presencia de encomiendas que han supuesto el ejercicio de funciones públicas (potestades administrativas) por el personal contratado en la encomienda, con expresa referencia a diversas sentencias que así lo recogen, tales como las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (TSJCV) número 2439/2010 de 7 de septiembre; número 1781/2011 de 7 de junio, sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (que unifica doctrina), y más recientemente la sentencia del

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 35

TSJCV número 381/14, de 6 de junio de 2014) que concluyen considerando que hay cesión ilegal de trabajadores cuando se están ejerciendo funciones que deberían llevarse a cabo por personal funcionario, y calificando de participación en funciones públicas la realización reiterada de informes técnicos que se incorporan al expediente administrativo y sirven para redactar una Resolución. Finalmente, en la precitada Sentencia 381/14 del TSJCV se ordena a la encomendaria y a la Administración autonómica demandadas, el cese inmediato de la vía de hecho de la contratación de personal que ejerce potestades administrativas.

La Audiencia de Cuentas de Canarias recoge en su Informe la encomienda de tareas que pudieran tener esta condición, tales como las relativas a controles de la producción y registro agrícolas, la elaboración de listas de verificación de expedientes de ayudas, y la comprobación, verificación y procesado de datos registrados para las solicitudes de las ayudas de los fondos europeos; la realización del seguimiento, gestión y justificación de los expedientes de convocatorias de I+D+i.; y la elaboración de informes en tareas relacionadas con el planeamiento.

La Cámara de Cuentas de Andalucía, ha detectado una vez analizado el objeto de la encomienda y de los correspondientes proyectos técnicos o PPT, que en el 17,81% (13) de los expedientes analizados, el objeto de la misma comprende funciones que pudieran exceder el concepto de “mera actividad material, técnico o de servicio” propio de las encomiendas y que pudieran suponer directa o indirectamente el ejercicio de competencias o potestades administrativas, en unos casos porque el objeto de la encomienda ha sido definido de forma tan genérica que ha resultado coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano encomendante; en otros porque implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo; y, finalmente, en otros, porque cuando menos se ha detectado una confusión entre el desempeño de la encomienda y el desempeño ordinario de las competencias propias de las unidades administrativas. De entre la variedad de casos que el Informe recoge afectados por esta deficiencia, en uno de ellos se precisa que, pese a que el Pliego de Prescripciones Técnicas al definir el alcance de los trabajos intentó salvar la limitación analizada al expresar que “los trabajos recogidos en este PPT no alcanzaran el ejercicio de potestades administrativas, que quedan reservadas a la Consejería y a los órganos directivos de la misma”, es lo cierto que se encomendaron a una sociedad instrumental funciones necesarias para el desarrollo de las competencias que ostenta el ente matriz, refiriendo que algunas de ellas tenían un marcado contenido jurídico (elaboración de borradores de reglamento de inspección medioambiental, asesoramiento técnico relacionados con la revisión y actualización de la normativa en materia del Impuesto sobre Sociedades...).

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre esta materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura, Cantabria y Castilla-La Mancha así como respecto de las Ciudades de Ceuta y Melilla, refiere casos en los que el objeto de los trabajos encomendados, aunque se definen expresamente como de apoyo y colaboración y se excluye tajantemente “el ejercicio de autoridad en ninguna de sus formas ni servirán de fundamento para las resoluciones y actos administrativos que en su caso se dicten” (CA de Cantabria), en lugar de ceñirse a tareas técnicas de apoyo o a la realización de actividades materiales complementarias a la actividad puramente administrativa, ha sido definido de forma en gran medida coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano, con riesgo cierto de que la ejecución de la encomienda exceda de la mera actividad material y pueda implicar en la práctica el ejercicio de potestades administrativas. En otras ocasiones el objeto de la prestación encomendada carece de la precisión suficiente, al punto de poder entenderse que la misma supone la atribución de la gestión de una competencia, sea directamente o por vía presupuestaria al poder vincularse la encomienda a la gestión de un entero programa presupuestario. Así por ejemplo en el caso de Cantabria se realizan encomiendas de apoyo a la tramitación de expedientes relacionados con la defensa de la propiedad en Montes de Utilidad Pública y al “apoyo en la tramitación de expedientes relativos a reclamaciones previas a la vía civil; en el caso de Castilla-La Mancha existen encomiendas cuyo objeto es el apoyo en la valoración de propuestas técnicas de ofertas a licitación de obras en materia de carreteras o la prestación del servicio técnico en la planificación, ejecución y evaluación del cumplimiento de condicionalidad; en Extremadura se producen encomiendas para la gestión de la renta básica extremeña o para el apoyo complementario a distintas actividades de

gestión de solicitudes de tarjeta de transportes subvencionado en líneas regulares de viajeros por carretera, y tramitación de diversas fases de expedientes en materia de transportes, con especial incidencia en los sancionadores; en la Región de Murcia el objeto de algunas encomiendas se refiere a la gestión íntegra de las tiendas y cafeterías de los museos, a la gestión de la construcción de un edificio destinado a ubicar la escuela de enfermería o a la verificación sobre el terreno de los expedientes con cargo al Fondo Europeo de la Pesca; en La Rioja se efectúan encomiendas que tiene por objeto gestionar, por razones de especialidad y eficiencia, unas instalaciones deportivas que ofrecen un servicio público o trabajos de colaboración en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea.

De las actuaciones fiscalizadoras comunicadas por la Cámara de Cuentas de Madrid se desprende la posibilidad de que una encomienda de las allí recogidas, incurra en la deficiencia que aquí se examina, al constituir el objeto de la encomienda, además de la valoración técnica del daño producido, la realización de informes para iniciar procedimientos sancionadores y elaborar informes para contestar recursos administrativos.

II.2.4 Objeto suficientemente determinado

Los artículos 4.1 n) y 24.6 TRLCSP no regulan un procedimiento de aprobación de encomiendas ni recogen la documentación que debe contener el expediente, no obstante, como señala la Cámara de Cuentas de Aragón, los principios de buena administración y buena gestión financiera exigen que este esté correctamente definido pues solo así podrá valorarse la encomienda desde un punto de vista técnico y económico.

En los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, los resultados de las pruebas llevadas a cabo en relación con esta cuestión presentan, como aspectos más relevantes de los allí recogidos, los que se indican a continuación.

Aunque no esté positivamente regulado, parece razonable y necesario para la Cámara de Cuentas de Aragón que formen parte del expediente administrativo de la encomienda una memoria técnica y una memoria económica referidas al encargo realizado. La memoria técnica debe ser clara y concreta y contener un nivel de desglose suficiente que permita una correcta valoración económica y el seguimiento de la situación de la encomienda a lo largo de la vida de la misma, facilitando la detección de posibles desviaciones materiales o temporales respecto de los términos previstos y la posterior recepción de los trabajos realmente realizados. Por otra parte, la memoria económica es también un documento básico, no solo porque contiene la valoración del objeto de la encomienda, sino porque debería permitir evaluar no solo la eficacia del método de provisión elegido sino también que se optó por la vía más económica y eficiente. Esta memoria ha de incluir una valoración de los recursos humanos y materiales que se dedicarán a la actividad de que se trate. Al respecto, la Cámara de Cuentas de Aragón ha detectado que en 14 encomiendas no consta la elaboración por el departamento encomendante de una memoria técnica suficientemente descriptiva de las actuaciones a realizar; en 16 encomiendas no consta informe justificativo y razonado de la valoración económica de la encomienda realizado por el departamento encomendante; y en 9 ocasiones la valoración económica no la ha realizado el encomendante sino la entidad encomendaria. En este apartado, la Cámara de Cuentas quiere prestar especial atención a la encomienda "Obras de acondicionamiento de las plantas 1ª, 2ª y 3ª del Edificio Dinamiza 65 de la Expo para nueva sede del departamento"; el encargo se realizó sin proyecto de la obra, pero ello no impidió que, en la fecha del acuerdo de la encomienda, la sociedad encomendaria dispusiera ya de los proyectos de obra cuyo importe era superior al importe fijado en la encomienda. Sin embargo, la sociedad encomendaria manifestó casi dos meses después del encargo que "no se puede aceptar la encomienda tal y como está planteada, debiendo ser modificada en algunos aspectos como presupuesto", pese a lo cual licitó el 100% de las obras, los adjudicó y ejecutó las obras. A la fecha de finalización del trabajo de campo por la Cámara de Cuentas, el departamento ha reconocido (aunque no pagado) 439 miles de euros (el importe

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 37

previsto en la encomienda), manteniéndose por la encomendaria una reclamación de 176 miles de euros más.

Por su parte, la Sindicatura de Cuentas del P. de Asturias ha apreciado insuficiencia en la determinación del objeto de la encomienda en 19 de las 23 encomiendas analizadas, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP y 53.2 de la LRJPAC, y ello porque no permite determinar el alcance del encargo sin acudir a documentación complementaria.

En el mismo sentido se pronuncia en su informe la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana tras señalar que en una de las encomiendas los trabajos se definen en jornales/hora de equipos de personas, sin determinarse las unidades de ejecución de servicios y se fijan las prestaciones o funciones en términos genéricos, dejándose abierta la determinación de las tareas e intervenciones a posteriori.

El Informe del Consejo de Cuentas de Castilla y León pone de manifiesto la presencia de diversas encomiendas en que no se definen con precisión las prestaciones en que consiste el objeto de la encomienda, al establecerse en el Anexo que se adjunta a la orden de encargo la relación de actuaciones a realizar de forma muy general en 8 encomiendas.

Por la Audiencia de Cuentas de Canarias se detectó que no en todas las encomiendas se concretó las actividades que se iban a ejecutar, en especial en aquellas que tienen un carácter estructural y permanente.

La Cámara de Cuentas de Andalucía, tras las pruebas realizadas, considera que en el 23,3% de los expedientes analizados (17 encomiendas), el objeto de la prestación encomendada carece de la precisión suficiente, ya que no se expresa de forma clara, concreta y con un nivel de desglose adecuado, las actuaciones a realizar: La indeterminación del objeto de la encomienda, continúa la Cámara, también se hace patente en las resoluciones de prórroga, en las que se opta por eliminar o reducir el alcance de ciertos proyectos y ralentizar otros para adaptar el ritmo del gasto a la disponibilidad presupuestaria, sin que quede claramente definido, ni en la resolución de modificación, ni en su anexo de proyecto técnico, cuáles son los proyectos y las actuaciones que se ven finalmente afectados, ni la forma y condiciones de realización de los trabajos.

Igualmente en los Informes del Tribunal de Cuentas sobre las CCAA de La Rioja, Murcia, Extremadura, Cantabria y Castilla-La Mancha así como en respecto de las Ciudades de Ceuta y Melilla se ponen de manifiesto varios casos en que el objeto de los trabajos encomendados, en lugar de ser concreto, determinado, ceñido a tareas técnicas de apoyo o a la realización de actividades materiales complementarias a la actividad puramente administrativa, ha sido definido de forma tan genérica que ha resultado coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano, lo que ha dado lugar a la sustitución fáctica del órgano en el ejercicio de sus tareas propias por la Entidad encomendaria.

II.2.5. Retribución de las encomiendas

De conformidad con el artículo 1 TRLCSP (aplicable a las encomiendas en virtud del artículo 4.2 TRLCSP), uno de los principios contractuales es una "eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa". Este principio contractual tiene una concreta traducción en la propia Ley cuando establece que la retribución del contratista consistirá en un precio para el que se exige una "correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado".

En la fijación del importe de la retribución de la encomienda, como en el de los contratos, constituye un techo infranqueable el valor de mercado de la obra o prestación. Sin embargo, valor de mercado no es un concepto equivalente a coste.

El TRLCSP no contiene una regulación de la retribución por la realización de los encargos. La única previsión al respecto es la recogida en el artículo 24.6 TRLCSP según el cual para que opere la presunción de que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios, aquéllos deben fijar la retribución por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. Tampoco se formula en ninguna disposición un concepto o definición de tarifa, pudiendo entenderse que es el importe que se satisface por “unidad productiva” o por “unidad producida” por el órgano encomendante.

En los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, los resultados de las pruebas llevadas a cabo en relación con esta cuestión presentan como aspectos más relevantes de los allí recogidos, los que se indican a continuación.

-La Sindicatura de Comptes de Catalunya informa que siete de los doce medios propios analizados aplican tarifas aprobadas previamente por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya u órgano competente. El resto de medios propios analizados aplican tarifas incluidas en cláusulas adicionales de los convenios que regulan la encomienda de gestión, tarifas aprobadas únicamente por el medio propio o directamente una previsión del coste de la encomienda a realizar. En algunas encomiendas se ha observado que algunos de los servicios encomendados no estaban incluidos en las tarifas aplicadas y que en los encargos realizados a 3 encomendatarias se añade a la retribución un porcentaje para gastos generales sin que exista un estudio que justifique el porcentaje aplicado.

-Por la Cámara de Cuentas de Aragón se precisa que la DA 13ª TRLACA (aplicable a los encargos de ejecución a sociedades cuyo capital pertenezca íntegramente a la Administración de la Comunidad Autónoma) prevé que la determinación del importe de la actuación se efectuará según la valoración económica definida en el proyecto correspondiente o en el presupuesto técnico de actuación, pudiendo ser imputados los gastos generales y corporativos de la empresa al coste de las actuaciones encargadas hasta un máximo del 5,5 % de dicho coste. Esto es, no recoge un sistema de tarifas ni el modo en el que la entidad encomendante debe fijar el presupuesto y el porcentaje de imputación de los gastos generales de la empresa ni hace ninguna referencia a la justificación del coste de las actividades a subcontratar por las empresas encomendatarias. La normativa autonómica no ha regulado el régimen de retribución de los encargos ejecutados por entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón distintos de las sociedades de la CA. Señala la Cámara que, con carácter general, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón no ha aprobado tarifas para retribuir las prestaciones encomendadas, a excepción de las tarifas correspondientes a los trabajos que se encargan al grupo de sociedades integrado por la “Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA) y sus filiales, que se aprueban según el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto. Con carácter general, el Presupuesto de las encomiendas no se descompone en epígrafes lo suficientemente concretos que permitan conocer su adecuación a la realidad y no diferencia los gastos a ejecutar con medios propios y los gastos a contratar con terceros.

El Informe emitido por el Consejo de Cuentas de Castilla y León refiere que en ninguna de las 8 encomiendas analizadas consta la aprobación previa de unas tarifas y su composición, para la determinación del precio del objeto del encargo. En relación con la determinación de las retribuciones a aplicar a las entidades encomendatarias por los encargos realizados en el resto de encomiendas, se concluye que no existe una regulación general en aplicación de lo establecido en el artículo 24.6 del TRLCSP. Se han utilizado varios sistemas: el de precios unitarios descompuestos establecidos en el proyecto cuando se trata de obras, coste global o coste por unidad de expediente tramitado o de actividad concreta realizada cuando se trata de servicios, tarifas oficiales en el caso de TRAGSA o referencia a tarifas de otras administraciones públicas. En varios expedientes no se ha realizado suficiente desglose de la composición de la tarifa, en otros no figura ninguna explicación o la explicación es deficiente por referirse a encargos similares, aludir a las tarifas o coste medio de las compañías aéreas o remitirse a precios de mercado.

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 39

La Sindicatura de Comptes de Catalunya ha observado en dos encomiendas analizadas que el objeto de las mismas no está suficientemente definido y concretado.

El Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía señala que pese a resultar necesario que los expedientes contengan un apartado económico que contenga la valoración del objeto de la encomienda en el que se definan con suficiente detalle de cada una de las actuaciones del encargo, de forma que permita justificar el importe global de la encomienda, en el 32,8% de los expedientes analizados (24 encomiendas), la propuesta de encomienda carece de concreción suficiente ya que la valoración económica que se recoge de las actividades que la integran resultan demasiado genéricas, no contienen elementos que permitan justificar la cuantificación de los importes presupuestados referidos a los distintos componentes de la prestación, o de las unidades de tiempo que se estimen necesarias para realizar los trabajos encargados, no quedando, por tanto, definido el coste de realización material de cada uno de los trabajos o proyectos que se engloban dentro de la misma. Asimismo, en relación con la aplicación de las tarifas de TRAGSA en las encomiendas de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, con remisión a un informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 9 de julio de 2013, evacuado a instancias de la Dirección General de Fondos Europeos y Planificación, señala la Cámara que en el ámbito de las auditorías de fondos europeos no se admiten las tarifas de TRAGSA aplicadas por AMAYA en la realización de encomiendas como justificación de los trabajos encomendados. Así, conforme a lo dispuesto en la Instrucción conjunta 2/2009 de 31 de julio, de la Dirección General de Fondos Europeos y Planificación y de la IGJA, en los proyectos que reciben cofinanciación comunitaria, la certificación de los gastos debe hacerse mediante la certificación de los costes reales. A tal efecto debe seguirse el procedimiento establecido en la Orden de 23 de julio de 2008, por la que se establecen normas para la gestión y coordinación de las intervenciones cofinanciadas con Fondos Europeos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período de programación 2007-2013 (artículo 21).

- En algunos de los casos analizados por la Audiencia de Cuentas de Canarias, la retribución venía determinada por la propuesta del encomendante, y no en referencia a unas tarifas determinadas por el encomendatario.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre esta materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura, y Castilla La Mancha, pone de manifiesto que la determinación del presupuesto de una encomienda responde a la aplicación de unos precios unitarios, las tarifas, referidos a los distintos componentes de la prestación, a las diferentes unidades que se entreguen o a las unidades de tiempo que se estimen necesarias para realizar los trabajos encargados. El sistema de tarifas se apoya sobre la base de que su determinación responde a los costes reales de las prestaciones que se realizan por el encomendatario, garantizando de esta forma el equilibrio financiero que debe regir este tipo de negocios jurídicos, de tal forma que la aplicación de la encomienda se ajuste a los costes reales sin que suponga un enriquecimiento injustificado para la entidad encomendataria. De la documentación aportada por las Comunidades Autónomas antes citadas se desprende que este resulta el sistema general de determinación del precio. Sin embargo, en la CA de Cantabria y las Ciudades de Ceuta y Melilla se ha observado un sistema distinto, la determinación del precio de la encomienda no se ha sujetado con carácter general a tarifas previamente aprobadas por la entidad sino que se realiza mediante cantidades a tanto alzado o, como en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, mediante la justificación de los costes en los que se ha incurrido. En relación con la aplicación de las tarifas de TRAGSA y las empresas de su grupo, se ha observado que las tarifas aplicadas no han sido expresamente aprobadas por las Comunidades Autónomas.

II.2.6. Temporalidad de la encomienda

Una cuestión importante es la vinculada con la naturaleza de la encomienda y su temporalidad así como la vinculación de su empleo con la adecuada planificación de los recursos. En principio, la encomienda de gestión viene a resolver una situación extraordinaria en la que se encuentra el órgano administrativo ante la imposibilidad de desarrollar sus competencias con los medios

materiales y personales puestos a su disposición. Por tanto, resulta también excepcional la posibilidad de realizar encomiendas plurianuales sin una previa declaración de la planificación organizativa en la que se fundamente esa decisión, que justifique asimismo, la realidad de una situación futura que se encuentra en el fundamento de la decisión de encomendar por periodos que exceden del ejercicio.

En los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado 1.2.1, los resultados de las pruebas llevadas a cabo en relación con esta cuestión presentan como aspectos más relevantes de los allí recogidos, los que se indican a continuación:

El Informe aprobado por el Tribunal de Cuentas en relación con esta materia y la Comunidad Autónoma de Cantabria, indica que respecto esta cuestión cabe destacar que las encomiendas de la muestra cuyo objeto fue la creación de infraestructuras sanitarias y educativas, efectuadas por GEVISCAN, GIEDUCAN o GISCAN, que se cuentan entre las de mayor importe, tuvieron la finalidad de permitir un acceso a procedimientos de financiación a través de la entidad presupuestaria, de tal manera que la Administración competente, eludiendo los más rígidos requisitos de la normativa presupuestaria que le era aplicable, demoraba el inicio del pago del centro de salud o colegio construido hasta la terminación de la obra y su puesta en servicio, aplazando además el pago en plazos de seis u ocho años.

También en las encomiendas consistentes en servicios de apoyo en labores técnicas o administrativas generalmente se incluyó la posibilidad de prórroga. En el caso de una encomienda que prevé una duración de dos años contempla su prórroga tácita salvo denuncia previa. Esta prórroga tácita resulta inadecuada, no solo porque implica presupuestariamente la adopción de un acto de gasto que debe ser fiscalizado y aprobado por el órgano competente, sino también por analogía con la normativa contractual, artículo 23.2 TRLCSP, que las prohíbe.

En su Informe, el Consejo de Cuentas de Castilla y León señala como otro de los aspectos observados en el análisis conjunto de las encomiendas examinadas, su carácter estructural y no meramente temporal, por su utilización para la gestión de funciones típicamente administrativas, como por ejemplo la tramitación de ayudas o subvenciones, viniendo a suplir deficiencias estructurales de medios o de personal. La asunción de nuevas competencias, la acumulación de trabajo u otras causas, motivan la atribución en bloque de la gestión a los encomendatarios en lugar del refuerzo y consolidación de los propios medios.

El Informe de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears expresamente señala que la razón de ser de la encomienda de gestión consiste en poder responder eficazmente a necesidades puntuales de acuerdo con criterios relacionados con la especificidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones que deben llevarse a cabo. A pesar de ello, en algunos casos, la encomienda de gestión ha sido utilizada para suplir otras necesidades reiteradas en el tiempo.

La Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana ha realizado encomiendas de carácter recurrente, permanente y estructural, para suplir la carencia de medios personales destinados a hacer frente a necesidades que se precisan año tras año, lo que ha conllevado el reconocimiento por la propia entidad encomendataria, de oficio o por varias sentencias, de la condición de trabajadores laborales indefinidos a trabajadores contratados previamente como temporales.

La Sindicatura de Comptes de Catalunya ha observado que algunos de los encargos analizados consisten en la realización de servicios recurrentes que satisfacen necesidades de carácter permanente que suponen la realización de actividades propias del órgano encomendante derivadas de falta de personal estructural.

La Cámara de Cuentas de Andalucía señala en relación con esta materia que, al igual que los contratos de servicios, el recurso a las encomiendas debe responder a necesidades puntuales y concretas relacionadas con el carácter técnico de la prestación. El carácter recurrente de las

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 41

mismas desnaturalizaría la especificidad que debe caracterizarlas. De esta forma en el momento en que la necesidad que pretenden satisfacer se hace permanente, debe exigirse su integración dentro del esquema de servicios públicos y prestaciones realizadas por la propia Administración, y ésta debe buscar otros cauces más adecuados a dicha permanencia. Sin embargo, el 65,7% de los supuestos analizados (48 expedientes) evidencian que a través de la encomienda no se ha perseguido un apoyo coyuntural al órgano encomendante en el ejercicio de sus funciones ordinarias, sino que han tenido un carácter recurrente y continuado, y/o que a través de esta figura se han suplido insuficiencias estructurales de plantilla o deficiencias organizativas. Es más, la generalidad, extensión y extremada duración de los encargos analizados, que acogen a los ejercicios anteriores y posteriores al periodo fiscalizado, plantea problemas ya que, en determinados casos, pudiera interpretarse que las actuaciones están duplicadas, solapadas o con objetos coincidentes o análogos entre las distintas encomiendas.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre esta materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura, y Castilla La Mancha así como en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, señala que, en todas ellas ha observado la presencia de encomiendas con este componente plurianual que se manifiesta, sea en la posibilidad de prorrogar las encomiendas prevista en la propia resolución encomiendas, o que ésta le atribuya duraciones cercanas o superiores a los dos años, sin que se indique circunstancia alguna que permita suponer el mantenimiento de aquellas circunstancias que las justificaron durante todo el periodo de duración de la encomienda ni la imposibilidad de adoptar en el futuro medidas organizativas o de otra índole que permitan adecuar los medios disponibles para llevar a cabo las actividades encomendadas. El caso más relevante lo constituye la encomienda efectuada en la Comunidad de Castilla La Mancha que comprende la gestión de la ejecución de numerosas e independientes obras durante un periodo de 115 meses.

II.2.7. Representación formal de la encomienda

Las encomiendas deben documentarse mediante formas que permitan aseverar el carácter unilateral del encargo, lo que impide la adopción de aquellas otras que permiten suponer la existencia de pactos o convenios entre iguales pues excluyen el requisito de obligatoriedad que tiene el encargo para quien lo recibe.

Según se desprende de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de control externo, en ocasiones se ha acudido erróneamente, a figuras que permiten atribuir carácter bilateral a la encomienda que documentan. En algunas ocasiones cuando tal situación se ha producido se ha observado que más bien el error es la consecuencia lógica del empleo de una técnica defectuosa al utilizar encomiendas puramente administrativas indebidamente o incluso Convenios, tal y como se pone de manifiesto al examinar el Informe de la Cámara de Cuentas de Aragón y se expondrá posteriormente al examinar los procedimientos seguidos.

La Sindicatura de Cuentas de Cataluña considera que la inexistencia de una normativa específica que regule el procedimiento en la tramitación de los encargos de gestión permite la ausencia de criterios homogéneos para su tramitación administrativa. Así el documento de formalización de un encargo puede ser una resolución, un Acuerdo de Gobierno o un convenio, pese a que este último no sea el instrumento jurídico adecuado para soportar una encomienda dado que implica un acuerdo de voluntad entre dos partes mientras el encargo de gestión es un mandato de una entidad a otra. Por ello, sería conveniente regular los controles a realizar por parte del poder adjudicador, los términos para la contratación externa, el régimen económico y los procedimientos administrativos comunes que se deben seguir para tramitar los expedientes.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre esta materia ha podido comprobar que en la Comunidad Autónoma de Cantabria existen encomiendas, salvo las realizadas a TRAGSA, y en Castilla-La Mancha, que adoptan las formas de Convenio, pacto u otras formas de acuerdo de voluntades que no se ajustan conceptualmente a su naturaleza de carácter interno, dependiente, subordinado y obligatorio para el encomendatario. La utilización del Convenio de Colaboración para

instrumentar la formalización de las encomiendas de gestión es acorde con la legislación autonómica cántabra, no obstante lo cual esta técnica convencional no resulta la más ajustada a la dispar condición con la que participan encomendante y encomendatario.,

II.3. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO Y DE LA TRAMITACIÓN DE LAS ENCOMIENDAS

II.3.1. Problemática general

Tal y como tal, como se ha señalado ni el TRLCSP ni ninguna otra norma legal había establecido de forma expresa el procedimiento para la tramitación de los encargos contractuales a medios propios.

No obstante, el Tribunal de Cuentas en sus actuaciones fiscalizadoras (ver, entre otros, su Informe nº 1088 de 30 de abril de 2015, sobre las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas) y la mejor doctrina científica sostiene que a los encargos les resultan de aplicación determinados preceptos del TRLCSP de forma directa, supletoria o analógica. Son de aplicación directa los artículos 4.1, letra n) y 24.6 del TRLCSP; de aplicación supletoria los principios del TRLCSP para resolver las dudas o lagunas de la legislación especial aplicable a los encargos (en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 TRLCSP); y de aplicación analógica (en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil) los artículos que regulan las actuaciones preparatorias del expediente de contratación, en sus vertientes técnica, jurídico-administrativa y presupuestaria.

De esta forma, tomando como referencia los artículos 93 y siguientes del TRLCSP, el Tribunal de Cuentas ha considerado que el expediente de las encomiendas deberá comprender los siguientes documentos y actuaciones: acuerdo del órgano de contratación de inicio del expediente de la encomienda en el que se determine con precisión las necesidades que se pretenden cubrir con el encargo (art. 22 TRLCSP), la definición del objeto del encargo y las instrucciones fijadas unilateralmente por la entidad encomendante; proyecto y presupuesto de las obras informado por la oficina de supervisión de proyectos, cuando proceda, o documentación técnica descriptiva de la obra, suministro o servicio del encargo con su valoración, pliego de prescripciones técnicas, acta de replanteo previo en el caso de obras; documento equivalente al pliego de cláusulas administrativas que regule los aspectos jurídicos del encargo informado por la Asesoría Jurídica; y, finalmente, certificado de existencia de crédito, propuesta de aprobación del gasto formulada por el órgano que ordena el encargo, fiscalización previa en su caso según sus normas específicas y resolución de aprobación del gasto.

En todo caso, pese a la ausencia de un preciso cuerpo legal regulador de los encargos a medios propios se ha observado en la mayor parte de las CCAA una homogeneidad general en su tramitación administrativa. En efecto, al no existir en el artículo 24.6 del TRLCSP ninguna referencia expresa a la normativa de procedimiento aplicable, se han desarrollado en el ámbito de las Comunidades Autónomas sus propios procedimientos, bien que de manera informal, recurriendo a la aplicación directa, analógica o supletoria, según los casos, de los preceptos que cada órgano gestor ha considerado pertinentes de la LRJPAC, el TRLCSP y la normativa presupuestaria; procedimientos que suponen un general cumplimiento del orden lógico de la gestión económico administrativa, resultando los documentos contables consecuentes de los actos administrativos a que responden. Así, siempre existe el acto administrativo de autorización del gasto o el de reconocimiento de la obligación, figurando en los expedientes los documentos contables correspondientes, de naturaleza meramente registral.

Sin embargo, la inexistencia de criterios generales comunes de actuación debidamente normalizados ha supuesto igualmente una utilización poco homogénea de estas encomiendas, en cuanto a los fines a satisfacer.

Así, como se expone a lo largo del presente informe, mientras en algún caso el recurso a las encomiendas a medios propios se ha utilizado como un instrumento para la realización de

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español

43

concretas actividades de carácter técnico o material de diversa complejidad (encomiendas de resultado, que constituyen el prototipo de utilización característico y adecuado de esta figura), en gran número de ocasiones ha servido como fórmula para suplir carencias estructurales de personal o de recursos técnicos o materiales de carácter permanente (por medio de encomiendas de actividad recurrentes o estructurales) o, simplemente, se han utilizado como recurso ágil y flexible para la provisión de servicios en sustitución de la licitación pública.

En las fiscalizaciones realizadas se ha revisado el procedimiento seguido por los órganos encomendantes de la Comunidad Autónoma para la formalización de los encargos a sus medios propios, de modo que en los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, los resultados de las pruebas llevadas a cabo en relación con esta cuestión presentan como aspectos más relevantes de los allí recogidos, los que se indican a continuación.

La Cámara de Cuentas de Aragón al realizar sus pruebas de fiscalización sobre el procedimiento seguido por los órganos encomendantes de la Comunidad Autónoma para la formalización de los encargos a sus medios propios ha verificado, en particular, si los expedientes administrativos de las encomiendas comprenden todos los documentos, informes y actuaciones que exigen los artículos 109 y siguientes del TRLCSP que, aunque no son directamente aplicables, podrían observarse para llenar las lagunas de regulación del procedimiento administrativo de las encomiendas. Los resultados de las pruebas realizadas ponen de manifiesto que los órganos de la Comunidad Autónoma que confieren encargos a medios propios no aplican en su totalidad, en ausencia de norma especial directamente invocable, los preceptos de la legislación de contratos del sector público relativos al expediente de contratación y su procedimiento de tramitación y aprobación. En la fiscalización, la Cámara de Cuentas ha detectado que de las 28 encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual fiscalizadas, ocho no se han tramitado como tal sino a través de las siguientes figuras y procedimientos: en dos casos han sido tramitadas como convenios; una ha sido tramitada como una transferencia de financiación del presupuesto del Departamento de Agricultura Ganadería y Medio Ambiente para la prestación del servicio de prevención de incendios y otra por el Instituto Aragonés de Fomento; dos encomiendas han sido tramitadas como sendos contratos de emergencia a la Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental, S.L.U. (SARGA); y tres encargos de naturaleza contractual han sido tramitadas como encomiendas de gestión del artículo 15 LRJAP y PAC, en lugar de ser tramitadas de conformidad con los artículos 4.n y 24.6 TRLCSP. Sin embargo, dado que en todos los casos el objeto a realizar es una prestación de hacer encargada por el departamento competente por razón de la materia a un ente instrumental según las instrucciones dictadas por el poder adjudicador encomendante, deberían haber sido tramitadas como encomiendas contractuales (artículos 4.1.n) y 24.6 LCSP).

La Cámara de Cuentas de Aragón ha observado que en ninguna de las encomiendas tramitadas consta un documento de contenido equivalente al previsto para el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regule los aspectos jurídicos del encargo. Esta laguna se suple en ocasiones con la regulación en alguno de los documentos que contiene el expediente de los distintos aspectos jurídicos de la encomienda: régimen jurídico, adscripción de medios humanos y materiales, plazo de ejecución, procedimiento para la modificación y aprobación de la encomienda, condiciones de ejecución, requisitos y limitaciones para la subcontratación, recepción y abono de los servicios y causas y consecuencias de la resolución de la encomienda. Sin embargo, en el 43 % de los casos fiscalizados no se regulan todos los aspectos jurídicos de la encomienda. Por otra parte, y seguramente como consecuencia de ello, ninguna de las encomiendas fiscalizadas había sido informada por el Servicio Jurídico competente. Con carácter general, no se adopta acto administrativo expreso de reconocimiento de la obligación mediante el que se declare la existencia de un crédito exigible contra la Hacienda Pública autonómica por la ejecución de la encomienda, derivado de un gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente. Solo consta en los expedientes fiscalizados la autorización y firma de los documentos contables de reconocimiento de obligaciones por parte de los órganos competentes. En cuanto a las encomiendas tramitadas como meras transferencias presupuestarias, fueron realizadas en 2013 a SARGA y vinculadas con la prevención de los incendios forestales, como

prestaciones de hacer, empleando continuamente el texto de las órdenes que las recogen el término "encargo" y detallando de forma concreta las prestaciones que debe realizar SARGA. Además, posteriormente, SARGA repercutió a la Administración el 5,5 % del Presupuesto de ejecución material en concepto de Gastos Generales y Corporativos de acuerdo con lo previsto en la DA 13ª TRLACA relativa a los encargos de ejecución a empresas públicas, pero que resulta impertinente respecto de las transferencias de financiación, lo que ha provocado diversas deficiencias que la Cámara de Cuentas precisa en su Informe, como la falta de planificación y de aprobación del gasto, y la indebida aplicación del gasto al Capítulo 7 del presupuesto.

La Sindicatura de Asturias ha observado que en dos de las encomiendas examinadas la financiación prevista ha incluido posibles transferencias previstas en los presupuestos autonómicos para cubrir los gastos que aquellas pudieran ocasionar, lo que ha conllevado modificaciones presupuestarias para transferir créditos de los Capítulos 2 y 6 a los Capítulos del presupuesto 4 y 7. La Sindicatura de Cuentas considera improcedente a la par que irregular la utilización de transferencias (sean estas transferencias stricto sensu o subvenciones) para financiar la adquisición de bienes o servicios mediante encomiendas.

El Tribunal de Cuentas, en sus informe sobre encomiendas de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Castilla La Mancha así como en el relativo a la Ciudad Autónoma de Melilla pone de manifiesto que algunas de ellas fueron financiadas con cargo a partidas del Capítulo 6 "inversiones" y no al Capítulo 2, cuando hubiera sido ésta más adecuada atendido el objeto perseguido y la actividad desarrollada para dar cumplimiento a tales encomiendas.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León deriva el régimen del procedimiento a seguir en la tramitación de los expedientes, del Acuerdo 89/2010, de 16 de septiembre, de la Junta de Castilla y León, en el que se determina la aplicación del régimen de fiscalización e intervención previa de requisitos esenciales en el encargo, modificación, abonos y liquidación de las encomiendas. En consecuencia, refiere el informe un cúmulo de incidencias apreciadas en la tramitación de los procedimientos seguidos para su formalización que se extienden a la ausencia de retenciones de créditos, determinación del plazo de vigencia, así como a la falta de determinación del objeto de la encomienda.

La Cámara de Cuentas de Madrid ha observado la inadecuada calificación de 2 encomiendas de gestión de las del artículo 24.6 de TRLCSP. El carácter erróneo de esta calificación deriva bien de tener su causa en la aplicación del artículo 64.3 de la Ley 7/2012, de 26 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, y constituir el cumplimiento de un mandato, bien por no resultar propiamente una encomienda de gestión sino un Convenio suscrito entre la Administración Autónoma y una Corporación Pública.

II.3.2 Justificación del empleo de la figura de la encomienda

Los artículos 4.1 n) y 24.6 TRLCSP no recogen la documentación que debe contener el expediente. No obstante, dado que el empleo de este tipo de encomienda constituye una excepción a las reglas generales del Derecho comunitario en materia contractual y debe aplicarse restrictivamente, la tramitación de la encomienda debe iniciarse con la elaboración de una memoria justificativa de la necesidad de la misma. Esta memoria ha de contener un razonamiento motivado sobre las causas que llevan a la Administración encomendante a realizar un encargo concreto al encomendado, detallando las razones por las cuales no puede llevar a cabo por sí misma dichas actividades y especificando el motivo que ha llevado a considerar la encomienda de gestión como el medio jurídico más adecuado para satisfacerlas, en lugar de acudir al sector privado mediante un contrato o mediante la incorporación de recursos humanos complementarios.

En los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, los resultados de las pruebas llevadas a cabo en relación con esta cuestión presentan como aspectos más relevantes de los allí recogidos, los que se indican a continuación:

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 45

La Sindicatura de Asturias, en su Informe, manifiesta que en ninguna de las encomiendas consta la realización de un análisis previo y riguroso que justifique la elección de este sistema de gestión frente a otras posibles alternativas, como la licitación pública o la ejecución por Administración. Por su parte, la Sindicatura de Comptes de Catalunya aprecia que, con carácter general, no consta un análisis individualizado que justifique la elección de formalizar una encomienda de gestión por ser económicamente más ventajoso. La justificación, cuando existe, es genérica argumentando principalmente falta de medios propios, la existencia del medio propio y razones de eficacia y eficiencia. En términos similares se pronuncia la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana, para la que las encomiendas de gestión son una excepción, no una alternativa a la contratación administrativa o a la contratación de personal. La circunstancia de que la entidad encomendaria no disponga, de inicio, de los medios idóneos y adecuados para la ejecución del objeto de la encomienda sino que los tenga que contratar ad hoc para los trabajos encargados, desvirtúa la consideración de medio propio y servicio técnico de la encomendaria y de la propia encomienda.

La Cámara de Cuentas de Aragón precisa que en 20 encomiendas de la muestra (de las 23 tramitadas como encargos a medios propios o encomiendas del artículo 15 LRJAP y PAC) no consta memoria que justifique suficientemente la elección de la encomienda frente a la opción del contrato o es una declaración genérica que no contiene la evaluación del coste de los medios que serían necesarios, bien para ejecutar la encomienda con personal propio, o para contratarla desde la propia Administración.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León, por su parte, ha constatado que el recurso a la encomienda, como alternativa más ventajosa a otras opciones, no ha quedado suficientemente justificada. Así, no se ha motivado que sea una mejor elección frente al contrato, ni se ha probado una mayor economía en la ejecución, ni la inexistencia de licitadores en el mercado, ni ninguna otra razón que la justifique de forma expresa; tampoco se justifica en aquellos casos en las que el objeto del encargo podría haberse realizado con medios propios, mediante gestión directa indiferenciada, de la entidad encomendante.

La Sindicatura de Comptes de les Illes Balears señala que no constan en los expedientes fiscalizados análisis específicos del órgano que realiza la encomienda sobre si los precios obtenidos mediante la aplicación de las tarifas resultan inferiores al valor de mercado, con el fin de verificar que el recurso a esta figura constituye una solución económicamente ventajosa respecto de la licitación pública, ni aparecen en la documentación examinada estudios de los órganos y de las entidades fiscalizadas que acrediten las ventajas de recurrir a la encomienda en lugar de los procedimientos de licitación pública u otras formas de gestión. Además, la justificación del empleo de esta forma de gestión ha sido, con carácter general, un enunciado formal, puramente declarativo de circunstancias o situaciones que en los expedientes no han sido suficientemente acreditados.

La Cámara de Cuentas de Andalucía refiere en su Informe que en el 78% de los casos (57 expedientes) no queda justificada la necesidad o la conveniencia de la realización de la prestación a través de la figura de la encomienda de gestión, trámite formal y preceptivo exigido, entre otros, por el artículo 106.2 a) de la LAJA antes referido, que requeriría especificar las razones que han llevado a considerar la encomienda como el medio jurídico adecuado en lugar de acudir a un procedimiento de contratación o mediante la incorporación de recursos humanos complementarios, siendo esta la razón principal que habilita al órgano gestor a prescindir de las obligaciones de publicidad y concurrencia a la hora de proveerse de nuevos recursos.

Por la Audiencia de Cuentas de Canarias se comprobó que la justificación mayoritaria dada para la realización de la encomienda se centraba en la necesidad de ejecutar la actividad sin entrar a valorar la ventaja del uso de la encomienda sobre la contratación ni efectuarse estudios de cargas de trabajo que probara la falta de medios en la Administración.

El Tribunal de Cuentas, en los Informes sobre las encomiendas de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura y Castilla La Mancha pone de manifiesto que en la práctica totalidad de los expedientes analizados, la justificación de la necesidad se ha establecido de una manera

genérica, determinándose en unos supuestos que la elección de este procedimiento resulta más económica, pero sin realizar un estudio pormenorizado sobre este supuesto, o justificándola en la necesidad de agilizar la tramitación de los procedimientos, la carencia o insuficiencia de los medios humanos y/o técnicos para desarrollar la actividad o el aumento de las competencias atribuidas, justificaciones insuficientes habida cuenta del carácter periódico de las prestaciones en la mayoría de los supuestos, convirtiéndose en una mera expresión formularia que incumple la exigencia antes citada. Asimismo, en los Informes del Tribunal sobre las justificaciones del empleo de las encomiendas en las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia y Castilla la Mancha se pone de manifiesto que para ello se ha aducido la falta de medios personales y materiales para el desarrollo de las actividades objeto de los encargos, lo que puede amparar la decisión de externalizar determinadas actividades, pero resulta sin embargo insuficiente por sí sola para justificar la utilización de la encomienda frente a otras opciones. En todo caso, la limitación de los medios de que disponen las unidades responsables de llevar a cabo de forma ordinaria las actividades a encargar debería acreditarse expresamente de forma suficientemente documentada, lo que no ocurre en un número significativo de expedientes en los que, o no se ha incorporado el certificado de insuficiencia de medios o dicho certificado se ha limitado a expresar esta insuficiencia sin aportar ningún dato que pueda refrendarla, de tal forma que este tipo de justificación no hace sino cubrir un mero trámite formal. De este modo, los órganos encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrutilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad que se encomienda y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios, con las implicaciones que ello conlleva.

En lo que a la Ciudad de Melilla se refiere, el Informe del Tribunal de Cuentas precisa que, con carácter general, en los expedientes figuran documentos y resoluciones de los que se desprende que la encomienda ha sido concebida como una parte ordinaria de las fórmulas de gestión, motivándose su utilización por remisión a normas locales que prevén la encomienda de atribuciones de gestión a algunas de las entidades que integran la organización de la ciudad; en el caso de los encargos realizados a Proyecto Melilla SA (PROMESA) la motivación de la utilización de esta técnica de gestión se encuentra en la voluntad del Consejero encomendante, basada en la naturaleza de PROMESA como forma de gestión directa de la Ciudad (EG del Programa operativo de cooperación transfronterizo: Proyecto Fhatima) o en la experiencia adquirida por la empresa en el desarrollo de programas de formación y empleo desde hace años (EG del régimen de ayudas para la contratación en planes de inserción laboral de desempleados en empresas melillenses). Esto es, ni tan siquiera se basa en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas sino en la condición de la empresa o en la experiencia adquirida por ella.

II.3.3. La planificación relacionada con la utilización de las encomiendas de gestión

Dentro del ámbito de la planificación que toda organización de carácter público debe realizar en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, parece imprescindible que una parte de la misma esté dedicada al estudio de los procedimientos y mecanismos de gestión que deben emplearse para la consecución de los objetivos establecidos, por lo que resulta pertinente cuestionarse si la utilización de este instrumento, como alternativa al contrato administrativo tradicional, debe de alguna manera formar parte de la actividad planificadora, como lo es la adecuada evaluación de la dimensión de las plantillas del personal propio de los órganos administrativos o si por el contrario su empleo debe decidirse caso a caso en función de criterios de oportunidad, eficacia, eficiencia y economía.

En este contexto no debe olvidarse que el art. 69.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 abril, dispone que "La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad".

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español

47

Muchas veces el gasto en encomiendas en realidad cubre déficits estructurales de plantilla. Esta situación tiende por otra parte a agravarse en la medida en que permanecían congeladas las partidas del Capítulo 1 (Gastos de personal), de hecho en gran número de ocasiones así se explicita en la motivación de la encomienda, de tal forma que mientras las plantillas de personal propio experimentan un decrecimiento vegetativo inexorable no sufren idéntica corrección los servicios prestados y las actuaciones públicas desarrolladas, por lo que el único efecto que presentan es la de ser cubiertas bien mediante la contratación externa o bien mediante el recurso a las encomiendas. En este sentido la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears manifiesta en su Informe que algunas de las encomiendas analizadas, que se han imputado a créditos del capítulo VI «Inversiones reales» se destinan a cubrir insuficiencias de plantilla y, por lo tanto, se deberían imputar a gasto corriente. En términos similares, se refiere la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana a las 13 encomiendas de carácter recurrente, permanente y estructural, para suplir la carencia de medios personales destinados a hacer frente a necesidades que se precisan año tras año, cuando este personal debería contratarse por la Generalitat siguiendo los principios y procedimientos de la normativa de función pública. La Cámara de Cuentas de Andalucía, por su parte, ha observado que, en el 30,1% de los expedientes fiscalizados (22 supuestos), la imputación presupuestaria llevada a cabo no se ha ajustado en su totalidad a los códigos y a las definiciones de la clasificación económica del estado de gastos establecidos en la Orden de 3 de julio de 2012, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Así, se han detectado encomiendas que tenían un carácter estructural (tenían por objeto cubrir insuficiencias de plantilla) y, sin embargo, fueron financiadas con cargo a partidas del Capítulo 6 y no al Capítulo 2, siendo éste más adecuado atendiendo al objeto perseguido.

Señala en su informe la Audiencia de Cuentas de Canarias que la falta de planificación ha provocado deficiencias en la ejecución presupuestaria. La mayoría de los gastos de las encomiendas analizadas se han imputado a créditos por inversiones, sin embargo, del análisis del objeto de las encomiendas, la imputación presupuestaria correcta correspondería en su mayoría a gastos corrientes, como serían las encomiendas que dieron cobertura a insuficiencias de plantilla, o también aquellas otras que sirvieron de vehículo para financiar actividades de la Administración Local y que debieron haber sido objeto de transferencias. En conclusión, la ausencia de una planificación adecuada, unida a la falta de seguimiento y control en la ejecución de los trabajos, supone un impedimento para conocer la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos así como del instrumento de la encomienda frente a otras alternativas, como sería la contratación.

El Tribunal de Cuentas, en su Informe sobre esta materia respecto de la Comunidad Autónoma de Cantabria señala que, en otras ocasiones las encomiendas buscan la posibilidad de acceder a sistemas de financiación a largo plazo que permitan la ejecución de proyectos que de otra manera estarían obstaculizados por la planificación para la consecución de objetivos de reestructuración del sector público, reducción de plantillas, reducción del déficit y de la deuda pública, que se reflejan en las leyes de presupuestos, en la leyes de medidas y en los planes económico financieros y en los planes de ajuste, con el consiguiente efecto de que esta planificación quede sustancialmente desvirtuada, de forma además poco transparente, por el recurso excesivo a las encomiendas de gestión. Debe recordarse que resultan de aplicación a las encomiendas a medios propios los principios del TRLCSP en virtud de su art. 4.2, entre los que cabe destacar ahora el de “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa” (art.1 del TRLCSP). Sin embargo, no consta que por la Comunidad Autónoma se haya elaborado una planificación específica de esta actividad, ni tan siquiera en las Consejerías de Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural y en la de Educación, Cultura y Deporte en las que el recurso a este mecanismo resulta más habitual o incluso de carácter estratégico. Por otra parte, tampoco se ha acreditado la realización de estudios específicos que acrediten las ventajas de recurrir a la encomienda de gestión en detrimento de los procedimientos de contratación tradicionales; es más en la mayoría de los expedientes analizados no figura, salvo la meramente formal, justificación al recurso de la encomienda, por lo que tampoco se incluye un análisis específico de las ventajas de

este procedimiento respecto al contrato. En ningún caso consta un estudio comparado sobre los costes de la opción de la encomienda frente a los potenciales beneficios atribuibles a la competencia del mercado. Por el contrario, por ejemplo en una encomienda de las de Cantabria, el propio informe del Servicio Jurídico estima que la encomienda tendría mayor coste que la ampliación de los medios personales propios del centro de formación náuticosquera de Santander.

En definitiva, a la hora de optar por una u otra alternativa de gestión, los órganos administrativos deben definir y ponderar adecuadamente la totalidad de los intereses públicos en juego, valorando no solo sus necesidades inmediatas, sino la repercusión que el recurso a la encomienda pueda tener sobre otros intereses públicos.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León específicamente manifiesta, en relación con las encomiendas de gestión incluidas en el ámbito objetivo del presente trabajo, que no hay constancia de la existencia de un instrumento de planificación ni con carácter general ni entre las que se realizan dentro del ámbito de una misma Consejería, pese a que la práctica totalidad de las prestaciones que son objeto de encargo se refieren a obras o servicios que podrían haber sido objeto de ejecución directa indiferenciada por los propios servicios de la Administración, o bien haber sido ofertados a pública licitación. Concluye manifestando que la actividad administrativa desarrollada en esta materia no obedece a una adecuada planificación en base a unos criterios preestablecidos y bajo los principios que habitualmente informan la gestión pública, sino a decisiones puntuales de cada órgano gestor, sobre la base de criterios de oportunidad, que no han podido ser determinados.

La Cámara de Cuentas de Andalucía refiere en su Informe que las entidades encomendantes no cuentan con una planificación específica con criterios estratégicos cualitativos o cuantitativos predefinidos que permitan determinar qué prestaciones van a externalizarse mediante utilización de la figura del contrato y cuáles van a llevarse a cabo mediante la encomienda de gestión, estudio que mostraría la economicidad de una u otra modalidad. Dichas decisiones sobre las encomiendas han sido adoptadas por las distintas unidades administrativas supeditadas a la estructura organizativa, al equipo directivo y a criterios de oportunidad y disponibilidad de medios y recursos. Muestra de ello, es que los centros gestores no disponen de un registro centralizado de las encomiendas formalizadas que permita realizar un adecuado seguimiento y que sirva como instrumento de planificación. En este sentido, la Cámara analizó determinados expedientes que con idéntico objeto, "obras mejora de caminos rurales en el Plan encamina en el marco del Plan de choque por el empleo en varios municipios de Andalucía", unos fueron objeto de encomienda de gestión y otros fueron directamente licitados. Pues bien, señala la Cámara que comparando la economicidad de uno u otro sistema (encomienda/contratación con un tercero) se pone de manifiesto, en primer lugar, el elevado número de empresas que concurren a la licitación pública (100 solicitudes de participación), y, en segundo lugar, las bajas de adjudicación obtenidas en la adjudicación de los proyectos así licitados (34,1% de baja media); proyectos cuya valoración fue realizada mediante la aplicación de las mismas tarifas que se utilizaron para valorar las encomiendas de gestión.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre esta materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura, y Castilla La Mancha, tras considerar erróneo valorar la importancia de las encomiendas de gestión a partir de aspectos exclusivamente cuantitativos, pues, sin duda, la operatividad de algunas de las unidades administrativas de las Consejerías aparece íntimamente supeditada al empleo de este recurso, en la mayor parte de los casos porque permite suplir las carencias de personal existentes, en otros por la menor carga administrativa que implica su empleo; recuerda el aspecto negativo que supone el recurso sistemático a este instrumento de gestión, pues provoca un trasvase de conocimiento al personal de los entes instrumentales que de forma sistemática y permanente vienen ejecutando determinadas actuaciones, de tal forma que la pérdida del factor experiencia que supone la intervención de medios propios, en principio positivo, se convierte en un obstáculo potencial para cualquier cambio futuro del modelo. En este contexto parece imprescindible que el recurso a las encomiendas como

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 49

forma habitual de gestión, sea tenida muy en cuenta a la hora de llevar a cabo la planificación estratégica de los órganos afectados, ligada estrechamente a la planificación de recursos humanos a fin de evitar que el empleo recurrente de esta figura sin criterios estratégicos predeterminados determine una progresiva descapitalización de recursos humanos en los órganos administrativos, sin que tal planificación se haya llevado a cabo en ninguna de las Comunidades analizadas ni tampoco en las Ciudades Autónomas. Además, respecto de las Comunidades de La Rioja, Murcia y Castilla La Mancha señala el Tribunal de Cuentas que no solo no existe un registro centralizado y sistemático de las encomiendas encargadas que permita su adecuado seguimiento y que sirva como instrumento de valoración para la planificación, sino que tampoco se ha llevado a cabo la elaboración de normas procedimentales y el establecimiento de un escenario presupuestario más adecuado al empleo de este instrumento

II.3.4 El control preventivo de la cesión de trabajadores

El art. 43 del Estatuto de los Trabajadores tipifica como cesión ilegal de trabajadores la mera puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa cedente a otra cesionaria, teniendo los trabajadores sometidos a dicha cesión el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria. En la medida en que la encomienda a medios propios supone en muchos casos la participación en trabajos ligados al ejercicio de la competencia, se han advertido elevados riesgos de que algunos de ellos puedan consistir en una efectiva puesta a disposición de trabajadores por parte de la encomendataria en favor de la Administración encomendante debido a la propia naturaleza de los trabajos encomendados.

De hecho la cesión irregular de trabajadores es uno de los riesgos más significativos reconocidos por los propios gestores públicos, provocando la elaboración de distintas instrucciones o informes con la finalidad de eliminar, o al menos minimizar, los riesgos de esta práctica. Ello ha dado lugar a que en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se estableciesen las siguientes medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración:

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”.

En general, en las encomiendas analizadas, y en particular en sus prescripciones técnicas, se aprecia un especial cuidado en evitar la posibilidad de que esta situación se produzca, mediante el establecimiento de reglas especiales respecto del personal puesto a disposición de la encomienda por parte de la encomendataria, que se obliga expresamente a ejercer de modo real, efectivo y continuo el poder de dirección inherente a todo empresario.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria se ha sido sensible a esta circunstancia como demuestran las continuas referencias contenidas en los informes de Asesoría Jurídica y, en ocasiones de la propia Intervención, advirtiendo de los riesgos de que las encomiendas pudieran implicar cesiones ilegales de trabajadores y resultar contrarias al acceso en condiciones de igualdad al empleo público. A este fin, gran número de las encomiendas analizadas susceptibles de incurrir en este riesgo incorporaron a sus prescripciones técnicas una cláusula denominada de

Reglas especiales respecto del personal laboral de la empresa contratista redactada en cumplimiento de lo previsto en el citado Real Decreto-ley.

- Para la Audiencia de Cuentas de Canarias, el riesgo de cesión ilegal concurre en las encomiendas de carácter recurrente, que tienen por finalidad cubrir insuficiencias de plantilla en la Administración, justificándose normalmente el uso de la encomienda en la estabilidad, experiencia y conocimientos del personal al servicio del encomendatario.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre encomiendas en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Murcia, Extremadura, Cantabria y Castilla La Mancha y de las Ciudades Autónomas expone que un número significativo de encomiendas tienen un carácter estructural y permanente, especialmente en las encomiendas cuya finalidad es cubrir insuficiencias de plantilla, circunstancia que, en muchos casos, se reconoce expresamente en los propios expedientes o se desprende de éstos, sea por su duración, por la propia posibilidad de prórrogas prevista en la propia Resolución o por la referencia a encomiendas anteriores e idénticas a la examinada y referidas como antecedente. Es esta reiteración, de la que son ejemplo 9 encomiendas de Cantabria, a las que debe asociarse de manera especialmente acusada el citado riesgo de cesión, sin que el mismo pueda considerarse eliminado por la simple previsión formal de medidas que afectan fundamentalmente a aspectos de la relación entre la administración y el personal que ejecuta los trabajos, como puede ser que estos no se ejecuten en las dependencias del órgano encomendante -lo que en muchos casos no resulta posible-, que solo reciban instrucciones del responsable de la encomienda designado por la entidad encomendataria, que estén identificados inequívocamente como personal de esta entidad, etc. Al carácter recurrente de estas encomiendas se une el hecho de que, dada la naturaleza de las tareas a realizar, su eficacia depende en gran medida de la estabilidad del personal responsable de su ejecución, de tal forma que la experiencia y el conocimiento de las tareas a desarrollar son las que justifican el recurso a la encomienda. Por ello, concluye el Tribunal que, más allá de las formalidades de rigor, deben extremarse los controles en la forma en que se establecen y llevan a cabo de hecho las relaciones entre la Administración encomendante y la encomendataria y cómo se articulan éstas entre el personal propio de la administración encomendante y el personal que ejecuta los trabajos en nombre de la entidad encomendataria y aún entre ésta y la empresa por ella contratada para el cumplimiento de la encomienda.

Asimismo, se ha comprobado por el Tribunal de Cuentas que en numerosas encomiendas de gestión se incluye una cláusula por la que la Administración encomendante, en caso de contratación futura de los trabajos objeto de la encomienda con una empresa distinta de la encomendataria, se compromete a exigir a esa empresa la subrogación en el personal que estuviera ejecutando el encargo, cláusula que en todo caso excede de la mera obligación de información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo que prevé el artículo 120 del TRLCSP. Esta condición, proveniente de una interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de los convenios colectivos de las empresas de servicios, además de abonar el criterio sobre el carácter estructural de las carencias de medios personales que frecuentemente motiva las encomiendas de gestión, introduce el riesgo de que la subrogación de personal pudiese aplicarse en el caso de que la Administración decidiese "rescatar" el servicio y gestionar directamente con sus propios medios personales la actividad encomendada, y ello pese a que en estas encomiendas el Servicio Jurídico advierte de que "tal previsión debe interpretarse en el sentido de que el nuevo adjudicatario asumirá los contratos de trabajo, siempre y cuando no sea la propia Administración de Cantabria quien asuma la realización directa de las actividades objeto de la encomienda, en cuyo caso los contratos quedarán resueltos". Esta estipulación relativa a la subrogación de trabajadores se ha constatado en las 8 encomiendas, ordenadas por la Consejería de Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural a las empresas públicas estatales TRAGSA o TRAGSATEC.

Por la Sindicatura de Asturias se han advertido en 6 encomiendas elevados riesgos de que, en la medida en que el encargo supone en muchos casos la participación en trabajos ligados al ejercicio de la competencia administrativa, estas puedan consistir en una efectiva puesta a disposición de

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 51

trabajadores en favor de la Administración encomendante, debido a la propia naturaleza de los trabajos encomendados, lo que puede encubrir una cesión ilegal de trabajadores. En estos casos se acude principalmente al contrato administrativo de servicios para la ejecución de un encargo a través de trabajadores que se vinculan a la Administración con una relación de dependencia propia de la relación laboral (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Esto se evidencia en aquellos casos en los que el encargo viene a suponer la contratación de una empresa que se limita a poner a disposición de la Administración trabajadores que van a desempeñar las mismas tareas que los propios servidores públicos, en las mismas dependencias, utilizando los mismos medios materiales y en el ámbito de organización y dependencia de la AP. En los casos en los que la necesidad de acudir a la contratación administrativa se motiva por la excepcionalidad del servicio a prestar, esta justificación decae cuando el encargo se repite de manera periódica.

Por la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana se pone de manifiesto como la recurrencia de encomiendas, de carácter permanente y estructural, ha conllevado el reconocimiento por la propia entidad, o por varias sentencias, de la condición de trabajadores laborales indefinidos a trabajadores contratados previamente como temporales (en cumplimiento del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores). El número de trabajadores a los que se ha reconocido el carácter de indefinidos ha sido en el ejercicio 2013 de 44 (en 2012 fueron 329 y en el ejercicio 2011, 180 trabajadores).

II.4 EJECUCIÓN DE LAS ENCOMIENDAS

La encomienda de gestión es un negocio jurídico unilateral en su formación pero bilateral en sus efectos, por cuanto de él van a surgir obligaciones para ambas partes, aun cuando el origen de estas obligaciones no esté en un acuerdo de voluntades. La falta de dos personas materialmente independientes impide que pueda hablarse de contrato con arreglo a la jurisprudencia comunitaria y con arreglo al artículo 1254 del CC, a cuyo tenor sólo existe desde que una o varias personas consientan en obligarse, respecto de otras u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. La obligación principal de la encomendataria será la realización del encargo, mientras que la del encomendante será la de realizar el pago de las cantidades comprometidas.

El contenido del encargo vendrá dado por los términos del acuerdo de encomienda y por la documentación complementaria en la que se determine su objeto, así como por las instrucciones con arreglo a las cuales haya de ejecutarse.

Como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 4.1. n) del TRLCSP los contratos que, a su vez, deban celebrarse por las entidades encomendatarias para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos al TRLCSP, no en la medida en que quedaría sometida la entidad encomendante, sino en la medida en que resulte de aplicación dicha norma, de acuerdo con la naturaleza de la encomendataria. Por tanto, si el encargo lo confiere una Administración Pública a una empresa pública, los contratos adjudicados por esta última serán privados aunque hubieran sido administrativos en caso de adjudicarse por la Administración encomendante. Se produce así una degradación del régimen jurídico de la prestación, lo que como contrapartida implica menores garantías para el servicio público.

Realizada la prestación por la encomendataria pesan sobre ella una serie de obligaciones formales, tales como efectuar la entrega de la obra o del bien a la Administración encomendante y emitir las facturas por las operaciones realizadas, que constituyen requisito para el cobro y liquidación del contrato.

II.4.1. Actuaciones a cargo de la entidad encomendante

La obligación principal de la entidad encomendante con respecto a la encomendataria será realizar el pago de la retribución, con arreglo a las tarifas aprobadas o en la forma que se hubiera establecido. Ahora bien, el poder adjudicador habrá de seguir para el cumplimiento de su

obligación, el procedimiento de gestión de gastos que le sea aplicable. Con arreglo a este precepto, al pago o cumplimiento, que es una actuación material, ha de preceder un acto administrativo encaminado a constatar que se dan los requisitos para su exigibilidad y, en consecuencia, para que pueda realizarse lícitamente el reconocimiento de la obligación.

Para que surja la obligación exigible a cargo de la Hacienda Pública se requiere el cumplimiento de unos requisitos sustantivos y otros puramente formales. El requisito fundamental, de carácter sustantivo, en las obligaciones que tienen por causa la adquisición de bienes o servicios es que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo.

Es lo que se denomina “regla del servicio hecho”. Además, para que la obligación sea exigible se requieren unos actos administrativos eminentemente formales que constituyen garantías solemnes no sólo de los intereses públicos sino también de los intereses de los acreedores. Son los actos de reconocimiento y liquidación de la obligación. Reconocimiento de la obligación se llama al acto administrativo a través del cual la Hacienda Pública acepta formalmente el crédito a su cargo. La liquidación, que se practica conjuntamente con el acto de reconocimiento, tiene por misión determinar el importe exacto a satisfacer. La documentación justificativa a aportar al expediente tiene por finalidad fundamental acreditar que se ha cumplido el encargo, total o parcialmente, según que el pago sea total o parcial, respectivamente. Como documentación justificativa podrá servir cualquier documento que tenga valor probatorio y se admita como tal en el tráfico jurídico; nada impide el empleo, en el caso de las obras y de los contratos de servicios (artículos 150 y 199 respectivamente del Real Decreto 1098/2001), de certificaciones expedidas por la Administración encomendante con referencia a las tarifas aprobadas, que se completarán, en principio, con las facturas a aportar por el encomendatario acreedor. No será necesario que la encomendataria acredite sus propios costes, sino que apliquen las tarifas en los términos establecidos en el encargo.

Además de la comprobación documental, las prestaciones de los acreedores han de ser objeto de comprobación material o física. El resultado de esta comprobación se plasma en certificaciones suscritas por el responsable de efectuarla, que podrán ser parciales, en el caso de los abonos a cuenta, o finales, cuando se refieran a la totalidad de la prestación. Además, las prestaciones han de ser recibidas formalmente por la Administración si son susceptibles de recepción (artículo 222 TRLCSP); y si no lo fueran, la Administración en todo caso deberá expresar su conformidad o disconformidad con el cumplimiento de la obligación a cargo de los contratistas.

El informe de 30 de junio de 2009 de la IGAE encuentra necesario que al término de la encomienda tenga lugar una comprobación final de las tareas encomendadas por parte del encomendante, para que pueda entenderse cumplida la obligación del encomendatario.

En el ámbito autonómico del Principado de Asturias, conforme dispone el artículo 24 del Decreto 70/2004 de esa Comunidad, la intervención material se realizará concurriendo un delegado de la Intervención cuando el importe de la prestación exceda del límite fijado para la “definición de los contratos menores”. (arts. 17.3 del D, legislativo 2/1998, de 25 de junio, TR Régimen Económico y Presupuestario del P. de Asturias y 22 ss. del Decreto 70/2004).

El informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía refiere como el 43,8% de los expedientes fiscalizados han sido objeto de prórrogas que ampliaron el plazo de ejecución inicialmente previsto para desarrollar la prestación. El incremento medio del plazo autorizado considerando la totalidad de los expedientes ha sido de un 62,7% sobre el originalmente consignado. Resultan destacables las demoras, retrasos y el escaso grado de ejecución de 5 encomiendas de notable importancia económica encomendadas por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio a AMAYA.

Asimismo se han observado supuestos en los que la ampliación del plazo de ejecución tuvo lugar una vez finalizado el periodo de vigencia de la encomienda o del contrato que derivaba de la misma, e incluso supuestos en los que se ha ido extendiendo la realización de actividades a años

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 53

posteriores no previstos inicialmente, sin que se haya formalizado el correspondiente expediente de prórroga, ni se haya modificado la resolución de encomienda.

En relación con la gestión desarrollada por la Administración de Cantabria, señala el Tribunal de Cuentas en su Informe que, con carácter general, la acreditación de la ejecución de la prestación se ha limitado únicamente a los certificados de conformidad elaborados por los responsables de los trabajos, si bien estos resultan muy genéricos, sin que normalmente hayan detallado ni las actividades ejecutadas ni el periodo de tiempo al que se refieren.

II.4.1.1. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LAS ENCOMIENDAS Y SU SEGUIMIENTO

Señala el Consejo de Cuentas de Castilla y León en su informe, que la necesidad del establecimiento de medidas de control y seguimiento de la encomienda no solo nace de la relación de tutela que unas entidades públicas ejercen sobre otras, sino que también hunde sus raíces en el principio de irrenunciabilidad de la competencia, que vincula a los órganos de las administraciones públicas en todas las fases de su ejercicio. Sin embargo del examen de órdenes de encargo se observa que en 9 encomiendas, no se establecen procedimientos de control y verificación de la ejecución de la encomienda, ni consta en los expedientes la realización de labores de supervisión o control sobre el ente encomendado. En 6 encargos el control y seguimiento del desarrollo del contrato se atribuye a la propia encomendaria. En los encargos efectuados a TRAGSA no se establecen.

La Cámara de Cuentas de Aragón, en su informe, refiere que en general, a excepción de la encomienda para la prestación del servicio de prevención de incendios, la ejecución de las encomiendas de la muestra no se ha desviado del presupuesto aprobado. No obstante lo anterior, es importante que los poderes adjudicadores encomendantes fijen sistemas de control de la ejecución de la encomienda que permitan a la Administración realizar el seguimiento de la situación de la encomienda a lo largo de la vida de la misma y faciliten la detección de posibles desviaciones materiales o temporales respecto de los términos previstos. Al respecto, la Cámara de Cuentas ha detectado que en ocho encomiendas (DEE 14, DHAP 16, DII 17, DPTI 22, DPTI 23, DPJ 25, DPJ 27 y DSBSF 28) no se recogen en el régimen de los mismos sistemas de control del departamento encomendante de la ejecución de la encomienda por el encomendatario. Con carácter general no se realiza control por los encomendantes de la contratación externa realizada por los encomendatarios ni los encomendatarios comunican a los encomendantes la subcontratación. Así se refieren diversas irregularidades tales como hacer constar la conformidad con el servicio meses después de reconocer la obligación; la modificación real de la encomienda por la producción de un evento exterior sin que se haya modificado el objeto de la encomienda por el encomendante ni conste que el director de los trabajos haya autorizado la modificación (se preveía como sistema de control). En once encomiendas, la documentación justificativa del importe de la encomienda no contiene el detalle necesario que permita su comparación con el presupuesto inicialmente presentado ni consta un informe de la entidad encomendaria explicativo de los trabajos realizados y su coste. En la encomienda a DPJ 26 "Obras mejora edificios Ciudad de la Justicia", la documentación justificativa incluye facturas y certificaciones de varios proveedores, que en ocasiones se imputan de forma parcial, sin que se acompañe de informe explicativo que permita comprobar la realidad de la ejecución y su comparación con el presupuesto inicial. En algunas encomiendas no se justifican los costes (suministros, dietas...) que tienen la consideración de gastos a justificar, o no se detallan ni justifican los gastos ejecutados con medios ajenos. En cuatro encomiendas, la ejecución de la encomienda se inició con carácter previo al encargo.

La Sindicatura de Cuentas de Asturias considera que es una incidencia generalizada en los expedientes analizados el hecho de que no conste una liquidación final del resultado de la encomienda ni tampoco acta de recepción de las obras, o documento equivalente en caso de que el objeto de la encomienda sea la prestación de servicios (tan sólo en 9 de las encomiendas examinadas consta dicha acta de recepción) justificándose dicha carencia, en la mayoría de los casos, por cuanto al no ser un contrato administrativo, no se rige por la normativa de contratos por

lo que no se procede a la recepción de las obras o servicios correspondientes. La falta de uniformidad en la tramitación de las encomiendas se detecta igualmente en la constitución de las comisiones de seguimiento aun cuando con carácter general puede decirse que no existía previsión de constitución de una comisión con tal fin. Tan solo en 5 de las encomiendas analizadas se preveía expresamente su creación y sólo en 2 encomiendas se desarrollaron.

El Consello de Contas de Galicia indica que, con carácter general, los documentos de formalización de las encomiendas contienen una cláusula específica para regular las condiciones de ejecución. Sin embargo, en la práctica, no se establecen mecanismos específicos de seguimiento de las encomiendas durante el proceso de ejecución (memorias o informes con el detalle del avance de las actividades realizadas y grado de cumplimiento respecto de lo previsto en el encargo), limitándose a fijar la obligación de designación por el órgano encomendante de un responsable de la dirección y supervisión de los trabajos. No obstante, un importe significativo del gasto en encomiendas se refiere a servicios cuyo objeto no presenta un grado de concreción suficiente de los resultados a conseguir que puedan verificarse de forma tangible, o tienen carácter permanente de cara a atender las insuficiencias de la plantilla, en los que el seguimiento es más complejo y se reduce por lo general, como ya se indicó, a la designación de un responsable de los trabajos por parte del órgano encomendante para el control de la ejecución de los mismos y la interlocución con la entidad encomendaria. En los expedientes analizados quedó formalmente acreditada la correcta ejecución de los encargos, si bien los procedimientos de justificación se limitan en muchos casos únicamente a la emisión de certificados genéricos o a la conformidad de las facturas por los responsables de los trabajos, sin detallar las tareas ejecutadas o el periodo en el que se realizaron y la fecha efectiva de entrega y verificación de los mismos. En 12 de los expedientes de encomiendas revisados no consta un acta de recepción de las obras o el documento equivalente en los casos de encomiendas que tienen por objeto la prestación de servicios. De forma especial, en los servicios referidos a un trabajo concreto, la conformidad con las facturas presentadas no puede suplir la recepción de la prestación realizada. Sólo se constató un documento de liquidación final en 9 de los expedientes revisados, todos ellos referidos a encargos que tienen por objeto a ejecución de obras.

Con carácter general, señala la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears en su informe, los órganos que llevan a cabo las encomiendas no han establecido en los documentos de formalización previsiones específicas suficientes en materia de subcontratación ni han llevado a cabo controles que permitan conocer el grado y el alcance de la subcontratación efectivamente realizada. Esta ausencia de límites generales en la subcontratación y los controles sobre ésta son factores decisivos que determinan que el medio propio sea, en ocasiones, un intermediario de la administración matriz, sin aplicar la normativa reguladora de la contratación pública con la misma extensión y el rigor previstos para las administraciones públicas. En sentido similar la Cámara de Cuentas de Andalucía señala que el 76,8% (43 expedientes) de los supuestos en los que se ha producido subcontratación, los órganos encomendantes no habían establecido en la Resolución de la encomienda previsiones específicas referidas a la materia de subcontratación, ni se constata la realización de controles, en su calidad de órgano director, coordinador y supervisor de las actuaciones, para conocer el grado y alcance de la subcontratación realizada por la encomendaria, para verificar si el ente instrumental se ha sometido o no a las disposiciones del TRLCSP, o para saber si dicha subcontratación ha tenido lugar o no."

La Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana, ha constatado que la consejería encomendante no verifica que las tarifas se calculen y se presupuesten de manera que representen los costes reales de ejecución de VAERSA, tal como exige el artículo 4.9 de la Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, pese a que el criterio de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat (JSCA), expuesto en su Informe 7/2007, de 21 de abril, era que en el caso de las encomiendas de gestión previstas en el artículo 24.6 del LCSP, en el supuesto de que el ente instrumental y servicio técnico actúe como un poder adjudicador, el precio del contrato únicamente será el de la prestación efectivamente ejecutada por el contratista, sin que parezca procedente repercutir ningún otro pago (basado en tarifas) al no tratarse de operaciones in house providing. Además, no consta en los pliegos de condiciones y en los documentos en que se ordenan los

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 55

encargos, la regulación de la subcontratación por parte de la entidad encomendataria, en cuanto a su autorización, límites, control y precios a repercutir, ni tampoco a que la entidad encomendante haya efectuado el seguimiento específico de la subcontratación durante la ejecución de los trabajos.

- Por parte de la Audiencia de Cuentas de Canarias se ha podido constatar que, aunque el seguimiento de la ejecución de la encomienda se había previsto mediante la designación de un director de los trabajos encargado, entre otras funciones, del control de la correcta ejecución, recepción y certificación de la actividad, y un supervisor en el ámbito de la encomendataria, dicho el seguimiento no se realizó en la forma prevista para 15 de las encomiendas analizadas.

La Cámara de Cuentas de Andalucía precisa en su Informe que las resoluciones analizadas habían previsto diversos mecanismos para la labor de seguimiento y control de la ejecución de los trabajos y las prestaciones objeto de las encomiendas. En unos casos (16,4%, 12 encomiendas) se previó el establecimiento de un órgano mixto o comisiones de seguimiento, formado por personal del ente matriz y del ente instrumental, a la que se le asignan, entre otras, funciones de colaboración institucional, la coordinación de las actuaciones, la fijación de prioridades, el seguimiento de la ejecución de las prestaciones, etc. ; aunque en la mayoría de los supuestos (83,6%, 61 encomiendas) la resolución simplemente recoge la designación de un Director de los trabajos (Director Técnico), asignado a una persona titular de la entidad encomendante. Sin embargo, en gran número de supuestos no se acredita en los expedientes un adecuado cumplimiento de esas previsiones, pues en la mayor parte de las encomiendas no queda documentada la realización de actuación por el Director facultativo designado para dirigir la ejecución de la encomienda, más allá de conformar las certificaciones de actuaciones realizadas por la Agencia como requisito previo a su abono y acreditar la finalización de los trabajos objeto de la encomienda en orden a la eventual liberación de los créditos afectados sobrantes. En el caso de la designación de órganos colegiados no siempre se aporta documentación en los expedientes acreditativa de la constitución y funcionamiento de dicho órgano en la periodicidad establecida en la Resoluciones o se incorporan las memorias o informes de seguimiento en los casos en los que se han establecido previsiones al respecto.

El Tribunal de Cuentas, en sus informes sobre esta materia en el ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja, Cantabria, Murcia, y las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla pone de manifiesto que cuando la finalidad de las encomiendas es la consecución de un resultado concreto y perfectamente definido e identificable no se precisa necesariamente la definición de mecanismos específicos de control y seguimiento de su ejecución. Cosa distinta es la prestación de servicios que, por su propia naturaleza (vigilancia, limpieza, seguridad) son de difícil verificación posterior. La supervisión permanente por parte del director de los trabajos en los primeros casos, reflejada en las certificaciones emitidas para la tramitación de las órdenes de pago, puede resultar suficiente para controlar que la ejecución de la encomienda se ajusta a lo establecido en su documento de formalización, pero ello resulta claramente insuficiente en los segundos, por lo que la ulterior recepción de los resultados obtenidos, concluida la vigencia de la encomienda, garantizará que los mismos responden a los trabajos encargados pero no que los servicios han sido prestados.

En el caso de La Rioja, señala el Tribunal de Cuentas que pese a que las Resoluciones o pliegos correspondientes a 7 encomiendas contienen alguna especificidad en orden a regular el control de la ejecución de encomiendas de prestación de servicios, normalmente ceñidas a la emisión de "partes de control quincenales"; partes de trabajo realizados y del control de su ejecución por el Sobreguarda de Flora y Fauna; partes de trabajo mensuales; comunicación trimestral de las actividades desarrolladas; verificación por los responsables del programa de la cualificación requerida a los operarios que deben realizar las actividades; informe del responsable que debe acompañar las facturas presentadas trimestralmente; la implementación de todas las medidas de control periódico previstas resulta deficiente al no constar la emisión de los documentos a los que se ha hecho referencia. Por lo que se refiere a la Región de Murcia el Informe del Tribunal de Cuentas precisa que, con carácter general, las Resoluciones y Pliegos que rigen las encomiendas examinadas contienen un sistema general de control de su ejecución con la mera remisión a un

órgano o funcionario al que se atribuye la función o responsabilidad sobre la ejecución de la misma sin especificar un sistema concreto de control periódico de la actividad desarrollada. Un número significativo de 7 encomiendas, no presentan el correspondiente nivel de concreción en su objeto o en las actividades a realizar, especialmente aquellas de carácter estructural y permanente cuya finalidad última ha consistido en cubrir insuficiencias de plantilla. En el Informe de Cantabria señala que, con carácter general, las Resoluciones y Pliegos que rigen las encomiendas examinadas contienen un sistema general de control de su ejecución con la mera remisión a un órgano o funcionario al que se atribuye la función o responsabilidad sobre la ejecución de la misma sin especificar un sistema específico de control periódico de la actividad desarrollada, lo que tiene especial incidencia en los casos en los que la prestación no es de resultado. Esta situación también es predicable en relación con las encomiendas de las Ciudades de Ceuta y Melilla. Así por ejemplo, de la documentación remitida relativa a las encomiendas efectuadas a la empresa PROMESA no se desprende la realización de actividades dirigidas a la verificación de la actividad desarrollada en su ejecución ni existe documento acreditativo de la recepción de conformidad de las actividades encomendadas en el Proyecto Fhatima, sin perjuicio de que se hayan reintegrado los gastos que la empresa ha manifestado le han sido ocasionados por la ejecución de la encomienda. En el caso de la encomienda para "la gestión del programa de ayudas contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inserción Laboral de desempleados en empresas Melillenses" la gerente de PROMESA tan solo ha presentado un resumen de la encomienda de gestión donde se indican las actuaciones llevadas a cabo, recogiendo el importe de la encomienda de gestión pagada, el comprometido y pendiente de pago, y el importe total a ingresar por la encomienda que asciende a 1.355.701,19 euros, ya que la misma no preveía la necesidad de presentar otra documentación. En todo caso, ni la ciudad ha realizado actuación alguna dirigida a supervisar el desarrollo y ejecución de la encomienda ni la empresa ha elevado a la Ciudad una previsión de las actuaciones a desarrollar en ejecución de la encomienda y de las ya desarrolladas, dado que las escuetas resoluciones en que se formaliza tampoco contienen referencia alguna a estas cautelas.

Del Informe del Tribunal de Cuentas relativo a las encomiendas correspondientes a la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha se desprende la existencia de dos sistemas de control: el que corresponde a las encomiendas efectuadas a TRAGSA y las empresas de su grupo, específicamente previsto en un Instrucción del Consejo de Gobierno de 15 de mayo de 2007 mediante la Comisión de Seguimiento; y para las demás encomendatarias, para las que no se prevé ningún sistema específico distinto a los que puedan establecerse en las correspondientes Resoluciones, indicando el informe a continuación que en gran número de ocasiones se ha apreciado un deficiente cumplimiento de las previsiones contenidas en los Acuerdos de formalización de las encomiendas en orden a garantizar el adecuado seguimiento y ejecución de las mismas.

II.4.1.2. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Las actividades ejecutadas en el ejercicio 2013¹² por los entes del sector público se encuentran sujetas al IVA, con carácter general. Por excepción, las actividades realizadas por entes del sector público en su condición de medio instrumental, a través de encomiendas de gestión, se encuentran no sujetas al impuesto cuando concurren en cada caso concreto y de forma acumulativa los siguientes requisitos:

1) que la actividad se realice por un ente u órgano de derecho público (concepto funcional de ente público independientemente de su forma jurídica) en el ejercicio de una función pública.

¹² A partir del 1 de enero de 2015, con la modificación del artículo 7.8 de la Ley del IVA por la reforma que del Artículo citado hizo la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, de modificación del IVA, quedan no sujetos al IVA los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo. La complejidad del nuevo texto no es menor dado el elevado número de excepciones en él previstas a la exención y los supuestos expuestos en las contestaciones a consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos (V0681-15, V1545-15).

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 57

2) que para esas actividades u operaciones, el hecho de no considerarlas sujetas al impuesto no conlleve introducir distorsiones graves de la competencia.

Ello deberá calificarse en función de la importancia relativa del volumen de operaciones desarrollado por los particulares respecto del correspondiente a la provisión pública, y si esta última tiene carácter aislado o excepcional, debe concluirse que dicha distorsión no es grave o significativa.

3) que la actividad de que se trate no sea una de las mencionadas en el artículo 7.8 Ley del IVA, ya que éstas por imperativo legal quedan sujetas al impuesto cualquiera que sea la relación y naturaleza de los entes que las realicen (entre otras, telecomunicaciones, distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía, matadero, etc.).

En las encomiendas fiscalizadas por la Cámara de Cuentas de Aragón, las entidades de Derecho público y fundaciones no han repercutido IVA sin que conste acreditado en los expedientes que se cumplan caso por caso los requisitos para aplicar la regla de no sujeción; las sociedades Expo Zaragoza Empresarial, S.A., TRAGSA y TRAGSATEC han repercutido, hasta el 1 de enero de 2015, el 21 % de IVA; y la sociedad SARGA ha repercutido el IVA en las encomiendas cuyo objeto es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio con un porcentaje de ejecución por medios ajenos, en este último caso, de más del 50 %, sin resultar justificado este último criterio.

A partir del 1 de enero de 2015, con la modificación del artículo 7.8 de la Ley del IVA quedan no sujetos al IVA los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo. No obstante, de conformidad con las contestaciones a consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos (V0681-15, V1545-15), "la no sujeción alcanza exclusivamente a aquellas que, de conformidad con lo establecido en la Ley 37/1992, tengan la consideración de prestaciones de servicios, sin que la misma sea aplicable a las operaciones que se califiquen como entregas de bienes. De todo lo anterior, se pone de manifiesto que cuando las actuaciones derivadas de las encomiendas de gestión objeto de consulta se concreten en la realización de ejecuciones de obra con aportación de materiales cuyo objeto sea la construcción o rehabilitación de una edificación y el coste de tales materiales aportados por la sociedad mercantil objeto de consulta exceda del 40 por ciento de la base imponible del Impuesto, tendrán la consideración de entregas de bienes. Lo anterior será de aplicación a las actuaciones consistentes en ejecuciones de obras para la construcción o rehabilitación de diques de corrección hidrológica, presas, pasarelas, puentes, depuradoras y caminos que, en consecuencia, quedarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando los materiales aportados por la sociedad mercantil supere el 40 por ciento de la base imponible, debiendo repercutir el Impuesto correspondiente de la entrega de bienes". En cuanto a la traslación a la Administración por las entidades instrumentales del gasto del IVA no deducible, no hay unidad de criterio. Así, por ejemplo, SARGA traslada a la Administración como mayor gasto el IVA satisfecho no deducible y, sin embargo, CITA no lo hace.

Señala la Audiencia de Cuentas de Canarias en su informe, que en relación al Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), éste se venía aplicando de forma generalizada en las facturas del ejercicio 2013, hasta que la Dirección General de Tributos, a través de su contestación de 26 de marzo de 2013, informó de la no sujeción de este impuesto para los trabajos realizados por los encomendatarios a la Administración autonómica. No obstante, en 2014, algunas encomendatarias seguían facturando IGIC, como era el caso de FUNCATRA y TRAGSA.

II.4.2. Actuaciones a cargo de la encomendataria

II.4.2.1. FACTURACIÓN

Tan solo en un caso no fue posible la verificación de este área de trabajo, señala en su informe la Sindicatura de Cuentas del P. de Asturias, ya que no se especificó el importe total autorizado en la

resolución de la encomienda a RECREA y las facturas se emiten por la encomendataria a los usuarios de las instalaciones y no a la encomendante. Requerida información al respecto, se informa que la encomendataria no emite facturas a la encomendante por "tratarse de un gasto no finalista" por lo que "la transferencia no conlleva la obligación de justificación y por lo tanto la transferencia se realiza automáticamente sin necesidad de factura por parte de la entidad ni de justificación de su actividad".

La Cámara de Cuentas de Aragón destaca en su informe que no existe un criterio uniforme en la facturación o justificación de las encomiendas de gestión siguiendo cada encomendatario un criterio propio. Así: SARGA, TRAGSA y TRAGSATEC presentan facturas pero no indican qué prestaciones han sido objeto de contratación externa ni acompañan justificantes de las mismas. No obstante, SARGA, en la encomienda para la prestación de los servicios de prevención y extinción de incendios, solo presenta factura para el cobro de los importes satisfechos a través del procedimiento excepcional de reconocimiento de deuda pero no para el cobro de los importes satisfechos de forma ordinaria; AST, CITA, FADOT e IACS no facturan a la entidad que le ha ordenado el encargo, presentan nota de cargo y acompañan justificantes del coste de las prestaciones subcontratadas. Como consecuencia de lo anterior, no repercuten IVA por la realización del encargo; Expo ZE S.A. presenta factura y justificantes del coste de las prestaciones subcontratadas. No obstante, en la encomienda DPJ 26, la empresa no presenta justificación suficiente de todos los gastos subcontratados.

El Tribunal de Cuentas en su informe sobre las encomiendas en la Comunidad Autónoma de Cantabria, ha constatado que en numerosas encomiendas la facturación no especifica los costes incurridos o no desglosa su importe en función de las tarifas aplicables, y tampoco el certificado de conformidad con el servicio prestado detalla el importe en función de las tarifas.

II.4.2.2. GASTOS GENERALES REPERCUTIDOS

El Informe emitido por la Cámara de Cuentas de Aragón manifiesta que, de conformidad con la DA 13ª TRLACA (aplicable a los encargos de ejecución a sociedades cuyo capital pertenezca íntegramente a la Administración de la Comunidad Autónoma) los gastos generales y corporativos de la empresa pueden ser imputados al coste de las actuaciones encargadas hasta un máximo del 5,5 % de dicho coste.

Del examen de los porcentajes de gastos generales y corporativos satisfechos por el poder adjudicador encomendante se extraen las siguientes conclusiones: No existe un criterio uniforme en el porcentaje de gastos generales y corporativos repercutidos por las entidades al coste de las actividades. No consta estudio económico de las entidades encomendatarias que justifique el porcentaje de gastos generales y corporativos aplicado. Con carácter general, Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST) repercute un 2%, TRAGSA y TRAGSATEC repercuten un 4 %, Expo Zaragoza Empresarial, S.A. un 5 %, SARGA un 5,5 %, FADOT un 10 % y CITA, entre un 10 y un 20 %. El Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud y el Instituto Aragonés de Fomento no repercuten gastos generales. En las encomiendas encargadas a AST, encomiendas subcontratadas prácticamente al 100 % con terceros (DAGMA 9, DEE 14, DHAP 16, DII 17, DPTI 22, DPJ 24 y DPJ 25), la valoración inicial la realiza la entidad encomendataria de forma global sin detallar el coste de cada tarea y una vez ejecutada repercute a los departamentos los gastos reales subcontratados (100 %) y un 2 % en concepto de dirección de proyecto, según lo dispuesto en el Convenio de colaboración entre la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y la entidad de derecho público AST de 28 de noviembre de 2002.

En consecuencia la Cámara de Cuentas de Aragón considera que la mayor parte del objeto de las encomiendas ha sido subcontratado (en el 61 % de las encomiendas, al menos el 60 % ha sido subcontratado), esto es, contratado por la entidad encomendataria con terceros. La cantidad satisfecha por el encomendante al encomendatario ha sido (en la mayor parte de estos casos) el importe facturado por el tercero más un porcentaje que varía entre el 2 % y el 20 % correspondiente a los gastos generales y corporativos de la empresa encomendada.

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 59

El Consejo de Cuentas de Galicia señala que en los casos analizados, el presupuesto final del encargo (PEM más gastos generales y corporativos limitados a un 6%) resultó de forma generalizada más económico que el presupuesto de la contrata establecido en el proyecto (con la correspondiente aplicación del 19% de gastos generales y beneficio industrial) como consecuencia de la aplicación en la encomienda de un porcentaje inferior de gastos generales y de la no repercusión de beneficio industrial. Si bien una eventual baja en el caso de licitar estos proyectos podría desvirtuar este ahorro en la mayoría de las encomiendas, la ausencia de modificados en los casos analizados aporta ventajas económicas a esta figura frente a la licitación pública. En general ha apreciado una gran diversidad en la repercusión de gastos generales que, salvo en un caso, se ha mantenido por debajo del límite del 10% impuesto por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General de Galicia.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León señala que en 8 encomiendas se ha incorporado al importe de la encomienda un porcentaje del 6% en concepto de beneficio industrial que no se hubieran aplicado de haber sido ejecutadas las obras por la encomendaria, lo que supone un incremento del gasto además de evidenciar su falta de idoneidad para desarrollar el encargo.

La Sindicatura de Comptes de Catalunya ha comprobado que en los encargos realizados a 3 encomendarias se añade a la retribución un porcentaje para gastos generales sin que exista un criterio uniforme, oscilando el porcentaje entre el 6% y el 8%, ni un estudio que justifique el porcentaje aplicado.

II.5. OBSERVANCIA DE LA NORMATIVA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE HOMBRES Y MUJERES.

En los informes elaborados por los órganos de control externo referidos en el anterior apartado 1.2.1, que han verificado la observancia de la normativa para la igualdad efectiva de los hombres y mujeres¹³, no se ha indicado que del examen de la documentación aportada se desprende la presencia de actuaciones que pudieran suponer inobservancia de la normativa para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

La Audiencia de Cuentas de Canarias precisa en su informe que en las encomiendas analizadas solo se hace una referencia formal a dicho hecho en aquellas que se hallan cofinanciadas por fondos europeos, en el resto de casos de no cofinanciación, excepto en uno, se omite la referencia a esta normativa y las acciones en dicho sentido. La Sindicatura de Cuentas de Asturias indica que, estudiadas las instrucciones técnicas de contratación de los encomendatarios, en ninguno de los supuestos se hace referencia a la existencia de cláusulas sociales a favor de la igualdad.

La Sindicatura de Comptes de Catalunya manifiesta que en los expedientes revisados no hay una referencia explícita a favor de la igualdad establecida en la Ley orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

III. CONCLUSIONES:

Los diversos Informes de Fiscalización a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, presentan como conclusiones más relevantes, las que se indican a continuación:

1ª El uso de la encomienda de gestión ha adquirido una dimensión cuantitativa y cualitativamente relevante como técnica de gestión dentro del ámbito de la Administración Autonómica. Sin embargo, la regulación contenida en los textos legales que tratan esta materia es muy parca, lo que ha obligado al legislador a disciplinar determinados aspectos concretos de esta figura de manera

¹³ Las actividades fiscalizadoras desarrolladas por la Cámara de Cuentas de Aragón, el Consejo de Cuentas de Galicia, la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears, la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Cámara de Cuentas de Madrid, no han incorporado esta materia dentro de los objetivos previstos con esos trabajos.

puntual y asistemática sin terminar de resolver muchos de los problemas interpretativos que dicha parquedad propicia. En el ámbito autonómico la normativa también ha sido escasa y dispersa, lo que sitúa a los gestores que han de preparar, tramitar y controlar la ejecución de estas encomiendas en una situación difícilmente compatible con la seguridad jurídica que debe predicarse de la actuación de los poderes públicos (I.4).

2ª Como consecuencia de la falta de determinación legal suficiente de un concreto procedimiento aplicable más, dentro del ámbito fiscalizado no se han aplicado criterios homogéneos en la tramitación de las encomiendas ni en la formación de sus expedientes (I.4).

3ª En ninguno de los Informes examinados se ha apreciado la concurrencia de defectos respecto a la capacidad de la entidad encomendante para efectuar las encomiendas, si bien en algunos casos se plantean dudas sobre el verdadero control de la entidad encomendante sobre la encomendaria y sobre la pertinencia de que determinadas entidades acudan a la figura de la encomienda cuando han sido creadas para ejercitar determinadas funciones y competencias mediante la dotación de los medios correspondientes. (II.1.1)

4ª Por lo que se refiere a la exigencia del artículo 24.6 TRLCSP de que la entidad encomendaria realice su actividad esencial para el poder adjudicador, cabe indicar que, durante el periodo fiscalizado, no existía una norma que precisara el significado de la expresión “parte esencial de su actividad” (II.1.2).

5ª El empleo de la encomienda de gestión tan solo tiene sentido cuando se selecciona un medio propio que cuente con medios especialmente idóneos para la realización de la prestación en que aquella consiste; sin embargo, se realizan encargos a entidades encomendarias que carecen de la capacidad y los recursos necesarios para realizar la totalidad, o al menos una parte sustancial, de los encargos, lo que implica que las encomendarias tengan que subcontratar los mismos, sin que, salvo en el caso de las empresas del Grupo TRAGSA existan límites a la subcontratación ni las entidades encomendantes efectúen un seguimiento o control de las subcontrataciones realizadas (II.1.2).

6ª En muchos casos se constata la amplitud con la que se concibe el objeto social de algunas entidades encomendadas, lo que ha propiciado que hayan sido utilizadas como “medio para todo”. En diversas encomiendas algunas de las prestaciones encargadas a la entidad encomendaria no resultaban plenamente concordantes con su objeto social o no encajaban adecuadamente en el mismo o en su área de especialización funcional (II.2.2).

7ª La excesiva vinculación de algunas encomiendas con el ejercicio de competencias administrativas propias de los órganos encomendantes ha supuesto que en casi todas las CCAA se hayan encomendado trabajos que llevaron aparejada la participación en el ejercicio de potestades públicas o el ejercicio de funciones atribuidas a los funcionarios públicos, al comprender tareas de valoración o tratamiento de documentos administrativos o tareas organizativas de los expedientes, lo que no se acomoda a nuestro ordenamiento jurídico (II.2.3).

8ª Se han encontrado casos en los que el objeto de la prestación encomendada carece de la precisión suficiente, ya que no se expresan de forma clara, concreta y con un nivel de desglose adecuado, las actuaciones a realizar (II.2.4).

9ª Con carácter general el cálculo del presupuesto de las encomiendas ha respondido a la aplicación de unos precios unitarios, en este caso las tarifas, referidos a los distintos componentes de la prestación. No obstante, en determinados supuestos se ha apreciado la inexistencia de tarifas que soporten los cálculos realizados o bien éstas no han sido debidamente aprobadas, así como otros supuestos en que se han utilizado valoraciones más genéricas o a tanto alzado. (II.2.5)

10ª Se ha observado un gran número de encomiendas con un componente plurianual que se manifiesta en la posibilidad de prorrogar las encomiendas prevista en la propia resolución o en que

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 61

ésta le atribuya duraciones cercanas o superiores a los 2 años, sin que se indique circunstancia alguna que permita suponer el mantenimiento de las circunstancias que las justificaron durante todo el periodo ni la imposibilidad de adoptar en el futuro medidas organizativas, o de otra índole, que permitan adecuar los medios disponibles para llevar a cabo las actividades encomendadas. Esta circunstancia pone de relieve que muchas de las encomiendas realizadas tienen un carácter estructural y permanente, especialmente en las encomiendas cuya finalidad es cubrir insuficiencias de plantilla. (II.2.6).

11ª En casos muy concretos las encomiendas han adoptado la forma o la estructura de contrato, convenio, pacto u otras formas de acuerdo de voluntades, lo que no se ajusta conceptualmente a su naturaleza unilateral de encargo obligatorio para el encomendatario (II.2.7).

12ª Pese a la ausencia de un preciso cuerpo legal regulador de los encargos a medios propios se ha observado en la mayor parte de las CCAA. una homogeneidad general en su tramitación administrativa. Sin embargo, la inexistencia de criterios generales comunes de actuación debidamente normalizados ha supuesto igualmente una utilización poco homogénea de estas encomiendas en cuanto a los fines a satisfacer (II.3.1).

13ª En la mayoría de los expedientes analizados, la justificación de la necesidad se ha establecido de una manera genérica, basándola normalmente en la necesidad de agilizar la tramitación de los procedimientos, en la carencia o insuficiencia de los medios humanos y/o técnicos para desarrollar la actividad o razones de eficacia y eficiencia. Sin embargo, en la generalidad de los expedientes relativos a la realización de servicios no se incluye un estudio detallado y justificativo de las circunstancias que determinan la imposibilidad de que la administración encomendante lleve a cabo la actividad encomendada por sus propios medios o mediante la incorporación de recursos humanos complementarios. Tampoco se incluye un análisis previo y riguroso que justifique la elección de este sistema de gestión como alternativa más ventajosa a otras opciones, como la licitación pública o la ejecución por Administración (II.3.2).

14ª En ninguna de las CCAA existe un instrumento de planificación referente a las encomiendas ni con carácter general ni entre las que se realizan dentro del ámbito de una misma Consejería, de modo que las entidades encomendantes no cuentan con una planificación específica con criterios estratégicos cualitativos o cuantitativos predefinidos que permitan determinar qué prestaciones van a externalizarse mediante utilización de la figura del contrato y cuáles van a llevarse a cabo mediante la encomienda de gestión (II.3.3).

15ª En un gran número de casos, el recurso a la encomienda ha tenido como finalidad la satisfacción de necesidades de carácter permanente derivadas de la existencia de déficits estructurales de plantilla, a través de la aportación de medios personales. Se trata de encomiendas de actividad, de carácter estructural, reiteradas en el tiempo, que no responden al carácter concreto y específico que deberían tener las encomiendas. De este proceder puede derivarse un riesgo potencial de descapitalización de la administración que tiene atribuida la competencia, al derivarse hacia los medios propios los recursos que en buena lógica deberían estar destinados en aquellas, máxime cuando la encomendataria puede terminar, a su vez, por contratar a terceros el desarrollo de la actividad (II.3.3).

16ª En el caso de las encomiendas cuya finalidad es cubrir insuficiencias de plantilla se puede presentar el riesgo de cesión de trabajadores, sin que el mismo pueda considerarse eliminado por la simple previsión formal de medidas que afectan fundamentalmente a aspectos de la relación entre la administración y el personal que ejecuta los trabajos, como puede ser que estos no se ejecuten en las dependencias del órgano encomendante -lo que en muchos casos no resulta posible-, que solo reciban instrucciones del responsable de la encomienda designado por la entidad encomendataria, que estén identificados inequívocamente como personal de esta entidad, etc. En determinados supuestos la recurrencia de encomiendas, de carácter permanente y estructural, ha conllevado el reconocimiento por la propia entidad, o por varias sentencias, de la condición de trabajadores laborales indefinidos a trabajadores contratados previamente como temporales (II.3.4).

17^a Con carácter general se observa la ausencia de previsiones específicas sobre el control de la actividad encomendada, quedando reducidas a la mera designación de un funcionario responsable de la dirección y supervisión de los trabajos. Esta cuestión resulta de gran importancia cuando se trata de encomiendas de actividad y no de resultado, cuyo control a lo largo de la duración de la prestación exige un específico procedimiento, sin embargo la labor de los responsables suele ceñirse a la conformidad de las facturas. En el caso de la designación para el control de órganos colegiados no siempre se aporta documentación en los expedientes acreditativa de la constitución y funcionamiento de dicho órgano. En muchos casos no existe una liquidación final del resultado de la encomienda ni tampoco acta de recepción de las obras, o documento equivalente en caso de que el objeto de la encomienda sea la prestación de servicios (II.4.1).

18^a En las fiscalizaciones realizadas no se han detectado actuaciones que pudieran suponer inobservancia de la normativa para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (II.5).

IV. RECOMENDACIONES

Los diversos Informes de Fiscalización de los Órganos de Control a los que se hizo mención en el anterior apartado I.2.1, contienen diversas recomendaciones, muchas de ellas comunes en varios de ellos, siendo de ellas las más relevantes las que se indican a continuación:

1^a Debería procederse a regular de manera más completa y sistemática el régimen jurídico al que se sujeta la encomienda de gestión en el ámbito autonómico para superar la dispersión ahora existente, dotándolo de una más precisa y actualizada regulación que garantice la adecuada justificación tanto de la carencia de medios personales y materiales en el ámbito de la organización Comunidad Autónoma para desarrollar las funciones que son objeto de la encomienda, como de la improcedencia de acudir a la contratación de los servicios, sea por la ausencia de empresas capacitadas o por el excesivo precio recabado.

2^a Deberían regularse con mayor precisión los requisitos y aspectos determinantes para poder recurrir al uso de la encomienda a medios propios, estableciendo los procedimientos aplicables para su tramitación y ejecución y fijando los límites y controles en aspectos como la subcontratación por parte del medio propio, el establecimiento de tarifas y el seguimiento de la ejecución de las encomiendas.

3^a Resulta conveniente mejorar la planificación de la organización administrativa, tomando en consideración el reiterado uso en el tiempo de esta técnica de gestión para idénticos fines y el empobrecimiento que para la Administración de la Comunidad Autónoma puede suponer la traslación de las funciones que constituyen las prestaciones encomendadas.

4^a Debería evitarse recurrir a las encomiendas para suplir carencias estructurales de personal que deben ser solventadas a través de la adecuada dotación de plantillas. Caso de resultar inevitable, debería extremarse de hecho la separación y diferenciación, más allá de las meras formalidades, en las relaciones entre la Administración encomendante y la encomendada y cómo se articulan éstas entre el personal propio de la administración encomendante y el personal que ejecuta los trabajos de la entidad encomendada, a fin de evitar los riesgos derivados de la posible inclusión en supuestos de cesión de trabajadores.

5^a Con carácter previo a la realización de las encomiendas, los órganos encomendantes deberían desarrollar estudios detallados y justificativos que justifiquen la elección de este sistema de gestión como alternativa más eficiente o económica frente a otras opciones, como la licitación pública o la ejecución por Administración, comparando ex ante el coste de las actividades a realizar a precio de mercado en cada una de las opciones planteadas..

6^a Los órganos y entidades deben evitar que a través del recurso a las encomiendas se produzca una traslación del ejercicio de las competencias propias, de naturaleza administrativa, a los entes

Utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español 63

instrumentales, y menos aún del ejercicio de potestades públicas, reservado por ley a los funcionarios públicos.

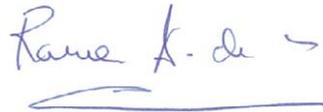
7ª Los órganos o entidades encomendantes deben asegurarse de que el objeto social del ente instrumental al que se realiza la encomienda comprende las prestaciones incluidas en la misma, así como que la entidad que actúa como medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para realizar dichas prestaciones sin necesidad de tener que acudir, de modo relevante, a la subcontratación.

8ª Los órganos encomendantes deberían concretar si está prevista la subcontratación por parte del medio propio y en su caso fijar un porcentaje máximo, incluyendo la previsión de la necesidad de autorización expresa del encomendante, y que aquella se limite a prestaciones accesorias del objeto del encargo. Asimismo, se recomienda retribuir las prestaciones subcontratadas por los encomendatarios de acuerdo con el coste real del contrato celebrado con terceros, sin perjuicio de la inclusión de los gastos de tramitación y gestión debidamente recogidos en las tarifas.

9ª Los órganos encomendantes deberían establecer sistemas y procedimientos de seguimiento y control de la ejecución de las prestaciones encargadas al medio propio y velar por su efectivo cumplimiento, especialmente en las encomiendas de actividad, así como exigir en la liquidación la justificación documental y detallada por los encomendatarios de los precios de determinados componentes de la prestación que hayan podido ser fijados en el presupuesto inicialmente a precio alzado.

Madrid, 22 de diciembre de 2016

EL PRESIDENTE



Ramón Álvarez de Miranda