

La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública

*“Los vicios de un sistema son siempre superiores a la virtud de los hombres que lo practican”
(Alexis de Tocqueville)*

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS.—2.1. Requisitos subjetivos.—2.2. Requisitos objetivos.—III. PRINCIPALES ÁREAS DE RIESGO: ¿MEDIOS PROPIOS SIN MEDIOS?—3.1. La justificación del encargo y el régimen económico de la encomienda.—3.2. La ejecución de la encomienda: el problema de la contratación con terceros.—3.3. Los medios materiales de los medios propios.—IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO TRAS LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La reciente aprobación de un nuevo paquete de Directivas europeas en materia de contratación hace indispensable la revisión de una de las figuras más interesantes y más apetecidas por las Administraciones Públicas en los últimos tiempos, la encomienda de gestión. La escasa regulación de la encomienda de gestión permite amplias áreas de riesgo en la gestión de fondos públicos, donde la rapidez debe ser inseparable de las garantías de que el manejo de dichos caudales lleva aparejado. Es, por tanto, necesario definir adecuadamente los contornos de una figura propia de la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas y adecuada cuando persigue un ahorro de costes, pero cuyo abuso puede generar, no sólo un gasto público ineficiente y excesivo sino un perjuicio para la competencia en el mercado.

★ Letrado del Tribunal de Cuentas.

PALABRAS CLAVE: Encomienda, contratación, potestades públicas, tarifas, medios propios, subcontratación.

I. INTRODUCCIÓN

La encomienda de gestión es uno de los negocios jurídicos más controvertidos últimamente y que sin duda han centrado la atención de las Administraciones Públicas.

Según los datos que aparecen en el informe del Tribunal de Cuentas n.º 1003, aprobado el 28 de noviembre de 2013, en el período 2008-2012, tan sólo en el área que integra los Ministerios que están fuera de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (Defensa, Justicia, Interior, AAEE, Educación y Presidencia) se celebraron alrededor de 2.000 expedientes de encomienda por un valor estimado de alrededor de 2.000 millones de €.

Atendiendo a las cifras emanadas del informe CORA, la utilización de esta vía ha presentado incrementos de cerca del 300% de un año a otro en algunos sectores. Ello refleja el interés que suscita esta forma de gestión que puede considerarse una nueva forma de huida del Derecho administrativo.

En palabras de PASCUAL GARCÍA la encomienda se configura como aquel negocio en cuya virtud un poder adjudicador encarga a una entidad con personalidad jurídica diferenciada dependiente, en cierto modo, del mismo la realización de una prestación, ya sea un servicio, un suministro o una obra, a cambio de un precio, determinado de acuerdo con unas tarifas.

Se trata de una manifestación de la **potestad de autoorganización** de los poderes públicos, que como tal **relación interna**, queda **excluida del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratos públicos**.

Debe tenerse en cuenta que la contratación pública mueve importantes cantidades de recursos, supone alrededor del 19 % del PIB conjunto de la UE, variando según países entre el 10 y el 25 por ciento del PIB.

La conocida como doctrina "*in house providing*" o "*contrat maison*" implica la sustracción de este negocio a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en la licitación de los contratos públicos, como vía habitual utilizada por las Administraciones Públicas para proveerse y proveer al ciudadano de bienes y servicios.

La encomienda de gestión de contenido materialmente contractual, a diferencia de la regulada en el artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 30/1992¹,

¹ El Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común ya aclara en su artículo las dudas que a este respecto suscitaba el artículo 15 de la Ley 30/92, señalando que estas encomiendas de gestión no podrán tener por objeto actos de contenido jurídico no prestaciones propias de los

de 26 de noviembre, que ha quedado prácticamente sin contenido desde la publicación de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) 30/2007, actualmente sustituido por el TRLCSP 3/2011, encuentra su anclaje legal en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, que permiten excluir de la necesidad de licitación pública los encargos realizados a medios propios cuando se den unas determinadas circunstancias.

Este tipo de encargo es diferente de la realización de obras o fabricación de bienes o ejecución de servicios por la propia Administración, regulada en los números 1 a 5 del artículo 24 TRLCSP, en los que la Administración aporta al contratista o colaborador privado parte de los medios necesarios para llevar a cabo la prestación.

En el caso de las encomiendas de gestión estamos ante una actividad considerada como *ad intra*, en la que, en principio, no interviene el particular para satisfacer la pretensión encargada dado que ésta puede ser provista por un medio propio, al menos en sus aspectos sustanciales.

II. REQUISITOS

Al analizar los requisitos de esta figura debe señalarse ya que la regulación contenida en el TRLCSP es muy escasa.

2.1. Requisitos subjetivos

En cuanto a los requisitos subjetivos estamos ante un negocio jurídico bilateral, en el que si bien materialmente no existe dualidad de voluntades ya que se trata de un mandato que debe ser ejecutado, intervienen dos personas jurídicas distintas, dos entidades distintas:

- La entidad encomendante, que puede ser cualquier poder adjudicador, esa es la única previsión legal que existe al respecto.
- La entidad encomendaria: esto es el medio propio o servicio técnico de la entidad encomendante. Aquí la legislación es algo más detallada aunque no exenta de ambigüedades.

Para que una entidad sea considerada medio propio de otra deberán cumplirse las siguientes características:

- que la entidad encomendante tenga sobre la misma un control análogo que el que tiene sobre sus propios servicios, entendiendo que tiene este control si puede conferirles encomiendas de gestión que

contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, rigiéndose estas últimas exclusivamente por tal legislación contractual.

sean de ejecución obligatoria. La nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE parece que da alguna pauta más para definir este requisitos, como se analizará posteriormente.

- que la entidad encomendataria realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador del que es medio propio. Este requisito también ha sido desarrollado por la nueva Directiva en consonancia con lo que ya venía exigiendo la jurisprudencia comunitaria.
- si la encomendataria es una sociedad, su capital debe ser 100% público.
- como requisito formal, no constitutivo, es necesario que la circunstancia de ser medio propio o servicio técnico venga recogida en legal o estatutariamente.

Debe tenerse en cuenta que la condición de medio propio impide a los mismo participar en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que lo sean, salvo que estas quedaran desiertas, entonces pudiera encargárseles la ejecución de las prestaciones de que se trate.

2.2. Requisitos objetivos

En cuanto a los requisitos objetivos, el objeto de la encomienda puede ser: cualquier prestación, ya sea cualquiera propia de los contratos típicos (obras, suministros, servicios, concesión de obras pública, gestión de servicios públicos) o bien, de los contratos administrativos especiales o contratos privados, con independencia de su cuantía. Así lo dispone la ley y así lo ha confirmado la jurisprudencia comunitaria.

La práctica sin embargo, como resulta del Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1003, aprobado el 28 de noviembre de 2013, revela que se usa esta figura como un medio para suplir necesidades de plantilla, que no son cubiertas a través de los procedimientos ordinarios de contratación de personal por las Administraciones Públicas.

Debe asimismo notarse que esta amplitud legal del objeto de la encomienda facilita el riesgo de que se encomienden trabajos que lleven aparejada la participación en el ejercicio de potestades públicas, reservada a los funcionarios públicos (artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril). Así la reciente jurisprudencia comienza ya a advertir estas situaciones, como resulta de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2014 (381/2014, FJ 4.º y 5.º) citando la STS de 22 de enero de 2013, señala que “*la encomienda de gestión realizada a determinada*

*Fundación, al incluir tareas de archivo y clasificación de documentos, vulneraba el art. 9.2 del EBEP, ya que estos cometidos “conllevan necesariamente una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica. Otra tarea reservada a la encomienda es la consistente en “tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen”, y es igualmente obvio que la organización de los expedientes supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar —normalmente así será— el ejercicio de potestades de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material. En fin, las labores meramente administrativas referentes a la tramitación de solicitudes comporta establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc. **Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del procedimiento administrativo y que se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, comportan el ejercicio de potestades administrativas. (...) ante la falta de suficientes recursos propios, puede acudir a VAERSA, como servicio técnico de la Conselleria para colaborar en aquellos aspectos que no supongan el ejercicio de potestades administrativas, sin embargo, tal intervención tiene un límite que no puede traspasar: el ejercicio de potestades administrativas; y así se advierte expresamente en su normativa de creación”.***

En análogos términos se pronuncia también la STSJ de Andalucía de 25 de noviembre de 2014 (324/2014, FJ 3.º) “*el objeto de la encomienda sólo puede ser la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios; de suerte que sólo será posible acudir a ella o en relación a potestades administrativas cuyo ejercicio requiera, además de la adopción de actos jurídicos, la realización de actividades reales, de contenido material, técnico o prestacional, siendo sólo estas, no aquellos, a las que ha de ceñirse la encomienda.(...)*”.

Debemos referirnos en este punto también al precio o retribución de la encomienda, que es una de las cuestiones sustanciales de esta figura. La única previsión legal a este respecto es que la encomienda será retribuida mediante tarifas, aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio o servicio técnico.

No existe previsión legal específica sobre qué debe entenderse por tarifa, por lo que se ha interpretado este concepto en el mismo sentido utilizado por el TRLCSP al referirse a los precios a satisfacer por los usuarios de concesiones de obras o de servicios: esto es, el importe que se satisface por “unidad productiva” o por “unidad producida”. Sin embargo, lo que es más preocupante, debe subrayarse que no existen disposiciones legales de aplicación general sobre qué criterios deben respetarse en la determinación de las tarifas. Ello está íntimamente ligado con una de las principales áreas de riesgo de la figura que es la justificación del régimen económico de la encomienda.

Haciendo una análisis casuístico de los distintos criterios empleados para determinar qué conceptos deben incluirse en la fijación de la tarifas, debe partirse de los establecido en la Disp. Adicional 25.^a del TRLCSP (antigua DA 30.^a de la LCSP 30/2007) para el caso de TRAGSA:

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

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

En análogo sentido se pronuncia la DA 10.^a de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003 en relación con SEGIPSA:

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

Por tanto el único criterio legal, si bien previsto para dos supuestos concretos, es el de atender a los costes reales de realización para fijar las tarifas. Sin embargo este criterio no es el único que se ha utilizado para la fijación de las mismas. Se han incluido otros conceptos en la tarifa que incluyen márgenes incompatibles con la idea de encomienda entre dos entes públicos.

Así puede citarse por ejemplo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad, que apela a los costes directos, indirectos así como a márgenes razonables para imprevistos pero añade también el concepto de “margen de rentabilidad” sin definirlo ni determinarlo:

“3. La tarifa o la retribución de la encomienda deberán cubrir el valor de las prestaciones encargadas, teniendo en cuenta para su cálculo los costes directos y los indirectos, y márgenes razonables, acordes con el importe de aquellas prestaciones, para atender desviaciones e imprevistos **y de rentabilidad**. Estos márgenes figurarán como partida independiente del resto de la tarifa”.

Continuando con el análisis de los criterios que deben inspirar el cálculo de las tarifas destaca el Estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre–Real Casa de la Moneda (entidad pública empresarial) aprobado por RD 1114/1999, de 25 de junio (modificado por RD 199/2009, de 23 de febrero), cuyo artículo 30 establece que: *“La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, cuando actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, se atenderá a las tarifas aprobadas por la Administración o poder adjudicador encomendante, teniendo en cuenta la equiparación entre el coste del producto o servicio y el precio a repercutir, el cual comprenderá necesariamente un **porcentaje de beneficio industrial**, que podrá oscilar en función de los volúmenes contratados u otras circunstancias objetivamente atendibles de acuerdo con los mercados correspondientes, **quedando excluidas, en todo caso, cualesquiera partidas que pudieran tener la consideración de ayuda pública**”.*

Esta entidad pública empresarial parece que prevé a modo de compensación para la inclusión de beneficio industrial en sus tarifas, la detracción de aquellas partidas que puedan tener la consideración de ayuda pública. Esta circunstancia, sin embargo, es de difícil integración dado que el hecho en sí de incluir beneficio industrial en la tarifa puede ser considerado como una ayuda pública para una entidad que actúa en el mercado, y que sin embargo no está sometida a las reglas de éste en sus relaciones con la entidad encomendante.

En otras ocasiones, como destaca el referido Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1003, se ha comprobado que la tarifa se aplicaba directamente como un porcentaje del presupuesto de ejecución material de obras incluido el beneficio industrial (SEGIPSA), o del presupuesto de los proyectos de inversión (que alcanzan hasta el 19 % del precio del proyecto (P4R, fondos de ayuda al desarrollo), o que la tarifa incluye márgenes para imprevistos que se pagan directamente sin que medie justificación (TRAGSA 12 %) o incluso que la entidad encomendataria incluye márgenes por la gestión de trabajos subcontratados (BOE, ISDEFE).

Haciendo una interpretación integradora de los preceptos del TRLCSP de acuerdo con su artículo 4.2 y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una relación interna, derivada de una operación no de mercado debe entenderse que la fijación de las tarifas debería hacerse atendiendo a los costes de realización del encargo, pudiendo estos contemplar márgenes para atender a

desviaciones o imprevistos pero debiendo estos liquidarse, justificando así que efectivamente dichas desviaciones e imprevistos se han producido.

Por otra parte y poniendo esto en relación con la justificación de la elección de la encomienda de gestión como medio empleado para satisfacer necesidades de la Administración, señala GARCÉS SANAGUSTÍN que no sería suficiente con que las tarifas consistan en costes reales si estos costes de producción superasen los costes de mercado, lo que pondría en duda la necesidad del medio propio en sí, por ineficiencia del mismo. Así pues con el parámetro “costes reales” se fija un límite máximo que deberá ser igual o inferior al valor de mercado, pero no superior, dado que en este caso estaríamos ante una gestión ineficiente y el recurso al ente instrumental como medio para proveer a la Administración de bienes y servicios no estaría justificado, suponiendo además una restricción a la competencia carente de motivo.

III. PRINCIPALES ÁREAS DE RIESGO: ¿MEDIOS PROPIOS SIN MEDIOS?

Continuando con las principales áreas de riesgo que presenta esta figura debemos destacar la justificación del encargo, el régimen económico de la encomienda en relación íntima con esta justificación y en sede de ejecución del encargo, el área candente está en la subcontratación o contratación con terceros de las prestaciones objeto del mismo, en conexión con los medios materiales con los que cuenta la entidad encomendaria.

3.1. La justificación del encargo y el régimen económico de la encomienda

La tramitación de una encomienda de gestión debería comenzar con una memoria justificativa de la necesidad de la misma, que contuviera las razones por las cuales la Administración no puede llevar a cabo por sí misma una determinada actividad (riesgo de duplicación o solapamiento de los órganos administrativos) y en la que especifique el motivo que ha llevado a considera la encomienda de gestión a un medio propio como la solución más adecuada para satisfacer dicha necesidad (GARNICA SAINZ DE LOS TERREROS, GARNICA HIDALGO).

Ya aquí debe valorarse la eficiencia del método de provisión elegido, atendiendo principalmente a la economicidad del mismo, justificando, salvo en casos concretos que puedan atender a motivos de seguridad interior o defensa nacional, que los recursos humanos y materiales del medio propio utilizado son los necesarios para que la vía elegida pueda calificarse como la más eficiente, no debiendo por tanto acudir al mercado privado de bienes y servicios para la satisfacción de dichas necesidades pública.

De los casos analizados por el Tribunal de Cuentas, esta circunstancia no se ha cumplido prácticamente nunca. Con carácter general las memorias justificativas analizadas prácticamente se limitan a señalar la necesidad de determinada prestación y la insuficiencia de medios para satisfacerla, no existiendo valoración alguna de las alternativas jurídicas a disposición de la Administración. Es más, salvo en algunos casos concretos tampoco se han encargado estudios de mercado que justificaran la vía de la encomienda de gestión como opción más económica, ni siquiera constan esos estudios en los expedientes de aprobación de tarifas (salvo en las aprobadas por el Ministerio de Defensa, que cuenta con un Grupo de Evaluación de Costes para el análisis y aprobación de sus tarifas y auditorías de precios).

Puede inferirse por tanto que la facilidad y la rapidez que otorga la vía de la encomienda, evitando así el “engorro” de un procedimiento de licitación pública, es el motivo principal que la hace apetecida por el gestor, pero que tal como está hoy planteada, no goza de la garantías necesarias o propias de la gestión de fondos públicos por la Administración.

3.2. La ejecución de la encomienda: el problema de la contratación con terceros

Lo anterior lleva directamente a otra de las áreas de mayor riesgo de este método de gestión administrativa: la ejecución de la encomienda.

No existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendaria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración.

Únicamente la DA 25.^a del TRLCSP establece un límite cuantitativo a TRAGSA para la contratación con terceros de los trabajos que se le encarguen como medio propio de la Administración. Este límite lo fija la Ley en el 50 % del importe total del proyecto, suministro o servicio. Dentro del espíritu de esta restricción parece que está el impedir que TRAGSA se convierta en una mera gestora de los encargos recibidos contratando su ejecución con terceros sin aportar un valor añadido que justifique el encargo, orillándose el régimen de contratación que correspondería aplicar a la entidad encomendante si contratara por sí misma el objeto de la encomienda.

En el resto de entidades analizadas por el Tribunal de Cuentas no existen límites a la subcontratación de la encomienda y en algunos expedientes se han detectado encargos que expresamente se configuran como “títulos legitimadores” para que la entidad contrate obras, servicios o suministros con terceros, contratación ésta no sometida al régimen administrativo ordinario del encomendante, al adoptar la entidad encomendaria forma de sociedad anónima pública.

Estamos por tanto ante un cambio en el régimen jurídico aplicable “elegido” por el gestor. Así pues, frente a la gestión mediante servicios administrativos, servidos por personal funcionario o laboral de plantilla y sin presupuesto diferenciado, en la gestión mediante entes instrumentales, dotados de personalidad propia, se dota a estos, en primer lugar, de autonomía financiera. Tienen un presupuesto propio y diferenciado que se gestiona por los propios responsables del ente y que, en el caso de las compañías mercantiles y de las fundaciones del sector público, pertenece a los llamados presupuestos de explotación y capital, lo que implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir, al control interventor. En segundo lugar, en el plano de la gestión, se les otorga una mayor flexibilidad, que en el caso de las sociedades y fundaciones, supone la adopción de modelos de gestión privada, al estar sujetas al derecho privado.

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

El TRLCSP por supuesto somete esta contratación con terceros o subcontratación a las disposiciones que sean aplicables a las entidades encomendatarias que, como es manifiesto, son más laxas que las vigentes para la matriz.

Esta circunstancia parece que viene a paliarse por la nueva Directiva que establece límites a la subcontratación de los encargos de gestión.

3.3. Los medios materiales de los medios propios

En relación con la subcontratación es indispensable poner sobre la mesa la cuestión de los medios materiales con los que ha de contar el medio propio. Esta cuestión, que parece una obviedad ya que un medio propio lo es porque tiene medios, recursos materiales y humanos para cumplir con sus cometidos, no ha sido vista de este modo por la Administración.

Nuestra legislación nada dice a este respecto y amparándose en ello la Administración española ha entendido que los medios propios no tienen por qué tener medios para realizar los encargos que se les encomiendan.

Así lo entendió la IGAE en un informe de 5 de junio de 2006, poco afortunado a nuestro entender, en el que señalaba que: *“En cuanto a la necesidad de que las entidades receptoras de la encomienda tengan medios propios suficientes*

para realizar la actividad encomendada, entiende esta Intervención General que, no contemplándose tal requisito por la jurisprudencia comunitaria, **no procede su exigencia**, salvo que la normativa específica de la entidad encomendada así lo disponga, como es el caso de TRAGSA, que tiene limitada su facultad de requerir la colaboración de empresarios particulares por el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y por el artículo 6 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.

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

Esta interpretación de la norma y jurisprudencia comunitarias, unida a informes del Servicio Jurídico del Estado como el de 10 de diciembre de 2012 que entiende, siguiendo criterios emitidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que las materias incluidas en el objeto social de un medio propio (en este caso TRAGSA) tiene carácter enunciativo no limitativo, quedando excluidas sólo las “claramente contrarias al objeto”, pudiendo entenderse propios del objeto social no sólo los actos de desarrollo o ejecución directa o indirecta del mismo sino “también los actos neutros o polivalentes e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social”, han llevado a admitir que se puedan encargar prestaciones a un medio propio que carezca de recursos para llevarlas a efecto.

¿Estamos por tanto ante un *fraude de ley legal*? Como recuerda CORTELL GINER citando al profesor GARCÍA ENTERRÍA en su comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 16 de octubre de 2003, en el asunto de la Comisión contra España, “se trata de la obstinada posición de nuestro legislador y de nuestra Administración de legitimar a toda costa una elemental (en realidad, cínica) técnica de huida del Derecho administrativo, la que pretende conseguirse con el simplicísimo expediente de que la Administración dote a una organización pública genuina del carácter puramente formal de sociedad mercantil (hoy también de fundación), veste con la cual los administradores estarían legitimados para obrar con una libertad absoluta, exactamente igual que un particular, autoeximidos así de las cargas consiguientes (y que la propia Constitución impone sin equívocos) al ejercicio de los poderes públicos”.

Para evitar estos abusos, continúa CORTELL, en principio, debería ser suficiente con aplicar la doctrina del fraude de ley, pero –como el propio García de Enterría señala en otro de sus comentarios a la jurisprudencia comunitaria– dicha vía fracasa porque “los responsables del sistema, quienes hacen las leyes, y a veces también quienes las aplican, tienden a considerar a los críticos de la situación existente, en ése y otros campos, como teóricos sin sentido práctico alguno, que pretenderían únicamente lucir una convencional ciencia abstracta, a la que no conviene reconocer demasiada importancia”. Como consecuencia de lo anterior, no sólo deja de aplicarse la doctrina del fraude de ley para poner coto a una

práctica tan irregular, sino que los tímidos esfuerzos legales por reconducir la situación quedan en letra muerta, sepultados bajo el peso de actuaciones, dictámenes e informes interesados en que se queden las cosas como están.

El Tribunal de Cuentas se ha apartado de la referida corriente y ha considerado que esta interpretación *ad infinitum* de la actividades que integran el objeto social de un medio propio suponen la indefinición total del mismo, derivando en ocasiones, cuando el encargo nada tiene que ver con las tareas habituales del medio propio, en la necesidad de subcontratar casi la totalidad de las prestaciones objeto de encargo, lo que desvirtúa por completo la figura de la encomienda de gestión.

Esta opinión es la que sostiene la práctica totalidad de la doctrina y también ha sido defendida, con timidez, en ocasiones por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como en su Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, cuya consideración jurídica quinta señala como requisito de la enmienda el de la idoneidad del medio para ejecutar el encargo, debiendo disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ello.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO TRAS LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Procede apuntar los cambios que habrá de incluir la futura modificación del TRLCSP con motivo de la aprobación de la Directiva 2014/24.

El artículo 12 de la misma regula la encomienda de gestión con más detalle que la anterior, aclarando algunos conceptos, recogiendo lo que ya es práctica habitual e imponiendo algunos límites, como en el caso de la contratación con terceros.

Así su apartado 1 dispone que “*Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

*b) 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*

c) 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.

*Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una **influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas** de la persona jurídica controlada. **Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador**".*

Así pues ya se define lo que es "parte esencia de la actividad" en las relaciones entre entidad encomendada y encomendante, cifrándose en 80 % del volumen de negocios u otro indicador válido de actividad (tal como desarrolla el apartado 5 del precepto al señalar que "Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro **indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato**. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio").

En este apartado vemos también que consagra la llamada **encomienda horizontal**, que ya venía utilizándose al incluir estatutariamente determinadas entidades dependientes del poder adjudicador entre aquellas que podían encargar encomiendas a un ente público.

Se define lo que debe entenderse por "control análogo", esto es, cuando un poder adjudicador ejerce sobre la entidad controlada una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

Como novedad incluye la directiva una suerte de salvedad a la exigencia de que el capital de la sociedad encomendada ha de ser público en su totalidad. La redacción de este apartado es confusa ("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"). Atendiendo al Considerando 32 de la Directiva parece que el precepto se refiere a "órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos, (...) siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta". Sin embargo

consideramos que el legislador español deberá concretar esta exclusión atendiendo a la realidad nacional.

Continúa el apartado 2 señalado que *“El apartado 1 también se aplica cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, 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 otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*

Esta nueva redacción da carta de naturaleza a la llamada **encomienda inversa**, aquella en la que es la entidad controlada la que realiza un encargo a la entidad de la que es medio propio.

Esta forma de encomienda no parece encajar en la dinámica de la figura, que se define como un mandato o instrucción de cumplimiento obligatorio, en el que la jerarquía entendida en un sentido amplio como instrumentalidad, es uno de los elementos característicos. Como ya señaló PASCUAL GARCÍA *“cabe plantearse si sobre cualquiera de estos entes (públicos) puede recaer la condición de encomendatario y los efectos que sobre la relación de encomienda puede producir su distinta naturaleza jurídica. La respuesta a la primera pregunta es claramente negativa pues no en todos se da ni puede darse una relación de dependencia con respecto a otros entes, sin la cual no existiría encargo obligatorio. No cabe que la Administración centralizada (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Entidades que integran la Administración Local) pueda recibir encargos obligatorios de los organismos que integran la Administración institucional ni de ningún otro ente del sector público de ellas dependiente”.*

El apartado 3 del precepto consagra el concepto de control conjunto, que ya venía siendo utilizado en la práctica al establecer que *“Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control en el sentido del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

a) que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;

b) 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 los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

*A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un **control conjunto** sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos;*
- ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; y*
- iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan”.*

Y como ya hemos señalado, la Directiva **limita la posibilidad de contratación con terceros** en estos encargos al 20 % del total de las actividades objeto de la cooperación al disponer su apartado 4 que “*Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y*
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación”.*

Cuestión distinta será ver cómo se lleva a cabo la trasposición de la Directiva que deberá tener lugar antes del 18 de abril de 2016 y que previsiblemente supondrá la aprobación de un nueva Ley de contratos públicos.

Es un desiderátum legítimo que el legislador tome en consideración la experiencia fiscalizadora revelada por el Tribunal de Cuentas y trate de mejorar una figura de crucial importancia para la gestión pública sobre la base de los defectos que la práctica ha puesto de manifiesto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COSSÍO CAPDEVILA, A.: *La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública*. Sevilla. Revista de Auditoría Pública (n.º 61), 2013.
- CORTELL GINER, R.: *La nueva delimitación del ámbito subjetivo y objetivo del sector público en materia de contratos en la Ley 30/2007. Los sectores especiales*. Sevilla. Revista Auditoría Pública (n.º 45), 2008.
- GARNICA SAINZ DE LOS TERREROS, A. y GARNICA HIDALGO, A.: *El control a posteriori de la encomienda de gestión*. Colaboración en la obra colectiva *Encomienda de Gestión. Gestión pública actual: régimen jurídico y mayor eficacia*. Aranzadi, 2013.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: *La autocontratación o contratación in house providing. Incidencia de la nueva regulación en las entidades instrumentales del sector público. Concepto de instrumentalidad y régimen tarifario*. Colaboración en la obra colectiva *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, pp. 79 a 96. Logroño. Escuela Riojana de Administración Pública, 2009.
- PASCUAL GARCÍA, J.: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid. BOE, 2010.