

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### CORTES GENERALES

- 4061** *Resolución de 27 de febrero de 2017, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas.*

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 de la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas, acuerda:

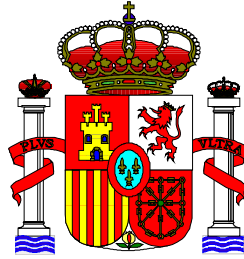
Asumir el contenido del citado Informe, así como sus conclusiones y recomendaciones.

Instar al Gobierno a:

Garantizar el cumplimiento ejemplar de la Administración del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que tipifica como cesión ilegal de trabajadores la mera puesta a disposición de trabajadores.

Evitar que las encomiendas de gestión puedan producir una alteración de la titularidad de las competencias de los órganos de naturaleza administrativa o una traslación del ejercicio de las mismas a los entes instrumentales, y muy especialmente del ejercicio de potestades públicas, reservado por ley a los funcionarios públicos.

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 1.198**

**MOCIÓN A LAS CORTES GENERALES SOBRE LA  
NECESIDAD DE DESARROLLAR UN ADECUADO  
MARCO LEGAL PARA EL EMPLEO DE LAS  
ENCOMIENDAS DE GESTIÓN POR LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

**EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS**, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida en los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, 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, la **Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas**, y ha acordado su elevación a las Cortes Generales según lo prevenido en el artículo 28 de la Ley de Funcionamiento.

## ÍNDICE

1. FUNDAMENTACIÓN DE LA MOCIÓN .....	9
2. ANTECEDENTES DE LA MOCIÓN .....	12
2.1. Informes de fiscalización elevados a las Cortes Generales .....	12
2.2. Resultados de la actividad fiscalizadora .....	15
2.2.1. En relación con el marco jurídico común regulador del régimen de las encomiendas a medios propios .....	15
2.2.2. En relación con la justificación de la procedencia del empleo de la encomienda a medios propios .....	18
2.2.3. En relación con la determinación del objeto de la encomienda y el ejercicio de competencias y potestades administrativas .....	20
2.2.4. En relación con el control preventivo de la cesión de trabajadores en la realización de los trabajos objeto de las encomiendas a medios propios .....	23
2.2.5. En relación con el control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios .....	24
2.2.6. En relación con el seguimiento y control de la ejecución de las encomiendas a medios propios .....	26
2.2.7. En relación con la planificación de la utilización de las encomiendas a medios propios .....	27
2.2.8. En relación con los requisitos legales exigibles para que una entidad pueda ser considerada como medio propio o servicio técnico .....	29
2.2.9. En relación con la aplicación del sistema de tarifas para la determinación del precio de las encomiendas a medios propios .....	30
3. PROPUESTAS QUE SE FORMULAN .....	33

## RELACIÓN DE SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
CCAA	Comunidades Autónomas
EBEP	Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
OCEX	Órganos de Control Externo
PGE	Presupuestos Generales del Estado
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
v.gr.	Verbigracia

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

9

## 1. FUNDAMENTACIÓN DE LA MOCIÓN

**1.1.** El artículo 28.6 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone que el Tribunal de Cuentas elevará a las Cortes Generales cuantas mociones considere convenientes, proponiendo las medidas a su juicio conducentes a la mejora de la gestión económico-financiera del sector público, a la vista de los informes y del resultado de los procedimientos de fiscalización de que hubiere conocido.

En los últimos años se ha llevado a cabo por parte del Tribunal de Cuentas una intensa actividad fiscalizadora sobre la utilización de las encomiendas de gestión a medios propios por parte de los poderes adjudicadores, fruto de la cual se ha podido constatar, en primer lugar, el constante crecimiento de la importancia relativa que ha experimentado el recurso a este instrumento de gestión dentro del ámbito de las Administraciones Públicas (AAPP) y, en segundo lugar, la existencia de problemas prácticos de muy diversa índole que afectan a todas las facetas de dicha forma de gestión, tanto sustantivas como de procedimiento, y que se observan con independencia del poder adjudicador o entidad encomendante y del ente instrumental encomendatario fiscalizados, siendo la causa principal de esta situación la ausencia de una regulación suficiente que confiera seguridad jurídica a su utilización por parte de los gestores públicos.

Por esta razón, el Pleno del Tribunal de Cuentas acordó el 22 de diciembre de 2015 la realización de esta Moción, mediante su inclusión en el Programa de Fiscalizaciones para el año 2016 dentro de las actuaciones a llevar a cabo a iniciativa del propio Tribunal, con la finalidad de *“impulsar la adopción de medidas que contribuyan a conseguir un sector público más racional y eficiente”*.

**1.2.** En concreto, es objeto de la presente Moción el régimen jurídico regulador de las encomiendas o encargos de prestaciones de naturaleza contractual realizados por los poderes adjudicadores y otras entidades del sector público a las entidades integrantes del sector público institucional consideradas como medios propios y servicios técnicos a los que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF). No constituyen, por tanto, el objeto de la Moción las encomiendas de carácter puramente administrativo reguladas actualmente por el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y anteriormente por el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), sin perjuicio de que sean objeto de atención, para su debida diferenciación.

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

Esta forma 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 (arts. 47 a 53 de la LRJSP) o la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares (apartados 1 a 5 del art. 24 del TRLCSF).

No obstante, la característica determinante del recurso a la encomienda de gestión a medios propios en el ámbito de las AAPP 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 dicha contratación, lo que, a su vez, ha provocado sucesivas modificaciones de nuestra legislación para adaptarse a las exigencias comunitarias a este respecto.

Las encomiendas de gestión fueron en origen objeto de regulación general en el artículo 15 de la hoy derogada LRJPAC, que habilitó la posibilidad de llevarlas a cabo 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. En la actualidad, regula este tipo de encomiendas puramente administrativas el artículo 11 de la LRJSP, que mantiene en esencia las mismas características y requisitos definitorios ya establecidos en la legislación precedente.

Por su parte, la legislación de contratos ha ido modulando a lo largo del tiempo, con distinto grado de precisión, la exclusión de su ámbito de aplicación de las encomiendas encargadas a entidades pertenecientes a las propias AAPP, dando lugar, en su evolución, al concepto actual de medio propio o servicio técnico.

La primera referencia expresa en este sentido fue introducida en el entonces vigente 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 l del art. 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 adelante, la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2007, modificó la referida letra l) 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”*.

Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (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 entonces vigente 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 TRLCSP, de nuevo sin referenciar ni establecer las normas especiales que serían de aplicación a

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

11

este supuesto con arreglo al artículo 4.2 del propio TRLCSP, más allá de la mencionada remisión al artículo 24.6.

Esta regulación introducida en nuestra legislación contractual pública ha venido a plasmar en nuestro derecho la doctrina elaborada por el TJUE (significativamente a partir de la conocida Sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, asunto Teckal<sup>1</sup>) en torno a los denominados “*contratos domésticos*” o “*in house providing*” calificados en el propio TRLCSP como encargos o encomiendas a entes propios. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, el recurso a esta figura tiene carácter excepcional y los requisitos para actuar conforme a ella han de interpretarse en sentido estricto.

**1.4.** Así, con arreglo a los artículos 4.1.n) y 24.6 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:

- a) 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.
- b) Que el encomendatario debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que realiza la encomienda.
- c) 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 establecer las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Por su parte, la LRJSP, en su artículo 86, ha mantenido estos requisitos y condiciones para la consideración de una entidad como medio propio, efectuando para ello una remisión al TRLCSP, y ha añadido la necesidad de acreditar que, además de disponer 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, sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o resulte

<sup>1</sup> Además de esta sentencia del TJUE cabe citar igualmente las de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen; 11 de mayo de 2006, asunto C-340/2004, Carbometro; 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, ASEMFO vs. TRAGSA; 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel; 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl y Comune di Ponte Nossa; o 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C- 182/11 y C-183/11, Econord.



necesario, por razones de seguridad pública o de urgencia, disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

De esta suerte, la evolución de este régimen regulador de las encomiendas, paulatinamente introducido y desarrollado en el ámbito de la legislación de la contratación pública, ha dado lugar al nacimiento de una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, emparentada por su origen con la encomienda de gestión inicialmente contemplada en el artículo 15 de la LRJPAC y actualmente regulada por el artículo 11 de la LRJSP, pero hoy nítidamente diferenciada en cuanto a su naturaleza, requisitos, régimen regulador y funcionalidad.

Así, el ámbito de las encomiendas de gestión reguladas por el artículo 11 de la LRJSP ha quedado en la práctica reducido al puramente interadministrativo, limitado a actuaciones objetiva y subjetivamente ajenas al ámbito de la legislación de contratos, y ligadas estrechamente al ejercicio de las competencias propias de los órganos administrativos.

Por su parte, 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 TRCLSP un cauce legal de expansión, actualmente en pleno desarrollo.

En este contexto, no puede dejar de tenerse en cuenta que la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*, incorpora algunos aspectos novedosos que afectan a los requisitos que han de reunir los medios propios para ser considerados como tales y se encuentra en proceso de transposición al ordenamiento jurídico español con la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*. Como se comprobará más adelante, si bien la presente Moción aborda, cuando es preciso, algunos de los aspectos de índole subjetivo (requisitos que han de reunir los medios propios) que son objeto de la Directiva y del Proyecto de Ley, el alcance de la misma y su contenido son mucho más amplios pues la Moción plantea la necesidad de llevar a cabo una regulación integral de las encomiendas a medios propios, lo que abarca, además de los mencionados aspectos subjetivos, los aspectos objetivos, sustantivos, de procedimiento y de control que en la actualidad se encuentran desprovistos de una adecuada regulación, y que trascienden del ámbito regulativo de la legislación reguladora de la contratación pública.

Ante esta situación, el Tribunal de Cuentas considera que procede elevar una Moción a las Cortes Generales proponiendo una adecuada definición del marco legal de las encomiendas de gestión de naturaleza contractual o encargos a medios propios, así como las medidas que deben adoptarse para una correcta gestión de los fondos que se canalicen por esta vía y para evitar un empleo inadecuado de la figura.

## 2. ANTECEDENTES DE LA MOCIÓN

### 2.1. Informes de fiscalización elevados a las Cortes Generales

**2.1.1.** Con independencia de la atención que el Tribunal de Cuentas ha venido prestando de modo singular a las encomiendas de gestión de naturaleza contractual o encargos a medios propios en sus informes de fiscalización sobre la gestión de las distintas áreas sectoriales o territoriales, tanto estatal como autonómica y local, el Tribunal de Cuentas ha elevado a las Cortes Generales varios

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

13

informes monográficos relativos a su empleo por las distintas AAPP, pudiendo relacionarse, por orden cronológico de aprobación por su Pleno, los siguientes:

- *Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012*, aprobado el 28 de noviembre de 2013.
- *Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa*, aprobado el 30 de abril de 2015.
- *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 de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Ejercicio 2013*, aprobado el 22 de diciembre de 2015.
- *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 de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ejercicio 2013*, aprobado el 22 de diciembre de 2015.
- *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 de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Ejercicio 2013*, aprobado el 22 de diciembre de 2015.
- *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 de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Ejercicio 2013*, aprobado el 28 de enero de 2016.
- *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 de la Comunidad Autónoma de Murcia. Ejercicio 2013*, aprobado el 28 de enero de 2016.
- *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 de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, ejercicio 2013*, aprobado el 30 de junio de 2016.

Además, en coordinación con el Tribunal de Cuentas, se han desarrollado diversas actuaciones fiscalizadoras por Órganos de Control Externo de ámbito autonómico (OCEX) cuyo objeto específico ha sido igualmente la encomienda de gestión, dando como resultado los siguientes documentos:

- *Fiscalización de las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de contratación pública de determinadas Consejerías de la Administración Autonómica 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 tienen 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.
- *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.

La información obtenida de estas fiscalizaciones ha sido integrada con la resultante de las fiscalizaciones realizadas con idéntico objeto por el Tribunal de Cuentas sobre las Comunidades Autónomas (CCAA) carentes de órgano de control externo propio, dando lugar al *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.*

**2.1.2.** Por otra parte, no solo han sido objeto de esta atención fiscalizadora las Administraciones en cuanto sujetos encomendantes de los trabajos o encargos a realizar, sino que también lo han sido los medios propios de las administraciones –organismos, entes, sociedades- que han actuado como entidades encomendatarias y que han atendido dichas encomiendas.

Merecen a este respecto ser destacados por su directa relación con el objeto de la presente Moción, además de los antes mencionados, los siguientes informes de fiscalización:

- *Informe de fiscalización de los resultados obtenidos por la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) en los ejercicios 2001 y 2002,* aprobado el 17 de enero de 2008.
- *Informe de fiscalización para el análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por empresas estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,* aprobado el 27 de marzo de 2014.
- *Informe de Fiscalización de la actividad de Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. como medio propio y servicio técnico y como empresa asociada en el marco de la normativa de*

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

15

*contratación aplicable a las empresas estatales (Real Decreto Legislativo 3/2011 y Ley 31/2007), aprobado el 29 de octubre de 2015.*

## 2.2. Resultados de la actividad fiscalizadora

Fruto de esta actividad fiscalizadora se ha podido constatar la existencia de una serie de problemas de gestión recurrentes que han sido puestos de manifiesto en los informes elevados a las Cortes Generales, y de los que cabe extraer las siguientes consideraciones:

### 2.2.1. En relación con el marco jurídico común regulador del régimen de las encomiendas a medios propios

2.2.1.1. El crecimiento y consolidación del recurso a las encomiendas a medios propios como técnica de gestión administrativa contrasta significativamente con su escasa y dispersa regulación sustantiva.

Contrasta, igualmente, la ausencia de un marco normativo básico de referencia, con la detallada atención prestada por la LRJSP al régimen jurídico de los convenios adoptados por las Administraciones Públicas, a los que dedica en su integridad el Capítulo VI del Título Preliminar (arts. 47 a 53), en línea con las recomendaciones formuladas en la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de noviembre de 2010.

La parquedad del núcleo regulativo básico de las encomiendas de gestión en su modalidad de encargos a medios propios y su carácter incidental – 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.

Así, cabe recordar que mediante la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para 2013, se modificó el artículo 21 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), 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). La Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de PGE para 2007, y posteriormente la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014, introdujeron también determinadas precisiones en materia de competencias sobre la gestión del gasto relativa a las encomiendas en el artículo 74 de la LGP. Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, las ha tenido en cuenta en su artículo 8.1.b) a los efectos de su publicidad.

A su vez, la LRJSP, entrada en vigor el 2 de octubre de 2016, ha regulado en su artículo 86 los requisitos mínimos que deben reunir las entidades integrantes del sector público institucional para poder ser consideradas medios propios y servicios técnicos a los efectos de recibir encargos o encomiendas por parte de los poderes adjudicadores y otras entidades del sector público.

Sin embargo, ni esta ley, ni la legislación de contratos, ni ninguna otra de las anteriormente mencionadas, ha resuelto el problema de su diferenciación legal de las encomiendas de gestión puramente administrativas a las que se refiere el artículo 11 de la LRJSP, ni ha contemplado el régimen jurídico aplicable a los encargos propiamente dichos, ni el procedimiento a seguir por los poderes adjudicadores para su preparación, formalización, ejecución, seguimiento y control, que es

donde residen, en esencia, la mayor parte de las deficiencias detectadas por el Tribunal de Cuentas en sus informes de fiscalización.

Además, junto a las leyes citadas, todas ellas con vocación de generalidad, las distintas normas y estatutos de creación y funcionamiento de cada medio propio han llevado a cabo regulaciones parciales con distinto alcance, aplicables de manera singularizada a cada ente regulado<sup>2</sup>, o incluso a cada concreta situación de hecho que motiva la regulación<sup>3</sup>, lo que ha supuesto que determinados requisitos hayan sido exigibles en unos casos a algunos medios propios para poder llevar a cabo los encargos conferidos, y no lo hayan sido en otros (a título ilustrativo, y como se verá más adelante, la delimitación de los porcentajes máximos sobre el presupuesto de la encomienda permitidos para la subcontratación).

Por otra parte, las CCAA han ido incorporando igualmente de forma paulatina a sus respectivos ordenamientos disposiciones con rango de ley que también, de forma más o menos puntual y con mayor o menor alcance, han supuesto la determinación de nuevos requisitos y trámites de procedimiento no siempre coincidentes en todos los casos<sup>4</sup>.

Todo ello constituye un conjunto normativo disperso y asistemático, 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

<sup>2</sup> Previsiones todas ellas con distintos rangos normativos y con distinto alcance en cada caso. Meramente a título ilustrativo, pueden tenerse en cuenta la disposición adicional 25ª del TRLCSP relativa al "Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales"; el art. 67 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que regula el "Régimen Jurídico de la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas Civiles, S.A. (SENASA)"; la disposición adicional 10ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, relativa al "Régimen jurídico de la "Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA)"; el Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM); el Real Decreto 375/2001, de 6 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto de Salud "Carlos III" (ISCIII); el Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, modificado por Reales Decretos 1433/2008, de 29 de agosto, y 351/2011, de 11 de marzo; o los Estatutos de las sociedades mercantiles estatales consideradas como medios propios, como el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, S.A. (INTECO), Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España (ISDEFE), Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S.A. (SEGITTUR), SEPI Desarrollo Empresarial, S.A. (SEPIDES), Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. (INECO), o Sociedad Estatal España Expansión Exterior, S.A., entre otros.

<sup>3</sup> Merecen ser destacadas a este respecto, a título de ejemplo y por su mayor cercanía temporal a la fecha de aprobación de la presente Moción, la disposición adicional 23ª del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, relativa a la encomienda a un medio propio de la preparación y adjudicación de los contratos que han de regir la creación y gestión del sistema informático único de las Oficinas del Registro Civil; la disposición adicional séptima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, por la que se regula la encomienda general para la prestación de servicios de administración electrónica por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda en el ámbito de la Administración General del Estado; el art. 57 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Emprendedores por el que se regula la financiación de determinadas encomiendas con cargo al Fondo para la Internacionalización de la Empresa (FIEM); o la disposición final séptima de la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las CCAA y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, relativa a la encomienda del ejercicio de determinadas competencias administrativas a la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

<sup>4</sup> Con ánimo meramente ejemplificador y no exhaustivo cabe citar la disposición adicional 37ª de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos de Canarias para 2013; la disposición adicional 6ª de la Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2013; el art. 45 de la Ley 9/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2013; el art. 33 de la Ley 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2013; la disposición adicional 2ª de la Ley 6/2012, de 29 de junio, de medidas tributarias, económicas, sociales y administrativas de la Región de Murcia; el art. 14 de la Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de Medidas para la Reforma de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; el art. 31 y la disposición final 2ª de la Ley 1/2015, de 21 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2016; el art. 44 Ley 5/2015, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2016; el art. 63 de la Ley 6/2015, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2016.

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

17

poderes públicos, y determina la existencia de la mayoría de los problemas y deficiencias constatados en el ejercicio de su función fiscalizadora por el Tribunal de Cuentas.

**2.2.1.2.** Como ya se ha indicado, el origen regulativo de la encomienda de gestión se encuentra en nuestro ordenamiento en el artículo 15 de la LRJPAC, hoy sustituido por el artículo 11 de la LRJSP. Pero como también se ha advertido ya, de forma paulatina se fueron desgajando conceptualmente de dicho marco normativo de referencia los encargos a medios propios, que adquirieron identidad y sustantividad propias a través de su regulación en el artículo 24.6 de la LCSP primero y del TRLCSP después, manteniendo no obstante la misma denominación legal de encomienda de gestión, identidad de *nomen iuris* que ha dado lugar a frecuentes confusiones sobre el concreto régimen jurídico a aplicar en cada caso.

**2.2.1.3.** Por otra parte, el hecho de que las encomiendas encargadas a medios propios se encuentren reguladas sustantivamente dentro del TRLCSP y que su objeto material tenga un contenido prestacional característico de los contratos (realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes), unido a que las entidades encomendatarias son entidades con personalidad jurídica propia, ha provocado cierta confusión en su formalización, adoptando en ocasiones la forma de contrato, de convenio, de pacto o de otras modalidades de acuerdo de voluntades, lo que es contrario a la esencia misma de estas encomiendas que se caracterizan -en la configuración que nuestro ordenamiento jurídico les ha conferido- por ser de ejecución obligatoria para las encomendatarias, con sujeción a las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fija por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen (art. 24.6 del TRLCSP). El error consistente en la utilización de criterios rectores de la encomienda distintos de las instrucciones unilaterales obligatorias por parte del encomendante, se ha extendido con frecuencia al clausulado de los pliegos que han de regir las encomiendas, dejando indebidamente al mutuo acuerdo de las partes -e incluso en ocasiones a la decisión de la encomendataria- aspectos relevantes de su ejecución atinentes al objeto mismo de la encomienda, su terminación, modificaciones o prórrogas.

**2.2.1.4.** El Tribunal de Cuentas ha constatado, asimismo, que la ausencia de un marco legal de carácter básico y común regulador de los encargos a medios propios ha provocado una falta de homogeneidad en su tramitación administrativa que ha sido muy apreciable y generalizada en el ámbito de la Administración General del Estado. En efecto, al no existir en el artículo 24.6 del TRLCSP, ni tampoco en el artículo 86 de la LRJSP, ninguna referencia expresa a la normativa de procedimiento aplicable, los distintos poderes adjudicadores encomendantes han tenido que desarrollar sus propios procedimientos, bien de manera informal, bien mediante instrucciones o normas internas, recurriendo a la aplicación directa, analógica o supletoria, según los casos, de los preceptos que cada órgano gestor ha considerado pertinentes de la legislación reguladora del procedimiento común, del TRLCSP y de la LGP. Así, las fiscalizaciones llevadas a cabo han puesto de manifiesto cómo, ante la ausencia de un procedimiento común propiamente dicho, los expedientes y los documentos de formalización de las encomiendas han resultado ser extremadamente heterogéneos, tanto en su contenido como en su forma, produciéndose frecuentes omisiones de trámites y documentos esenciales para cualquier procedimiento administrativo con un gasto aparejado (orden o acuerdo de inicio del procedimiento, memoria justificativa, memorias o informes técnicos, económicos y jurídicos, actos administrativos de reconocimiento de la obligación y propuesta de pago, acta de recepción...), no siendo inhabitual que los documentos contables hayan sustituido a los actos administrativos. Esta situación contrasta con la homogeneidad observada en la tramitación, por gran número de administraciones autonómicas, de los encargos realizados a sus correspondientes medios propios.

Por otra parte, la inexistencia de criterios generales comunes de actuación debidamente normalizados ha supuesto, en todos los ámbitos administrativos fiscalizados, una utilización de las encomiendas a medios propios poco homogénea en cuanto a los fines a satisfacer, como se verá más adelante en el epígrafe 2.2.3.1 de la presente Moción.

**2.2.1.5.** En definitiva, el Tribunal de Cuentas ha podido constatar que la regulación actual de las encomiendas a medios propios tiene un carácter incidental, no sustantivo, determinado por la necesidad de adaptación de esta forma de gestión a las exigencias comunitarias derivadas de las Directivas y de la Jurisprudencia del TJUE, centradas en el establecimiento de fórmulas que impidan falsear las reglas de la competencia en el ámbito de la licitación pública.

Pero esta nueva forma de gestión ha adquirido dimensión propia y trascendencia suficiente como para que nuestra legislación la aborde como una forma de gestión de las AAPP con sustantividad propia, merecedora de una normativa reguladora que discipline el recurso a estas encomiendas o encargos a medios propios, de forma precisa, clara y garantista, siguiendo la pauta marcada por la LRJSP en relación con la regulación de los convenios en el Capítulo VI de su Título Preliminar.

Muchas de las deficiencias observadas en las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas derivan sin lugar a dudas de la inexistencia de una regulación básica, codificada en un cuerpo legal único o uniforme, claramente delimitadora del objeto, requisitos, procedimiento, controles y responsabilidades de las encomiendas a medios propios.

### **2.2.2. En relación con la justificación de la procedencia del empleo de la encomienda a medios propios**

**2.2.2.1.** Las formas en las que se manifiesta la actividad de las AAPP son cada vez más diversas y complejas. A la tradicional gestión directa por las propias unidades y servicios administrativos, se han ido sumando formas cada vez más elaboradas de contratación, de colaboración público-privada, de colaboración interadministrativa, o de utilización de entes instrumentales de diversa naturaleza jurídica (organismos públicos, fundaciones, sociedades, consorcios y otros entes) sujetos a regímenes jurídicos dispares. Es en este contexto en el que ha tenido lugar en los últimos años la expansión del recurso a las encomiendas a medios propios.

Conviene recordar desde un principio que el artículo 8 de la LRJSP dispone que *“La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes. La delegación de competencias, las encomiendas de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén”*.

El carácter irrenunciable de la competencia no implica sin embargo que los órganos titulares de la misma no puedan acudir al empleo de medios externos que auxilien o coadyuven al ejercicio de dicha competencia, porque la ley les habilita para ello.

En estos casos, las AAPP deben escoger la opción organizativa más adecuada para la ejecución de las actividades materiales necesarias en el ejercicio de su competencia y esta capacidad de elección es expresión de su poder de auto-organización. Sin embargo, esta elección no es neutra pues la opción entre la ejecución directa de las actividades por las propias unidades administrativas y su externalización, y dentro de esta alternativa, la elección entre la encomienda de gestión a medios propios, la licitación pública, o la celebración de convenios de colaboración con otras administraciones u otras fórmulas de colaboración, tendrá importantes repercusiones sobre el

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

19

régimen jurídico aplicable, sobre el coste y la eficacia de los servicios, sobre el control de su dirección y ejecución, sobre el principio de libre concurrencia y sobre el propio mercado.

Las AAPP cuentan por tanto con distintos instrumentos que les permiten completar su capacidad de acción, en caso de insuficiencia de los medios ordinarios de que disponen o de insuficiencia de su especialización, bien para atender necesidades de carácter coyuntural, bien para prestar determinados servicios que sea preferible confiar a empresas o entidades especializadas por razones de economía o de eficacia, sin necesidad de una inadecuada ampliación de las unidades administrativas.

Pero para ello, resulta requisito necesario e imprescindible que el recurso a cualquiera de estas medidas esté suficientemente motivado y justificado. Así lo exige el TRLCSP para justificar el recurso a la contratación, y así debe aplicarse por igual al empleo de las encomiendas a medios propios.

**2.2.2.2.** La encomienda de gestión a medios propios es una figura que indudablemente facilita la actividad de los órganos y entidades del sector público, permitiendo una inmediatez y una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante el recurso a la licitación pública. Pero estas facilidades se obtienen a costa de sacrificar las garantías que ofrece el TRLCSP y las ventajas competitivas del mercado y la libre concurrencia.

Y como no puede ser de otro modo en el contexto del ordenamiento jurídico administrativo español, esta excepcionalidad exige que el empleo de las encomiendas deba estar debidamente motivado, máxime al tratarse de una opción con incidencia en el gasto público. Solo a la luz de esta motivación podrá examinarse adecuadamente la eficacia y eficiencia de la decisión, así como su adecuación a los demás principios generales de actuación establecidos en el artículo 3 de la LRJSP.

**2.2.2.3.** A este respecto, en las fiscalizaciones realizadas se ha observado que, con carácter general, figuran en los expedientes documentos que formalmente cubren esta exigencia. En concreto, la justificación del recurso a la encomienda se ha basado principalmente en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas, en la celeridad en su formalización y flexibilidad en su ejecución, en la incapacidad del mercado para prestar los servicios requeridos, o en la mera idoneidad de que los trabajos fueran ejecutados por la entidad encomendaria por su experiencia o especialización.

Sin embargo, esta justificación ha consistido con carácter general en el mero enunciado formal, puramente declarativo, de circunstancias o situaciones que en los expedientes no han quedado suficientemente acreditadas, al no estar documentadas mediante los correspondientes informes o estudios. No se concretan así las ventajas del recurso a la encomienda frente al contrato, ni se valoran otros aspectos fundamentales como los relacionados con los costes de una alternativa frente a la otra, sin que tampoco existan estudios de cargas de trabajo que sirvan de apoyo a la justificación de falta de medios, especialmente en aquellos casos en que el objeto de la encomienda ha coincidido con la actividad habitual propia de los órganos o unidades encomendantes, ni se aporta ninguna información que acredite la inmadurez del mercado cuando se invoca esta justificación. Más aún, la proliferación de encomiendas de gestión realizadas en el ámbito de las AAPP y su incidencia en los grupos empresariales públicos ha podido provocar que la propia existencia de estos, o de algunas de sus sociedades y entidades componentes, o consideraciones sobre su viabilidad económico-financiera, hayan sido las causas determinantes de la decisión de acudir en algunos casos al recurso de las encomiendas.



**2.2.2.4.** Por definición, la encomienda de gestión viene a resolver una necesidad puntual o una situación extraordinaria o coyuntural, en la que se encuentra el órgano administrativo o el poder adjudicador ante la imposibilidad de desarrollar sus competencias con los medios materiales y personales que tiene a su disposición. Por ello, la encomienda de gestión debe venir precedida de un documento acreditativo de la falta de medios que determina la imposibilidad de desarrollar adecuadamente sus competencias, pues atendería a los principios de economía y eficiencia que rigen el actuar administrativo la realización de actuaciones que supongan una duplicación del gasto como sería encomendar a un tercero unos trabajos -y transferirle los recursos necesarios para ello-, que el órgano puede llevar a cabo por sí al disponer de recursos suficientes no dedicados a otros fines de su competencia. En este mismo sentido, debe resultar también excepcional la posibilidad de realizar encomiendas plurianuales o prorrogables sin una previa motivación deducida de la planificación en la que se fundamente esa decisión, que explique y justifique la realidad de una situación futura que se encuentra en el fundamento de la decisión de encomendar actividades o trabajos por periodos que exceden del ejercicio.

**2.2.2.5.** En este contexto, de no recurrir a las encomiendas a medios propios más que en los casos estrictamente necesarios y una vez contrastada su mayor idoneidad, y de no abordar con rigor el cumplimiento de la exigencia de motivarlas fundada y adecuadamente, los órganos y entidades encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrautilización 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, como se insistirá más adelante en esta Moción.

### **2.2.3. En relación con la determinación del objeto de la encomienda y el ejercicio de competencias y potestades administrativas**

**2.2.3.1.** La razón de ser del recurso a las encomiendas a medios propios no es otra que la de dar una respuesta eficaz y eficiente a determinadas necesidades puntuales atendiendo a criterios relacionados con la especificidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones a realizar, a las que pueden dar respuesta los entes instrumentales especialmente habilitados para ello. Por ello el uso característico y adecuado de esta figura es la realización de actividades de carácter técnico o material que tienen carácter excepcional y se plasman en un resultado concreto.

Sin embargo, de manera muy generalizada el recurso a la encomienda ha tenido como objeto la satisfacción de necesidades de carácter permanente derivadas de la existencia de déficits estructurales de plantilla, a través de la aportación de los medios personales necesarios para ello. 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 gestión y que han sido, sin embargo, frecuentes. Dado el carácter excepcional que tiene la aplicación de la doctrina *"in house providing"* por parte del TJUE, no cabe que un poder adjudicador se provea de apoyo para la mayoría de las actividades que realiza a través de un medio propio, sino que ha de utilizarlo para aspectos determinados.

En otros casos, las encomiendas se han utilizado como medio para financiar actividades que de otro modo hubieran debido ser objeto de una subvención o una transferencia, o para canalizar actividades acordadas con otras AAPP en convenios de colaboración preexistentes, o simplemente se han utilizado como recurso ágil y flexible para la provisión de obras y servicios en sustitución de la licitación pública, razones todas ellas que, por sí solas, resultan ajenas a la verdadera naturaleza y razón de ser de esta figura.

**2.2.3.2.** Como ya se ha recordado antes, la competencia es una atribución legal conferida a los órganos y entidades que la propia ley determina. A través de la encomienda de gestión, el órgano o

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

21

la entidad titular de la competencia atribuye, a su vez, a otra entidad —el medio propio en este caso— la realización de determinadas actividades de carácter material, técnico o de servicio, necesarias para un mejor desarrollo de la competencia que tiene normativamente atribuida, debiendo asegurarse la plena compatibilidad de su desempeño con el mandato contenido en el artículo 8.1 de la LRJSP, en virtud del cual la encomienda de gestión no puede suponer alteración alguna de la titularidad de la competencia. En este mismo sentido, el artículo 11.2 de la LRJSP dispone que *“la encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio”*.

Por ello, el primero de los límites que no puede franquearse en el recurso al uso de la encomienda es que a través de su empleo se altere *de facto* la titularidad de la competencia de los órganos administrativos y las entidades públicas mediante su sustitución 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.

Y sin embargo, se ha podido comprobar que son frecuentes los casos en los 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. A su vez, en otros casos, la encomienda ha servido para llevar a cabo el traspaso en bloque de la gestión de un programa presupuestario a un medio propio, cuya competencia original correspondía a uno o a varios órganos administrativos.

Esta circunstancia, unida al carácter recurrente de muchas encomiendas y a la carencia de recursos humanos propios, ha supuesto, en el caso concreto de algunas unidades administrativas, una fuerte dependencia de los medios instrumentales, hasta el punto de que su operatividad se vería seriamente comprometida si se prescindiera de este recurso.

**2.2.3.3.** Estas circunstancias, difícilmente compatibles con la esencia de la figura de la encomienda, devienen en claramente contrarias al ordenamiento jurídico cuando la encomienda incluye la realización de actividades que llevan aparejado el ejercicio de potestades públicas.

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 Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), 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” por cuanto este tipo de actos “aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas” siendo lo relevante que se encomiende “un actuación administrativa, procedimental, para la que rige la doble prohibición del artículo 15.5 de la Ley 30/1992” (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, o la STS 3095/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de julio de 2015).

Sin embargo, no han sido infrecuentes los casos en los que el Tribunal de Cuentas ha advertido la existencia de esta situación.

**2.2.3.4.** Por otra parte, también se ha advertido la generalización del recurso a la encomienda de gestión con medios propios por parte de algunos organismos públicos integrantes del sector público institucional.

Con independencia de que esta práctica no está vedada por la aplicación de las Directivas Comunitarias, este Tribunal de Cuentas no puede dejar de poner de manifiesto la incongruencia que la misma representa desde el punto de vista del Derecho interno español y de los principios organizativos que informan nuestra legislación administrativa.

En efecto, los organismos públicos integrantes del sector público institucional desarrollan actividades derivadas de la propia Administración de la que dependen, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta, ajustándose al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados. Son, por tanto, entes instrumentales creados para el cumplimiento de determinados fines, en régimen de descentralización funcional, y para ello han sido dotados normativamente de competencias, de plantillas de personal y de créditos presupuestarios que, por definición, deben reputarse suficientes para el cumplimiento de esos fines para los que específicamente fueron creados. En este contexto, carece de toda lógica jurídica que un ente instrumental, creado y dotado para unos fines concretos, acuda a otro ente instrumental para el cumplimiento de esos fines que justificaron su creación. Esta situación resulta singularmente paradójica en los casos –como se verá más adelante- en que, a su vez, el medio propio ha recurrido a la subcontratación para ejecutar la totalidad o una parte sustancial de la encomienda, generando una sucesión de sujetos interpuestos en cascada (personas jurídicas públicas y privadas) que alejan cada vez más del titular originario de la competencia el control de la ejecución del objeto de la encomienda, difuminando con ello las responsabilidades en el cumplimiento de los trabajos que constituyen dicho objeto que, en cualquier caso, están siempre vinculados directa o indirectamente, a la satisfacción del interés público.

Esta práctica, por otra parte, puede poner de manifiesto que estos organismos o entidades instrumentales ya no cumplen por sí mismos los fines –o una parte de los fines- que motivaron su creación y por tanto ese ámbito de competencia puede ser recuperado por su Administración matriz, pudiendo ser esta la que pase a gestionarlo, bien directamente, ya por medio de contratos administrativos, ora por medio de encomiendas a otro medio propio que sí cuente con medios para ello, sin necesidad, en cualquier caso, de añadir en la cadena otro organismo o entidad interpuesto adicional.

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

23

## **2.2.4. En relación con el control preventivo de la cesión de trabajadores en la realización de los trabajos objeto de las encomiendas a medios propios**

**2.2.4.1.** El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) 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.

Es conocido que esta práctica ha sido sancionada por los Tribunales de la Jurisdicción Social con el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo en las AAPP, en los casos en los que la ejecución de contratos administrativos de servicios han podido dar lugar a estas prácticas. Ello dio lugar a que el Tribunal de Cuentas aprobara el 26 de febrero de 2009 una *Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales.*

En la medida en que la encomienda a medios propios supone en muchos casos la participación en trabajos ligados al ejercicio de la competencia, existen 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 a realizar, lo que se confirma con el hecho de que los Tribunales de la Jurisdicción Social han aplicado la misma doctrina antes señalada cuando la cesión ha tenido lugar como consecuencia de una encomienda de gestión (así, por ejemplo, la STS 4919/2012, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2012).

De hecho, la cesión irregular de trabajadores es uno de los riesgos más significativos reconocidos por los propios gestores en el curso de las fiscalizaciones efectuadas y, así, se ha podido comprobar una intensificación de la puesta en marcha de instrumentos para tratar de eliminar, o al menos minimizar, los riesgos de esta práctica, tanto en el ámbito estatal como en el ámbito autonómico. Pueden destacarse, a título de ejemplo, 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 y las *Instrucciones conjuntas de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos y la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, de 28 de diciembre de 2012, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores*, adoptadas como consecuencia de la Moción del Tribunal de Cuentas reseñada.

**2.2.4.2.** Sin embargo, como ya se ha señalado, un número significativo de encomiendas tienen un carácter estructural y permanente, circunstancia que, en muchos casos, se reconoce expresamente en los propios expedientes, y que se repite especialmente en aquellas cuya finalidad es cubrir insuficiencias de plantilla de alguna unidad administrativa. Pues bien, es precisamente esta reiteración a la 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 o entidad encomendante -lo que en muchos casos no resulta posible-, que solo reciban instrucciones del responsable de la encomienda designado por la entidad encomendataria, o que estén identificados inequívocamente como personal de esta entidad. 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, en estos casos, más allá de las formalidades de rigor, deben extremarse los controles sobre la forma en que se establecen y llevan a cabo de hecho las relaciones entre el encomendante y la entidad encomendada y cómo se articulan estas entre el personal propio de las unidades administrativas beneficiarias o receptoras de los trabajos encomendados y el personal que ejecuta los trabajos de la entidad encomendada.

### **2.2.5. En relación con el control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios**

**2.2.5.1.** El recurso a la encomienda de gestión encuentra su justificación en razones de eficacia y porque el órgano o entidad encomendante no posee los medios técnicos idóneos para el desempeño de una actividad concreta. En todo caso, su objeto consiste en *“la realización de una determinada prestación”* (art. 4.1.n) del TRLCSP).

El empleo de esta figura tiene solo sentido, por tanto, cuando se seleccione un medio propio que cuente con medios especialmente cualificados o especializados, idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, es decir la realización de la prestación en que aquella consiste. Así, este Tribunal de Cuentas considera que resulta necesario como requisito habilitante del recurso a un concreto medio propio para llevar a cabo una encomienda en los términos de los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, el de su idoneidad para ejecutarla, lo que significa ante todo que debe disponer del personal y los medios materiales y técnicos necesarios para hacerlo por sí mismo, circunstancia que debería ser comprobada por el encomendante antes de efectuar el encargo.

Sin embargo, es frecuente el recurso a la subcontratación por parte de los entes instrumentales para ejecutar parte de las prestaciones objeto de los encargos encomendados y se ha comprobado que en muchos casos dicha subcontratación resulta sustancial al superar más de la mitad del total de la prestación encargada, llegando incluso en ocasiones a subcontratarse su totalidad.

**2.2.5.2.** Contribuyen a que se produzca esta situación al menos tres circunstancias:

- La primera, y principal, es que no hay establecido expresamente por ley un límite general común a la subcontratación para la ejecución de las encomiendas<sup>5</sup>, si bien existen previsiones singularmente establecidas para concretos medios propios<sup>6</sup>.
- La segunda es que los órganos encomendantes no adoptan previsiones suficientes ni llevan a cabo controles específicos que permitan conocer el grado y el alcance de la subcontratación efectivamente realizada por las encomendatarias para ejecutar la prestación, o incluso saber si dicha subcontratación ha tenido lugar o no.

<sup>5</sup> Esta ausencia regulativa de la subcontratación contrasta llamativamente con los límites que el TRLCSP sí establece en el marco de la contratación pública en distintos supuestos de subcontratación (en particular en sus arts. 227 o 289), o con los fijados por el art. 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

<sup>6</sup> Es el caso de TRAGSA, TRAGSATEC y SENASA, que tienen fijado por ley un límite a la subcontratación del 50% del importe total del encargo (apartado 6 de la disposición adicional 25ª del TRLCSP y apartado 3 del art. 67 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). Otras entidades pueden tener establecidos otros límites, con mayor o menor grado de intensidad en su exigencia, como INECO, que ha fijado mediante instrucciones internas un límite del 40% del importe total del encargo a ejecutar. Pero, incluso en estos casos, este Tribunal de Cuentas ha constatado que también se han superado con relativa frecuencia los límites expresamente señalados para estas concretas entidades.

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

25

- La tercera es que el artículo 4.1.n) del TRLCSP habilita a los medios propios a llevar a cabo esta subcontratación con sujeción al régimen legal correspondiente a su naturaleza como entidad contratante, en lugar de hacerlo con arreglo al régimen correspondiente a la naturaleza de la entidad encomendante. Dispone, en concreto, este precepto: *“Los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190”.*

**2.2.5.3.** En definitiva, el riesgo derivado de esta situación consiste en que la administración o el poder adjudicador encomendante pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud de la obligatoriedad del encargo que establece el artículo 24.6 del TRLCSP, estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso, cuando el medio propio no tenga la consideración de poder adjudicador, la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que los poderes adjudicadores hubieran actuado directamente como órganos de contratación, y a mayor abundamiento cuando el encomendante tiene la consideración de Administración Pública a los efectos del TRLCSP y la encomendataria es una entidad sujeta al Derecho privado, como sucede de manera habitual. La encomendataria actuaría en estos supuestos como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilitaría un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado).

Este Tribunal de Cuentas ya ha puesto de manifiesto en sus informes de fiscalización que un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo por sí mismo los encargos que se le encomienden, y que el recurso a un medio propio que no cuente con dichos medios podría suponer un fraude a la legislación de contratos públicos<sup>7</sup>.

A este respecto, debe entenderse que si un medio propio no puede ejecutar por sí mismo al menos el 50 por 100 del encargo, no puede ser considerado idóneo para realizar dicha prestación en los términos previstos por el artículo 86.2 de la LRJSP.

**2.2.5.4.** Por otra parte, este Tribunal de Cuentas considera, en cualquier caso, que para que la subcontratación sea posible dentro de los límites legales que sean establecidos, debe necesariamente estar expresamente contemplada en los pliegos de prescripciones reguladoras del encargo. Puesto que las encomiendas a medios propios se configuran como encargos obligatorios para los medios propios sujetos a instrucciones fijadas unilateralmente, el recurso a la subcontratación no puede ser de libre disposición por parte del medio propio y debe ser comunicado y, en su caso, autorizado por el poder adjudicador encomendante, que es el titular de la competencia que se trata de gestionar a su través y es al que corresponde dictar las instrucciones oportunas para su adecuada ejecución de forma unilateral (art. 24.6 del TRLCSP).

<sup>7</sup> En esta misma línea se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, en su Informe nº 13/12 de 27 de septiembre de 2012, afirma categóricamente que *“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”.*

**2.2.5.5.** Por último, en el caso de que se produzca subcontratación en los términos antes expuestos, los órganos encomendantes habrán de verificar que la misma se ha llevado a cabo de conformidad con lo prescrito por el inciso final del artículo 4.1.n) del TRLCSP antes transcrito.

### **2.2.6. En relación con el seguimiento y control de la ejecución de las encomiendas a medios propios**

**2.2.6.1.** Con independencia del fenómeno de la subcontratación que acaba de analizarse, los órganos y entidades encomendantes deben asegurar en los pliegos que hayan de regir la ejecución de las encomiendas los medios necesarios para conservar el poder de vigilancia y decisión sobre las vicisitudes que puedan sobrevenir en el curso de su ejecución.

El objetivo de fijar mecanismos de control no es otro que garantizar la correcta ejecución de las actividades encargadas, de la cual debe quedar constancia en el oportuno expediente. Sin embargo, se ha podido constatar que, por lo general, el control llevado a cabo por los encomendantes sobre la ejecución de los trabajos ha sido muy deficiente o nulo.

**2.2.6.2.** Debe a este respecto tenerse en cuenta que las encomiendas cuya finalidad es la consecución de un resultado concreto y perfectamente definido e identificable no siempre precisan necesariamente de la definición de mecanismos específicos de control y seguimiento de su ejecución. La supervisión permanente por parte del director de los trabajos, que debe quedar 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. La ulterior recepción de los resultados obtenidos, concluida la vigencia de la encomienda, garantiza que los mismos responden a los trabajos encargados. En esta situación se encuentran las encomiendas mediante las cuales se encarga la entrega de un bien o una obra, definida de forma precisa por un proyecto cuya aprobación se ha ajustado a la normativa aplicable; o aquellas cuya finalidad es la elaboración de informes o estudios técnicos específicos sobre una o varias materias cuyo contenido y alcance están perfectamente definidos en el encargo realizado.

**2.2.6.3.** Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de esta Moción, un volumen significativo de encomiendas no presentan este 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 estos casos, a la indeterminación de las tareas encargadas se suma la falta de definición de resultados tangibles y verificables de forma inequívoca, lo que exige la necesaria implementación de mecanismos de supervisión específicos que garanticen el cumplimiento efectivo de los trabajos encargados (*v.gr.* elaboración de informes de actividades, control de asistencia del personal o del número de horas trabajadas), circunstancia que en la mayor parte de los casos no se produce.

A pesar de que es frecuente que los documentos de formalización de las encomiendas establezcan nominalmente algunos mecanismos para el seguimiento y control de los trabajos de ejecución de las encomiendas (como establecer la previsión de designar un funcionario responsable de la dirección y supervisión de los trabajos, o de constituir una comisión de seguimiento), aquellos no se han aplicado, o han resultado insuficientes, o se han limitado a exigir la conformidad previa al pago de los trabajos efectivamente realizados sin que, en estos casos, queden normalmente detalladas las actividades ejecutadas ni el periodo de tiempo al que se refieren. En los casos en los que se han establecido previsiones sobre la obligación de presentar memorias o informes de las actividades realizadas o sobre la realización de reuniones de seguimiento, no siempre se ha procedido a exigir su cumplimentación, observándose en todo caso una generalizada falta de

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

27

homogeneidad en las formas de realización efectiva de dicho seguimiento y de la acreditación del cumplimiento de los trabajos realizados.

**2.2.6.4.** La necesidad de este control es fundamental por cuanto se ha podido comprobar la existencia de desviaciones, en algún caso muy significativas, tanto entre el número de horas facturadas por categorías profesionales y las realmente trabajadas, como entre el nivel de formación y experiencia del personal requerido para la realización de los trabajos y el de los trabajadores que realmente habían ejecutado las tareas. Esta falta de identidad entre los datos reales ejecutados y los ofertados permite a los medios propios actuar sobre su margen de beneficio, pudiendo modificar sustancialmente el coste del proyecto al variar los costes por categoría de personal y/o el número de horas imputables. Esta situación puede darse con más facilidad cuando el precio del proyecto refleja más un presupuesto conjunto, a tanto alzado o por unidades de medida de difícil cuantificación, que el detalle de las horas por categorías de personal, lo que no resulta coherente con la aplicación de tarifas por categoría de personal para la elaboración de presupuestos, como se verá más adelante.

### **2.2.7. En relación con la planificación de la utilización de las encomiendas a medios propios**

**2.2.7.1.** 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 la encomienda a medios propios, 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 artículo 69.1 del EBEP, 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”*.

**2.2.7.2.** Por otra parte, en muchos casos, el gasto en encomiendas en realidad cubre déficits estructurales de plantilla, como ya se ha señalado, y esta situación se ha agravado en los últimos años en la medida en que, como consecuencia del proceso de consolidación fiscal, han permanecido congeladas la oferta de empleo público y las partidas del Capítulo 1 (Gastos de personal) -como de hecho así se explicita en la motivación de algunas encomiendas-, de tal forma que mientras las plantillas de personal propio han experimentado un decrecimiento vegetativo inexorable, no han sufrido idéntica corrección los servicios prestados y las actuaciones públicas desarrolladas, por lo que el único efecto que presentan es la de ser cubiertas mediante la contratación externa o empleando el recurso a las encomiendas.

Por ello, resultaría erróneo valorar la importancia de las encomiendas a medios propios a partir de aspectos exclusivamente cuantitativos, especialmente en aquellos casos en los que la operatividad de algunas unidades y áreas de gestión aparece íntimamente supeditada al empleo de este recurso, bien porque permite suplir directamente las carencias de personal existentes, ya por la menor carga administrativa que supone su empleo con respecto a la tramitación de un procedimiento de contratación convencional.



**2.2.7.3.** En este contexto, parece imprescindible que en aquellos casos en los que el recurso a las encomiendas haya pasado a ser una forma habitual de gestión, a pesar de su carácter excepcional, estas sean tenidas en cuenta a la hora de llevar a cabo la planificación estratégica de los órganos afectados, ligándola estrechamente a la planificación de recursos humanos, a fin de evitar que el empleo recurrente de esta figura sin criterios estratégicos predeterminados conduzca a una progresiva descapitalización de recursos humanos en los órganos administrativos titulares de la competencia, al derivarse hacia los entes instrumentales los recursos que en buena lógica deberían estar destinados en aquellos, y a una paralela dependencia funcional inexorable de los medios propios. Esta situación puede, además, llegar a invertir, por la vía de hecho, en determinadas áreas de gestión, la posición de mando y supraordinación que corresponde al encomendante con respecto al encomendatario, al colocarse el encomendante en una posición de dependencia técnica fáctica excesiva o de falta de autonomía respecto de las encomendatarias que realizan de forma recurrente estos trabajos.

**2.2.7.4.** Por otra parte, se ha podido comprobar la generalizada ausencia de realización de estudios específicos, ni siquiera por las unidades que utilizan sistemáticamente este instrumento jurídico, que acrediten las ventajas de recurrir a la encomienda de gestión en detrimento de los procedimientos de contratación tradicionales, sin que se lleven a cabo estudios comparados sobre los costes de la opción de la encomienda frente a los potenciales beneficios atribuibles a la competencia del mercado.

Y sin embargo, 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 en presencia. A este respecto, la LRJSP contempla en su artículo 3, entre los principios generales de actuación de las AAPP, el de *“planificación”* y el de *“adecuación estricta de los medios a los fines institucionales”*.

**2.2.7.5.** La ausencia de una planificación adecuada, unida a la falta de seguimiento y control en la ejecución de las encomiendas a que se ha hecho referencia con anterioridad, supone además un grave impedimento limitativo para que los poderes adjudicadores encomendantes puedan llegar a conocer si el recurso a la encomienda ha sido un medio más eficiente que otros posibles, como la contratación, en el cumplimiento de sus objetivos y si ha respondido adecuadamente o no a la finalidad perseguida. En este sentido, no puede olvidarse que resultan de aplicación a las encomiendas a medios propios los principios del TRLCSP, en virtud de su artículo 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).

A este respecto, conviene recordar que el artículo 86.2 de la LRJSP ha establecido como requisito necesario para que una entidad pueda ser considerada como medio propio, que *“sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”*.

Como la propia LRJSP prescribe, la comprobación de la concurrencia de este requisito, junto a los demás que exige la ley, *“formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos”*. El ejercicio adecuado de este control y sus resultados deben constituir un instrumento fundamental a tener en cuenta en la planificación estratégica del empleo de esta forma de gestión.

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

29

### **2.2.8. En relación con los requisitos legales exigibles para que una entidad pueda ser considerada como medio propio o servicio técnico**

**2.2.8.1.** En las fiscalizaciones realizadas por este Tribunal de Cuentas, se ha podido verificar que las entidades encomendatarias reunían los requisitos legales esenciales para realizar los encargos encomendados en tanto que eran integrantes del sector público y cumplían con las exigencias formales establecidas en el artículo 24.6 del TRLCSP, ostentando la condición de medios propios y servicios técnicos de acuerdo con su normativa reguladora y estatutaria.

No obstante, en algunos casos puntuales, se ha podido constatar que el ente instrumental no había sido formalmente declarado medio propio, aun reuniendo los requisitos para ello, o que las tarifas aplicadas no habían sido previamente aprobadas por la entidad de la que dependía el medio propio, en contra de lo exigido por el artículo 24.6 del TRLCSP.

En cuanto al requisito consistente en que el encomendatario ha de realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que efectúa la encomienda, el Tribunal de Cuentas ha constatado que ni por parte de los medios propios, ni tampoco por parte de los poderes adjudicadores de los que dependen se han llevado a cabo controles que permitieran verificar esta circunstancia, sin que de ello se derivara, hasta la fecha, un incumplimiento formal del TRLCSP, al no estar definido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional el alcance de lo que debía entenderse por "parte esencial de su actividad", como sí hace ahora, la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, fijándolo en el 80 por 100 de dicha actividad, como mínimo.

También se ha puesto de manifiesto por este Tribunal en sus informes de fiscalización la conveniencia de establecer mecanismos para que los poderes adjudicadores ejerzan de manera efectiva sobre sus medios propios un control análogo al de sus propios servicios y que, cuando un medio propio sirve a varios poderes adjudicadores, estos se han de coordinar adecuadamente para ejercer conjuntamente esa influencia decisiva, con la finalidad de hacerla real y efectiva, y garantizar que en la definición de los objetivos estratégicos y en la adopción de las decisiones más relevantes de los medios propios no surjan contradicciones o intereses contrapuestos a los de sus poderes adjudicadores.

**2.2.8.2.** Con la entrada en vigor, el 2 de octubre de 2016, de la LRJSP, los requisitos legales fijados por el TRLCSP se han visto reforzados, formando ahora parte del control de su eficacia la comprobación de que los encomendatarios disponen de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, y la constatación de que constituyen una opción más eficiente que la contratación pública, sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica (art. 86 de la LRJSP).

A estos efectos, resulta especialmente pertinente insistir en que *la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*, estableció una mayor precisión en los criterios definitorios de la figura objeto de esta Moción, precisando que el poder adjudicador, por sí mismo o conjuntamente con otros poderes adjudicadores, debe ejercer sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, entendiendo por tal el ejercicio de una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada; que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador; y que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén

impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Esta Directiva se encuentra en proceso de transposición al haber sido aprobado por el Gobierno de la Nación y remitido a las Cortes Generales el 25 de noviembre de 2016 un *Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, calificado por la Mesa del Congreso de los Diputados el 29 de noviembre de 2016 para su tramitación y aprobación por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia.

**2.2.8.3.** Por otro lado, se ha podido comprobar en las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas que algunas de las encomiendas efectuadas por los poderes adjudicadores no resultaban plenamente concordantes con el objeto social del medio propio escogido para ejecutarlas, o no encajaban adecuadamente 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 artículo 24.6 del TRLCSP- no habría sido la más idónea.

Y también se ha podido constatar, por parte de este Tribunal de Cuentas, la gran amplitud con la que se concibe el objeto social de algunas entidades encomendatarias, lo que ha propiciado que hayan sido utilizadas como “*medio para todo*”. La dificultad que entraña contar con recursos propios para poder dar cobertura a objetos sociales tan amplios determina que las entidades encomendatarias se vean abocadas a ampliar sus plantillas de forma temporal, o a contratar personal específico ajeno a su área de especialización principal, o a subcontratar con frecuencia con otras empresas la práctica totalidad o la mayor parte de la ejecución de la encomienda, contribuyendo a agravar los problemas derivados de la subcontratación que ya se han puesto de manifiesto en la presente Moción. Por ello, cuando el objeto social de la entidad que actúa como medio propio sea excesivamente amplio o genérico, sus estatutos o su norma de creación, al establecer las actividades para las que puede actuar como medio propio, deberían evitar referirse a la totalidad de ese objeto social y especificar las concretas actividades definitorias o características de su especialización funcional, en relación con las cuales puede actuar como medio propio. Lo contrario puede abocarlas a la pérdida de la especialización que, en definitiva, constituye su razón de ser.

### **2.2.9. En relación con la aplicación del sistema de tarifas para la determinación del precio de las encomiendas a medios propios**

**2.2.9.1.** Las encomiendas a medios propios, como instrumentos generadores de gasto, requieren que el precio a satisfacer por los servicios prestados sea cierto. Esto es así por la necesidad de reservar crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto asociado a su ejecución, por la obligación de fiscalizar el gasto, y por la necesidad de su aprobación por el órgano competente con anterioridad a la formalización. Por tanto, la certeza del precio resulta esencial para el aseguramiento de la necesaria cobertura presupuestaria al objeto de atender la obligación que va a contraerse (art. 73 de la LGP). Pero, además, la obligación de la certeza del precio viene exigida por las reglas generales aplicables a este tipo de negocios jurídicos en los que se produce la entrega de un bien o servicio a cambio de una contraprestación (art. 26.1.f) del TRLCSP y arts. 1.445 y 1.543 del Código Civil).

Sin embargo, no existe una regulación general que discipline de forma homogénea el régimen económico de las encomiendas y los criterios para la determinación de los precios a aplicar, más allá de la declaración genérica que realiza el artículo 24.6 del TRLCSP consistente en que la

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

31

retribución de la encomienda *“se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”*.

Así, ha sido en la normativa reguladora de cada uno de los distintos entes instrumentales donde se ha establecido el régimen retributivo de los encargos que en cada caso les puedan ser encomendados y donde se explicita, con diferentes enunciados, por un lado, la obligación de proceder a la valoración de la retribución aplicando las tarifas formalmente aprobadas y, por otro, la necesidad de que estas respondan a los costes reales de las prestaciones realizadas.

**2.2.9.2.** El Tribunal de Cuentas ha podido verificar que junto a la existencia de tarifas calculadas exclusivamente en atención a los costes reales de realización, existen otras calculadas sobre los costes directos e indirectos, incluyendo porcentajes variables y no uniformes de gastos generales y corporativos, más márgenes para atender desviaciones e imprevistos, y otras que a ello incorporan márgenes de rentabilidad o incluso un porcentaje de beneficio industrial. En una interpretación integradora de los preceptos del TRLCSP de acuerdo con su artículo 4.2, y teniendo en cuenta que se trata de una relación interna, derivada de una operación que no es de mercado, debe entenderse que la fijación de las tarifas debería hacerse exclusivamente atendiendo a los costes de realización del encargo. Los márgenes de rentabilidad no entran dentro de la lógica y la coherencia jurídico-económica de la encomienda a medios propios ya que estos se financian con fondos públicos (con lo que no asumen el riesgo del empresario particular), y actúan en las relaciones con su matriz como si de un órgano técnico propio se tratase, razón por la que conceptos como el de “márgenes de rentabilidad” o “beneficio industrial” deben quedar descartados como criterios a tener en cuenta para la determinación de las tarifas. Lo contrario podría, además, ser considerado como ayuda pública en aquellos medios propios que actúen también en el mercado.

Pero haciendo un análisis de la razón de ser del medio propio, no es suficiente con que las tarifas se calculen sobre costes reales si estos costes superan a los de mercado por ineficiencia del ente instrumental. Así pues, con el parámetro “costes reales” se señala un límite máximo que deberá ser igual o inferior al fijado por el mercado, pero no superior, dado que en este caso se estaría ante una gestión ineficiente y el recurso al ente instrumental, como medio para proveer a la Administración de bienes y servicios, no estaría justificado.

Pues bien, con independencia del sistema de cálculo y fijación de tarifas, ha llamado especialmente la atención del Tribunal de Cuentas que, salvo alguna contada excepción, no se han llevado a cabo por parte de los órganos y entidades encomendantes estudios acerca de si los precios resultantes de la aplicación de dichas tarifas, en cada caso concreto, resultan efectivamente inferiores o iguales al valor de mercado, con el fin de verificar que el recurso a la encomienda constituye una solución económicamente ventajosa con respecto a la licitación pública.

**2.2.9.3.** Por otra parte, el Tribunal de Cuentas ha podido constatar la existencia de diferencias muy significativas entre las tarifas euros/hora aprobadas para distintos entes instrumentales correspondientes a perfiles profesionales similares por titulación y experiencia profesional, llegando algunas de ellas a ser un 100 por 100 más caras que otras. Si bien es cierto que las tarifas de cada medio propio deben responder a sus costes reales -por lo que pueden tener sus propias especificidades-, resulta no obstante llamativo que las tarifas correspondientes a prestaciones similares se muevan en bandas de precios tan amplias como las existentes en algunas de ellas. Igualmente, se ha detectado, en ocasiones, la aplicación por un mismo medio propio de distintas tarifas para la prestación de los mismos servicios en función de la entidad para la que realizaba el servicio, presentándose estas diferencias incluso entre entidades que pertenecían al mismo ámbito administrativo.

**2.2.9.4.** El cálculo del presupuesto de una encomienda debe responder, por tanto, a la aplicación de unos precios unitarios y homogéneos, en este caso 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. Sin embargo, la indeterminación del objeto y de las actividades a ejecutar, circunstancia bastante habitual como ya se ha señalado, supone una seria limitación a la hora de fijar adecuadamente la retribución de la encomienda, en la medida en la que la falta de concreción del objeto impide o dificulta seriamente la correcta definición de los componentes de la prestación. Esta situación se produce especialmente en aquellos casos en los que la prestación consiste en la puesta a disposición de recursos humanos para el apoyo en la realización de actividades ordinarias de los poderes adjudicadores, definiéndose componentes homogéneos de la prestación de forma forzada (número de expedientes tramitados, informes o proyectos tipo realizados valorados unitariamente) que no responden en sentido estricto a la tipología de los servicios realmente prestados (horas de trabajo por categorías profesionales). Lo mismo ocurre cuando en la fijación del precio de la encomienda se contemplan márgenes para atender hipotéticas desviaciones o imprevistos.

**2.2.9.5.** Tampoco los documentos de formalización de las encomiendas ni los pliegos técnicos contemplan medidas específicas para minimizar el riesgo de una posible falta de adecuación de los precios así tarifados al coste real de los trabajos, ni en general de otros precios fijados a tanto alzado cuando no existe una tarifa previamente fijada para la prestación encargada, limitándose a señalar de forma meramente declarativa que se ajustan a los de mercado, o que se corresponden con los fijados para prestaciones similares en otras encomiendas, sin que se acredite en los expedientes ninguna de estas circunstancias. A juicio del Tribunal de Cuentas, en los casos –que deberían ser excepcionales– en que se emplee este sistema para la fijación de precios, estos deberían tener la consideración de gastos “a justificar”, de tal forma que la incertidumbre existente a la hora de calcular el presupuesto quede minimizada por la acreditación posterior justificativa del coste real de la prestación realizada.

**2.2.9.6.** En otro orden de cosas, la aplicación del régimen de tarifas a las actividades encomendadas ejecutadas mediante subcontratación por parte de los medios propios con terceros requiere un análisis singular. El sistema de tarifas se apoya sobre la base teórica de que su determinación responde a los costes reales de las prestaciones que se realizan, garantizando de esta forma el equilibrio financiero que debe regir este tipo de negocios jurídicos. Este sistema responde a la premisa de que las prestaciones objeto del encargo son ejecutadas con recursos propios del ente instrumental y, por tanto, los costes reales se hacen depender de la estructura de costes directos e indirectos propia de cada ente instrumental, circunstancia que no se da cuando las actividades son subcontratadas. En este sentido, el recurso a la subcontratación supone, en cierta medida, desvirtuar este mecanismo de fijación del precio, ya que el coste directo estaría inequívocamente identificado en estos casos con el precio pagado a los subcontratistas, sin perjuicio de que a este precio pudieran añadirse los gastos asociados a la tramitación, formalización y ejecución de estos contratos, de tal forma que el proceso de subcontratación no supusiera la ruptura del equilibrio financiero que, al igual que en los contratos, también debe respetarse en las encomiendas a medios propios. Se trata, por tanto, de que la aplicación de este mecanismo en los casos en los que estuviera formalmente autorizado no suponga un quebranto para el encomendante, pero tampoco un beneficio o un enriquecimiento injustificado para la entidad encomendataria. Hay que reseñar a este respecto que las tarifas aplicadas a la generalidad de las encomiendas en las que se ha subcontratado parte de las prestaciones no prevén esta circunstancia. Para evitar cualquiera de estos efectos no deseados es necesario, además del antes mencionado control de la subcontratación, la perfecta identificación y definición, por parte de los encomendantes, de las actividades a realizar y su valoración individualizada, así como la

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

33

facturación de dichos gastos con arreglo al coste real de la subcontratación con la aprobación, en su caso, de una tarifa relacionada con la gestión de las prestaciones subcontratadas.

**2.2.9.7.** Por último, en sus informes de fiscalización, este Tribunal de Cuentas ha expresado su preocupación por la falta de homogeneidad en los criterios seguidos por los órganos gestores para la aplicación, o no, del IVA a las encomiendas, a los efectos de la consideración de su no sujeción al impuesto. Esta cuestión ha sido objeto de tratamiento por la nueva redacción que la Ley 28/2014, de 27 de noviembre<sup>8</sup>, ha dado al artículo 7, apartado 8º (operaciones no sujetas al impuesto), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el cual *“no estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo”*. El precepto incluye, no obstante, un pormenorizado catálogo de excepciones y mantiene la sujeción al impuesto de las entregas de bienes, lo que ha seguido provocando en los gestores dudas sobre el alcance del precepto, que han tenido que seguir elevando sus correspondientes consultas a la Dirección General de Tributos después de la entrada en vigor de la reforma (v.gr. consultas V0681-15, o V1545-15).

### 3. PROPUESTAS QUE SE FORMULAN

Como consecuencia de todo lo expuesto, con el fin de contribuir al desarrollo de un adecuado marco legal para el empleo por las AAPP de las actuales encomiendas de gestión a medios propios, y con ello impulsar la adopción de medidas que contribuyan a conseguir un sector público más racional y eficiente, este Tribunal de Cuentas formula las propuestas que seguidamente se detallan para su consideración por las Cortes Generales y su traslado, en su caso, al Gobierno de la Nación u otras instancias, si lo estiman pertinente:

**3.1.** Debería procederse a regular la figura de las encomiendas o encargos a medios propios, actualmente contemplada en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, mediante una norma sustantiva con rango de ley que establezca un marco legal de carácter básico y común (artículo 149.1.18ª de la Constitución española) en el que se definan pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, incluyendo la exigencia de justificar las razones de economía y eficacia que motivan su empleo; su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control.

En el ámbito del sector público estatal (de la Administración General del Estado), este marco legal debiera concretar los actos administrativos y de trámite que se consideren necesarios, los documentos preparatorios, informes y autorizaciones que sean precisos, el contenido formal y material mínimo del documento de formalización del encargo y del documento o pliego técnico en el que se concreten las prestaciones o trabajos a realizar en función de su tipología, los órganos competentes para ordenar los encargos o, en su caso, autorizarlos en función de sus importes, la determinación del presupuesto del encargo, la fijación de un plazo máximo para su realización, los

<sup>8</sup> Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

medios de control y justificación de los trabajos ejecutados, las causas de extinción de la eficacia de los encargos o la cancelación de los mismos y sus efectos, su publicación en consonancia con las exigencias establecidas por la legislación reguladora de la transparencia, y su comunicación y remisión al Tribunal de Cuentas en términos equivalentes a los contemplados para los contratos y los convenios en su legislación reguladora respectiva; todo ello con independencia de los actos y trámites de gestión del gasto establecidos por la legislación presupuestaria.

**3.2.** Debería darse una denominación legal (*nomen iuris*) a esta figura, coherente con su actual naturaleza de encargo para la realización de prestaciones de naturaleza contractual, de ejecución obligatoria y sujeto a instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante, evitando con ello posibles confusiones con las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 11 de la LRJSP y con los convenios regulados por los artículos 47 y siguientes del mismo texto legal. El cambio de denominación exigiría una adaptación y extensión, en su caso, de las actuales normas que contienen disposiciones relativas a las encomiendas de gestión para asegurar su aplicación a esta nueva figura.

**3.3.** La definición del objeto de los encargos a medios propios debe centrarse de modo preferente, si no exclusivo, en la realización puntual de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los poderes adjudicadores, evitando los casos en que pudieran ser utilizados para suplir carencias estructurales de personal -que deberían ser solventadas a través de la adecuada dotación de las plantillas-, evitando con ello incurrir en posibles supuestos de cesión ilegal de trabajadores. En todo caso, debería excluirse expresamente la posibilidad de que el recurso a estos encargos pueda ser empleado para canalizar la participación financiera de unas administraciones en proyectos conjuntos con otras administraciones (para lo cual debe acudir a los convenios de colaboración o a la articulación de subvenciones o transferencias entre administraciones), o para articular la gestión de subvenciones públicas (para lo cual debe acudir a los mecanismos reguladores de las entidades colaboradoras en la gestión de subvenciones previstos en la Ley General de Subvenciones).

**3.4.** Debería reforzarse la prohibición expresa de que a través del recurso a los encargos a medios propios se produzca una alteración de la titularidad de las competencias propias de los órganos de naturaleza administrativa o una traslación del ejercicio de las mismas o de sus elementos determinantes a los entes instrumentales, y muy especialmente del ejercicio de potestades públicas, reservado por ley a los funcionarios públicos.

**3.5.** En el procedimiento que se establezca para la tramitación de los encargos a medios propios debería contemplarse la necesidad de que la justificación del recurso a su empleo esté siempre sustentada en informes o estudios que acrediten, con la suficiente especificación y concreción, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los poderes adjudicadores encomendantes, y por otro, la mayor idoneidad del empleo de esta forma de gestión frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir, en particular los procedimientos de licitación pública. En todo caso, esta justificación debe documentarse adecuadamente con los informes y estudios oportunos, que permitan constatar que la opción del encargo es la más idónea por razones de economía o de eficiencia, o porque resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia.

**3.6.** Parecería conveniente que el recurso a los encargos a medios propios por parte de aquellos órganos y entidades para los que constituye una forma habitual de apoyo en la gestión, a pesar de su carácter excepcional, sea tenido necesariamente en cuenta a la hora de llevar a cabo su planificación estratégica, ligándola a la planificación de sus propios recursos humanos con el fin de evitar la descapitalización de su propio personal técnico especializado.

Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas

35

**3.7.** La fijación de las tarifas -que han de ser aprobadas por la entidad pública de la que dependan los medios propios (art. 24.6 del TRLCSP)-, debería hacerse siguiendo criterios homogéneos, atendiendo exclusivamente a los costes de realización de las prestaciones objeto de encargo y con exclusión de cualquier tipo de margen de rentabilidad o beneficio industrial. Los órganos que han de aprobar las tarifas deberían verificar, mediante los oportunos estudios de costes e informes que procedan, que los costes reales de producción sobre los que se fijen dichas tarifas no sean superiores a los precios de mercado, como requisito necesario para su aprobación.

**3.8.** Los trabajos objeto de los encargos deberían concretarse, en todo caso, con detalle. Con ello, además de asegurar su estricta adecuación a los fines que motivan el encargo, se hace posible que su retribución pueda ser fijada con precisión mediante la aplicación de las correspondientes tarifas. Sin perjuicio de lo señalado en la anterior propuesta 3.7, referida a la fase de elaboración y aprobación de las tarifas, los órganos y entidades que realicen los encargos deberían asegurarse de que el precio obtenido mediante su concreta aplicación, en cada caso, se ajuste a los costes reales de la prestación y no sea superior al valor de mercado, pues de lo contrario habrían de recurrir a la licitación pública, salvo que existieran otras razones de interés público debidamente justificadas y acreditadas.

**3.9.** Los precios de determinados componentes de la prestación no contemplados en las tarifas y fijados a tanto alzado (lo que ha de ser excepcional), o los establecidos como márgenes para atender desviaciones o imprevistos, deberían tener la consideración de "gastos a justificar" y por tanto, para su abono, los órganos o entidades que realicen los encargos habrían de realizar la oportuna liquidación y exigir su pormenorizada justificación documental a los medios propios ejecutantes.

**3.10.** Los órganos o entidades encomendantes deberían seleccionar de forma adecuada el ente instrumental al que recurran en cada ocasión, asegurándose de que su objeto social o su norma de creación comprende específicamente las actividades en que consista el objeto del encargo. Deberían también asegurarse de que el medio propio cuenta, en el momento de realizarse el encargo, con medios suficientes para afrontarlo por sí mismo, sin necesidad de tener que acudir, de modo relevante, a la subcontratación.

**3.11.** Con el fin de garantizar la especial idoneidad de los entes instrumentales para llevar a cabo determinadas tareas singularmente cualificadas o especializadas, cuando el objeto social de la entidad que actúa como medio propio sea excesivamente amplio o genérico, sus estatutos o su norma de creación, al establecer las actividades para las que puede actuar como medio propio, deberían evitar referirse a la totalidad de ese objeto social y especificar las concretas actividades definitorias o características de su especialización funcional, en relación con las cuales puede actuar como medio propio.

**3.12.** Habría de procederse a completar los requisitos exigibles a los medios propios para poder ser considerados como tales en los términos establecidos por la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*, cuya transposición se encuentra en curso con la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, debiendo reforzarse, asimismo, los medios de control que permitan verificar su efectivo cumplimiento.

**3.13.** Debería establecerse de forma expresa un límite legal general a la subcontratación por parte de los medios propios para la realización de las prestaciones objeto de encargo, que habría de ceñirse a las prestaciones accesorias que no constituyan el objeto principal del encargo y estar



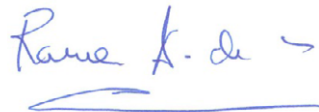
restringida a un máximo del 50 por 100 del coste total del encargo. El eventual exceso sobre los límites a la subcontratación que se establezcan debería tener una repercusión sobre la valoración de la idoneidad del infractor como medio propio.

**3.14.** Sin perjuicio de lo anterior, la subcontratación solo debería ser admitida si se contempla expresamente dicha posibilidad en el documento de formalización del encargo o en sus pliegos reguladores, con exigencia de autorización expresa del encomendante previa notificación. La retribución de las prestaciones que sean objeto de subcontratación habría de ser fijada con arreglo al coste real del contrato llevado a cabo por el ente instrumental, sin perjuicio de que pueda ser valorada la inclusión de los gastos de tramitación y gestión de la subcontratación, que deberían estar, en su caso, específicamente tarifados. Debería además establecerse la obligación, para los poderes adjudicadores encomendantes, de verificar que la subcontratación se ha llevado a cabo de conformidad con lo prescrito por el inciso final del artículo 4.1.n) del TRLCSP.

**3.15.** Debería establecerse la obligatoriedad, para los poderes adjudicadores encomendantes, de incorporar a los pliegos que hayan de regir la ejecución de los encargos los medios necesarios para asegurar su adecuado y efectivo control y seguimiento y conservar el poder de decisión sobre las vicisitudes que puedan sobrevenir en su curso, especialmente en las encomiendas de actividad.

Madrid, 22 de diciembre de 2016

EL PRESIDENTE



Ramón Álvarez de Miranda García