

La fiscalización por la intervención de los encargos a medios propios personificados. Especial consideración a la verificación del coste efectivo de las prestaciones subcontractadas

Manuel Gómez Martínez

Interventor Delegado en las consejerías de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Junta de Andalucía.

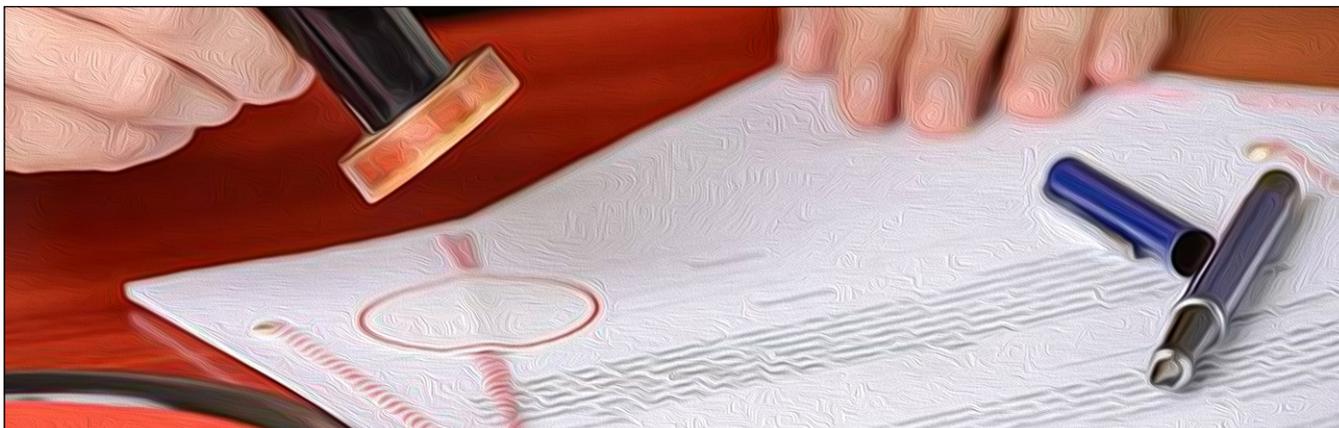
Revista Auditoría Pública nº 83
junio 2024. Páginas: 59-81

Resumen: En este trabajo se describe el alcance de la fiscalización previa de los expedientes de encargos a medios propios y determinados problemas prácticos encontrados en el ejercicio de dicho control, aportando soluciones para resolverlos. Se analiza más en profundidad la denominada subcontractación por la entidad encargada de prestaciones parciales del encargo, así como la verificación por la Intervención del coste efectivo de las prestaciones subcontractadas.

Palabras Clave: libre competencia, encargo a medio propio personificado, fiscalización, subcontractación y coste efectivo de las prestaciones contratadas con terceros.

Abstract: This paper describes the scope of the prior control of the files of orders to own means and certain practical problems encountered in carrying out such control, providing solutions to solve them. A more in-depth analysis is made of the so-called subcontracting of partial services of the order by the entity in charge on it, as well as the verification by Intervention about the effective cost of the subcontracted services.

Keywords: free competition, order to personified own mean, inspection, subcontracting and effective cost of services contracted with third parties.



ÍNDICE

1. **Introducción. La fiscalización de los encargos de la Junta de Andalucía.**

 2. **¿Debe acreditarse en cada expediente la suficiencia y adecuación de medios de la entidad encargada?**

 3. **¿Quién debe acreditar la suficiencia de medios?**

 4. **Consideración de la subcontratación.**

 5. **El artículo 32.7.b) LCSP.**
 - a. **Cómputo del 50%.**
 - b. **Supuestos en los que no aplica el límite del 50%.**
 - c. **Modo de acreditar la subcontratación.**
 - d. **Facturación a la Administración por la entidad encomendada de las prestaciones realizadas por terceros, pero no consideradas subcontratación.**
 - e. **La verificación del coste efectivo de las prestaciones realizadas por terceros.**
-

1. Introducción. La fiscalización de los encargos en la Junta de Andalucía.

El objetivo del presente trabajo es la descripción de determinados problemas detectados en la labor de fiscalización previa que realiza la Intervención de la Junta de Andalucía, sobre los expedientes de encargos a medios propios personificados, tramitados al amparo de los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y normas concordantes. Así como la aportación de ciertas soluciones que permitan resolver los problemas encontrados.

En la Junta de Andalucía, los expedientes de encargos están sujetos a fiscalización previa limitada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90.3 del Texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (TRLGHPJA).

Esta función de control previo se encuentra disciplinada por la Instrucción 11/2018, de la Intervención General de la Junta de Andalucía (IGJA), por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios regulados en la (LCSP)¹. Esta Instrucción tiene un alto grado de exigencia y su aplicación práctica han puesto de manifiesto determinadas debilidades de que adolece, a nuestro juicio, la gestión de los expedientes de encargos y que requieren una atención preferente y, probablemente, la adopción de medidas de corrección de la práctica administrativa cotidiana de los órganos que gestionan los encargos y de las intervenciones que los fiscalizan.

1 Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, Número 248 - Lunes, 28 de diciembre de 2020, página 62

La regulación actualmente vigente sobre los denominados encargos que realice la Administración a medios propios personificados está contenida, principalmente, en la LCSP.

El Preámbulo de la LCSP señala que *"siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades (se refiere a las entidades del sector público que tengan el carácter de medios propios personificados), con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia."*

En aplicación de este principio enunciado en el Preámbulo, el texto de la LCSP contiene entre sus determinaciones, las siguientes:

El artículo 32.2.d), que establece:

"d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social."

Y el artículo 32.7, a cuyo tenor:

"7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

(...)

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

(...)

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará

en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste."

Por su parte, la Instrucción 11/2018, de la IGJA, ya citada destaca en su apartado introductorio, que en la LCSP *"se regulan requisitos, ya enunciados en la exposición de motivos de la ley, tales como que la entidad que tenga el carácter de medio propio disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga."*

Y en la regulación de esta Instrucción se establece que, en la fase de autorización del gasto y del compromiso, deberá verificarse, entre otras cosas, la siguiente:

"2. Comprobar que la entidad destinataria del encargo cumple los requisitos para ser considerada medio propio personificado respecto del poder adjudicador que realiza el encargo, esto es:

(...)

d) A partir del 9 de septiembre: la condición de medio propio respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

(...)

5. Presupuesto del servicio concreto u obra a encomendar, valorado de acuerdo con las tarifas aprobadas, con desagregación de las partidas que podrán ser subcontratadas, verificando los límites de la subcontratación."

Entre las comprobaciones que contempla la mencionada Instrucción en la fase de reconocimiento de la obligación se encuentra la siguiente:

"5. Verificar la existencia de certificación en la que conste la aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados, así como el coste efectivo incurrido en relación a las prestaciones subcontratadas, acompañando relación detallada de las facturas que deba abonar el medio propio."

En lo que se refiere a la fase de liquidación y recepción de los encargos, la Instrucción distingue entre:

- a.** Los casos en que la liquidación del encargo no suponga un incremento de gasto, en los que, con ocasión del último o único pago, se deberá verificar, además de lo dispuesto con carácter general para las obligaciones derivadas de los encargos, entre otras

cosas, lo siguiente:

“2. La existencia de resolución por la que se liquida el encargo, desagregando el coste incurrido en aplicación de tarifas y el coste efectivo por prestaciones subcontratadas, verificando los límites de la subcontratación.”

b. En los casos en que la liquidación del encargo sí suponga un incremento de gasto, la Instrucción, a su vez, distingue:

b.1. La fase de autorización y compromiso, en la que se comprobará, entre otras cosas:

“3. La existencia de propuesta de resolución por la que se liquida el encargo, desagregando el coste incurrido en aplicación de tarifas y el coste efectivo por prestaciones subcontratadas, verificando los límites de la subcontratación.”

b.2. La fase de reconocimiento de la obligación, en la que se comprobará, entre otras cosas, lo siguiente:

“la existencia de resolución por la que se liquida el encargo, desagregando el coste incurrido en aplicación de tarifas y el coste efectivo por prestaciones subcontratadas, verificando los límites de la subcontratación.”

Finalmente, la Instrucción prevé que, en la modificación del encargo, en la fase de autorización del gasto y del compromiso, se deberá comprobar, entre otras cosas, lo siguiente: *“2. Presupuesto del modificado, valorado de acuerdo con las tarifas aprobadas con desagregación de las partidas que podrán ser subcontratadas.”*

Se ha podido comprobar, a la luz de las citas precedentes, la importancia que la guía de fiscalización de los encargos les otorga a las comprobaciones relacionadas con la existencia de medios personales y materiales apropiados para la realización de las actividades encargadas, con los límites a la subcontratación y con el coste efectivo de las actuaciones que el medio propio haya contratado con terceros.

Vamos a exponer, a continuación, determinadas proble-

mas que concurren en la gestión administrativa de los expedientes de encargos a medios propios personificados que, a nuestro juicio, no satisfacen suficientemente las exigencias de un cumplimiento adecuado de la legalidad aplicable a este tipo de gastos.

Para ello, nos vamos a valer de la experiencia derivada de la actividad habitual de control previo desarrollada por la Intervención Delegada en las consejerías de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul, de la Junta de Andalucía, en la que han aflorado determinados problemas que pasamos a exponer:

2. ¿Debe acreditarse en cada expediente la suficiencia y adecuación de medios de la entidad encargada?

En los preceptos de nuestro ordenamiento que regulan la declaración de una entidad como medio propio y servicio técnico de los poderes adjudicadores² se establece que la acreditación de la disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con el objeto social de la entidad de que se trate tendrá lugar en el momento de la declaración como medio propio de la misma. ¿Quiere esto decir que con ocasión de cada encargo que reciba una entidad declarada medio propio, no habrá que acreditar la suficiencia y adecuación de sus medios para ejecutar aquél?

El Tribunal de Cuentas (TCU) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la necesidad de que las administraciones públicas verifiquen los medios de que disponen las entidades a las que les confieren encargos y encomiendas.

En un informe de fiscalización anterior a la vigencia de la actual LCSP³, el TCU se expresaba así:

“El empleo de esta figura tiene solo sentido, por tanto, cuando se seleccione un medio propio que cuente con medios especialmente cualificados o especiali-

² Artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y, en el ámbito de la Junta de Andalucía, el artículo 53bis de la Ley 9/2007, de 22 octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

³ Informe del TCU, de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril de 2015.

zados, idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, es decir la realización de la prestación en que aquella consiste. Así, este Tribunal de Cuentas considera que resulta necesario como requisito habilitante del recurso a un concreto medio propio para llevar a cabo una encomienda en los términos de los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, el de su idoneidad para ejecutar la encomienda, lo que significa ante todo que debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutarla por sí mismo.

(...)

El riesgo derivado de esta situación consiste en definitiva en que la administración encomendante pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud del art. 24.6 del TRLCSP, estando por ello abocado a la subcontratación.

(...)

Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro derecho interno, este Tribunal de Cuentas ya ha puesto de manifiesto que «Un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo los encargos que se le encomiendan, esa es una de las principales causas de la encomienda, que la Administración instrumental tiene medios para llevar a cabo órdenes de la matriz».

En esta misma línea se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) y así, en su Informe nº 65/07, de 29 de enero de 2009, da por supuesto que el medio propio deberá contar con medios idóneos para ejecutar el contrato considerando 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 JCCA en su Informe nº 13/12 de 27 de septiembre de 2012, también afirma categóricamente que «no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación». Y va más allá, (...) haciendo una extensión genérica del límite de la subcontratación al 50% del coste del proyecto y así, asegura que «si una entidad medio propio no puede ejecutar el 50% del encargo, es que no es suficientemente apta para realizar la prestación (...) y por tanto no cabría el encargo o encomienda correspondiente».

(...)

Por otra parte, se ha vuelto a confirmar lo ya puesto de manifiesto con anterioridad por este Tribunal de Cuentas en relación con la amplitud con la que se concibe el objeto social de algunas entidades encomendatarias, lo que ha propiciado que hayan sido



utilizadas como “medio para todo.” La carencia de medios para dar cobertura a tan amplio objeto social, unida al carácter obligatorio de la ejecución de la encomienda para ellas, determina por su parte que en ocasiones las entidades encomendatarias deban contratar con terceros la práctica totalidad o la mayor parte de la ejecución de la encomienda, dando lugar a los problemas derivados de la subcontratación.”

Aunque, como ya hemos señalado, este informe del TCU y el de la JCCA que se cita se emiten al socaire de la anterior normativa de las encomiendas, señalan un aspecto que consideramos plenamente aplicable a la realidad de los encargos regulados por la LCSP, como es la exigencia de que una entidad deba disponer de medios adecuados y suficientes para realizar cada uno de los encargos que se le encomienden.

Muy recientemente, el mismo TCU se ha pronunciado sobre los encargos que recibe la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) de los diversos y numerosos poderes adjudicadores de los que es medio propio, en los siguientes términos⁴:

“4. Los encargos que recibe TRAGSA han ido distanciándose del tráfico para el que fue creada como medio propio, esto es, la consecución de los objetivos de reforma y desarrollo agrario, forestal y de conservación de la naturaleza. Teniendo en cuenta el considerable número de medios propios con los que cuenta la Administración, no resulta ponderado el crecimiento de las actuaciones en los diferentes ámbitos de actividad del medio propio, siendo imprescindible mantener la especialización en todos ellos. Epígrafe II.2.1

RECOMENDACIÓN N.º 3

Sería aconsejable que en los casos en que TRAGSA entendiera que el contenido del encargo recibido no tuviera encaje en las actividades de su objeto social, esta Entidad trasladara al correspondiente poder adjudicador la conveniencia de que se valiese de otro u otros medios propios cuando exista alguno que tuviera una especialización mayor en esos ámbitos que la propia TRAGSA, sin perjuicio de la aceptación

por parte de esta del encargo del que se trate, lo que constituye obligación legal.”

En este informe, el TCU se centra en el aspecto de la idoneidad de los medios de los que debe disponer la entidad encargada (en este caso TRAGSA) para ejecutar el objeto de los encargos que reciba.

Por su parte, La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) publicó el 14 de febrero de 2023 una *Guía sobre los encargos a medios propios y los convenios desde la óptica de promoción de la competencia*⁵, de la que vamos a entresacar las siguientes citas, sobre la posesión de medios propios suficientes por las entidades que reciben encargos:

“Es importante evaluar a priori la competencia y especialización de la entidad que va a realizar la prestación, en qué medida dispone de capacidad propia o necesita recurrir a servicios de terceros (en cuyo caso, pueden producirse problemas de doble margen);” porque:

“Cuando el medio propio o la entidad que lleva a cabo la prestación en un convenio necesitan subcontratar con terceros la realización de determinadas tareas, es posible que el coste de realización del convenio o encargo se encarezcan. Además, en estas relaciones contractuales de subcontratación pueden aparecer el mismo tipo de problemas que en el contrato público, por lo que las ventajas del convenio o encargo frente a este se reducen.”

Asimismo,

“En caso de que el medio propio carezca de los medios necesarios para su objeto social, existe el riesgo de que el cumplimiento de los encargos que se le atribuyan se realice fundamentalmente a través de la subcontratación o de la contratación temporal de trabajadores por parte de aquel.”

Por todo ello, se formula la siguiente recomendación:

“Recomendación 5. Realizar una evaluación prudente de los medios necesarios para el desarrollo de los cometidos atribuidos al medio propio.

4 Informe del TCU, de fiscalización de la actividad de la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) como medio propio, ejercicios 2021 y 2022, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de febrero de 2024.

5 CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, REF. G-2020-01, FASE II. Los encargos a medios propios y los convenios desde la óptica de promoción de la competencia, 14 de febrero de 2023.



- *El medio propio debe contar con los medios materiales y personales suficientes para llevar a cabo sus cometidos. Ello requiere anticipar correctamente cuáles serán los cometidos y tareas que llevará a cabo el medio propio y los medios necesarios para realizarlos.*

- *Una infraestimación de los medios necesarios para la realización de las tareas puede conducir a sobreestimar la eficiencia del medio propio frente a la contratación pública (y, por tanto, llevar a un falso positivo sobre la conveniencia de crear el medio propio) y abocar al medio propio a la subcontratación sistemática de los encargos sin aportar valor en la intermediación (o, en el peor de los casos, a incumplir sus obligaciones de entrega y sus obligaciones financieras con terceros). Por ello, se recomienda llevar a cabo una estimación prudente de los medios necesarios para el desarrollo de los cometidos del medio propio.”*

En el Manual de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana, dedicada a los encargos a entidades que tienen la consideración de medios propios⁶, se incluye, entre las verificaciones a realizar, para comprobar que la entidad encomendada cumple todos los requisitos previstos en el apartado 2 del artículo 32 LCSP para ostentar la condición de medio propio, el siguiente:

“Consta la verificación por la entidad de la que depende de que se dispone de los medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos. Existe un riesgo de que el ente instrumental, estando obligado a realizar los encargos, no cuente con los medios adecuados, abocándole a la subcontratación.”

En un sentido bien diferente Santiago Fernández se ha pronunciado⁷ sobre el particular en los siguientes términos:

“En consecuencia, el punto de mira del control ha de centrarse en el momento de reconocimiento de la condición de medio propio, una vez reconocido este y declarado como tal, cumplidas las exigencias del artículo 32 de la LCSP y del artículo 86 LRJSP, los encargos que se realicen al mismo no deben tener más control que el que el encargo se adecue al objeto social del medio propio y que se abone conforme a las tarifas aprobadas al efecto y la limitación porcentual de las prestaciones que el medio propio puede contratar con terceros para la ejecución del encargo. Lo que no tiene ya encaje legal es seguir reparando los encargos que se realicen a un medio propio reconocido como tal, en base a una doctrina restrictiva de las llamadas «encomiendas de gestión», ya superada al haberse regulado con rango de ley la figura del medio propio y las exigencias para tener tal condición y

6 Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, MFSC-4815 Los encargos a entidades que tienen la consideración de medios propios. Aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 15/07/2019. Actualizado por la CTA el 07/05/2021

7 SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^o José (2021) “El alcance del control de los encargos a medios propios tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público,” en el nº 77 de la revista Auditoría pública, págs. 145-157.

mucho menos extender los controles de eficiencia y eficacia exigibles para tener la condición de medio propio, a cada encargo en particular a quienes ya tienen reconocida la condición de tal.”

No cabe dudar, en principio, de la autoridad de quien tan contundentemente se pronuncia, habida cuenta de su condición de expresidenta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, si bien, no debe obviarse que el trabajo cuyo extracto hemos transcrito lo publica en su condición de Directora de la Asesoría Jurídica y Cumplimiento Legal del Grupo TRAGSA, el medio propio del sector público español, por antonomasia.

Finalmente, Fernández Ramos y Pérez Monguió⁸ se formulan la misma pregunta que encabeza este epígrafe y la responden como veremos a continuación:

“La cuestión es ¿basta acreditar esta suficiencia e idoneidad de medios en el procedimiento de creación o declaración del medio propio? O ¿es necesaria también su acreditación en el procedimiento de cada encargo?”

En la situación anterior a la LCSP 2017 la respuesta probablemente sería la primera, pues la Ley anterior no exigía en la ejecución del encargo que el medio propio efectuase directamente, al menos, una parte de la misma, dando lugar a situaciones de «subcontratación» (externalización contractual) por el medio propio de la práctica totalidad de las prestaciones objeto del encargo. Por su parte, aun con la nueva LCSP, el TACRC considera que esta exigencia se verifica, con carácter previo, al atribuir a la entidad la condición de MPP, y no en relación a cada encargo singularizado.

Sin embargo, en este punto discrepamos del criterio del TACRC, pues existe un elemento que diferencia esta exigencia del artículo 86.2 de las tratadas más arriba. En efecto, como es conocido, la actual LCSP –art. 32.7.b)– establece que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo (con excepciones que detalla la Ley, y que han sido flexibilizadas posteriormente).

A partir de este límite del 50%, que recordamos no existe ya en la subcontratación propiamente dicha, entendemos que no basta una idoneidad genérica y previa acreditada en el procedimiento de creación o declaración del medio propio para actuar en un sector de actividad, sino que tal idoneidad debe actualizarse y concretarse en cada procedimiento de aprobación de un encargo, pues de lo contrario no podrá garantizarse el cumplimiento de la exigencia de ejecución directa contenida en la LCSP con carácter básico, lo cual podría suponer, además, un supuesto de competencia desleal, tal como se vio antes.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas, Informe nº 1198/2016, consideró que resulta necesario como requisito habilitante del recurso a un concreto medio propio para llevar a cabo un encargo, el de su idoneidad para ejecutarla, lo que significa ante todo que debe disponer del personal y los medios materiales y técnicos necesarios para hacerlo por sí mismo, circunstancia que debería ser comprobada por la entidad que formula el encargo antes del mismo. Y también en ese sentido se han pronunciado expresamente alguna ley autonómica.”

Nosotros compartimos plenamente esta opinión.

Como dijimos al inicio de este epígrafe, de las normas que regulan la declaración de una entidad como medio propio parece desprenderse que la acreditación de la disposición de medios suficientes e idóneos tiene lugar en el momento de la declaración como medio propio de la misma.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) la declaración de una entidad como medio propio exige la acreditación de los requisitos que dicha Ley y la LCSP establecen, entre los que está que disponga de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social.

De acuerdo con el citado precepto de la LRJSP, en el ámbito de la Administración del Estado, la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) debe informar preceptivamente las propuestas de declaración de medios propios. Para el ejercicio de esta competencia, la IGAE dictó la Resolución de 16 de mayo de 2019,

⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, JM (2023), “Los encargos a medios propios ¿recurso ordinario o excepcional?”, en el nº 61 de la Revista General de Derecho Administrativo.

por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁹.

En su preámbulo, esta Resolución contiene una consideración de especial relevancia para obtener conclusiones en el presente apartado de este trabajo.

“Tomando en consideración los antecedentes señalados y el momento de emisión del citado informe, dada, con carácter general, su naturaleza previa a la declaración de la condición de medio propio, necesariamente se dan una serie de condicionantes que no es posible verificar en el momento de solicitud y solo podrán comprobarse de forma fidedigna con carácter posterior para cada uno de los encargos¹⁰ que realice el medio propio y servicio técnico, por lo que se hace necesario partir de una declaración responsable hecha por el solicitante y de la aportación de documentación que se establece en esta instrucción como solución alternativa.

Así pues, el informe de la IGAE sobre la memoria acreditativa de la condición de medio propio, de conformidad con el mandato contenido en la LRJSP, se emite sin perjuicio de las actuaciones de función interventora, de control financiero permanente o de auditoría pública que, de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sean ejercidas por este Centro Directivo.”

Lo cierto es que, pese a esta declaración, en la propia Resolución de la IGAE se exige que, en el expediente que se instruya para formular la solicitud de informe a la IGAE, a la que se refiere el artículo 86.3 LRJSP, *“deberá acreditarse que la entidad que se propone como medio propio y servicio técnico dispone de recursos suficientes e idóneos para afrontar los encargos que pueda recibir, así como el compromiso de no superar el porcentaje de subcontratación establecido en la normativa vigente en cada momento.”*

Asimismo, en el modelo de Memoria que debe presentar la entidad que pretenda acreditarse como medio propio, demostrativa del cumplimiento de los requisitos para ello, conforme al artículo 86 LRJSP, que se incluye como Anexo II de la Resolución de la IGAE, se establece, entre

otras cosas, lo siguiente:

“(La entidad solicitante) dispone de recursos suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponde con su objeto social. Para ello:

Se acredita mediante certificación del responsable de la entidad la relación de medios personales y materiales suficientes e idóneos con los que cuenta o prevé contar para cumplir el objeto del encargo de la entidad acorde con la legislación de contratación pública (obras, suministros, servicios, concesión de obras públicas, concesión de servicios).

Se acompaña declaración de incluir en la documentación del encargo y en el portal de transparencia del medio propio y servicio técnico y en el de los entes encomendantes el compromiso de no superar el porcentaje de subcontratación en los encargos a medios propios y servicios técnicos a recibir en el futuro.”

Por tanto, la entidad solicitante debe acreditar que posee los medios. No obstante, si atendemos a lo que dispone el modelo de informe que se inserta como Anexo I de la Resolución, la acreditación a que se ha hecho referencia no deja de tener el mero carácter de declaración responsable de la interesada, cuyos elementos fácticos no son objeto de análisis y valoración por parte de la IGAE en este procedimiento de declaración de medio propio. Veamos lo que dice el modelo de informe en su apartado de objeto y alcance:

“Nuestro trabajo se ha realizado de acuerdo con la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de fecha 16 de mayo de 2019 y no constituye una actuación de control o de auditoría pública de las establecidas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. No incluye, en consecuencia, el análisis y valoración de la razonabilidad económica, la realidad o la oportunidad de los datos consignados en la Memoria y demás documentación aportada que no forman parte del alcance del informe¹¹, sin perjuicio de que todo ello pueda ser objeto de actuaciones posteriores que la IGAE pueda desarrollar en el futuro, tanto de las previstas en el artículo 85 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

⁹ <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Resoluci%C3%B3n%20Instrucci%C3%B3n%20informe%20MP.pdf>

¹⁰ El subrayado es nuestro.

¹¹ El subrayado es nuestro.

de Régimen Jurídico del Sector Público, como de las contempladas en los artículos 159 o 170.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.”

Además de lo expuesto hasta ahora, parece evidente que, por muy minucioso que fuese el análisis preliminar sobre la dotación de medios propios de la entidad encargada, que ya hemos visto que no lo es, hay algunas razones que abonarían la conveniencia de que el poder adjudicador compruebe dicha dotación específicamente con ocasión de cada encargo. Por un lado, porque difícilmente una comprobación previa podría tener un alcance tan amplio como la realidad demuestra que lo son las variadas prestaciones que realmente se encargan a las entidades calificadas como medios propios. Y, por otro lado, porque una dotación específica de medios calificados suficientes y adecuados en un momento dado (el de la declaración de la entidad como medio propio) puede variar a lo largo del tiempo y será necesario actualizar la acreditación para acercarla al momento en que se realice el encargo de que se trate.

Por todo ello, nos parece conveniente que en el momento de la fiscalización previa de los gastos relativos a encargos a medios propios personificados, el expediente contenga una declaración del representante de la entidad encargada, en la que manifieste que los medios a disposición de la entidad que fueron tenidos en cuenta en el momento de su declaración como medio propio y servicio técnico no se han alterado, de modo que hubiera procedido dicha declaración a la vista de la dotación actual de dichos medios. Y que dichos medios, no solo son suficientes y adecuados para que la entidad siga siendo considerada como medio propio, sino que lo son también para la ejecución del encargo de que se trate. Tal declaración debe ser confirmada por el órgano que realiza el encargo, bien en la memoria del expediente, bien en la propuesta de resolución, bien en ambos documentos. Y todo ello, sin perjuicio de la aplicación de la presunción prevista en la LCSP, cuando la entidad encargada haya obtenido la correspondiente clasificación respecto de los grupos, subgrupos y categorías que ostente¹².

3. ¿Quién debe acreditar la suficiencia de medios?

En los expedientes de encargo que se tramitan habitualmente se incorpora un documento en el que la entidad calificada como medio propio que va a recibir el encargo certifica que dispone de medios propios suficientes y adecuados para llevarlo a cabo.

Como dicen García Alfonso y García-Royo Díaz¹³ ni en la LCSP, ni en la LRJSP *“se expresa en ningún punto cómo se va a acreditar la referida disposición de medios adecuados, por lo que previsiblemente quedará al arbitrio de la entidad de la que depende el admitir que cuenta con dichos medios, lo que no parece imparcial, dado que esa entidad tiene incentivos para pronunciarse favorablemente.”*

Ya hemos visto que en el ámbito de la Administración del Estado, para la acreditación de la posesión de medios se exige poco más que una declaración responsable de la entidad que va a ser declarada medio propio, cuya base fáctica no entra a valorar la IGAE. Pero, lo que los autores que acabamos de citar ponen de manifiesto va más allá, pues cuestionan que sea la entidad de la que depende el medio propio, es decir, la que le va a conferir los encargos, la que acredite la suficiencia y adecuación de los medios a disposición del medio propio, debido a su falta de imparcialidad.

Nosotros compartimos esta crítica, pero no vemos una solución satisfactoria a este problema con la norma vigente en la mano. Lo que sí debe evitarse, desde luego, es la práctica frecuente que hemos contemplado en el ejercicio de nuestra función de control, que consiste en que la dotación de medios sea acreditada en los expedientes por el mismo medio propio. Porque, una cosa es que el medio propio le aporte al órgano que realiza el encargo la información necesaria y otra bien diferente es quién debe emitir el juicio sobre la suficiencia y adecuación de los medios necesarios para realizar el encargo, con efectos en el procedimiento instruido, que no puede ser otro que el órgano administrativo que lo

¹² El párrafo final del artículo 32.2.d) LCSP dispone: *“En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra (posesión de medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos) cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente.”*

¹³ GARCÍA ALFONSO, M. Y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J. (2017), *“Análisis de los encargos propios desde la óptica de promoción de la competencia”*, en el nº 1 de 2017 del *Anuario de la Competencia*.

instruye. Por eso acabamos de proponer que en los expedientes concretos de encargos que se instruyan la declaración del medio propio sea verdadera por el órgano que realice el encargo.

Las dos cuestiones examinadas hasta el momento tienen su ámbito propio de desenvolvimiento en la fase de fiscalización de la aprobación y el compromiso de gasto. Pero no terminan aquí los problemas que hemos encontrado durante el control de legalidad de los encargos por la intervención. Veamos ahora en qué consiste la fiscalización de la fase de obligaciones en los expedientes de encargo, donde nos daremos de bruces con la cuestión principal examinada en este trabajo, que tiene que ver con la subcontratación y, más en concreto, con la verificación, al fiscalizar las propuestas de pago presentadas ante la intervención, del coste efectivo de las prestaciones contratadas con terceros por la entidad encargada, tal y como demanda que se haga la guía de fiscalización de la IGJA.

4. Consideración de la subcontratación.

A los efectos del presente análisis, empleamos el término subcontratación como sinónimo de contratos celebrados por la entidad encargada con terceros, para la ejecución de cualquiera de las actuaciones en las que consiste el objeto del encargo.

En los expedientes que se tramitan habitualmente ante la intervención, el documento al que nos hemos referido anteriormente, en el que la entidad encargada acredita que posee los medios necesarios para ejecutar el encargo, tiene un contenido adicional: precisa y cuantifica, también, las actuaciones que va a subcontratar. A estos efectos, este documento suele contener una nota explicativa, en los siguientes términos:

“Para los encargos a medio propio de obras, tendrán la consideración de contrataciones con terceros las

unidades de obra completas a contratar y ejecutar por terceros. Serán unidades de obra completas las que de esta forma se identifiquen en el correspondiente proyecto. No serán tenidos en cuenta en ningún caso como contrataciones con terceros los aprovisionamientos, suministros, materias primas y bienes de equipos necesarios (incluidos los alquileres de los mismos). Para los encargos a medio propio de servicios, el total de las contrataciones con terceros de servicios de la misma tipología que la actuación encargada no podrá superar el 50% del importe del encargo, entendiéndose por misma tipología si está comprendida en la misma categoría, según clasificación de la Directiva de contratos públicos en vigor.”

Ignoramos la procedencia de esta aclaración contenida en la declaración de la entidad encargada, que el órgano que formaliza el encargo viene asumiendo en los expedientes instruidos. Pero, salvo que no la hayamos entendido apropiadamente, esta determinación podría ser contraria a lo dispuesto en el artículo 32.7.b) LCSP.

En efecto, en lo que se refiere a los encargos de obras, donde la LCSP viene a establecer que no se considerarán subcontratación las prestaciones parciales que el medio propio adquiera a otras empresas, siempre que se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, la declaración que estamos examinando invierte la regla y establece que solo se considerará subcontratación cuando lo que se contrate y ejecute por terceros sean unidades de obra completas. Es decir, que, en hipótesis, la realización de una unidad de obra, en la que la entidad encargada ejecute un 0,1% con medios propios y subcontrate el 99,9% restante, no será considerada subcontratación.

Y, en lo que se refiere a los encargos de servicios, según esta nota aclaratoria, la regla del 50% solo sería aplicable a la subcontratación con terceros de servicios de la misma tipología que la actuación encargada. Es decir, al



parecer, si los servicios subcontratados fueran de diferente tipología, la entidad encargada podrá subcontratar hasta el 100%.

También hemos detectado declaraciones con un mayor grado de sofisticación, en las que, además de lo que dice la declaración ya transcrita, sobre los encargos de obras, señala lo siguiente:

“... a efectos de calificar o no calificar como subcontratación la contratación con terceros de servicios auxiliares o instrumentales por el medio propio personificado, se tendrá en cuenta que no existe tal cuando el tercero (incluido su personal) se sujeta a las instrucciones del medio propio personificado en la ejecución de los trabajos y no asume responsabilidad alguna en el resultado de la ejecución. Este supuesto, a los efectos de determinar el cumplimiento del límite de subcontratación, es el que facultará que el mismo no se considere una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal según se recoge en el artículo 32.7 b) de la Ley 9/2017.”

Como bien se comprende, esta determinación termina por convertir en puro papel mojado la regla legal del 50%.

El informe del TCU al que aludimos anteriormente¹⁴, si bien, como dijimos, evalúa un período anterior al de la vigencia de la LCSP, la que podemos denominar, época de las encomiendas, contiene determinadas valoraciones sobre la subcontratación que, en buena medida, podrían seguir considerándose aplicables tras la aprobación de la citada LCSP.

Del apartado de Conclusiones de este informe destacamos:

“22ª) En cualquier caso, los órganos encomendantes no han establecido en los documentos de formalización de las encomiendas provisiones específicas suficientes en materia de subcontratación, ni han llevado a cabo controles que permitieran conocer el grado y el alcance de la subcontratación efectivamente realizada por las encomendatarias para ejecutar la prestación, o incluso saber si dicha subcontratación ha tenido lugar o no. Ello ha impedido conocer a los encomendantes si se excedieron los límites fijados a dicha subcontratación (por ley en el caso de TRAGSA

o SENASA, o en la propia encomienda cuando así se ha establecido), circunstancia que efectivamente se ha producido según ha comprobado este Tribunal; y sobre todo, poder evaluar si el ente instrumental resultaba idóneo, o no, para llevar a cabo la prestación encomendada.

23ª) La ausencia de límites generales a la subcontratación y la ausencia de provisiones suficientes y controles sobre la misma son factores decisivos que determinan que a través de este mecanismo los entes instrumentales han podido actuar como meros intermediarios que habrían procedido a la contratación de determinadas prestaciones, en sustitución de su administración matriz, sin aplicar la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para las AAPP, determinando con ello un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado).”

Y, entre las Recomendaciones:

“10ª) Deben evitarse los encargos a entes que de forma recurrente han tenido que proceder a la subcontratación de la parte esencial de los encargos. Los órganos competentes de la AGE deben valorar la supresión de aquellos entes instrumentales que con carácter reiterado incurren en estas prácticas.

(...)

12ª) La subcontratación solo debería ser admitida si se contempla expresamente dicha posibilidad en el documento de formalización de la encomienda o en sus pliegos reguladores, con exigencia de autorización expresa del encomendante previa notificación, y limitada a prestaciones accesorias al objeto principal del encargo.”

El mismo TCU, en otro informe de 2022¹⁵ formula diversas consideraciones sobre las subcontrataciones llevadas a cabo por las entidades receptoras de encargos, estas ya sí, bajo la vigencia de la LCSP, entre las que destacamos las siguientes:

¹⁴ Informe del TCU de 30 de abril de 2015, *loc. cit.*

¹⁵ Informe del TCU, de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022.

“En 16 de los encargos, las subcontrataciones comunicadas a este Tribunal superan el 50% del importe del encargo y, de estos, 6 superan el 100% del citado importe; cumpliéndose solo el límite establecido en el artículo 32.7. b) de la LCSP en 11 de los encargos.

(...). TRAGSA considera en la mayoría de los casos que las citadas contrataciones responden a suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen parte autónoma y diferenciable de la prestación auxiliar y, por consiguiente, quedarían excluidos del cómputo para el límite del 50% según lo establecido en el artículo 32.7 de la LCSP. Sin embargo, con carácter general, TRAGSA no ha remitido información lo suficientemente detallada como para poder realizar una valoración sobre cuáles de los contratos han sido considerados como auxiliares y cuáles como prestaciones parciales sobre dicha clasificación. En concreto, sí se han podido alcanzar algunas conclusiones respecto a los siguientes encargos:

- En relación con el encargo número 9, por importe de 1.684.414,80 euros, se han remitido un total de 181 contratos con terceros con un importe total de 2.365.832 euros, lo que representa el 140% del importe del encargo. Cabe destacar que el ámbito temporal en el que se han realizado las subcontrataciones supera el tiempo de ejecución establecido en el encargo. En la Plataforma de Contratación del Estado no se ha justificado dicho exceso de subcontratación, según lo previsto en el artículo 32.7 de la LCSP. Se ha constatado que 47 de las contrataciones realizadas responden a suministros de material por un importe de 471.633 euros y otros 40 a alquiler de maquinaria y otros elementos por importe de 526.080 euros. Considerando dichas prestaciones como auxiliares o instrumentales, el porcentaje de subcontratación sería del 81%. No obstante, según comunica TRAGSA, la ejecución del citado encargo no está finalizado, por lo que no es posible determinar cuál será el porcentaje de subcontratación real hasta que no se finalice la obra, certificando que, hasta noviembre de 2020, el porcentaje de subcontratación ha sido del 55%. Lo que lleva a concluir que el encargo ha sido modificado en cuanto a su importe y plazo de ejecución, sin que conste la formalización de la citada modificación.

- En el encargo número 13, cuyo importe fue de 49.000 euros, se formalizaron 10 contratos con terceros cuyo importe total representa el 122% del importe del encargo. Existe un único contrato de alquiler de maquinaria con conductor por importe de 41.706 euros que, de considerarlo como auxiliar, reduciría la representatividad de la subcontratación al

37% del importe del encargo. TRAGSA ha remitido un certificado con respecto a este encargo en el que afirma que la subcontratación ha sido del 19,5%, sin embargo, no especifica qué contratos, por afectar a servicios o suministros auxiliares o instrumentales, han sido excluidos del cómputo.

- En cuanto al encargo de ADIF con número 14, por importe de 20.677,17 euros, ha dado lugar a 10 contratos cuyo importe total representa el 171% del importe total del encargo. Dos de los contratos de suministros de material de fontanería y materiales de construcción suman un total de 27.500 euros que, si se excluyen del cálculo, reducirían el porcentaje de subcontratación al 38%. En este caso, TRAGSA ha certificado que, si bien la terminación de la obra ha sido reciente, en el cierre contable de noviembre de 2020 existía un 12% de subcontratación, sin aportar ningún dato más que permita verificar el citado porcentaje.

- En el encargo número 24, cuyo importe fue de 888.981,53 euros, se han formalizado 6 contratos con terceros cuyo importe total representa un 236,73% del importe del encargo. Cuatro de los citados contratos, por importe total de 2.087.440 euros, tiene por objeto, la «contratación de los suministros y trabajos necesarios para acometer las actuaciones de cuarta continuación del suministro de emergencia de agua potable mediante cubas cisternas en el municipio del Valle de Abdalajis», lo que plantea serias dudas sobre su consideración como actuaciones auxiliares y por tanto excluidas del cómputo del porcentaje de subcontratación. No existe ninguna publicación al respecto en la Plataforma de Contratación del Estado que justifique el exceso de subcontratación. Según ha informado TRAGSA, el citado encargo estaría en ejecución, siendo el porcentaje de subcontratación a noviembre de 2020 del 0,27%, aunque no se ha aportado la modificación que sustente la ampliación de importe y plazo de ejecución del encargo.

- El encargo número 28, con importe de 7.050,54 euros, tiene asociada una subcontratación del 271% a través de 5 contratos por importe total de 19.121,92 euros, de los que el suministro de la tubería ya supera el importe del encargo. TRAGSA ha informado de que el total de lo subcontratado asciende al 44%. No obstante, según la información remitida por TRAGSA, dos únicos contratos, cuyo objeto fue «la reparación de averías en redes de riego», por importe de 5.202,20 euros, y la «ejecución de movimiento de tierras», por importe de 2.755,90 euros, que no podrían clasificarse como auxiliares, ya superarían el 100% del importe del encargo.

- En cuanto al encargo número 33, cuyo importe fue de 43.713,33 euros, presenta una contratación con terceros que representa el 258% del importe del encargo. El importe contratado ascendió a 113.008 euros, de los que 104.008 euros se corresponden con el alquiler de una retroexcavadora y de un camión grúa y 9.000 euros a la contratación de suministros. TRAGSA ha informado que el importe total certificado y facturado por este encargo asciende a 27.052,13 euros, con una subcontratación del 15,9% por la contratación del equipo de revisión, soldadura química y preparación de la tubería de PRFV, un contrato del que no ha sido rendido ningún dato.

Se ha detectado, además, que las subcontrataciones se formalizan en un ámbito temporal distinto al del encargo en aquellos con número de referencia 8, 9, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33 y 34. Esta incidencia se ha justificado por TRAGSA en el hecho de que estas contrataciones no tienen su origen únicamente en los encargos mencionados, sino que se trata de contratos marco que han sido utilizados en diferentes actuaciones de la misma Gerencia, razón por la cual el ámbito temporal puede ser anterior a los encargos que son objeto de fiscalización. No obstante lo anterior, esto podría explicar los casos en los que las fechas de contratación son anteriores a las fechas de los encargos, pero no los casos en los que dichas contrataciones son posteriores a estas.”

Y, en lo que se refiere a TRAGSATEC:

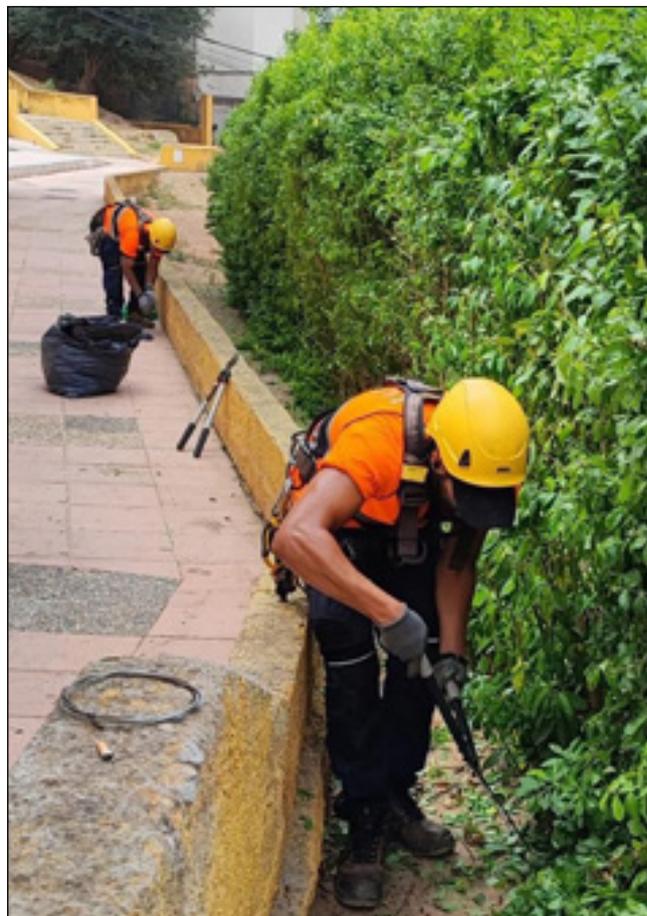
“Para la realización de los 5 encargos analizados, se formalizaron 17 contratos con terceros, todos ellos contratos menores.”

Finalmente, vamos a destacar el contenido más relevante que extraemos del Informe del TCU de 2024 sobre la actividad de TRAGSA¹⁶, al que nos referimos anteriormente, del que entresacamos las siguientes citas de interés:

“La contratación con terceros, debe ser objeto de regulación y de control por la entidad que realiza el encargo, y debería regularse el procedimiento mediante el cual se va a realizar este control.”

Y también:

“TRAGSA cuenta con la instrucción interna: «GPR07,



Instrucción interna para la contratación de trabajos con terceros en el Grupo Tragsa», que regula el procedimiento a seguir.”

Según el TCU, en esta instrucción, entre otras cosas, se afirma que:

“no se considera subcontratación:

1. La contratación de servicios informáticos, para los que deba garantizarse unos niveles de compatibilidad, integridad, fiabilidad, confidencialidad y seguridad prefijados en las redes y los sistemas.
2. La adquisición de suministros o materiales auxiliares o instrumentales que no formen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal.
3. La prestación de un servicio complementario (ej. vigilancia de obra) salvo que el servicio que se contrata con un tercero forme parte explícita del objeto principal del encargo a TRAGSA como unidad de obra

¹⁶ Informe del TCU de 29 de febrero de 2024, loc. cit.

individualizada.

4. En ningún caso los suministros son subcontratación.

5. El alquiler de maquinaria sin conductor es un suministro y no tiene carácter de subcontratación.

6. Tampoco tiene la consideración de subcontratación las colaboraciones de empresas del Grupo.

A continuación, el Tribunal de Cuentas señala que:

“Si bien los apartados 1 y 2 están recogidos expresamente en la LCSP, los restantes supuestos responden a una interpretación de la norma realizada por TRAGSA.”

Por otro lado:

“Desde el punto de vista contable, conforme con la instrucción interna de TRAGSA, toda la subcontratación se considera colaboración con terceros, pero no todas las colaboraciones -contratos con terceros- son consideradas subcontratación. Por esta razón la relación de los trabajos realizados por otras empresas, que TRAGSA registra en la subcuenta 6070, puede coincidir, o no, con lo que se ha computado como subcontratación en las relaciones valoradas, lo que dificulta su seguimiento y control.

(...)

No obstante, se ha observado que determinadas prestaciones contratadas con terceros para la ejecución de los encargos, a pesar de encontrarse dentro de los criterios establecidos para ello en la instrucción por tratarse de unidades independientes del presupuesto, no se han considerado subcontratación.”

Y también:

“En los encargos de emergencia, el hecho de no computar determinados contratos como subcontratación y exceder su porcentaje del 50 %, no supone incumplimiento de la normativa, al contemplarse estos supuestos una excepción a ese límite. No obstante, la consecuencia de que TRAGSA no compute esas contrataciones externas como subcontratación, es que las facturaciones a los poderes adjudicatarios se realizan a precio de tarifa en lugar de al coste real ejecutado, por lo que existe la posibilidad de que TRAGSA obtenga un mayor beneficio sobre el coste de la subcontratación, con el consiguiente perjuicio para la entidad que realiza el encargo. Adicionalmente, el hecho de subcontratar la mayor parte del encargo, o de que una cantidad elevada de suministros sean proporcionados externamente, puede dar lugar a que se cuestione la utilidad del encargo, y el valor adicional que pueda aportar TRAGSA en la actuación

encomendada.”

Del apartado de Conclusiones y Recomendaciones del Informe, destacamos lo siguiente:

“27. Algunos expedientes de emergencia no fueron ejecutados, en su mayor parte, con medios propios de TRAGSA; en particular, las unidades consistentes en trabajos de montaje fueron contratadas con terceros, así como la mayor parte de las unidades restantes que responden a suministros y/o alquileres. Estas unidades se facturaron por TRAGSA a precio de tarifa, con independencia del margen que obtuviera por el precio de los contratos con terceros. Epígrafe II.2.1

28. TRAGSA cuenta con la instrucción interna: «GPR07, Instrucción interna para la contratación de trabajos con terceros en el Grupo Tragsa», que regula el procedimiento a seguir e impone el deber de informar a la Administración, antes del inicio de los trabajos, de la parte que va a subcontratar, tanto en el alcance, como en la cuantía, del importe previsto para ejecutar el encargo. Los principales resultados sobre la contratación con terceros son los siguientes: Subapartado II.3

- Con carácter general se ha verificado el cumplimiento de los límites de la subcontratación con terceros establecidos en la normativa, salvo en el 6 % de los expedientes.

- En ninguno de los expedientes de la muestra consta el estudio de TRAGSA determinando las unidades a contratar con terceros, previo al encargo formal.

- El 19 % de los expedientes no contienen ninguna referencia a la contratación con terceros.

- En ninguno de los expedientes se ha dejado constancia de la comunicación por parte de TRAGSA a la entidad que realiza el encargo de los contratos formalizados con terceros, ni contienen información periódica sobre el porcentaje de subcontratación licitado y ejecutado.

- Algunas unidades independientes del presupuesto contratadas con terceros no se han considerado subcontratación, pese a gozar de esta naturaleza a la vista de las prestaciones realizadas.

29. En los encargos de emergencia, a los que no resulta aplicable el límite de subcontratación, al no realizar un seguimiento de las contrataciones con terceros, TRAGSA ha facturado a precio de tarifa en vez de al coste real ejecutado, en su caso, con el

riesgo de obtener beneficio sobre el coste de la subcontratación. Adicionalmente, la posibilidad de que se subcontrate la mayor parte del encargo o que una elevada cantidad de suministros sea proporcionada externamente, hace que quede en entredicho la justificación del encargo. Subapartado II.4

(...)

31. Los contratos con terceros analizados responden al periodo de los encargos a los que se han imputado. Aunque las facturas cumplen con los requisitos mínimos establecidos en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, ninguna de las aportadas está registrada con la fecha de entrada y no hay constancia de la conformidad con los importes y trabajos realizados ni de su registro contable. Además, la ausencia de trazabilidad en las certificaciones de la ejecución impide verificar que el importe certificado por TRAGSA en los encargos se corresponde con lo facturado por el contratista, especialmente en los casos en los que un mismo contrato se aplica a distintos encargos. Subapartado II.3

32. Se han observado deficiencias en la planificación en las necesidades de contratación con terceros, así como en su seguimiento y control, que han dado lugar a la formalización de varios contratos con el mismo objeto y proveedor y que, en el caso de contratos menores, han supuesto el fraccionamiento del objeto del contrato. Subapartado II.3

RECOMENDACIÓN N.º 11

Resulta necesario que TRAGSA implante un sistema de control y seguimiento inequívoco y eficaz sobre las contrataciones con terceros, distinguiendo con claridad las que se consideran subcontratación, su objeto, importe y encargos para los que se contrata, a los efectos de respetar los límites que se establezcan en los encargos.”

Es de interés reseñar parcialmente la alegación formulada por TRAGSA a esta Recomendación, en la que se señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“...la misma Ley que limita el uso de esta figura no la define, sino que la condiciona negativamente, así no será subcontratación:

- Las adquisiciones de bienes, es decir: los suministros¹⁷.

- La contratación de servicios auxiliares o instrumentales que no formen parte autónoma y diferenciable de la prestación principal.

- La contratación de determinados servicios informáticos, para los que deba garantizarse, de acuerdo con lo establecido en las condiciones del encargo, unos niveles de compatibilidad, integridad, fiabilidad, confidencialidad y de seguridad prefijados, tanto en redes como en sistemas.”

Por su parte, la CNMC, en la Guía sobre los encargos a medios propios y los convenios desde la óptica de promoción de la competencia¹⁸, a la que aludimos anteriormente, se pronuncia del modo siguiente sobre la contratación con terceros de las prestaciones encomendadas:

“...la subcontratación evidenciaría que el mercado puede prestar parte de los servicios objeto del encargo y a costes inferiores que los del medio propio. (...)

Cuando el coste efectivo para el medio propio de las actividades subcontratadas por este sea inferior a las tarifas aprobadas para la realización del encargo, existe un indicio de que el encargo puede ser menos eficiente que la contratación pública.

(...)

De conformidad con el artículo 32.7 de la LCSP, los contratos en los que se instrumentaliza la subcontratación a terceros de parte (en determinados supuestos incluso la totalidad) de la prestación objeto del encargo, se deben ajustar a las reglas de la LCSP las cuales varían en función de la naturaleza del ente que celebra el contrato (poder adjudicador o no). En el caso de las entidades no poder adjudicador (por ejemplo, entidad pública empresarial o sociedad mercantil), sus procedimientos se rigen por instrucciones internas menos exigentes en términos de elección del procedimiento y requisitos de preparación y publicidad, que para el resto de entes contratantes.

(...)

De acuerdo con la regulación vigente, existe la posibilidad de acudir a la subcontratación de las prestaciones objeto del encargo con terceros operadores, siempre que no se exceda del 50% de la cuantía del encargo, aunque se prevén una serie de excepciones a esta regla general en determinados sectores y por razones de interés público (seguridad, mayor control

17 Nótese el carácter fullero de esta alegación, en la que se pretende que la LCSP habría excluido de la subcontratación “las adquisiciones de bienes”, expresión que ni siquiera aparece en el artículo 32.7.b) LCSP.

18 CNMC, Guía sobre los encargos a medios propios y los convenios desde la óptica de la promoción de la competencia, de 14 de febrero de 2023, *loc. cit*

público y urgencia). Estas excepciones son muy heterogéneas, y resultaría aconsejable una mayor racionalidad y excepcionalidad en las situaciones en las que se permite no aplicar el porcentaje del 50% de subcontratación. En todo caso, desde la óptica de los principios de necesidad y proporcionalidad, debe evitarse que la subcontratación sea una forma ordinaria, recurrente o principal de realizar las prestaciones objeto de los encargos.

En primer lugar, la subcontratación del encargo no sólo puede afectar a los principios de igualdad y concurrencia, sino que también reduce la lógica de recurrir a la técnica del encargo, puesto que si el medio propio, por carecer de medios personales y materiales suficientes, tiene que contratar una parte importante de las prestaciones del encargo con terceros, se reduce el valor del encargo frente a la contratación pública para la entidad mandante.

En segundo lugar, dependiendo de la naturaleza jurídica del medio propio, la subcontratación podría suponer relajar las exigencias de publicidad y transparencia propias de las Administraciones Públicas cuando acudan a esos procedimientos, pervirtiendo la figura excepcional del medio propio y adoptando una forma de huida de la normativa de contratación pública.

En tercer lugar, la subcontratación puede suponer un coste adicional a la realización de las tareas por el medio propios, lo que puede conllevar una gestión ineficiente de los recursos públicos.”

A tenor de lo expuesto, la CNMC formula las siguientes recomendaciones:

“Recomendación 15. Acotar la subcontratación de las prestaciones objeto del encargo. Sin perjuicio del límite legal, es recomendable que los encargos acoten la subcontratación y la limiten a aquellos supuestos en los que no resulte posible o eficaz la ejecución por el medio propio con sus recursos. Para ello, se pueden adoptar medidas tanto por las entidades mandantes como por los órganos de fiscalización:

- Prever expresamente en el documento de formalización del encargo las actividades susceptibles de ser subcontratadas, limitadas a prestaciones acceso-

rias al objeto del encargo.

- Establecer un procedimiento específico con el fin de que el órgano que realizó el encargo autorice cada subcontratación que pretenda celebrar el medio propio.

- Tener en cuenta en el análisis de eficiencia que se realice para adjudicar el encargo el nivel de prestaciones que se realizarán a través de subcontrataciones. El coste soportado parte del presupuesto y de la compensación a abonar por la entidad que realiza el encargo.

- Intensificar las medidas de control y seguimiento de la subcontratación. Especialmente, que se vigile el cumplimiento de la LCSP a la hora de licitar las subcontrataciones.

- Dejar constancia documental en el expediente de los contratos realizados por el medio propio para llevar a cabo estas prestaciones.”

Este asunto de la subcontratación en los encargos ha sido objeto de atención por parte de la IGAE en el Informe de 5 de noviembre de 2020, emitido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 332.11 LCSP.¹⁹ Este informe dedica un apartado a detallar las conclusiones del análisis de la subcontratación en los encargos examinados, del cual reflejamos a continuación un extracto de lo que consideramos más relevante:

“2.4.3 Análisis de la subcontratación

La subcontratación parcial de las actividades del EMP (Encargo(s) a medios propios) es un aspecto que merece un análisis propio y detallado puesto que su utilización inadecuada puede suponer una pérdida de control sobre la ejecución del EMP por parte del ORE (Órgano(s) que realizan encargos) y también un uso ineficaz e ineficiente de recursos públicos en el caso de que el MP (Medio(s) Propio(s)) actúe como intermediario entre el ORE y un tercero, así como un incumplimiento de los principios de concurrencia y transparencia a los que está sometida la licitación pública.

A partir de los resultados que sobre este aspecto se han obtenido en los puntos anteriores de este informe, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- En la documentación del EMP (...) se pone de manifiesto, en relación a la inclusión en los expedientes analizados de una referencia expresa a que la subcontratación no puede superar el

19 Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 5 de noviembre de 2020, relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP, correspondiente al ejercicio 2019: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Informe%20OIRESCON%20PCFP19.pdf.xsig.pdf>

50% de la cuantía del EMP, que se encuentra en casi más del 60% de los expedientes analizados por la IGAE y sólo en algo más del 29% de los expedientes de uno de los PAAP (Poder(es) Adjudicador(es) Administración Pública) analizados por la INTERGENDEF (Intervención General de la Defensa).

■ Con carácter general, no siempre se hace referencia a los límites de la subcontratación: en algunos casos, porque no se prevé subcontratar; en otros, porque, aunque la subcontratación esté prevista, no se menciona ningún límite ni se incluye el art. 32.7.b) de la LCSP. Esto ha impedido a los auditores comprobar si se han subcontratado actividades del encargo.

(...)

■ En la elaboración del presupuesto (...), sólo en el 18,95% de los expedientes analizados por la IGAE y en el 8,33% de expedientes de uno de los PAAP analizados por la INTERGENDEF se han tenido en cuenta la compensación de las actividades subcontratadas. Teniendo en cuenta que actualmente la existencia o no de actividades subcontratadas tiene impacto en el coste del EMP para el ORE, se debería establecer de forma adecuada las previsiones de subcontratación, su coste directo previsto y sus costes indirectos por gestión de la subcontratación, los mecanismos de seguimiento de esta información así como los efectos de subcontrataciones sobrevenidas o no previstas.

■ En la ejecución de EMP se ha constatado la existencia de subcontratación en 52 EMP de los examinados por IGAE (18,25%). En 15 de ellos (28,85%) se emite algún tipo de informe sobre la subcontratación ejecutada distinto de los certificados de subcontratación o similares.

De estos 52 EMP, en 30 (57,69%) no se ha superado el 50% del importe del EMP; en 2 (3,85%) se ha superado este límite, y 20 (38,46%) seguían en ejecución en el momento de realizarse el control, sin que pueda concluirse sobre su importe final.

Por su parte, en 29 EMP de los examinados por INTERGENDEF se ha constatado subcontratación (42,03%), pero en ninguno de ellos se emite algún tipo de informe sobre su ejecución distinto del certificado de subcontratación o similar.

De estos 29 EMP, en 22 no se ha sobrepasado el

límite del 50% en la subcontratación. Respecto al resto, no se tiene información para comprobar si la subcontratación supera el 50% del importe total del encargo.

Los resultados anteriores demuestran que, en general, los ORE no controlan adecuadamente la subcontratación a terceros de actividades parciales del EMP, lo que puede dar lugar a incumplimientos y al uso ineficaz e ineficiente de los recursos públicos."

En vista de las incidencias detectadas en materia de subcontratación, el Informe de la IGAE formula la siguiente recomendación sobre este aspecto concreto de los encargos:

"vi. Elaborar, desarrollar y aplicar procedimientos de seguimiento y control de la ejecución, del EMP que permitan al ORE conservar el poder de decisión, mantener la subcontratación dentro de los límites establecidos y evitar el riesgo de cesión ilegal de trabajadores. Y, en particular para la subcontratación, que permitan verificar al ORE que no se superan los límites establecidos en la normativa; que el MP le ha aplicado las posibles bajas en la subcontratación o, en caso contrario, reclamárselas; o que si el MP ha actuado como mero intermediario, esta información se traslade a la planificación de EMP para tenerla en cuenta en encargos posteriores. En este procedimiento debería analizarse el grado de cobertura con el EMP de las necesidades detectadas inicialmente que dieron lugar al EMP."

Por su parte, García Alfonso y García-Royo Díaz²⁰ se expresan de este modo sobre la subcontratación:

"Por otro lado, si bien se limita la posibilidad de contratar con terceros hasta un 50 por 100 de la cuantía del encargo, lo que evitaría los encargos en los que el medio propio sea un mero intermediario, se permite, equivalentemente, contratar hasta el otro 50 por 100, lo que demostraría, al menos, una de las dos cosas siguientes: o bien resulta más eficiente la realización de la prestación por parte de terceros (al menos parcialmente), o bien el medio propio no dispone de los medios suficientes para ejecutar el encargo por sí mismo (como hemos visto más arriba). En ambos casos podría parecer que se incumpliría alguna de las exigencias de la LCSP en el sentido expuesto ante-

20 GARCÍA ALFONSO M. Y GARCÍA-ROYO DÍAZ, op. cit.

riormente, al menos en cuanto a su finalidad.

Por último, existe una serie de casos en que no se aplica el límite indicado (por ejemplo, en todas las concesiones), sin que parezca, a priori, que exista una justificación objetiva clara, o, en todo caso, expresa.”

Canedo Arrillaga²¹, refiriéndose a los requisitos que establece la ley española para la consideración de una entidad como medio propio, afirma que dicha normativa exige

“una acreditación de que el medio propio «cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social».” Y, por otro lado, que “La existencia de subcontrataciones generalizadas que se producen en numerosos medios propios existentes en nuestro sistema debería por tanto estar proscrita a partir de la vigencia de esta norma.”

Y también:

“Esta posibilidad de subcontratación, que resulta contradictoria con la exigencia de que el medio propio cuente con medios personales y materiales para cumplir sus objetivos resulta muy negativa desde una perspectiva de competencia. Sin embargo, el legislador la amplía ya que la limitación establecida no es aplicable «en el caso de prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública». Además, el porcentaje puede excepcionalmente superarse por razones de seguridad, naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. (...)

los márgenes tasados de recurso a los medios propios o de subcontratación en el caso español, ampararían la prestación de servicios sin competencia en supuestos que no necesariamente están justificados en las citadas razones de eficacia. Por ello podría decirse que esta normativa supuso un freno a la entrada de competencia, y los beneficios que ésta conlleva en la sociedad, en algunos servicios prestados por las administraciones.

(...)

la existencia de encargos directos a las entidades instrumentales sin existencia de procedimiento de selección tiene una clara incidencia en la competencia.

(...)

...aunque la prestación efectuada por el medio propio se subcontrate a operadores privados, las exigencias de publicidad y concurrencia se reducen, lo que nuevamente produce efectos negativos en el mercado. Además de que esta subcontratación (...) encarece ordinariamente, sin que necesariamente exista justificación para ello, la prestación de los servicios, si se compara con los que prestarían los operadores privados en procesos competitivos ya que es necesario remunerar la tarea del medio propio por la intermediación. La posibilidad de una subcontratación pone además de manifiesto que no existen razones materiales para cerrar el servicio afectado al mercado. Igualmente se desarrolla una dependencia de las entidades privadas respecto del medio propio que subcontrata que alteran el normal funcionamiento del mercado cuando el medio propio interviene en el mismo y, dependiendo de cómo se efectúe, pueden incluso favorecer la existencia de conductas colusorias entre operadores.

(...)

...se produciría un problema de competencia cuando el medio propio tiene un ámbito competencial excesivamente amplio y permite «la atribución de encargos que exceden su esfera natural de actividad».

(...)

...la «elección de la encomienda frente al aprovisionamiento mediante operadores privados a través de licitaciones públicas debería responder a elementos de eficiencia y racionalidad económica, o como mínimo a una mayor eficacia de la actuación administrativa».

(...)

...si un poder adjudicador encarga a una entidad que no cumple los requisitos para ser considerado medio propio por no existir control análogo, por incumplir las restricciones a la subcontratación, por estar orientada al mercado o cualquiera de las constricciones que detalladamente se han definido en la primera parte de este artículo, entra dentro de la tipificación del artículo 3 de la LDC (Ley de Defensa de la Competencia) y exigiría la actuación de las autoridades de competencia en función de defensa.”

Como contrapunto de las opiniones vertidas hasta ahora podemos citar a Tejedor Bielsa²², muy crítico con las limitaciones que establece la Ley a la contratación con terceros de las entidades que reciben encargos. La tesis

21 CANEDO ARRILLAGA, M. P. (2020), “Medios propios y competencia en España”, en el nº 415 de la revista *Economía industrial*.

22 TEJEDOR BIELSA, J. (2023), “Los medios propios no subcontratan, contratan como poderes adjudicadores que son”, en <https://www.obcp.es/opiniones/los-medios-propios-no-subcontratan-contratan-como-poderes-adjudicadores-que-son> (Observatorio de Contratación Pública).



de este autor es la siguiente:

“Hoy ya no tiene ningún sentido, si es que alguna vez lo tuvo, mantener una regla limitativa de la contratación que pueda precisar realizar un poder adjudicador que ha recibido un encargo para ejecutarlo porque, en lo esencial y como impone el Derecho europeo, en lo esencial su régimen de contratación es el mismo que ha de observar el poder adjudicador que realiza el encargo.”

Un análisis apenas superficial de esta consideración nos permitirá comprobar que nos encontramos ante una verdad a medias. Veamos por qué.

En primer lugar, y a pesar de la dificultad que entraña realizar afirmaciones tajantes sobre esta cuestión, dada la ambigüedad de la normativa aplicable, creemos que no es verdad que el régimen de contratación de la Administración encomendada y del medio propio encomendado sea el mismo en todos los casos. No dedicaremos demasiado espacio a razonar sobre esta cuestión, bastando con que citemos lo que dispone el artículo 32.7.a) LCSP, a cuyo tenor:

“7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:
a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y

valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.”

Pero, en segundo lugar y quizá más importante, debe tenerse en cuenta cómo se desenvuelven administrativamente, en la realidad, este tipo de actuaciones. Pensemos en el encargo de la ejecución de un proyecto de obras, que, por su importe, si hubiera sido objeto de licitación, habría sido un contrato de los denominados de regulación armonizada, con las exigencias de publicidad y concurrencia que de ello se derivan. Pues bien, si ese proyecto se convierte en el objeto de un encargo a una entidad declarada medio propio, incluso si dicha entidad tiene el carácter de poder adjudicador, su ejecución puede convertirse y de hecho se convierte en una miriada de contratos menores. Si a ello le unimos la pintoresca interpretación que se viene haciendo del artículo 32.7.b) LCSP, a la que hemos aludido más arriba, en virtud de la cual, las adquisiciones de bienes no computarían, en ningún caso, como subcontratación, no debe costar admitir que el fraude de ley está servido. En efecto, es evidente que al órgano que realiza el encargo, si hubiera optado por contratar su objeto, le habría estado vedada la posibilidad de fraccionarlo en diversos contratos menores, incluso aunque dichos contratos menores no sobrepasaran el límite del 50 por ciento del proyecto. Por tanto, si dicho fraccionamiento tiene lugar mediando un encargo, el resultado no puede merecer otra calificación que la que acabamos de hacer.

5. El artículo 32.7.b) LCSP.

Aunque sin señalarlo expresamente en la mayoría de los casos citados, todas estas opiniones, criterios y consideraciones sobre la subcontratación en los encargos que hemos desgranado tienen como hilo conductor la aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.7.b) LCSP, cuya cita textual consta al inicio de este trabajo.

De las diferentes cuestiones de interpretación que plantea este precepto nos vamos a detener en las siguientes:

a. Cómputo del 50 por ciento.

Como hemos visto más arriba, TRAGSA alegó al Informe del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de la actividad de la Empresa como medio propio, ejercicios 2021 y 2022²³, que la adquisición de bienes por la entidad encomendada no constituye subcontratación, en ningún caso. Al parecer, dicha interpretación legal consta en un documento denominado “*GPR07, Instrucción interna para la contratación de trabajos con terceros en el Grupo Tragsa*”, que es mencionado por el TCU en su informe y en la página web del Grupo, pero al que no se facilita acceso y, por tanto, no hemos podido disponer de él para la elaboración de este trabajo, a pesar de habérselo solicitado a la entidad.

Como queda reflejado más arriba, el TCU dice en su informe que la exclusión de los suministros obedece a una interpretación de TRAGSA de lo dispuesto en la LCSP. No obstante, no deja de ser sorprendente que el TCU no haga ninguna valoración acerca de si dicha interpretación se considera o no correcta, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos en el núcleo de los posibles incumplimientos por parte de TRAGSA de las reglas de la LCSP sobre la subcontratación en los encargos.

A nuestro juicio, la regla plasmada en el artículo 32.7.b) LCSP emplea una expresión que debe ser entendida como un todo, en un doble sentido:

- Por un lado, la norma se refiere: i) a los suministros auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal; y ii) a los servicios auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal. Y no se refiere, por tanto, a los suministros, por un lado, y a los servicios auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, por el otro, como sostiene TRAGSA y el TCU no acaba de desmentir.

- Por otro lado, la norma permite que no se computen para el cálculo del 50% de subcontratación las prestaciones en las que concurren las siguientes circunstancias: i) que sean auxiliares o instrumentales; y, ii) que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal. Por ello, habrá que entender, *sensu contrario*, que una prestación realizada por terceros computará para el cálculo del 50%, tanto si: i) no es una prestación auxiliar o instrumental; o bien, ii) si, aun no siendo una parte autónoma de la prestación principal, no se pueda considerar una prestación auxiliar o instrumental (por ejemplo, por el volumen que represente la prestación subcontratada, sobre el total de la unidad o partida de que se trate).

b. Supuestos en los que no aplica el límite del 50 por ciento.

Como se señala en algunos de los textos transcritos, resulta falta de coherencia que la LCSP considere que un medio propio dispone de medios para realizar un encargo, cuando solo dispone de ellos para ejecutar el 50 por ciento de las prestaciones en las que el mismo consiste. Es decir, para alguna de las opiniones que hemos reflejado anteriormente y que nosotros compartimos, el mero límite del 50% ya pone en duda que nos encontremos ante la ejecución directa de una actividad por la Administración.

Pero, dejando eso de lado, lo que debemos decir respecto de estos supuestos es que no deben interpretarse en el sentido de que no existen en ellos límites a la subcontratación, so pena de que quede desvirtuado por completo el propio significado del término “medio propio”. De modo que, en estos casos, aunque no rija el límite del 50 por ciento, sí deberá acreditarse que la entidad encargada dispone de medios propios suficientes para realizar el encargo.

Por otro lado, mediante la simple aplicación de las reglas generales de interpretación jurídica, debemos considerar que estos supuestos, por tratarse de excepciones a la regla general del 50 por ciento, deben ser objeto de una interpretación restrictiva y no expansiva. A su vez, los supuestos contemplados en el párrafo final del artículo 32.7.b) LCSP (seguridad, control en la ejecución o urgencia): i) están calificados como excepcionales en el propio texto normativo y, por tanto, su utilización deberá hacer honor a dicho carácter excepcional; y, ii) no bastará con invocar los supuestos, sino que habrá que motivar suficientemente por qué, excepcionalmente, concurre el supuesto invocado en el encargo de que se trate.

23 Informe del TCU de 29 de febrero de 2024, *loc. cit*

c. Modo de acreditar la subcontratación.

Lo primero que debemos decir es que las entidades encomendadas deberán acreditar las prestaciones contratadas con terceros para ejecutar el encargo de que se trate, en todos los casos y no solo en aquellos en los que rija la regla estricta del 50 por ciento. Esto es así por cuanto, como hemos dicho anteriormente, las excepciones a la regla del 50 por ciento no pueden llegar a desvirtuar el sentido del instrumento de los encargos a medios propios personificados, que, entre otras cosas, supone que la Administración realiza una actuación concreta con sus propios medios y no mediante la celebración de un contrato con un empresario privado. Por tanto, si se trata de una actuación con medios propios o, en terminología anglosajona, *in house providing*, la subcontratación de la totalidad o de la parte esencial del objeto del encargo supondría una vulneración de las reglas esenciales que disciplinan la actividad de la Administración, para la obtención de bienes y servicios en el mercado.

A nuestro juicio, la entidad encargada debe aportar al órgano que le confirió el encargo todos los contratos celebrados con terceros para ejecutar las prestaciones en las que consiste el encargo. Asimismo, deberá aportar todas las facturas derivadas de dichos contratos, clasificando separadamente aquellas que computan como subcontratación, a efectos del cálculo del 50 por ciento, de aquellas que, por tratarse de prestaciones auxiliares o complementarias de la prestación principal, que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de dicha prestación principal, no computen como subcontratación. Esto permitirá a la Administración valorar si se está produciendo una adecuada aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.7.b) LCSP.

d. Facturación a la Administración por la entidad encomendada de las prestaciones realizadas por terceros, pero no consideradas subcontratación.

Como vimos, el TCU ha detectado en sus informes uno de los efectos colaterales de la errónea aplicación de las reglas de la subcontratación en los encargos a medios propios personificados y que también hemos detectado nosotros en nuestra labor de fiscalización. En palabras del TCU, se trata de lo siguiente:

“...la consecuencia de que TRAGSA no compute esas contrataciones externas como subcontratación, es que las facturaciones a los poderes adjudicado-

res se realizan a precio de tarifa en lugar de al coste real ejecutado, por lo que existe la posibilidad de que TRAGSA obtenga un mayor beneficio sobre el coste de la subcontratación, con el consiguiente perjuicio para la entidad que realiza el encargo.”

Lo que el TCU califica como posibilidad (que TRAGSA se lucre con tarifas superiores al coste real facturado por terceros) nosotros lo hemos comprobado en nuestros expedientes. Y eso que dicho efecto, en teoría, no sería posible, dado que cuenta con una norma que debería evitarlo, como es el párrafo tercero del artículo 32.2.a) LCSP, que establece lo siguiente:

“La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.”

Este precepto no podemos interpretarlo de otro modo que en el sentido de que la Administración abonará a la entidad encomendada las actuaciones realizadas en ejecución del encargo, al precio de las tarifas aprobadas o, cuando las prestaciones parciales hayan sido contratadas con un tercero, al precio facturado por el tercero, si fuera inferior al de las tarifas. Y esto será así, tanto si esa prestación realizada por un tercero es considerada subcontratación (a efectos del cálculo del 50 por ciento), como si no, ya que la Ley no establece diferenciación alguna.

e. La verificación del coste efectivo de las prestaciones realizadas por terceros.

De acuerdo con la guía de la IGJA, de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios²⁴, en la fase de reconocimiento de la obligación se deberá comprobar, entre otros extremos, lo siguiente:

“Verificar la existencia de certificación de conformidad de la actividad encargada en la que conste la aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados, así como el coste efectivo incurrido en relación con las prestaciones subcontratadas, acompañando

24 Informe del TCU de 29 de febrero de 2024, *loc. cit*

relación detallada de las facturas que deba abonar el medio propio."

Pues bien, para acreditar este extremo los expedientes que se tramitan suelen aportar lo siguiente:

- Una certificación, en cuya carátula se expresa lo ejecutado en el período al que corresponde la certificación.
- Una relación valorada, en la que se detalla, con desglose de partidas, y distinguiendo entre medios propios y subcontratados, el importe que se acredita en la certificación, computado desde el inicio.
- Una relación de las facturas abonadas a terceros por la entidad encargada, correspondientes a las prestaciones subcontratadas.

Como hemos señalado más atrás, la guía de fiscalización pone un énfasis reiterado en la necesidad de que la intervención compruebe el coste efectivo de las actividades subcontratadas, verificando los límites de la subcontratación, razón por la que, habitualmente, se comprueba la coincidencia de los importes reflejados en las certificaciones con las facturas de los subcontratistas. De dichas comprobaciones resulta que las incidencias que se producen más frecuentemente son las siguientes:

- Las certificaciones mensuales, incluidas las relaciones valoradas, no detallan las prestaciones subcontratadas en el período al que se refieren la certificación y la relación valorada. En la relación valorada sí se recoge separadamente lo ejecutado con medio propio y lo subcontratado, pero se certifica "a origen," es decir, no se puede conocer qué porción de cada una de las unidades de obra (ejecutada con medios propios o subcontratados) corresponde a la certificación y qué porción corresponde a certificaciones anteriores.
- Con frecuencia, los importes facturados por los subcontratistas a la entidad encargada no coinciden con los importes reflejados en la certificación como actividades contratadas con terceros. Generalmente, los precios de las unidades que constan en las relaciones valoradas no coinciden con los de las facturas y am-

bos con los del proyecto. Como mera conjetura, suponemos que puede deberse a la aplicación de los criterios sobre lo que deba considerarse subcontratación, que deriva de las notas que figuran en los certificados acreditativos de la posesión de medios propios, a los que nos hemos referido y hemos transcrito más arriba y que consideramos contrarios a la LCSP.

- En la generalidad de los casos, no resulta posible comprobar en qué períodos se produce la subcontratación ni a qué período corresponden las facturas.

Como se ha podido apreciar, con ese modo de justificar, resulta imposible verificar el coste efectivo de las actividades subcontratadas. Por ello, se considera necesario que se modifiquen, tanto la práctica administrativa de justificación de los pagos de los encargos, cuando contengan prestaciones realizadas por terceros, distintos a la entidad encargada, como la guía de fiscalización, para que pueda realizarse, efectivamente, la comprobación del coste efectivo de las prestaciones subcontratadas.

En este sentido, entendemos que esta cuestión de la subcontratación requiere de determinadas modificaciones que afectan a la tramitación de los expedientes, tanto en la fase de compromiso de gasto, como en la fase de pago.

En el momento de la resolución por la que se confiere el encargo, el presupuesto de la actuación debe ofrecer información detallada de las prestaciones que la Administración autoriza a contratar con terceros, debiendo motivarse las razones por las que determinadas prestaciones no serán tenidas en cuenta en el cómputo del 50 por ciento de subcontratación establecido en el artículo 32.7.b) LCSP. Al fiscalizar la propuesta de resolución, la intervención competente verificará la correcta aplicación del citado precepto, de acuerdo con las consideraciones que se han expuesto a lo largo de este trabajo.

En la fase de pago, la entidad encargada deberá aportar a la Administración los contratos celebrados con terceros y las facturas que se hayan ocasionado, distinguiendo motivadamente estas últimas, entre aquellas que computan en el 50 por ciento de subcontratación, de las que no. Al fiscalizar las propuestas de pago, la Intervención verificará, igualmente, la correcta aplicación del reiterado artículo 32.7.b) LCSP.

