

Ana Cossío Capdevila
Letrado
Tribunal de Cuentas

La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública

RESUMEN/ABSTRACT:

La eficacia en la gestión administrativa no puede servir de excusa para obviar, no sólo la leyes en materia de contratación pública, sino el mandato de ejecutar dicha gestión buscando la economía de medios y, en definitiva, una eficiente actuación.

La potestad de autoorganización de la Administración pública debe cohonestarse con la protección del mercado privado de bienes y servicios y ha de permitir, además, un adecuado control sobre esas decisiones organizativas tanto desde el punto de vista formal como material, en un intento de preservar las garantías que necesariamente presiden la gestión de fondos ajenos.

The efficacy in public management cannot be an alibi, not only for public procurement laws, but also, which is more important, for the obligation of economy and efficiency in the management of public funds.

The capacity of self-organization of the Administration should be compatible with the private sector's safeguard and must allow and effective control of that capacity, in order to preserve the guarantees that must preside the procedures for public expending.

“Si los hombres fueran ángeles, el Estado no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, ningún control al Estado, externo o interno, sería necesario”

(Madison, *El Federalista*, 1788)

CONTROL EXTERNO, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, FONDOS PÚBLICOS, CONTRATACIÓN, SUBCONTRATACIÓN, TARIFAS
EXTERNAL AUDIT, ADMINISTRATIVE ORGANISATION, PUBLIC FUNDS, HIRING, SUBCONTRACTING, FEES

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

1. ASPECTOS GENERALES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

La contratación pública en la UE supone el 17 % de su PIB conjunto. Las vigentes Directivas sobre contratación pública —las Directivas 2004/17/CE1 y 2004/18/CE2— son el producto de una larga evolución que comenzó en 1971 con la adopción de la Directiva 71/305/CEE. En la actualidad se halla en proceso de aprobación la propuesta de lo que será la futura Directiva de contratos públicos, presentada a la Comisión Europea el 20 de diciembre de 2011.

El presente estudio trata de poner de relieve cuáles son los aspectos sustanciales de una figura jurídica que implica una excepción a las normas comunitarias sobre contratación, sistematizándolos y elaborando lo que podría considerarse la estructura básica metodológica para el control de los fondos gestionados a través de la misma.

La figura de la encomienda de gestión, contrato *in house* o *contrat maison*, cada vez más utilizada por las Administraciones Públicas españolas, encuentra anclaje legal en los artículos 4 y 24 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Se configura como el negocio que celebra una entidad adjudicadora con otra controlada por ella, con personalidad jurídica propia, en el que se encarga la prestación de un servicio, un suministro o la ejecución de una obra. En Como señala Pascual García, J. (2010) este negocio jurídico constituye una importante excepción a la necesidad de licitación pública de los contratos dirigidos a satisfacer dichas prestaciones.

Existe una considerable inseguridad jurídica en lo que respecta a la medida en que la cooperación entre los poderes públicos debe estar regulada por las normas de contratación pública¹. La jurisprudencia al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de interpretaciones divergentes por los distintos Estados miembros e incluso los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta aclarar en qué casos los contratos celebrados entre los poderes adjudicadores no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública. Sin embargo, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir en la libertad de los poderes públicos para decidir cómo organizar el modo de llevar a cabo sus tareas de servicio público.

Estas cuestiones ofrecen por tanto singular interés y deben ser tratadas desde una óptica que permita detectar los riesgos de abuso sin entorpecer la necesaria gestión administrativa.

2. PRINCIPALES ÁREAS DE RIESGO: EL RÉGIMEN ECONÓMICO Y LA EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA

Uno de los aspectos sustanciales de la encomienda de gestión es su régimen económico ya que, en virtud de este negocio jurídico, se excluye de la licitación pública la prestación objeto de la misma, con el consiguiente riesgo para los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación.

Otra de las cuestiones básicas de este negocio afecta a su ejecución. En el panorama normativo vigente no existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendaria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la



¹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores [SEC(2011) 1169, de 4 de octubre de 2011].

posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración.

En el derecho español esta posibilidad, salvo para el caso de TRAGSA, en donde se limita la colaboración de empresarios particulares al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio, no ha sido limitada por el TRLCSP. Ello ha sido objeto de numerosas críticas ya que permite que la entidad instrumental contrate la totalidad o la mayor parte de la prestación sin aplicar la legislación contractual con la misma rigurosidad que la que está prevista para el caso de que las Administraciones Públicas fueran el órgano de contratación, configurándose como una mera intermediadora que habilita a un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública. Lo anterior puede además implicar un encarecimiento de los productos servicios encargados, originado por la actividad de simple intermediación de las entidades encomendatarias.

3. EL CONTROL DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN

Toda la actividad de la Administración se encuentra sometida a control, ya sea en un primer momento a un control interno mediante la actuación de la Intervención correspondiente al ámbito, como en un momento posterior a la ejecución de la actuación o consunción de los recursos, mediante la fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas o de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas.

Nos centraremos en la auditoría de esta figura, como control global y omnicompreensivo de la ejecución eficaz, económica y eficiente del gasto público a través de un negocio jurídico con muy escasa definición legal pero que mueve grandes cantidades de recursos públicos².

3.1. La justificación de la necesidad del encargo.

La justificación de la necesidad del encargo debe ser el primer paso en el análisis del expediente de encomienda de gestión.

La tramitación de la encomienda debe iniciarse con la elaboración de una memoria justificativa de la necesidad de la misma. Esta memoria ha de contener un razonamiento motivado sobre las causas que llevan a la Administración encomendante a realizar un encargo concreto al encomendado, detallando las razones por las cuales no puede llevar a cabo por sí misma dichas actividades y especificando el motivo que ha llevado a considerar la encomienda de gestión como el medio jurídico adecuado para satisfacerlas, en lugar de acudir al sector

privado mediante un contrato o mediante la incorporación de recursos humanos complementarios.

Vemos por tanto que ya desde el inicio se precisa una valoración de la economicidad de la encomienda de gestión frente al contrato con terceros, siendo esta una de las principales razones que habilitan al gestor público a prescindir de las obligaciones de publicidad y concurrencia a la hora de proveerse de nuevos recursos³.

Esta justificación debe quedar plasmada en un documento administrativo, la memoria justificativa, que permita su posterior control ya que, como indican Garnica Sainz de los Terreros y Garnica Hidalgo (2013), no se podrán valorar los resultados de una encomienda sin entender por qué se ha acudido a esta figura en vez de a un contrato con un ente privado. Este es uno de los requisitos recogidos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011 que modifica el de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función Interventora en régimen de requisitos básicos.

3.2. Análisis de los requisitos subjetivos: entidad encomendante y entidad encomendataria.

El TRLCSP, al tiempo que excluye de su ámbito de aplicación a las encomiendas de gestión, ofrece una cierta regulación de estos encargos que, aunque ello supone un avance en relación al TRLCAP, sigue siendo tan parca que no puede decirse que resuelva los problemas, no solo teóricos sino, sobre todo, prácticos que el recurso a las operaciones in house presenta.

La relación de encomienda se establece entre dos personas formalmente distintas, aunque materialmente no lo sean: la entidad encomendante y la entidad encomendataria.

Entidad Encomendante

El artículo 4.1 n) TRLCSP no contiene precisión alguna sobre el sujeto encomendante. El artículo 24 de esta Ley, aunque la rúbrica y parte del texto hacen referencia a la "Administración", las previsiones específicas del apartado 6 sobre el régimen de los contratos in house van referidas a todo poder adjudicador, tenga o no carácter de Administración. El precepto habla de medios propios de los "poderes adjudicadores", o de que "los poderes adjudicadores" ostenten un control análogo.

Una vez constatado que estamos ante un poder adjudicador se hace necesaria una valoración de su competencia, objetivos y actividades, así como de sus estructuras organizativas (recursos materiales y humanos) a

² Resulta interesante la consulta del informe de la Comisión Nacional de la Competencia publicado en julio de 2013, sobre "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia", sobre la evolución del número de entidades consideradas medio propio en el Estado y en las CCAA.

³ Esta necesidad de eficiencia en la gestión queda matizada en ocasiones cuando el objeto de la encomienda afecta a la seguridad y defensa del Estado.

fin de poder determinar si efectivamente se produce esa falta de medios que permite acudir a la vía de la enmienda de gestión.

La entidad encomendaria

De acuerdo con las exigencias del artículo 24.6 del TRLCSP, deben concurrir en la entidad encomendaria las siguientes circunstancias:

- Que el poder adjudicador que realiza el encargo ostente sobre el organismo o entidad del sector público que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Esta circunstancia, que no aparece definida legalmente, debe entenderse como una categoría incardinada dentro de una interpretación amplia del principio de jerarquía, más que como una manifestación del dominio mercantil del capital. No se trata sin embargo de una mera traslación del principio de jerarquía administrativa. Esta dependencia no es estrictamente jerárquica sino de carácter funcional ya que las dos entidades que se relacionan, encomendante y encomendaria, no tienen porqué estar integradas en la misma estructura organizativa.
- Que el organismo o entidad destinatario del encargo realice la parte esencial de su actividad para el poder o los poderes adjudicadores en cuestión. Esta condición, sin perjuicio de tratarse de una cuestión de hecho más que de derecho, puede considerarse implícita en la atribución de funciones o en la descripción del objeto social de la entidad. En la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), de 20 de diciembre de 2011, se proponen unos umbrales de alrededor del 80% de la actividad de ente encomendatario (artículo 11).
- Adicionalmente, si el encargo se hace a una sociedad, además de las dos circunstancias anteriores, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

A las condiciones mencionadas, que son condiciones de fondo, el TRLCSP en el precepto mencionado, añade una condición formal, el reconocimiento del carácter de medio propio del ente instrumental en su norma de creación o en sus estatutos.

Debe subrayarse que no en todos los casos se da ni puede darse una relación de dependencia entre estos entes, sin la cual no existiría encargo obligatorio. No cabe que la Administración centralizada (Administración General del Estado, Administración de las Comunida-

des Autónomas y Entidades que integran la Administración Local) pueda recibir encargos obligatorios de los organismos que integran la Administración institucional ni de ningún otro ente del sector público de ellas dependiente, ni unos Ministerios de otros, aunque sean órganos de contratación diferenciados, pues no existe subordinación respecto de los supuestos encomendantes. La situación habría de reconducirse en último extremo a la encomienda interadministrativa del artículo 15 Ley 30/1992.

Por otra parte la distinta naturaleza jurídica de las entidades encomendarias puede determinar las peculiaridades del modo en que se van a exigir algunos requisitos de la encomienda, así como la ejecución del encargo, pues éste se habrá de llevar a cabo conforme a la naturaleza del encomendatario, y no a la del encomendante.

De capital importancia es la cuestión relativa a los medios con los que debe contar el medio propio para ser calificado como tal. La jurisprudencia comunitaria no se ha referido a esta circunstancia por que se trata de una cuestión básica de derecho nacional, esto es, la causa del acto administrativo como elemento esencial del mismo.

Como señalábamos anteriormente un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo los encargos que se le encomienden, este es, en parte, el motivo de la encomienda, que la Administración instrumental tiene medios para llevar a cabo órdenes de la matriz. Lo contrario equivaldría a entender la figura de la encomienda de gestión como un fraude a la legislación de contratos públicos.

En esta materia la IGAE en un informe de 5 de junio de 2006 defendió que: "En cuanto a la necesidad de que las entidades receptoras de la encomienda tengan medios propios suficientes para realizar la actividad encomendada, entiende esta Intervención General que, no contemplándose tal requisito por la jurisprudencia comunitaria, no procede su exigencia, salvo que la normativa específica de la entidad encomendada así lo disponga, como es el caso de TRAGSA, que tiene limitada su facultad de requerir la colaboración de empresarios particulares por el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y por el artículo 6 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.

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



Así, resulta significativa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003, que al calificar a TRAGSA como un caso de “in house providing” cita como fundamento algunos aspectos de su regulación en el antes citado artículo 88, sin mencionar como elemento a tener en cuenta en dicha calificación la limitación a la contratación con terceros para las actuaciones que se le encomienden.

Asimismo, cabe mencionar la sentencia de 11 de mayo de 2006: de los hechos en ella descritos resulta que el objeto de la encomienda fue, a su vez, licitado y adjudicado en su totalidad a terceras empresas por la sociedad encomendada. Pues bien, tal circunstancia no es destacada ni considerada por el Tribunal como obstáculo para apreciar el supuesto de “in house providing”, en contraposición a otros datos fácticos que sí se traen a colación por el Tribunal para fundamentar la no concurrencia de alguno de los dos requisitos configuradores de tal supuesto”.

Como señala Pascual García (2010) ciertamente la situación no parece contravenir el Derecho comunitario, pero, desde la perspectiva del derecho interno, aun cuando tampoco exista una prohibición expresa, no sería defendible.

El Derecho administrativo, en general, y el régimen de los contratos administrativos, en particular, no es un derecho dispositivo al que pueda acogerse o renunciar el órgano de contratación. Será el régimen administrativo el que deberá seguirse cuando el objeto esté vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante, siempre que no exista una causa para recurrir al encargo al ente instrumental sujeto al derecho privado. El cambio

del régimen contractual administrativo por el privado, es decir, de un régimen que ofrece garantías singulares para el interés público por otro que no las ofrece, deberá responder a una causa, que no puede ser la libre elección del órgano de contratación entre uno y otro régimen. Y esto es lo que ocurriría si se recurre a un ente instrumental con la exclusiva finalidad de alterar el régimen contractual. Seguir otro criterio supondría ir más allá de lo que es una cuestión de autoorganización, que es el aspecto que considera la normativa comunitaria, para admitir que la Administración puede prescindir del régimen de garantías propio de quien gestiona recursos del contribuyente, establecidos por la legislación para garantizar el interés público.

En efecto, si la encomendaria es una empresa que cuenta con medios propios para llevar a cabo la prestación, al menos en parte, el recurso al encargo puede encontrar una justificación similar a la que ampara la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, a que se refiere el artículo 24 TRLCSP, es decir, podría justificarse por razones de economía y eficacia. En cambio esta justificación no se da en el caso de que el llamado “medio propio” carezca de “medios” para ejecutar por sí la prestación. Si el objeto de la encomienda o encargo es, como quiere la Ley, “la realización de una determinada prestación”, no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución. Esta circunstancia, por tanto, es algo que debe valorarse desde la perspectiva no del derecho comunitario sino del derecho interno.

Así pues la entidad encomendaria debe acreditar que tiene el personal adecuado para desempeñar el en-



cargo, así como el resto de recursos materiales necesarios para ejecutar la parte principal o sustancial de la encomienda. Si la entidad encomendataria tuviese que contratar con terceros gran parte de la prestación encargada, ello podría ser indicativo de que la causa de la encomienda no está basada en los medios propios con los que cuenta la Administración encomendante sin en un ánimo de flexibilizar los trámites impuestos a la misma por el TRLCSP⁴.

En este punto por tanto debe poder valorarse la idoneidad técnica y la capacidad económica del encomendado para llevar a cabo el encargo.

3.3. El objeto del encargo

El TRLCSP sigue siendo parco e la regulación de esta materia. A tenor del art. 4.1 n) TRLCSP, la encomienda de gestión puede tener por objeto “cualquier prestación”. Por tanto podrá ser objeto de la misma el propio de cualquiera de los contratos administrativos típicos (obras, suministros, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado) o el de un contrato administrativo especial o el de un contrato privado, con independencia de su cuantía. En este punto el derecho interno ha ido más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, para comprender cualesquiera prestaciones, constituyan objeto de un contrato sujeto a regulación armonizada (SARA) o de cualquier otro tipo de contrato. En

rigor, en este extremo el TRLCSP también ha marchado al unísono de la jurisprudencia comunitaria, que ha aplicado su doctrina a todos los contratos que celebren las autoridades públicas, incluso a los no comprendidos en la Directiva de contratos (STJCE Caso Códitel Brabant, apartado 25).

Para poder valorar desde un punto de vista técnico-económico el objeto de la encomienda, es necesario que éste esté correctamente definido y es por ello que deben formar parte del expediente administrativo de la encomienda una memoria técnica y una memoria económica referidas al encargo realizado.

La memoria técnica debe ser clara y concreta y contener un nivel de desglose suficiente que permita el seguimiento de la situación de la encomienda a lo largo de la vida de la misma. Ello facilitará la detección de posibles desviaciones materiales o temporales respecto de los términos previstos.

La memoria económica es un documento básico y principal de todo expediente de encomienda de gestión, no sólo porque contiene la valoración del objeto de la misma sino porque debería permitir evaluar no sólo la eficacia del método de provisión elegido sino también, que se optó por la vía mas económica y eficiente. Esta memoria habrá de incluir una valoración de los recursos humanos y materiales que se dedicarán a la actividad de que se trate, ligándolos a un calendario de pagos o hitos contractuales. Asimismo deberá especificar el método de cálculo empleado con expresa mención de los conceptos incluidos en los costes declarados.

En este punto es imprescindible tratar la cuestión de la fijación de tarifas como método ordinario de retri-

⁴En la legislación española sólo encontramos límite legal a esta posibilidad de contratar con terceros el objeto de la encomienda en el caso de TRAGSA, DA 25.6 del TRLCSP, que lo fija en el 50% del importe total del proyecto, suministro o servicio.

bución de la encomienda. Haciendo una interpretación integradora de los preceptos del TRLCSP de acuerdo con su artículo 4.2 y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una relación interna, derivada de una operación no de mercado, entendemos que la fijación de las tarifas debería hacerse atendiendo a los costes de realización del encargo, pudiendo éstos contemplar márgenes para atender a desviaciones o imprevistos, que deberán liquidarse en su caso, justificando así que efectivamente dichas desviaciones e imprevistos se han producido.

Sin embargo, haciendo un análisis de la necesidad de existencia del medio propio, no es suficiente con que las tarifas consistan en costes reales si estos costes de producción superasen los costes de mercado, por ineficiencia del medio propio. Así pues con el parámetro “costes reales” se fija un límite máximo que deberá ser igual o inferior al valor de mercado, pero no superior, dado que en este caso estaríamos ante una gestión ineficiente y el recurso al ente instrumental como medio para proveer a la Administración de bienes y servicios no estaría justificado (Garcés Sanagustín, 2009), suponiendo además una restricción a la competencia carente de motivo (salvo que razones de orden público lo hiciesen necesario, como ha quedado antes apuntado).

Los márgenes de rentabilidad, por tanto, no entran dentro de la lógica y la coherencia jurídico-económica de la encomienda de gestión ya que las entidades encomendatarias se financian con fondos públicos, con lo que no asumen el riesgo del empresario particular, y actúan en las relaciones con su matriz como si de un órgano técnico jurídico se tratase, desplegando su personalidad jurídica únicamente en sus relaciones con terceros pero en cambio, internamente, “actúan casi como un órgano del ente público del que dependen”, en especial, desde el punto de vista de su régimen económico-financiero (STS 12 junio de 2004, ATC 254/2006, de 4 de julio).

En cuanto a la sujeción al IVA de las encomiendas de gestión, la Dirección General de Tributos, en su condición de órgano competente para interpretar la normativa del régimen tributario y de las figuras tributarias en general, ha emitido numerosas resoluciones relativas a la sujeción o no al IVA de determinadas actividades del sector público, en particular, las ejecutadas por entes del sector público en su condición de medio instrumental (entre otras la resoluciones 1886/2010; 763/2012; 990/2012). Esta cuestión también es tratada por la AEAT en el Informe de la Subdirección General

de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, referenciado A/3/51/12, sobre “la tributación en el impuesto sobre el valor añadido de la actividad de los entes públicos”.

Por su parte la IGAE en su Circular 5/2013, de 15 de abril, relativa esta materia, sistematiza la doctrina contenida en las mencionadas resoluciones en aras a lograr una actuación homogénea en el ejercicio de la función de control.

La posición manifestada por la DG de Tributos y la AEAT permite concluir que las actividades ejecutadas por entes del sector público en su condición de medio instrumental no estarán sujetas a IVA siempre que acrediten los aspectos siguientes:

1º. Que la actividad se realice por un ente u órgano de derecho público, y que lo sea en el ejercicio de una función pública, esto es, que actúe en su condición de sujeto de derecho público (mencionándose específicamente los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las agencias y las sociedades anónimas públicas). Ello se fundamenta, entre otras razones, en el carácter interno de las operaciones que tales órganos realizan y en la falta de independencia que debe predicarse en todo sujeto pasivo del IVA. Por ello no será predicable esta no sujeción al IVA respecto de los servicios prestados a terceros.

2º. Que para esas actividades u operaciones, el hecho de no considerarlas sujetas al impuesto no conlleve introducir distorsiones graves de la competencia. Ello deberá calificarse en función de la importancia relativa del volumen de operaciones desarrollado por los particulares respecto del correspondiente la provisión pública, y si esta última tiene carácter aislado o excepcional no debe concluirse que dicha distorsión es grave o significativa.

3º. Que la actividad de que se trate no sea una de las mencionadas en el artículo 7.8º de la Ley de IVA (que reproduce el artículo 13.1 de la Directiva 2006/112/CE), ya que éstas por imperativo legal quedan sujetas al impuesto cualquiera que sea la relación y naturaleza de los entes que las realicen (entre otras telecomunicaciones, distribución de energías, transporte de personas y bienes, servicios portuarios y aeroportuarios explotación de ferias de carácter comercial, radio y televisión, oficinas comerciales de publicidad, agencias de viaje, matadero...).

El primero de los criterios expuestos no presenta mayores dificultades interpretativas si bien los dos siguientes deben ser apreciados en cada caso concreto, sin que en consecuencia pueda hacerse apriorísticamente un pronunciamiento general.

Y finalmente, no debe desatenderse la circunstancia de que ese exceso de financiación sobre los costes reales puede ser considerado como ayuda pública, sobre todo en el caso de las entidades que actúan en el mercado, siendo dicha financiación susceptible de ser considerada como perturbadora de la competencia⁵.

3.4. El expediente administrativo de la encomienda

Tras lo acabado de exponer procede hacer una recopilación sistemática de la documentación administrativa que como mínimo debe integrar el expediente administrativo de la encomienda, documentando la actuación y formando la adecuada pista de auditoría.

Las actuaciones que integran el expediente administrativo de la encomienda de gestión vienen exigidas por una diversidad de normas que regulan los distintos aspectos de la figura. Parte de dichas disposiciones son normas presupuestarias de aplicación a todo expediente de gasto, expresión ésta con la que se hace referencia a la vertiente financiera del expediente administrativo; otras se contienen en el TRLCSP; y finalmente otras derivan de la aplicación de las leyes administrativas generales, como la Ley 30/1992.

Tomando asimismo como referencia el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011 que modifica el de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función Interventora en régimen de requisitos básicos, se consideran como principales hitos integrantes de la tramitación de los expedientes de encomienda de gestión los siguientes:

Encargo

- La entidad encomendataria deberá tener la condición de medio propio instrumental con el contenido mínimo previsto en el artículo 24.6 del TRLCSP
- Memorias justificativa, técnica y económica.
- Informe del Servicio jurídico
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda.
- En el supuesto en que se prevean pagos anticipados, exigencia de prestación de garantía suficiente a la entidad encomendataria.

- Certificado de existencia y retención de crédito expedido por la oficina de contabilidad.
- Propuesta de gasto formulada por los servicios correspondientes del órgano encomendante.
- Informe de fiscalización previa del gasto, según proceda atendiendo a la naturaleza de la entidad encomendante.
- Aprobación del gasto y de la encomienda.
- Compromiso del gasto.
- Notificación del encargo.

A estas menciones deben añadirse todas aquellas derivadas de la normativa sectorial aplicable por razón de materia.

Estos acuerdos serán inmediatamente ejecutivos y no susceptibles de recurso contencioso-administrativo (artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA)). Esta prohibición, como señaló el Tribunal de Cuentas en el "Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2005 y 2006 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas" (nº 862, 24/06/2010), es aplicable a los organismos autónomos, no solamente respecto del órgano al que están adscritos, sino del conjunto de aquélla, por cuanto la dependencia o vinculación se produce en relación con dicho conjunto. La solución debe hacerse extensiva a aquellos entes instrumentales que tienen atribuido un carácter subordinado y dependiente, aunque se rijan por el derecho privado, siendo obligatorio para los mismos ejecutar el encargo con arreglo a las instrucciones que les impartan las entidades encomendantes.

La publicación del encargo no es necesaria, en contraposición con lo que sucede en las encomiendas del artículo 15 de la Ley 30/1992⁶.

Modificación

- Informe del Servicio Jurídico
- Memorias justificativas de la modificación.
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda.
- Informe de fiscalización previa del gasto, según proceda.

⁵ En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), de 20 de diciembre de 2011, se hace ya referencia concreta a esta cuestión exigiéndose "que la persona jurídica controlada no obtenga ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores" (artículo 11.3 d)).

⁶ A la fecha de elaboración de este trabajo el todavía proyecto de Ley de Transparencia en su artículo 7.b), relativo a la información económica, presupuestaria y estadística dispone que: "Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: (...) , se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma."

Así pues, si eventualmente se exige la publicación de las encomiendas de gestión del artículo 24.6 TRLCSP se hará en virtud de las necesidades impuestas por la futura Ley de Transparencia y no porque les sea aplicable el régimen del artículo 15.3 de la Ley 30/1992.

- Documentos acreditativos de la autorización y compromiso del gasto.

Abonos durante la ejecución

- Certificación o documento acreditativo de la realización de los trabajos y su correspondiente valoración.
- En el caso de pagos anticipados, que se ha prestado la garantía exigida.
- Factura.

Liquidación

- Certificación o acta de conformidad de las obras, bienes o servicios.
- Factura
- Fiscalización previa del pago, cuando proceda según el ente encomendante

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como ya reflejó Garcés Sanagustín (2009), dentro del marco de las relaciones de Derecho público, las Administraciones Públicas han evolucionado hacia formas diversas de organización, complejas en exceso, y en ocasiones innecesarias, llamadas a satisfacer, en régimen de desconcentración instrumental, los múltiples intereses

que el sector público tiene asignados. Fundaciones en mano pública, sociedades estatales, autonómicas o locales para la gestión de servicios típicamente administrativos, consorcios interadministrativos, Agencias o, la última modalidad de creación de fondos sin personalidad jurídica, son algunas de las manifestaciones de este fenómeno de “huida del Derecho Administrativo” que afecta sustancialmente al régimen jurídico al que someten su forma de proveerse de recursos tanto materiales como humanos.

Para poder realizar un adecuado control de los principales aspectos de esta forma de colaboración intra administrativa, tal como acabamos de exponer, será necesario profundizar en aspectos cardinales como su régimen económico y las particularidades de su ejecución, si bien para que esa tarea sea posible, es imprescindible que el legislador defina adecuadamente los contornos de una figura fundamental para la eficiente gestión de las Administraciones públicas, pero cuyo abuso puede generar, no sólo un gasto público ineficiente y excesivo sino un perjuicio para la competencia, con el consiguiente deterioro del sector privado.

BIBLIOGRAFÍA

Garnica Sainz de los Terreros, A. y Garnica Hidalgo, A. (2013): “*El control a posteriori de la encomienda de gestión*”. Colaboración en la obra colectiva “Encomienda de Gestión: Gestión pública actual: régimen jurídico y mayor eficacia”. Aranzadi

Garcés Sanagustín, M. (2009): “*La autocontratación o contratación in house providing. Incidencia de la nueva regulación en las entidades instrumentales del sector público. Concepto de instrumentalidad y régimen tarifario*”. Colaboración en la obra colectiva “Aplicación práctica de los contratos en el sector público”, pp. 79 a 96. Logroño. Escuela Riojana de Administración Pública.

Pascual García, J. (2010): “Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”. Madrid. BOE.