

## ***Necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas.***

*Resolución de 27 de febrero de 2017, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE, de 12 de abril de 2017).*

### **Antecedente normativo**

*Cita:*

-Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

-Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

-Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## **1. Introducción**

Se publica en el “*Boletín Oficial del Estado*” de 12 de abril de 2017 la Resolución de 27 de febrero anterior, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas. El referido acuerdo asume el informe del Tribunal de Cuentas, sus conclusiones y recomendaciones e insta al Gobierno a:

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

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

La Moción tiene su fundamento en las funciones de fiscalización atribuidas al Tribunal de Cuentas en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que, en su artículo 28, faculta a dicho Tribunal a elevar a las Cortes Generales cuantas mociones considere necesarias o convenientes con proposición de aquellas medidas que estime necesarias para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público.

El Tribunal ha observado cómo, en los últimos tiempos, la utilización de las encomiendas de gestión a medios propios ha experimentado un crecimiento y cómo esta práctica ha generado problemas que afectan a todas las fases de esta forma de gestión, siendo la causa principal la falta de una regulación suficiente.

El objeto de esta Moción es “*el régimen jurídico regulador de las*

*encomiendas o encargos de prestaciones de naturaleza contractual realizados por los poderes adjudicadores y otras entidades del sector público a las entidades integrantes del sector público institucional consideradas como medios propios y servicios técnicos a los que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF)."*

Quedan fuera las encomiendas de carácter administrativo reguladas en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), antes en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En primer lugar, se define la encomienda de gestión como aquel instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo o una entidad del sector público encarga a otra Administración o entidad la realización de una determinada actividad o prestación, sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

A pesar de las similitudes o afinidades que se encuentran entre esta figura y los convenios de colaboración previstos en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (artículos 47-53) o la colaboración con empresarios particulares, recogida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 24.1-5), según se recoge en esta Moción, *"la característica determinante del recurso a la encomienda de gestión a medios propios en el ámbito de las AAPP es que su empleo constituye una excepción a la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública"*. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido perfilando la figura a la luz de las Directivas de contratación.

Su origen, nos recuerda la Moción, se encuentra en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que limitó su uso al marco exclusivamente administrativo, de modo que se excluía esta figura cuando la realización de actividades técnicas o de servicio o de carácter material hubieran de ser efectuadas por personas de derecho privado, en este caso se remitía la relación a la legislación de contratos.

Se recoge en la Moción la evolución legislativa en torno a esta figura hasta la regulación actual, en especial dentro de la legislación de contratos, con la exclusión de las encomiendas a entidades de la propia Administración y evolucionando el concepto hacia el de medio propio o servicio técnico.

En la actualidad la regulación recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a los denominados *"contratos domésticos"* o *"in house providing"* *"calificados en el propio TRLCSF como encargos o encomiendas a entes propios"*. Según se recoge en la Moción, *"de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, el recurso a esta figura tiene carácter excepcional y los requisitos para actuar conforme a ella han de interpretarse en sentido estricto."*

Se recuerdan los requisitos que deben cumplirse para que una operación pueda calificarse como encomienda de gestión y, por tanto, considerarse excluida de la aplicación de la legislación de contratación.

Estos requisitos se regulan en el artículo 24.6 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público y, en líneas generales son:

- Que el poder adjudicador que realiza la encomienda ostente sobre el encomendatario un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
- Que el encomendatario debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que realiza la encomienda.
- Que si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

La evolución de esta regulación ha originado una nueva figura en el ordenamiento jurídico administrativo que si bien se relaciona con la encomienda de gestión prevista en el artículo 15 de la Ley 30/1992, y ahora, en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>1</sup>, se diferencia en cuanto a naturaleza, requisitos, régimen regulador y funcionalidad.

La nueva regulación limita la encomienda de gestión al ámbito interadministrativo, se limita a actuaciones objetiva y subjetivamente ajenas a las al ámbito de la legislación de contratos, y ligadas estrechamente al ejercicio de las competencias propias de los órganos administrativos.

Mientras que las encomiendas de contenido materialmente contractual excluidas de la legislación de contratos *“ha encontrado -en palabras de la Moción- en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRCLSP un cauce legal de expansión, actualmente en pleno desarrollo.”*

Según se recoge en la Moción, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento

---

<sup>1</sup> El artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre regula las encomiendas de gestión del siguiente modo:

*“1. La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.*

*Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.*

*2. La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.*

*En todo caso, la Entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.*

*3. La formalización de las encomiendas de gestión se ajustará a las siguientes reglas:*

*a) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos o Entidades de Derecho Público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades de Derecho Público intervinientes. En todo caso, el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicada, para su eficacia, en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante.*

*Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.*

*b) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, que deberá ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado», en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.”*

Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, incorpora aspectos novedosos en el ámbito de los medios propios y que serán objeto de transposición al ordenamiento jurídico español con la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, el Tribunal de Cuentas considera necesario elevar una Moción a las Cortes Generales que proponga *“una adecuada definición del marco legal de las encomiendas de gestión de naturaleza contractual o encargos a medios propios, así como las medidas que deben adoptarse para una correcta gestión de los fondos que se canalicen por esta vía y para evitar un empleo inadecuado de la figura.”*

## **2. Consideraciones de la Moción sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas**

El Tribunal de Cuentas en su Moción, después de relacionar los diferentes informes elaborados en ejercicio de su actividad fiscalizadora referidos a las encomiendas de gestión de naturaleza contractual o encargos a medios propios, constata una serie de problemas de gestión recurrentes puestos de manifiesto en los respectivos informes elevados a las Cortes Generales, de los que conviene destacar las siguientes consideraciones.

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

El uso creciente de este recurso contrasta con su escasa regulación y ha obligado a regular aspectos concretos de forma puntual y asistemática, que no han resuelto la cuestión esencial: diferenciación legal de las encomiendas de gestión puramente administrativas (art. 11 de la LRJSP); tampoco ha regulado el régimen jurídico aplicable a los encargos propiamente dichos, ni el procedimiento a seguir en su preparación, formalización, ejecución, seguimiento y control.

A esta situación se suman las distintas normas y estatutos de creación de cada medio propio, y la regulación autonómica que ha incorporado de forma paulatina este recurso con la determinación de nuevos requisitos y trámites, no siempre coincidentes en todos los casos.

El Tribunal de Cuentas ha constatado que la ausencia de un marco legal de carácter básico y común provoca una falta de homogeneidad en cuanto a la tramitación administrativa.

### *b) En relación con la justificación de la procedencia del empleo de la encomienda a medios propios*

En general la justificación del recurso a la encomienda se basa principalmente en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas, en la celeridad de su formalización y en la flexibilidad de su ejecución, en la incapacidad del mercado de prestar los servicios requeridos o el carácter idóneo de la entidad encomendataria por su experiencia o especialización en la ejecución de los trabajos requeridos. No obstante, esta justificación se encuentra en el enunciado formal que no queda acreditada de forma suficiente mediante

informes o estudios.

A juicio del Tribunal el uso o abuso de este recurso puede suponer una infrutilización de los medios propios materiales y personales, la pérdida del control directo de la actividad encomendada y la descapitalización de los recursos técnicos propios.

*c) En relación con la determinación del objeto de la encomienda y el ejercicio de competencias y potestades administrativas*

A pesar de que este recurso resulta eficaz para dar respuesta a necesidades puntuales, en base a criterios relacionados con la complejidad, el carácter específico o técnico de las prestaciones, en ocasiones ha servido para satisfacer necesidades de carácter permanente derivadas de déficits estructurales de plantilla. En otras ocasiones, se sirve de este instrumento para financiar actividades que hubieran tenido que ser objeto de una subvención o para canalizar aquellas comprendidas en acuerdos con otras Administraciones mediante convenios de colaboración preexistentes.

De este modo, se deforma la esencia de la encomienda que puede, incluso, incurrir en situaciones contrarias al ordenamiento cuando se incluye la realización de actividades que llevan aparejado el ejercicio de potestades públicas. Advierte que, en ocasiones, los acuerdos u órdenes de encomiendas con medios propios que incluyan ejercicio de potestades públicas, están siendo declarados nulos de pleno derecho por los Tribunales de Justicia. A este efecto, recuerda que para estos órganos jurisdiccionales, se entienden comprendidas dentro del concepto de potestad pública las tareas de valoración o tratamiento de documentos administrativos y las tareas organizativas de los expedientes, al considerar que *“implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar –normalmente así será- el ejercicio de potestades de este orden”*.

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

Se recuerda cómo el Estatuto de los Trabajadores (artículo 43 del texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 23 de octubre) *“tipifica como cesión ilegal de trabajadores la mera puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa cedente a otra cesionaria, teniendo los trabajadores sometidos a dicha cesión el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria”*.

Esta práctica ha sido sancionada por los Tribunales de la jurisdicción de orden social. No obstante, la encomienda puede suponer en muchos casos la participación en trabajos ligados al ejercicio de la competencia; es fácil que se produzca una cesión irregular de trabajadores. Por ello, es preciso extremar los controles sobre la forma en que se establecen y se llevan a cabo estas relaciones.

*e) En relación con el control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios*

Se ha observado el uso frecuente de la subcontratación por parte de los entes instrumentales para la ejecución de parte de las prestaciones objeto del

encargo encomendado. La falta de la determinación de un límite general común a la subcontratación y la falta de controles específicos, unido al hecho de que el propio artículo 4.1.n) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, permite a los medios propios utilizar la subcontratación, son las causas posibles que justifican esta situación.

En ocasiones, esta subcontratación, cuando el medio propio no tiene la consideración de poder adjudicador, se hace al margen de la legislación reguladora de la contratación pública, lo que puede suponer un fraude a dicha legislación.

*f) En relación con el seguimiento y control de la ejecución de las encomiendas a medios propios*

Es fundamental establecer mecanismos de control para comprobar la realización de los encargos objeto de las encomiendas. Para ello, es necesario que en los pliegos que rijan la ejecución de las encomiendas se aseguren los medios para conservar el poder de vigilancia y de decisión sobre lo que pueda suceder en el curso de su ejecución. Ello exige, entre otras cosas, que el objeto de la encomienda esté definido de forma precisa.

*g) En relación con la planificación de la utilización de las encomiendas a medios propios*

La planificación resulta imprescindible para un adecuado control de eficacia en la prestación de los servicios y de eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles.

Resulta además lógico ligar la utilización de las encomiendas a la planificación de recursos humanos, en especial cuando esta utilización pasa a ser un modo habitual de gestión.

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

Se constata la necesidad de que se regulen los requisitos legales necesarios para que el encomendatario pueda ser considerado como tal.

*i) En relación con la aplicación del sistema de tarifas para la determinación del precio de las encomiendas a medios propios*

Se ha podido constatar que no existe una regulación general que discipline de forma homogénea el régimen económico de las encomiendas y los criterios para la determinación de los precios a aplicar.

En realidad el régimen retributivo se fija en la regulación de los distintos entes instrumentales. No existe una determinación homogénea para la fijación de las tarifas, tampoco sobre el cálculo del presupuesto de la encomienda, ni sobre los criterios para la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido o no a las encomiendas.

Son sólo algunos de los aspectos destacados por el Tribunal en estas consideraciones, de las que extraen las propuestas que se someten a las Cortes Generales para su traslado, en su caso, al Gobierno.

### **3. Propuestas que formula el Tribunal de Cuentas**

a) Debería regularse *“la figura de las encomiendas o encargos a medios propios*

*mediante una norma sustantiva con rango de ley que establezca un marco legal de carácter básico y común (artículo 149.1.18ª de la Constitución española)”. Éste debería definir pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, con inclusión de la exigencia de justificar las razones de economía y eficacia que motivan su empleo; su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, y los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control.*

b) *Se debería dar una “denominación legal (nomen iuris) a esta figura, coherente con su actual naturaleza de encargo para la realización de prestaciones de naturaleza contractual, de ejecución obligatoria y sujeto a instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante.” Se trataría de diferenciar las encomiendas de gestión contenidas en el artículo 11 de la Ley de Régimen jurídico del Sector Público de los convenios regulados en el artículo 47 de la misma Ley.*

c) *Se debería establecer que la definición del objeto de los encargos a medios propios ha de “centrarse de modo preferente, si no exclusivo, en la realización puntual de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los poderes adjudicadores, evitando los casos en que pudieran ser utilizados para suplir carencias estructurales de personal -que deberían ser solventadas a través de la adecuada dotación de las plantillas-, evitando con ello incurrir en posibles supuestos de cesión ilegal de trabajadores”.*

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

e) *El procedimiento que se establezca debería contemplar la necesidad de que “la justificación del recurso a su empleo esté siempre sustentada en informes o estudios”, de forma que quede suficientemente acreditada “la existencia de las necesidades a satisfacer y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los poderes adjudicadores encomendantes”, y “la mayor idoneidad del empleo de esta forma de gestión frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir, en particular los procedimientos de licitación pública”.*

f) *Se prever la utilización de este recurso en la planificación estratégica y vincularla a la planificación de sus propios recursos humanos, con el fin de evitar la descapitalización de su propio personal técnico especializado.*

g) *“La fijación de las tarifas -que han de ser aprobadas por la entidad pública de la que dependen los medios propios (art. 24.6 del TRLCSP)-, debería hacerse siguiendo criterios homogéneos, atendiendo exclusivamente a los costes de realización de las prestaciones objeto de encargo y con exclusión de cualquier tipo de margen de rentabilidad o beneficio industrial”.*

h) *Los trabajos objeto de los encargos deberían concretarse de forma detallada.*

i) *“Los precios de determinados componentes de la prestación no contemplados en las tarifas y fijados a tanto alzado (lo que ha de ser excepcional), o los establecidos*

*como márgenes para atender desviaciones o imprevistos, deberían tener la consideración de ‘gastos a justificar’*, para su abono se debería procederá a la oportuna liquidación y exigir la correspondiente justificación documental a los medios propios ejecutantes.

j) Se deberían seleccionar de forma adecuada el ente instrumental al que se recurra en cada ocasión.

k) al establecer las actividades para las que puede actuar como medio propio, deberían evitar referirse a la totalidad de ese objeto social y especificar las concretas actividades definitorias o características de su especialización funcional, en relación con las cuales puede actuar como medio propio

l) Se deberían *“completar los requisitos exigibles a los medios propios para poder ser considerados como tales en los términos establecidos por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.”*

m) Se debería establecer un *“límite legal general a la subcontratación por parte de los medios propios para la realización de las prestaciones objeto de encargo, que habría de ceñirse a las prestaciones accesorias que no constituyan el objeto principal del encargo y estar restringida a un máximo del 50 por 100 del coste total del encargo.”*

n) Además, solo se debería admitir la subcontratación en aquellos casos contemplados de forma expresa en el documento de formalización del encargo o en sus pliegos reguladores, con exigencia de autorización expresa del encomendante previa notificación.

o) Se debería exigir la incorporación en los pliegos que rijan la ejecución de los encargos, los medios necesarios *“para asegurar su adecuado y efectivo control y seguimiento y conservar el poder de decisión sobre las vicisitudes que puedan sobrevenir en su curso, especialmente en las encomiendas de actividad.”*