

RESUMEN Proyecto CSP del INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LOS ENCARGOS O ENCOMIENDAS CONTRACTUALES A MEDIOS PROPIOS FORMALIZADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN 2013.



Aprobado por el CONSEJO DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN, en sesión celebrada el día 29 de diciembre de 2015.

El presente documento contiene una relación extractada de los principales defectos que, en materia de contratación, han sido observados por la Cámara de Cuentas de Aragón (CC Aragón) en su informe de fiscalización de los encargos y encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la administración de la Comunidad Autónoma durante el ejercicio 2013.

Código de colores:

En color azul figura el resumen del defecto observado por el CC Aragón.

En color negro el extracto del texto literal del informe (incluidas las referencias a pie de página).

En color granate las recomendaciones efectuadas.

Encomiendas de gestión: marco normativo contractual. Aplicación de los artículos 4.1.n y 24.6 TRLCSP.

“La encomienda contractual (conocida en Derecho comunitario como contratos o servicios in house providing, contrat maison, encargos directos de gestión o encargos a medios propios) es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo, un organismo público o una entidad del sector público -encomendante- encarga a un ente instrumental que tiene atribuida la condición de medio propio -encomendatario- la realización de una determinada actividad o prestación cuya aceptación y ejecución resulta obligatoria para la entidad que recibe el encargo sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

El núcleo regulador básico de las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual a medios propios se encuentra en los artículos 4.1 n) y 24.6 TRLCSP.

El artículo 4.1 n) TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la Ley los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.

El artículo 24.6 TRLCSP denomina encomiendas a los citados negocios jurídicos en cuya virtud un poder adjudicador encarga a una entidad que tiene la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”.

Encomiendas de gestión: Ley de contratos vs Ley de procedimiento administrativo común. Si la encomienda recae sobre un objeto propio de un contrato, la regulación de la LRJAP y PAC debe ceder ante lo dispuesto en el TRLCSP.

“De este modo lo ha entendido la Abogacía General del Estado, en la Circular 6/2009, que llega a la conclusión de que los problemas que genera la incompatibilidad de los dos regímenes jurídicos, a causa de un conflicto positivo entre las dos normas jurídicas que regulan la misma figura con requisitos diferentes, debe resolverse, básicamente, aplicando los principios generales del Derecho de ley posterior y ley especial. Así, cuando la encomienda entre entes, organismos y entidades de una misma Administración ligados por una relación de dependencia recae sobre actividades que no constituyen objeto de un contrato regulado en el TRLCSP, en nada se verán afectas por él. Por el contrario, si recae sobre un objeto propio de un contrato, la regulación de la LRJAP y PAC debe ceder ante lo dispuesto en el TRLCSP (artículos 4 y 24.6)”.

Encomiendas de gestión: Ley de contratos vs Ley de procedimiento administrativo común. Las encomiendas del TRLCSP son negocios unilaterales, a diferencia de la naturaleza de las encomiendas de la LRJAP y PAC, en las que prima la bilateralidad.

“Otra diferencia entre la figura regulada en la LRJAP y PAC y la figura regulada en el TRLCSP es que ésta última constituye, por definición, un mandato obligatorio, debido a la inexistencia de voluntad propia y autónoma de quien recibe el encargo respecto de quien lo ordena, lo que les acerca a un negocio jurídico “unilateral” (que no, por tanto, bilateral), que parece del todo incompatible con la naturaleza de la encomienda administrativa del artículo 15 LRJAP y PAC.

(...) Con carácter general, Aragonesa de Servicios Telemáticos define técnica y económicamente el objeto de las encomiendas. Este hecho es incompatible con el requisito previsto en el artículo 24.6 TRLCSP de que el encomendante ostente sobre el medio propio un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, fijando instrucciones de forma unilateral y con una retribución determinada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”.

Encomiendas de gestión LRJAP y PAC: entidades participantes. Las encomiendas de la Ley 30/92 solo caben entre órganos administrativos o entes de derecho público.

“Por otra parte, las encomiendas de gestión del artículo 15 LRJAP y PAC solo caben entre órganos administrativos o entes de derecho público, con exclusión, por tanto, de las personificaciones jurídico-privadas, aunque formen parte del sector público”.

Encomiendas de gestión: naturaleza instrumental, no contractual, de carácter interno, dependiente y subordinado.

“Los encargos o encomiendas a medios propios constituyen una relación de naturaleza instrumental, no contractual, de carácter interno, dependiente y subordinado, caracterizada 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. Sin embargo, con frecuencia las encomiendas han adoptado la forma o la estructura de contrato, convenio u otras formas de acuerdos de voluntades, lo que no se ajusta a su naturaleza instrumental (epígrafe 3.3)”.

Encomiendas de gestión: encomiendas vs convenios. El objeto de los convenios de ejecución de varias obras, es propio de un contrato de obras, por lo que el objeto está incluido en el ámbito de aplicación del TRLCSP. El convenio no es el instrumento jurídico adecuado para formalizar un encargo de ejecución, ya que el convenio es consecuencia de la libre declaración de voluntad de las partes, mientras que en los encargos de ejecución no hay un acuerdo de voluntades, ya que una de las partes (entidad encomendante) controla la voluntad del ente que, obligatoriamente, tiene que satisfacer la prestación objeto del encargo.

“El objeto de los convenios es la ejecución de varias obras por el IAF, esto es, el objeto propio de un contrato de obras. Por lo tanto, como el objeto está incluido en el ámbito de aplicación del TRLCSP, la Administración no puede celebrar un convenio, ya que de conformidad con el artículo 4.1.c) y d) TRLCSP solo están excluidos del ámbito de la citada norma los convenios que celebre la Administración siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la

Ley. Y ello porque, tal y como manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAA en su informe 5/2015 “la redacción actual de este precepto, en cuanto a los convenios de colaboración entre Administraciones y otras entidades de derecho público, trae causa de la STJUE de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03, por la que se condenó al reino de España, por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos, los convenios que se celebren entre Administraciones y otras entidades de derecho público, aun cuando por su objeto constituyan contratos públicos a los efectos de las Directivas. Es necesaria, por tanto, una interpretación que eluda la aplicación, bajo la forma de un convenio, de la normativa de contratación pública.

(...) Un convenio no es el instrumento jurídico adecuado para formalizar un encargo de ejecución ya que el convenio es, por definición, consecuencia de la libre declaración de voluntad de las partes. Sin embargo, en los encargos de ejecución no hay un acuerdo de voluntades, ya que una de las partes (la Administración matriz o entidad que efectúa el encargo) controla la voluntad del ente que, obligatoriamente, tiene que satisfacer la prestación objeto del encargo, sino un mandato que una entidad, encomendante, imparte a otra, encomendataria, que tiene carácter instrumental respecto de aquella y carece de autonomía contractual.

- En su caso, y siempre que se cumplieran los requisitos previstos en el artículo 24.6 TRLCSP, y se justificara su conveniencia para el interés público, el departamento debería haber empleado la figura del encargo de ejecución prevista en el citado precepto. Sin embargo, la Ley de creación del IAF no le reconoce expresamente la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 24.6 TRLCSP no se le pueden conferir encargos.
- El IAF no dispone de medios para la ejecución de las obras. Ha subcontratado el 100 % de las obras.
- No consta fiscalización por la Intervención de los acuerdos del Gobierno de Aragón de 30 de abril y 17 de noviembre de 2013 de aprobación de los convenios de colaboración a suscribir entre el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transporte y el IAF.
- No consta que se haya emitido informe jurídico previo a la aprobación de los convenios”.

Encomienda de gestión: encomiendas vs transferencias de fondos para el establecimiento de la estructura básica. Cuando nos encontramos ante encargos consistentes en el desarrollo de una actividad, que suponen la prestación de servicios, nos encontramos ante contratos que pueden, en su caso, ser objeto de una encomienda. No resulta correcta la fórmula de la transferencia, dado que ésta tiene por finalidad la financiación de la estructura básica.

“El objeto de las órdenes fiscalizadas es el encargo del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente/Instituto Aragonés de Fomento a SARGA (en el ejercicio 2013) de la prestación de los servicios de prevención y extinción de incendios forestales. Ambos encargos estriban en prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad, esto es, ambos son el objeto

propio de un contrato administrativo de servicios (artículo 10 TRLCSP). Por lo tanto, de conformidad con los artículos 4 y 24 TRLCSP ambos servicios deberían haber sido, en su caso, objeto de una encomienda contractual de la Administración a SARGA. Sin embargo, han sido tramitadas indebidamente como transferencias de crédito, siendo que las transferencias son fondos o bienes concedidos por la entidad para el establecimiento de la estructura básica, en su conjunto, del ente beneficiario”.

Encomienda de gestión: encomiendas vs financiación. La encomienda de gestión no puede emplearse como una vía de financiación, máxime si la entidad encomendataria tiene atribuido el ejercicio de sus funciones por Ley.

“10. Especial atención merece la entidad de Derecho público Aragonesa de Servicios Telemáticos, que ha recibido de los Departamentos y organismos autónomos el 45 % del número total de las encomiendas, y a la que la Ley 7/2001 atribuye, entre otras funciones, la planificación técnica, diseño, contratación, implantación, gestión, operación y mantenimiento de las infraestructuras, equipos, sistemas, servicios y aplicaciones para la información y las telecomunicaciones que precisen la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y los organismos públicos de ella dependientes, así como el establecimiento de la política de explotación de los mismos.

AST, en el ejercicio de las funciones que la Ley 7/2001 le atribuye, debe actuar de forma directa. Sin embargo, está actuando como medio propio a través de la técnica organizativa de los encargos de ejecución. La Administración está utilizando de forma inadecuada la figura de la encomienda para financiar e instar a un ente instrumental al ejercicio de una competencia cuya titularidad le ha sido legalmente traspasada. Además, AST no tiene reconocida la condición de medio propio en su Ley de creación y tampoco en sus estatutos, que a la fecha de elaboración de este informe no han sido aprobados. El régimen de los encargos que los poderes adjudicadores de la CAA confieren a esta entidad únicamente se encuentra regulado en un convenio de colaboración formalizado entre el Gobierno de Aragón y AST en 2002 que no cumple los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 4 y 24 TRLCSP. Con carácter general, no dispone de medios propios para ejecutar las encomiendas (subcontrata en el 90 % de los encargos más del 80 % del objeto de la encomienda) y, además, normalmente es la que fija las condiciones técnicas y económicas del encargo, función que corresponde a la Administración encomendante, lo cual es completamente contradictorio con el concepto de encargo a un medio propio (epígrafe 5.2.1.3)”.

Encomienda de gestión: materialización de la encomienda. Las encomiendas se deben formalizar como encargos de ejecución (ajustados al TRLCSP), sin que resulte correcto formalizarlos como: transferencias de financiación, convenios de colaboración o encomiendas de gestión administrativas (artículo 15 LRJAP y PAC).

“23. De los 28 encargos o encomiendas de naturaleza contractual fiscalizados, ocho (29% del total) se han tramitado siguiendo un procedimiento incorrecto: uno como transferencia de financiación, dos como convenios de colaboración, tres como encomiendas de gestión administrativas del artículo 15 LRJAP y PAC y dos como contratos de emergencia. Sin embargo, dado que en todos los casos el objeto a realizar es una prestación de hacer encargada por el departamento competente

por razón de la materia a un ente instrumental para su ejecución según las instrucciones dictadas por el encomendante, estas encomiendas deberían haber sido formalizadas como encargos de ejecución a medios propios ajustándose al TRLCSP (epígrafe 5.2.6.1)”.

Entidad encomendataria: requisitos materiales que debe reunir la entidad. El poder adjudicador debe ejercer sobre la entidad que recibe el encargo un control análogo al que despliega sobre sus propios servicios y la entidad adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad para la encomendante. La condición de medio propio o servicio técnico debe reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, debiendo determinar las entidades respecto de las cuales tiene esa condición, y, si el encargo se realiza a una sociedad, la totalidad de su capital debe ser de titularidad pública.

“Con carácter previo a la regulación española de los encargos a medios propios en la LCSP, la jurisprudencia comunitaria había establecido los requisitos para poder excluir del ámbito de la contratación pública los contratos a medios propios o servicios in house providing, por considerarlos una forma de autoprovisión de la entidad adjudicadora o una técnica de organización o gestión en la que los poderes adjudicadores utilizan medios propios dotados de personalidad jurídica para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado. Esta doctrina jurisprudencial se inicia con la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (Asunto C-107/98, «Sentencia Teckal»¹), que establece los dos requisitos acumulativos que deben concurrir para que la presunción de existencia de contrato quede desvirtuada, que son que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene frente al poder adjudicador auténtica autonomía decisoria, por lo que no existiría voluntad contractual, y, además, la entidad proveedora debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que lo controlan.

En el derecho positivo español, el artículo 24.6 TRLCSP establece que pueden ser entidades encomendatarias los entes, organismos y entidades del sector público incluidas, consecuentemente, las empresas y las fundaciones pertenecientes a dicho sector en los que concurren acumulativamente las siguientes condiciones:

- Que el poder adjudicador que realiza el encargo ostente sobre el organismo o entidad del sector público que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios². Entre la entidad matriz y la instrumental debe existir una relación de mando, en

¹ Sentencia TECKAL que resuelve el recurso interpuesto por la sociedad Teckal contra la adjudicación directa de la gestión del servicio de suministro de combustible a edificios municipales realizada por el Ayuntamiento de Viano (República de Italia) a una mancomunidad de municipios, entre ellos el de Viano, para la gestión de los servicios de energía y medio ambiente.

² El artículo 32 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público prevé que se entiende que el poder adjudicador ostenta el citado control, cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados por el primero pueden conferírle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que realiza el encargo.

virtud de la cual, por la primera se ordena a la instrumental actuar en un sentido determinado, recibiendo ésta última tal imposición, limitándose a tomar cuenta de la misma para su cumplimiento, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual. Esta condición implica una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si las hubiera acometido el propio ente dominante.

- Que el organismo o entidad destinatario del encargo realice la parte esencial de su actividad para el poder o los poderes adjudicadores en cuestión³. Es decir, la entidad, tal y como manifestó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAA en su Informe 1/2007, de 8 de marzo, “debe realizar su actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda. Si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato in house no es sino una forma de autoprovisión por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas comunitarias”. No es un obstáculo que la actividad se realice para varios poderes adjudicadores.
- Que la norma de creación de la entidad o sus estatutos recojan la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad y determinen las entidades respecto de las cuales tienen esta condición⁴, siempre que el medio propio cumpla los dos requisitos funcionales citados anteriormente para serlo.

³ El artículo 12.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (pendiente de transposición, si bien la normativa actual debe ya interpretarse según sus previsiones) y el artículo 32 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público exigen que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A estos efectos, para calcular el 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. El artículo 32.4 del citado Anteproyecto regula también los medios propios personificados respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí

⁴ El artículo 32 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público exige que con carácter previo al reconocimiento expreso en sus estatutos debe haber conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

- Específicamente, si el encargo se realiza a una sociedad, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública⁵.

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

(...) De las nueve entidades que han recibido encomiendas en el ejercicio 2013, cuatro (Aragonesa de Servicios Telemáticos, Instituto Aragonés de Fomento, Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón e Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud) no cumplen el requisito para ser encomendatario de que sus Leyes de creación (o, en su caso, los estatutos) les reconozcan de forma expresa la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 24.6 TRLCSP). Además, las entidades Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud y Expo Zaragoza Empresarial, S.A., de conformidad con el cálculo realizado por la Cámara de Cuentas en el ejercicio 2013, no realizan la parte esencial de su actividad para la Administración de la CAA y los poderes adjudicadores dependientes ya que su porcentaje de ingresos provenientes de la CAA es inferior al 80% (epígrafe 5.2.1.1)".

(...) AST no tiene reconocida la condición de medio propio en su Ley de creación y tampoco en sus estatutos, que a la fecha de elaboración de este informe no han sido aprobados. El régimen de los encargos que los poderes adjudicadores de la CAA confieren a esta entidad únicamente se encuentra regulado en un convenio de colaboración formalizado entre el Gobierno de Aragón y AST en 2002 que no cumple los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 4 y 24 TRLCSP".

Entidad encomendataria: disponibilidad de medios propios. Las entidades deben disponer de medios propios para llevar a cabo las prestaciones objeto de contrato. La Disposición Adicional 25.6 del TRLCSP establece como límite para TRAGSA, cuando actúe en colaboración de empresarios particulares, que la prestación que realicen éstos debe ser inferior al 50%.

"El TRLCSP no ha establecido límites a la posibilidad de que las entidades encomendatarias contraten el objeto de la encomienda con terceros⁶. Únicamente la DA 25.6 TRLCSP recoge un

⁵ El artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (referido al sector público institucional estatal y con entrada en vigor el 2 de octubre de 2016) prevé que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medio propio y servicio técnico, cuando, además de cumplir los requisitos recogidos en el TRLCSP, se acredite que disponen de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social y se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

límite para las sociedades del grupo TRAGSA al regular que, en el supuesto de que la ejecución de la encomienda se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos debe ser inferior al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio.

Sin embargo, en opinión de la Cámara de Cuentas, el encomendatario debe contar con los medios propios necesarios para llevar a cabo el encargo por sí mismo. Así, si el encomendatario cuenta con medios propios para llevar a cabo la prestación, al menos en parte, el recurso al encargo puede justificarse por razones de economía y eficacia, no suponiendo una alteración de los principios de la contratación pública, dado que la realización de la prestación queda en el ámbito interno. En cambio, esta justificación no se da en el caso de que el llamado “medio propio” carezca de medios para ejecutar por sí la prestación. Si el objeto de la encomienda o encargo es, como quiere la Ley, “la realización de un determinada prestación”, no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución.

En esta línea se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que en su Informe n2 65/07, de 29 de enero de 2009, concluye que el medio propio debe contar con medios idóneos para ejecutar el contrato indicando que “habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”. La misma Junta Consultiva en su Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012, indica que “para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear la figura, a saber: que ese medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. En nuestro caso, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación”.

Entidad encomendataria: medios propios vs subcontratación. Las entidades deben disponer de medios propios para llevar a cabo las prestaciones objeto de contrato (subcontratación que no supere el 60%), dado que en caso contrario no deberían recibir encargos.

“8. En el 60 % del total de los encargos formalizados en el ejercicio 2013 la entidad encomendataria no dispone de medios propios para llevar a cabo la prestación objeto de la

⁶ El artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aplicable al sector público institucional estatal, prevé que los medios propios y servicios técnicos deben disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social. Por su parte, el artículo 32.6 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público prevé que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no puede exceder del 60 % de la cuantía del encargo, salvo que se establezca otro límite en la orden del encargo. Si la orden del encargo establece un límite superior al 60%, se debe acreditar por el poder adjudicador las razones que justifican acudir al medio propio en lugar de licitar el contrato directamente, no pudiéndose contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del encargo en ningún caso.

encomienda y subcontrata más del 60 % del objeto. En el 55 % de las encomiendas se subcontrata más del 80 % del objeto. En concreto, han subcontratado más del 60 %: Instituto Aragonés de Fomento (en el 100 % de las encomiendas), Expo Zaragoza Empresarial, S.A (en el 100 % de las encomiendas), Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (en el 100 % de las encomiendas), AST (en el 97 % de las encomiendas), SARGA (en el 24 % de las encomiendas) y TRAGSA (en el 18 % de las encomiendas) (epígrafe 5.2.2).

9. Las entidades, Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST), Instituto Aragonés de Fomento (IAF) y Expo Zaragoza Empresarial, S.A. no disponen, en ningún caso, en el ejercicio 2013, de medios propios para llevar a cabo las prestaciones objeto de las encomiendas. Por lo tanto, no debieron haber recibido encargos de la Administración (epígrafe 5.2.2).

(...) El régimen de los encargos que los poderes adjudicadores de la CAA confieren a esta entidad únicamente se encuentra regulado en un convenio de colaboración formalizado entre el Gobierno de Aragón y AST en 2002 que no cumple los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 4 y 24 TRLCSP. Con carácter general, no dispone de medios propios para ejecutar las encomiendas (subcontrata en el 90 % de los encargos más del 80 % del objeto de la encomienda) y, además, normalmente es la que fija las condiciones técnicas y económicas del encargo, función que corresponde a la Administración encomendante, lo cual es completamente contradictorio con el concepto de encargo a un medio propio (epígrafe 5.2.1.3)".

Encomiendas de gestión: motivación. La razón de ser de las encomiendas debe consistir en poder responder eficazmente a necesidades concretas, 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.

"11. La razón de ser del recurso a las encomiendas a medios propios consiste en poder responder eficazmente a necesidades concretas 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. Sin embargo, en varios casos, el recurso a la encomienda ha tenido como finalidad la satisfacción de necesidades de carácter permanente derivadas de la existencia de déficits estructurales de plantilla. De este proceder se deriva, además, un riesgo potencial de descapitalización de la Administración que tiene atribuidas las competencias, al derivarse hacia los medios propios los recursos que deberían estar destinados en aquellas, provocando una fuerte dependencia de los medios instrumentales".

Encomiendas de gestión: justificación de la elección frente a otras opciones. En los expedientes debe justificarse la elección del encargo o encomienda (evaluando costes) frente a las opciones de a) ejecutar la prestación con personal propio o b) contratarla directamente por la entidad encomendante.

"Con carácter general, en los expedientes no consta memoria que justifique suficientemente la elección del encargo o encomienda frente a la opción del contrato o es una declaración genérica que no contiene la evaluación del coste de los medios que serían necesarios, bien para ejecutar la

encomienda con personal propio, o para contratarla desde la propia Administración. La justificación se ha basado principalmente en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas o en la mayor idoneidad de que los trabajos sean ejecutados por la entidad encomendataria por su experiencia o especialización. Sin embargo, estas causas no pueden justificar el recurso a la encomienda, pues se ha comprobado que las entidades encomendatarias han procedido habitualmente al recurso de la subcontratación por no disponer de los medios necesarios para su ejecución (epígrafe 5.2.5).

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

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

Encomienda de Gestión: actividad encomendada y ejercicio de autoridad. La aplicación de lo dispuesto en el artículo 301 del TRLCSP, en relación con el artículo 4.2 del mismo texto, limita la posibilidad de efectuar encomiendas que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

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

El objeto de la encomienda DPTI 23 a TRAGSATEC es la realización de los informes a emitir por la Dirección General competente en materia de protección civil sobre los instrumentos de ordenación

que presenten las Entidades locales que exige el artículo 19 de la Ley 30/2002, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón. El informe se debe pronunciar sobre los aspectos de protección civil relacionados con las situaciones de grave riesgo colectivo que puede provocar el modelo territorial adoptado en el instrumento.

De conformidad con el Informe 14/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, debe entenderse que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades, que por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada. A este respecto, los Tribunales de Justicia están declarando 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 ya que consideran 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 del concepto de “mera actividad material” pues este tipo de actos “aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas” (STS 258/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2013, confirmatoria de la Sentencia (recurso n2 113/2009) del TSJ de Andalucía)”.“.

Encomienda de gestión: objeto y contenido. La definición del objeto de la encomienda requiere la elaboración de una memoria técnica y otra económica, que describan las actuaciones a realizar y su valoración económica.

“12. La correcta definición del objeto de la encomienda es necesaria para poder valorar desde un punto de vista técnico y económico el objeto de la encomienda. Sin embargo, con carácter general, la memoria técnica no describe suficientemente las actuaciones a realizar y la memoria económica no justifica suficientemente la valoración económica de la encomienda (epígrafe 5.2.3.4).

(...)Los artículos 4.1 n) y 24.6 TRLCSP no regulan un procedimiento de aprobación de encomiendas ni recogen la documentación que debe contener el expediente. No obstante, la Cámara de Cuentas considera que, de conformidad con los principios de buena administración y buena gestión financiera, para poder valorar desde un punto de vista técnico y económico el objeto de la encomienda, es necesario que éste esté correctamente definido. Por ello, aunque no esté positivamente regulado, parece razonable y necesario que formen parte del expediente administrativo de la encomienda una memoria técnica y una memoria económica referidas al encargo realizado. La memoria técnica debe ser clara y concreta y contener un nivel de desglose suficiente que permita una correcta valoración económica y el seguimiento de la situación de la encomienda a lo largo de la vida de la misma, facilitando la detección de posibles desviaciones materiales o temporales respecto de los términos previstos y la posterior recepción de los trabajos realmente realizados. Por otra parte, la memoria económica es también un documento básico, no solo porque contiene la valoración del objeto de la encomienda, sino porque debería permitir evaluar no solo la eficacia del método de provisión elegido sino también que se optó por la vía más

económica y eficiente. Esta memoria ha de incluir una valoración de los recursos humanos y materiales que se dedicarán a la actividad de que se trate”.

Encomienda de gestión: actuaciones preparatorias del expediente en su vertiente técnica, jurídico-administrativa y presupuestaria. El expediente deberá comprender los siguientes documentos y actuaciones: a) acuerdo de inicio (que determine y defina necesidades, el objeto y las instrucciones), b) proyecto y presupuesto de las obras o documentación técnica descriptiva del suministro o servicio, c) pliego de prescripciones técnicas, d) documento equivalente al pliego de cláusulas administrativas (informado por la Asesoría Jurídica); e) certificado de existencia de crédito y d) propuesta de aprobación de la encomienda y el gasto.

“.. ni el TRLCSP ni ninguna otra norma ha establecido de forma expresa el procedimiento para la tramitación de los encargos contractuales a medios propios. No obstante, el Tribunal de Cuentas en sus actuaciones fiscalizadoras (ver, entre otros, su Informe nº 1088 de 30 de abril de 2015, sobre las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas) y la mejor doctrina científica sostiene que a los encargos les resultan de aplicación determinados preceptos del TRLCSP de forma directa, supletoria o analógica. Son de aplicación directa los artículos 4.1, letra n) y 24.6 del TRLCSP; de aplicación supletoria, los principios del TRLCSP, para resolver las dudas o lagunas de la legislación especial aplicable a los encargos (en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 TRLCSP); y de aplicación analógica (en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil) los artículos que regulan las actuaciones preparatorias del expediente de contratación, en sus vertientes técnica, jurídico-administrativa y presupuestaria. De esta forma, tomando como referencia los artículos 93 y siguientes del TRLCSP, el Tribunal de Cuentas interpreta que el expediente de las encomiendas deberá comprender los siguientes documentos y actuaciones: acuerdo del órgano de contratación de inicio del expediente de la encomienda en el que se determine con precisión las necesidades que se pretenden cubrir con el encargo (art. 22 TRLCSP), la definición del objeto del encargo y las instrucciones fijadas unilateralmente por la entidad encomendante; proyecto y presupuesto de las obras informado por la oficina de supervisión de proyectos, cuando proceda, o documentación técnica descriptiva de la obra, suministro o servicio del encargo con su valoración, pliego de prescripciones técnicas y acta del replanteo previo; documento equivalente al pliego de cláusulas administrativas que regule los aspectos jurídicos del encargo informado por la Asesoría Jurídica; y, finalmente, certificado de existencia de crédito, propuesta de aprobación del gasto formulada por el órgano que ordena el encargo, fiscalización previa y resolución de aprobación del gasto”.

Encomienda de gestión: aspectos presupuestarios. Resulta necesario disponer de crédito adecuado y suficiente para aprobar el encargo, dado que en caso contrario el acuerdo deviene nulo de pleno derecho, toda vez que se estarían adquiriendo compromisos de gasto por encima del importe de los créditos existentes.

“En la encomienda DAGMA 7 “Servicios de asistencia para el control de la contaminación en Sabiñánigo”, no existe crédito disponible por el importe de la encomienda y sin embargo, se ejecuta. Así, en los informes de la Dirección General de Calidad Ambiental de 16/07/2013 y de

15/10/2013 se admite que, a pesar de que durante 2013 no ha habido disponibilidad presupuestaria, ha sido necesario solicitar a SARGA la continuidad durante 2013 de los trabajos imprescindibles para controlar las concentraciones de contaminantes. Sin embargo, de conformidad con el artículo 38 TRLHCA son nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que adquieran compromisos de gasto por encima del importe de los créditos existentes”.

Encomienda de gestión: aspectos presupuestarios (reconocimiento de la obligación). Además de la expedición y cumplimentación de los documentos contables, debe adoptarse el acto administrativo expreso de reconocimiento de la obligación.

“Con carácter general, no se adopta acto administrativo expreso de reconocimiento de la obligación mediante el que se declare la existencia de un crédito exigible contra la Hacienda Pública autonómica por la ejecución de la encomienda, derivado de un gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente. Solo consta en los expedientes fiscalizados la autorización y firma de los documentos contables de reconocimiento de obligaciones por parte de los órganos competentes”.

Encomienda de gestión: necesidad de informe jurídico. La falta de informe del Servicio Jurídico sobre la regularidad de los aspectos jurídicos de la encomienda supone una importante debilidad de control interno de los encargos que se efectúan.

“Como consecuencia de la incidencia anteriormente descrita, se ha comprobado que el 100 % de los expedientes de los encargos fiscalizados (DAGMA 3, DAGMA 5, DAGMA 6, DAGMA 7, DAGMA 8, DAGMA 9, DAGMA 10, DAGMA 11, DAGMA 12, DAGMA 13, DEE 14, DEUCD 15, DHAP 16, DII 17, DII 18, DOPUVT 21, DPTI 22, DPTI 23, DPTI 24, DPJ 25, DPJ 26, DPJ 27 y DSBSF 28) no han sido informados por el Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma, puesto que su informe preceptivo en los expedientes de contratación está previsto en el artículo 115.6 TRLCSP sobre los Pliegos, previamente a su aprobación. Esto supone una importante debilidad de control interno de los encargos que efectúa la Comunidad Autónoma que llegan a formalizarse sin que el Servicio Jurídico respectivo haya emitido su opinión sobre la regularidad de los aspectos jurídicos de la encomienda”.

Encomienda de gestión: notificación de la resolución. Una vez aprobado el encargo y el gasto que origina el encargo, procede notificar a la encomendaria la resolución adoptada.

“No consta en el 30 % de los casos (DEE 14, DII 17, DPTI 22, DPTI 23, DPTI 24, DPJ 25 y DPJ 26) que se haya practicado notificación a la entidad encomendaria de la resolución ordenando el encargo junto con la documentación técnica y demás instrucciones a las que ha de ajustarse en la ejecución, de conformidad con el artículo 58 LRJAP y PAC. No resulta suficiente a estos efectos la mera remisión de una copia del documento contable AD”.

Entidad encomendante: capacidad para encomendar. Todo poder adjudicador, tengan o no carácter de Administración, puede ser entidad encomendante.

“El artículo 4.1.n) TRLCSP no contiene precisión alguna sobre el sujeto encomendante y el artículo 24.6 TRLCSP referido al régimen de los encargos de ejecución se refiere a los poderes adjudicadores (tengan o no carácter de Administración) como entidades encomendantes. Por lo tanto, todo poder adjudicador a los efectos del artículo 3 TRLCSP, puede ser entidad encomendante⁷, condición que concurre en todas las entidades de la muestra seleccionada que han conferido encargos a medios propios”.

Entidad encomendante: potestades. La entidad encomendante, de forma unilateral, debe definir técnica y económicamente el objeto, dado que es la competente para ordenar la realización de la actividad y fijar las instrucciones y condiciones.

“13. En las encomiendas a Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST), Expo Zaragoza Empresarial, S.A., y TRAGSATEC, es la entidad encomendataria la que define técnica y económicamente el objeto de la encomienda, lo cual es contradictorio con la esencia misma de los encargos de ejecución, técnica en la que la Administración encomendante es la única parte de la relación jurídica con voluntad decisoria, la que ordena la realización de la actividad y la que fija las instrucciones y condiciones unilaterales obligatorias que rigen las encomiendas.

(...) Con carácter general, Aragonesa de Servicios Telemáticos define técnica y económicamente el objeto de las encomiendas. Este hecho es incompatible con el requisito previsto en el artículo 24.6 TRLCSP de que el encomendante ostente sobre el medio propio un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, fijando instrucciones de forma unilateral y con una retribución determinada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”.

Entidad encomendataria: régimen retributivo, utilización eficiente de los fondos y precio de mercado. En la fijación del importe de la retribución de la encomienda, como en el de los contratos, el valor de mercado constituye un techo infranqueable.

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

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

⁷ El artículo 33 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público prevé la posibilidad de encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

Entidad encomendaria: régimen retributivo, subcontratación y bajas de adjudicación. Las retribuciones de la entidad encomendaria deben fijarse por referencia a tarifas aprobadas, que deben fijar los costes reales. En el caso de que se produzca una subcontratación, las bajas obtenidas en las licitaciones deberían trasladarse a la entidad encomendante.

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

(...) El TRLCSP no contiene una regulación de la retribución por la realización de los encargos. La única previsión al respecto es la recogida en el artículo 24.6 TRLCSP según el cual para que opere la presunción de que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios, aquéllos deben fijar la retribución por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. Sin embargo, el sistema de tarifas no es obligatorio⁸.

Tampoco se formula en ninguna disposición un concepto o definición de tarifa, pudiendo entenderse que es el importe que se satisface por “unidad productiva” o por “unidad producida” por el órgano encomendante.

Al respecto,

- Con carácter general, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón no ha aprobado tarifas para retribuir las prestaciones encomendadas, a excepción de las tarifas correspondientes a los trabajos que se encargan al grupo de sociedades integrado por la “Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA) y sus filiales, que se aprueban según el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto.

Con carácter general, el Presupuesto de las encomiendas no se descompone en epígrafes lo suficientemente concretos que permitan conocer su adecuación a la realidad y no diferencia los gastos a ejecutar con medios propios y los gastos a contratar con terceros”.

⁸ El artículo 32.2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público prevé que la compensación a los medios propios se debe establecer con arreglo a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

TRAGSA: régimen retributivo, subcontratación y bajas de adjudicación. Las retribuciones de la entidad encomendaria deben fijarse por referencia a tarifas aprobadas, que deben fijar los costes reales. En el caso de que se produzca una subcontratación, las bajas obtenidas en las licitaciones deberían trasladarse a la entidad encomendante.

“19. A TRAGSA se le retribuye según las tarifas aprobadas. No obstante, de acuerdo con la documentación remitida, dichas tarifas no siempre reflejan costes reales ya que, entre otros, las bajas obtenidas en las licitaciones no se trasladan como menor coste a la Administración (epígrafe 5.2.4.5)

(...) TRAGSA no justifica ni comunica los gastos subcontratados ni, en los casos en que la sociedad pública contrata con terceros por un precio inferior al de licitación, ajusta el importe de las tarifas a los costes reales de las prestaciones subcontratadas. Así por ejemplo, en la encomienda DAGMA 11, “Asfaltado de la pista forestal de Litago” de importe 110 miles de euros (IVA excluido), TRAGSA licita la obra por importe de 104 miles de euros y la adjudica por 76 miles de euros sin que de esta reducción del coste real (28 miles de euros) se haya beneficiado al departamento ya que la obra se liquida por el importe presupuestado inicialmente. De lo anterior se deduce que las tarifas, al menos en los gastos subcontratados, no representan los costes reales de realización”.

Entidad encomendaria: régimen retributivo y efectos de la subcontratación. En aquellos casos en que se acude a la subcontratación de los trabajos encomendados, se produce un incremento del coste respecto de la contratación directa (gastos generales y corporativos de la encomendaria), que debe asumir la entidad encomendante.

“21. El importe total satisfecho por la Administración en concepto de gastos generales y corporativos correspondiente a las encomiendas formalizadas en el ejercicio 2013 ha ascendido a 1.245 miles de euros, de los cuales, 1.055 miles de euros corresponden a SARGA. Dado que la mayor parte del objeto de las encomiendas ha sido subcontratado (en el 61 % de las encomiendas, al menos el 60 % ha sido subcontratado), si las entidades encomendantes hubiesen contratado directamente dichos trabajos se habrían evitado el gasto correspondiente a los gastos generales y corporativos de la empresa, aunque hubieran podido incurrir en otros costes por la gestión de estos contratos. En concreto, el importe de los gastos generales repercutidos correspondiente a la parte de la encomienda subcontratada ha ascendido a 319 miles de euros (epígrafe 5.2.4.4).

(...) La mayor parte del objeto de las encomiendas ha sido subcontratado (en el 61 % de las encomiendas, al menos el 60 % ha sido subcontratado), esto es, contratado por la entidad encomendaria con terceros. La cantidad satisfecha por el encomendante al encomendario ha sido (en la mayor parte de estos casos) el importe facturado por el tercero más un porcentaje que varía entre el 2 % y el 20 % correspondiente a los gastos generales y corporativos de la empresa. Por lo tanto, no se ha realizado una eficiente utilización de los fondos públicos ya que, si las entidades encomendantes hubieran contratado directamente dichos trabajos, no hubieran soportado el gasto correspondiente a los gastos generales y corporativos de las entidades encomendarias. En el siguiente cuadro se muestra el importe de los gastos generales repercutidos correspondiente a la parte de la encomienda subcontratada”.

Entidad encomendaria: régimen retributivo e IVA. Con carácter general no se encuentran sujetas al IVA las prestaciones de servicios realizadas en virtud de encomiendas de gestión, no obstante, la no sujeción no se aplica a las operaciones que se califiquen como entrega de bienes. En el caso de obras con aportación de materiales, siempre que el coste de tales materiales aportados por la sociedad mercantil exceda del 40 por ciento de la base imponible del Impuesto, tendrán la consideración de entregas de bienes.

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

Encomiendas de gestión: control de la ejecución. Resulta necesario realizar un control durante la ejecución, en particular, respecto de la subcontratación de la actividad encomendada.

“28. Con carácter general no se realiza control por los encomendantes de la contratación externa realizada por los encomendatarios ni los encomendatarios comunican a los encomendantes la subcontratación, como resultaría conveniente (epígrafe 5.2.7).

29. En cuanto al control de la ejecución, en ocho encomiendas de la muestra no se recoge en el régimen de las mismas sistemas de control del departamento encomendante de la ejecución de la encomienda y en quince encomiendas no consta que el encomendante haya realizado el control previsto durante la ejecución o la documentación justificativa de la encomienda no contiene el detalle necesario que permita su comparación con el presupuesto inicialmente presentado ni consta un informe de la entidad encomendaria explicativo y aclaratorio de los trabajos realizados y su coste (epígrafe 5.2.7)”.

Procedimiento de emergencia: supuestos de hecho determinantes de su aplicación. El examen de los supuestos de aplicación (acontecimientos catastróficos, situaciones de grave peligro o necesidades que afectan a la defensa nacional), dado que se trata de un régimen excepcional, debe realizarse con un criterio de rigor. Las actuaciones se deben limitar a lo estrictamente indispensable para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia.

“De conformidad con el artículo 113 TRLCSP, la Administración puede tramitar de emergencia los contratos cuando tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

(...) Sin embargo, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987 “el examen de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de este régimen excepcional ha de ser hecho con un criterio de rigor por el riesgo que implica de no preservar adecuadamente el principio básico que anima toda la contratación administrativa de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados asegurando de paso, con ello la moralidad administrativa”.

(...) No se justifica en los expedientes que las actuaciones se hayan limitado a lo estrictamente indispensable para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia. Al respecto, la Sentencia citada del Tribunal Supremo apunta: “No basta la existencia de un acontecimiento de excepcional naturaleza del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”.

IV. RECOMENDACIONES

2.2.1. A nivel estatal

1. Ampliar la regulación de los encargos o encomiendas a medios propios, actualmente contemplada en los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, mediante una norma con rango de ley que defina detalladamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y adecuado seguimiento y control.

Precisar la denominación legal de la figura contractual del encargo de ejecución para evitar las confusiones con las encomiendas de gestión administrativas reguladas en el artículo 15 LRJAP y PAC.

2.2.2. De carácter general

2. Adaptar la regulación legal autonómica de los encargos de ejecución a sociedades mercantiles autonómicas a la legislación estatal básica y extenderla a cualquier encomienda de contenido

contractual a entes instrumentales con el fin de evitar la confusión actual existente entre encargos de ejecución a sociedades mercantiles autonómicas (DA 13ª TRLACA) y el resto de encomiendas de contenido contractual a otro tipo de entes instrumentales.

3. Tramitar como encomienda de contenido contractual (artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP) toda prestación de hacer encargada por un departamento u organismo competente por razón de la materia a un ente instrumental, evitando su indebida tramitación como contrato menor, contrato de emergencia, transferencia de financiación, convenio o encomienda administrativa del artículo 15 LRJAP y PAC.

4. No tramitar como contratos menores los encargos de escasa cuantía a los entes instrumentales que tengan atribuida la condición de medio propio y servicio técnico, pues los citados encargos son negocios excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP.

2.2.3. Entidades encomendatarias

5. Modificar las normas de creación o los estatutos de los entes instrumentales para incluir de forma expresa su condición de medio propio y servicio técnico, siempre y cuando cumplan los requisitos funcionales para serlo, y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir.

6. En relación con Aragonesa de Servicios Telemáticos, aprobar los estatutos, actuar en el ejercicio de sus funciones de forma directa (y no a través de encargos), dejar sin efecto el convenio aprobado en 2002 cuyo contenido no se ajusta al régimen jurídico vigente o, como mínimo, proceder a su revisión y actualización, adaptando su contenido a la regulación vigente tras la entrada en vigor de la LCSP en 2008.

2.2.4. Procedimiento de aprobación de las encomiendas

7. Regular en una disposición de carácter general el procedimiento para la formalización de los encargos a celebrar por los departamentos y organismos públicos a medios propios que contenga normas sobre el contenido de los expedientes, trámites del procedimiento a seguir, régimen de control, tratamiento del IVA, forma de facturar y justificación, o como mínimo dictar instrucciones de servicio de general aplicación sobre estos aspectos.

8. Justificar detalladamente la necesidad de llevar a cabo la encomienda así como la mayor economía y eficiencia de esta forma de provisión de bienes y servicios frente a la contratación de los mismos en el mercado, realizando una evaluación de las distintas alternativas posibles para la realización de la prestación. Al respecto, la Administración debería disponer de datos sobre costes que permitieran el contraste de los precios facturados por las entidades públicas con información externa de mercado, a fin de tomar decisiones eficientes sobre precios de los servicios.

9. Seleccionar el ente instrumental adecuado para la realización de la encomienda asegurándose de que su objeto social comprende las actividades que constituyen el objeto de la encomienda y de

que cuenta con medios suficientes para ejecutar por sí mismo el encargo sin necesidad de acudir, de modo relevante, a la subcontratación.

10. Elaborar e incluir en los expedientes un pliego específico que incluya los aspectos jurídicos de la encomienda: régimen jurídico, adscripción de medios humanos y materiales, plazo de ejecución (indicando fecha concreta de inicio), procedimiento para la modificación de la encomienda, condiciones de ejecución, requisitos y limitaciones para la subcontratación, recepción y abono de los servicios, causas y consecuencias de la resolución de la encomienda, justificación, nombramiento de responsable y control. En caso de no considerar conveniente elaborar un pliego específico, incluir todos estos aspectos en el acuerdo de celebración de la encomienda.

11. Recoger expresamente en el acuerdo o resolución de ordenación de la encomienda o en sus pliegos reguladores la posibilidad de subcontratación, incluyendo la previsión de la necesidad de autorización expresa del encomendante previa notificación, y su limitación a prestaciones accesorias de la prestación objeto de encargo.

12. Informar por los Servicios Jurídicos de la Administración los expedientes de encomiendas de contenido contractual.

13. Prestar especial atención a la terminología utilizada en los expedientes evitando términos correspondientes a la contratación, tales como contrato de emergencia o adjudicatario.

2.2.5. Retribución de las encomiendas

14. Aprobar por la Administración de la Comunidad Autónoma tarifas para compensar a cada uno de los entes instrumentales por los costes reales ejecutados con sus medios propios, tras el correspondiente estudio detallado de costes y precios. A tal efecto, los departamentos que tengan adscritas entidades reconocidas como entes instrumentales deberían aprobar un pliego de condiciones económicas aplicable a las encomiendas que contenga como mínimo los siguientes elementos:

- Cuadro de precios que recoja la relación de prestaciones tipo a realizar por la entidad instrumental, la unidad de medida y el coste unitario de realización.
- Modelo de imputación de costes a las prestaciones tipo que comprenda los conceptos de costes y criterios de imputación de los costes a las prestaciones.

15. Detallar en el presupuesto de la encomienda las prestaciones que conlleva la ejecución, desglosadas en unidades de obra y precio unitario de la unidad, así como la valoración separada e individualizada de las prestaciones que la sociedad contratará con terceros. En general, los precios de las encomiendas deberían comprender los siguientes conceptos:

- Coste directo de la mano de obra.

- Costes indirectos tanto de mano de obra de gerencia y administración como de otros gastos de explotación.
- Gastos por contrataciones externas.
- Otros gastos de explotación directamente imputables a la encomienda.

16. Retribuir las encomiendas en función de las unidades realmente ejecutadas de la prestación encomendada.

17. Retribuir las prestaciones subcontratadas por los encomendatarios de acuerdo con el coste real del contrato celebrado por los mismos, sin perjuicio de la inclusión de los gastos de tramitación y gestión que deberían estar debidamente recogidos en una tarifa.

18. Justificar documental y detalladamente por los encomendatarios los precios de determinados componentes de la prestación fijados inicialmente a tanto alzado o "a justificar.

Diciembre de 2015