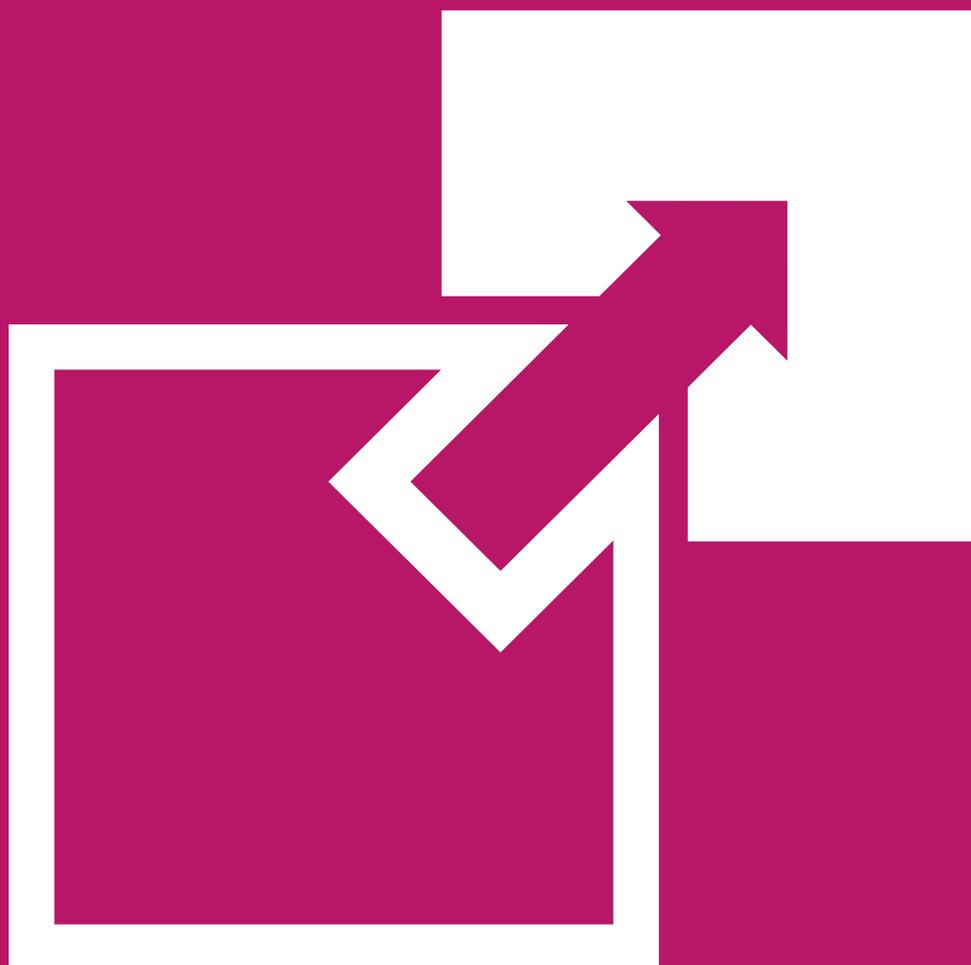


Trabajando por la Competencia



Los medios propios y las encomiendas
de gestión: implicaciones de su uso desde
la óptica de la promoción de la competencia



Los medios propios
y las encomiendas de
gestión: implicaciones de
su uso desde la óptica
de la promoción de la
competencia

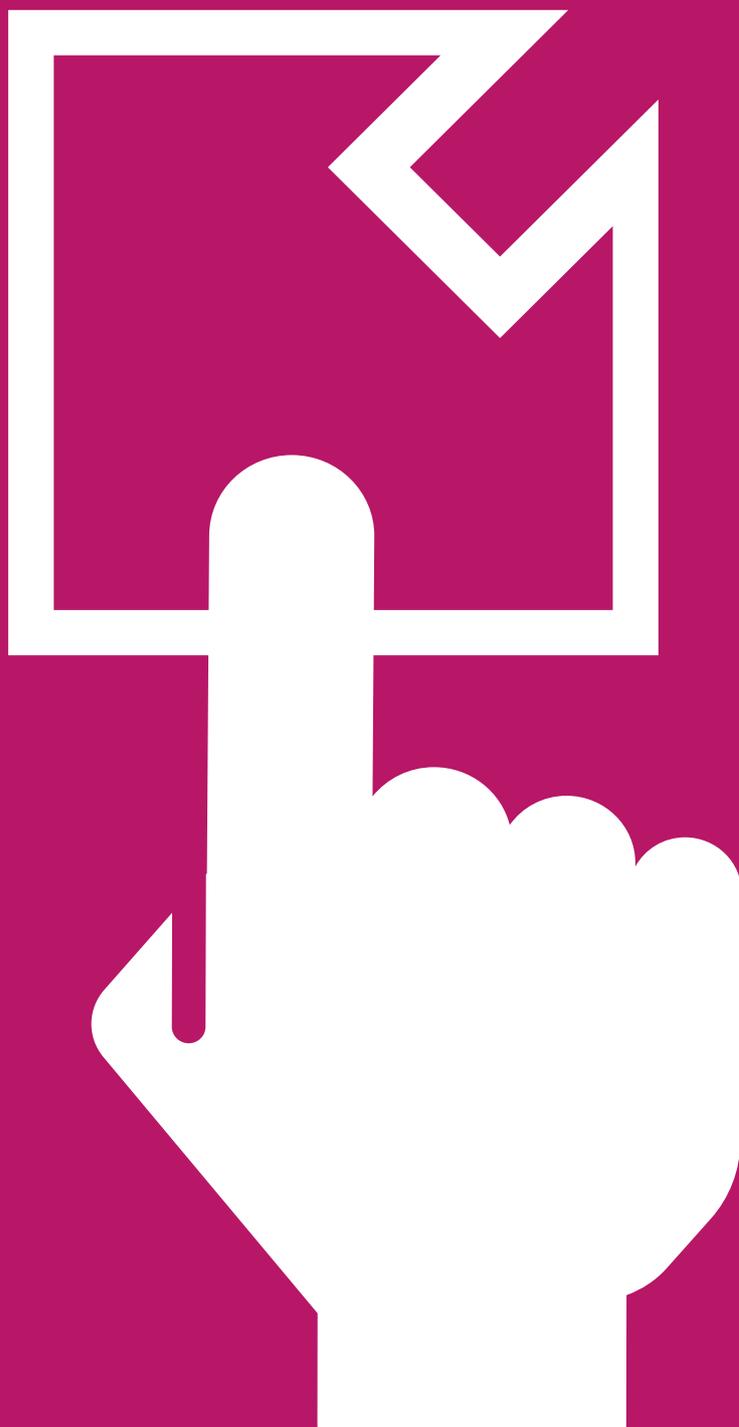
Índice

1.	Introducción	4
1.1	Propósito del informe	5
1.2	Estructura e información utilizada	9
2.	Caracterización jurídica de las encomiendas de gestión y los medios propios	12
2.1	Concepto de encomienda de gestión	13
2.2	Concepto de medio propio	14
2.2.1	La regulación estatal	14
2.2.2	La evolución de los requisitos in-house a nivel comunitario	15
2.3	Relación con otras figuras de cooperación	19
3.	Importancia institucional y económica de los medios propios	22
4.	Restricciones a la competencia derivadas de las encomiendas de gestión	30
4.1	Configuración de las restricciones a la competencia	31
4.1.1	Limitación del acceso a terceros	31
4.1.2	Cierre dinámico del mercado	32
4.1.3	Posible relajación de la concurrencia aguas abajo: la subcontratación	34
4.1.4	Opacidad: ausencia de publicidad, transparencia y centralización de la información	36
4.2	Posibles efectos de las restricciones a la competencia	40
4.2.1	Consecuencias para el aprovisionamiento de bienes y servicios de las Administraciones Públicas	40
4.2.1.1	Posibles pérdidas de eficiencia en el aprovisionamiento respecto a la licitación	40
4.2.1.2	Menor capacidad de reducir las asimetrías de información que perjudican a la Administración que se aprovisiona	43
4.2.1.3	Riesgo de ineficiencias en la fijación de tarifas: cálculo ex ante, incentivos de Administración y medio propio, continuidad y cercanía en la relación	43
4.2.1.4	Riesgo de determinación de retribuciones ineficientes en las encomiendas	44
4.2.1.5	Riesgo de ineficiencias en la evolución de la retribución de las encomiendas	46
4.2.1.6	Potencial indeterminación del precio de la prestación	48
4.2.1.7	Riesgo de sobrecompensación en determinadas encomiendas	49
4.2.2	Consecuencias sobre la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en los mercados	50
4.2.2.1	Limitación de la posibilidad de acceso al mercado de operadores alternativos	51
4.2.2.2	Ruptura de la neutralidad competitiva en mercados en que actúan los medios propios	54
5.	Justificaciones a la creación de medios propios y al encargo de encomiendas de gestión	58
5.1	Los elementos institucionales: la condición de medio propio y las competencias de la entidad	59

5.1.1	La realización de la parte esencial de la actividad	61
5.1.2	La existencia de un control análogo	64
5.1.3	Las competencias de los medios propios	69
5.2	La utilización de la encomienda de gestión	71
5.2.1	La exigencia de una justificación adecuada	71
5.2.2	Análisis de las posibles motivaciones de la encomienda	79
5.2.3	Problemas encontrados en relación con la justificación de las encomiendas	83
6.	Conclusiones	90
7.	Recomendaciones	94
	Primera. Revisión y evaluación en todas las Administraciones Públicas de la situación de sus respectivos medios propios	95
1.1	Evaluación por parte de las distintas Administraciones Públicas de los respectivos medios propios con arreglo a la vigente normativa	95
1.2	Evaluación por parte de las distintas Administraciones Públicas de la concesión de nuevas condiciones de medio propio	96
	Segunda. Modificaciones normativas	96
2.1	Recomendaciones de modificaciones normativas sobre los medios propios	97
2.2	Recomendaciones de modificaciones normativas en el concepto de encomienda de gestión	98
2.3	Recomendaciones de modificaciones normativas sobre la decisión de realizar una encomienda de gestión	98
2.4	Recomendaciones de modificaciones normativas sobre la manera en que las partes de una encomienda de gestión la desarrollan	99
2.5	Recomendaciones de modificaciones normativas para favorecer el recurso a la contratación pública	99
	Tercera. Incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones administrativas en las encomiendas de gestión	100
	Cuarta. Instrumentos de publicidad, control y centralización de la información	100
4.1	Mayores garantías de publicidad	100
4.2	Reforzamiento de los controles internos y externos	101
4.3	Centralización de la información	101
	Bibliografía	102

1.

Introducción



La iniciativa pública en la actividad económica viene reconocida por el artículo 128 de la Constitución de 1978. Desde dicha fecha, los poderes públicos han venido ejerciendo un protagonismo creciente en la actividad económica española con implicaciones directas e indirectas sobre la competencia en los mercados. Tanto desde el lado de la oferta como del de la demanda, la relevancia de la actividad económica del sector público y el aprovisionamiento de bienes y servicios inherente a ella, afecta estática y dinámicamente a multitud de mercados relevantes.

En relación con la oferta, las Administraciones Públicas han constituido numerosos entes públicos, de variada naturaleza jurídica, que ofrecen bienes y prestan servicios a demandantes públicos y privados, de diferentes formas. Algunos de estos entes tienen la consideración administrativa de **medios propios y servicios técnicos de las Administraciones**. Las Administraciones Públicas está capacitadas para atribuir a dichos entes encomiendas de gestión, fundamentalmente de obras y servicios, con diversas implicaciones desde el punto de vista de la competencia que serán puestas de manifiesto a lo largo del presente informe.

En relación con la demanda, el peso de las Administraciones Públicas como contratistas es altamente significativo. Por ejemplo, el volumen anual de la contratación pública, se estima en España en valores próximos al 16% del PIB. En diversos mercados, las Administraciones Públicas se han convertido en clientes fundamentales de numerosas empresas privadas que compiten por ser adjudicatarias de licitaciones públicas. Las figuras administrativas de los medios propios y las encomiendas de gestión tienen también relevancia y pueden influir en estos mercados.

1.1

Propósito del informe

El presente informe **analiza las implicaciones para la competencia efectiva que se derivan de la utilización por parte de las Administraciones Públicas de encomiendas de gestión a sus entidades instrumentales o medios propios**. Su propósito es ofrecer determinadas recomendaciones que favorezcan una utilización justificada de este instrumento de aprovisionamiento público, minimizando su impacto negativo sobre la competencia.

Los **medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas** son entidades del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil, que proveen determinados bienes y servicios a su Administración encomendante, de acuerdo con una **relación administrativa de encomienda de gestión**, no contractual, consecuencia del carácter interno o instrumental de dichas entidades.

La razón de ser de los medios propios tiene que ver con la necesidad, o conveniencia, que tienen las Administraciones de aprovisionarse de determinados bienes y servicios con **excepcional rapidez**¹; por la **naturaleza**

¹ Por ejemplo, debido a la urgencia sobrevenida de las actuaciones a realizar.

particularísima de las prestaciones demandadas²; o por la ausencia de proveedores alternativos.

En la actualidad, son numerosas las entidades que ostentan la condición de medio propio en todos los niveles territoriales de Administración Pública: solo entre las vinculadas a la Administración General del Estado (AGE) y a las Comunidades Autónomas, su número supera las 150. Estas entidades se encuentran activas en los más variados sectores de la actividad económica, entre otros: consultoría técnica, ejecución de obra civil, militar, agraria o forestal, servicios de certificación electrónica, promoción exterior o edición de medios escritos.

Se constituyen así como operadores económicos que actúan en auténticos mercados, si bien con la característica fundamental de que su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración “matriz”.

De manera estrechamente relacionada con los medios propios, la **encomienda de gestión** a este tipo de entidades públicas es un **instrumento de provisión de bienes y servicios reconocido normativamente** que, para satisfacer las necesidades anteriormente descritas, permite una gran discrecionalidad en su utilización, en atención a la **naturaleza “interna”, impuesta y de subordinación de la relación entre proveedor (medio propio) y demandante** (Administración matriz).

Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de las encomiendas es su carácter directo, es decir, su **sustracción de los procedimientos de licitación pública, y por tanto de la concurrencia**, que de acuerdo con la normativa aplicable debe regir, preferentemente, la provisión de bienes y servicios.

La falta de concurrencia que resulta de estos procedimientos ha motivado que las autoridades de competencia, y en particular la española, hayan analizado de forma puntual en el pasado este instrumento, en sede de **aplicación de la normativa sancionadora de defensa de la competencia³**. No obstante, en atención a la naturaleza interna de la relación entre las entidades públicas participantes en una encomienda estas actuaciones fueron resueltas

² Por ejemplo, seguridad nacional o impresión de moneda.

³ Artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante LDC, y sus correlativos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE.

mediante el **archivo o sobreseimiento de las mismas**, y confirmadas por sus consiguientes revisiones jurisdiccionales⁴.

Sin embargo, a pesar de que las encomiendas son, en principio, relaciones entre entidades públicas pertenecientes a una misma esfera administrativa, su utilización, en particular si es extensiva, puede generar serias **implicaciones para la competencia efectiva en los mercados**.

Desde el **plano teórico**, el uso de este instrumento puede tener un **doble efecto**:

- Por un lado, puede haber una pérdida de eficiencia derivada de la **ausencia de la tensión competitiva** a la hora de fijar **las condiciones de ejecución de las encomiendas** que sí está presente en los procedimientos de contratación pública. Esta tensión competitiva directa es un instrumento determinante para obtener resultados más eficientes en el aprovisionamiento de los entes demandantes, con un beneficio inmediato para las Administraciones y los contribuyentes.
- En segundo lugar, **la afectación al sector de actividad donde opera el medio propio puede ser relevante**, dada la importancia de las Administraciones como demandantes de bienes y servicios, la generalización de este fenómeno instrumental, y el tamaño considerable de buena parte de estos medios propios. En los mercados **pueden existir otros oferentes, actuales o potenciales, en disposición de proveer los bienes y servicios** de que se trate, tanto a la Administración Pública como a otros potenciales demandantes.

En este contexto, **el recurso a las encomiendas, en particular cuando es sistemático, puede suponer condiciones menos ventajosas para las Administraciones demandantes que las que se derivarían de una licitación pública, una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por parte de operadores privados alternativos y una ruptura de la neutralidad competitiva en los bienes y servicios que estas entidades ofertan a otros demandantes, cuando ello sucede**.

Desde el plano empírico, y como se analiza en la sección 3, a juzgar por el **incremento de este tipo de entidades** tanto en la esfera autonómica como

⁴ Pueden consultarse las Resoluciones del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, relacionadas todas ellas con la empresa TRAGSA:

- Resolución de 30 de abril de 1996 (Expte. R 148/96);
- Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Expte. R 255/97);
- Resolución de 26 de enero de 1998 (Expte. R 269/97);
- Resolución de 28 de enero de 1998 (Expte. R 270/97);
- Resolución de 5 de febrero de 1998 (Expte. R 272/97)
- Resolución de 13 de marzo de 1998 (Expte. R 273/97);
- Resolución de 30 de marzo de 1998 (Expte. R 267/97);
- Resolución de 30 de abril de 1998 (Expte. R 266/97).

Asimismo, la Resolución de 24 de enero de 2011, sobre el Expte. S/0096/08, acordó una terminación convencional con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda por supuestas conductas contrarias a la LDC, si bien no relacionadas directamente con la realización de encomiendas de gestión. La vigilancia de esta Resolución terminó asimismo con el Expte. VATC/0096/08, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre FNMT, de 25 de enero de 2012.

en la AGE⁵, es **razonable pensar que el riesgo** de concreción de estos efectos potenciales es **cada vez mayor**.

Debido a los efectos restrictivos de la competencia comentados, deben examinarse cuidadosamente las razones que justifican la utilización de encomiendas a medios propios por parte de las distintas Administraciones. Las razones aducidas para crear medios propios y asignarles encomiendas de gestión están generalmente relacionadas con la eficiencia y eficacia administrativas. **Se deben justificar adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad al utilizar este mecanismo**. El análisis de necesidad se refiere a la vinculación del objetivo perseguido al instrumento utilizado. El de proporcionalidad, al coste-beneficio para el interés general derivado de esta medida. La importancia actual del instrumento de las encomiendas de gestión como técnica de aprovisionamiento de las Administraciones recomienda este análisis de su justificación y efectos desde la óptica de la competencia.

Tal es el objeto del presente informe que, en opinión de la CNC, resulta particularmente pertinente en la actualidad por varias razones.

- En primer lugar, este ejercicio se alinea con la creciente **preocupación de instituciones internacionales especializadas y autoridades nacionales de competencia** (entre otros, OCDE⁶, Reino Unido⁷ o Australia⁸) por la salvaguarda del **principio de neutralidad competitiva en la actuación de los operadores públicos en mercados de carácter mixto**. Si bien esta cuestión excede a las encomiendas de gestión, parte de los problemas de competencia que éstas pueden originar guardan relación con dicho principio.
- Adicionalmente, esta actuación resulta consistente con pronunciamientos anteriores de la CNC que apuntaban los riesgos de esta figura. Así, la **Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia (2011)**, recomendaba evitar extralimitaciones en la utilización de las encomiendas. Para ello el poder adjudicador debería valorar en qué medida el mercado presta o puede prestar dichos bienes o servicios y el precio al que los mismos se ofrecen, debiéndose descartar la utilización de la encomienda si dichos precios resultan potencialmente inferiores. De igual forma, se establecían

⁵ Vid a este respecto la evolución que muestra el Gráfico nº 2 infra.

⁶ “Competitive neutrality: maintaining a level playing between public and private business” OCDE 2012.

⁷ En particular deben mencionarse en los siguientes documentos de la Office of Fair Trading (OFT) publicados en 2010:

- *Competition in mixed markets: ensuring competitive neutrality*, disponible en: http://www.of.gov.uk/shared_of/economic_research/of1242.pdf

- *Choice and Competition in Public Services: a guide for policy makers*, disponible en: http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/OFT1113.pdf

- *Government in markets – why competition matters*, disponible en: http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/of1214.pdf

⁸ Por ejemplo, en países como Australia, para aplicar el principio de neutralidad competitiva, se realiza un test para evaluar si la actividad gubernamental se ajusta a principios comerciales sobre la base de dos cuestiones: si el ente presta una actividad comercial y si dicha actividad de negocio es realmente significativa. Para responder a la primera cuestión, se analiza si la entidad cobra por los bienes o servicios, si cuenta con efectivos o potenciales competidores y si dispone de autonomía para fijar niveles de producción y de precios. Para responder a la segunda, se toma en consideración la actividad de un variado conjunto de entes que forman parte del sector público nacional.

reparos a la subcontratación sistemática con terceros por parte del medio propio.

- Asimismo, el informe pretende profundizar en la racionalización del gasto público, particularmente pertinente en el actual contexto económico y presupuestario. La eliminación de trabas injustificadas a la competencia:
 - puede contribuir a la **potenciación de diversos sectores económicos, especialmente aquéllos especializados en ofertar sus productos o servicios al sector público para su aprovisionamiento.**
 - desde un punto de vista más general, **también facilitaría la propia adecuación estructural del sector público y el crecimiento económico, al permitir una asignación más eficiente de los recursos limitados, públicos y privados.**
- Finalmente, desde el punto de vista normativo, la **revisión de las Directivas europeas de contratación pública** desarrollada en el último año, y la transposición que de las mismas habrá de hacerse en su momento, delimitan un período temporal propicio para plantear recomendaciones que mitiguen los riesgos para la competencia identificados.

El presente informe ha sido aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su sesión de 19 de junio de 2013, en ejercicio de las competencias consultivas que le atribuye el artículo 26.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). En dicho precepto se establece la facultad de la CNC de dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación⁹.

1.2

Estructura e información utilizada

El presente informe:

- Caracteriza **los principales elementos jurídicos de la figura institucional del medio propio y de la relación de encomienda de gestión**, tanto desde el punto de vista nacional como comunitario.
- **Se aproxima a la importancia y dimensión económica** de los medios propios como entidades instrumentales de las Administraciones Públicas y las relaciones de encomienda de gestión que se desarrollan entre ambos.
- Explica las principales **restricciones a la competencia** relacionadas con las encomiendas de gestión: aquéllas que resultan inherentes al uso de la figura; otras que pueden existir adicionalmente; y algunas prácticas administrativas que las propician.

⁹ La CNC continúa ejerciendo la competencia del artículo 26.1 de la Ley 15/2007 según lo indicado en la Disposición Transitoria tercera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- Extrae las principales implicaciones y **consecuencias que de tales restricciones pueden derivarse** para el aprovisionamiento público y, más en general, para el funcionamiento de los mercados.
- Valora en qué ocasiones, habida cuenta de las restricciones a la competencia que generan, la creación de medios propios y la utilización de encomiendas de gestión encuentra **justificación en su necesidad y su proporcionalidad**.
- Propone, a la vista de todo lo anterior, determinadas **recomendaciones** tanto al legislador como a las distintas Administraciones Públicas destinadas a reducir el impacto sobre la competencia que se pueda derivar de este instrumento.

El informe pretende **ilustrar con ejemplos concretos** las implicaciones para la competencia de las encomiendas y sus consecuencias para el aprovisionamiento público y el funcionamiento de los mercados, así como las justificaciones que éstas puedan encontrar.

Los ejemplos que se proporcionan son resultado de **un doble ejercicio**:

En primer lugar, se proporcionan una serie de ejemplos relativos a la actividad encomendada de la Administración General del Estado (AGE) y de buena parte de las Comunidades Autónomas (CCAA), a partir de información oficial y pública disponible¹⁰ contenida en diarios oficiales, plataformas públicas de contratación e informes fiscalizadores de los distintos tribunales de cuentas¹¹. También se ha realizado una consulta, a tal efecto, a las Autoridades de Competencia Autonómicas en el Grupo de Promoción de la Competencia del Consejo de Defensa de la Competencia.

La CNC debe subrayar que existen **importantes deficiencias, claroscuros y omisiones en el grado de información pública de las encomiendas de gestión**. Sin perjuicio de los mencionados ejemplos y de que la práctica de determinadas Administraciones en particular sea más favorable a la publicidad, el nivel general de transparencia en relación con la asignación, contenido y ejecución de las encomiendas de gestión es considerablemente bajo.

Este hecho ha aconsejado realizar un segundo ejercicio, complementando los ejemplos y prácticas obtenidos a partir de información pública con otros derivados de información más pormenorizada facilitada por cinco medios propios de la AGE significadamente activos en el sector de la consultoría técnica de proyectos y por sus respectivos Ministerios de adscripción como principales poderes adjudicadores de aquéllos.

10 Tales ejemplos no muestran, en su caso, incumplimientos de la normativa aplicable, sino que ponen de manifiesto las consecuencias que se pueden derivar de la falta de competencia inherente al uso de encomiendas. Robustece el valor ilustrativo de este ejercicio recurrir a ejemplos basados en información gratuita, públicamente accesible.

11 Básicamente, los diferentes Diarios Oficiales (Boletín Oficial del Estado, Boletines autonómicos y Boletines de algunos entes locales) así como los registros públicos o plataformas de contratación existentes al respecto. De la misma manera, se han encontrado menciones a determinadas prácticas en los informes de Tribunales de Cuentas Nacional y Autonómico y en dictámenes de organismos administrativos consultivos en contestación a consultas planteadas, como las Juntas Consultivas de Contratación o la Dirección General de Tributos.

Las entidades seleccionadas por su relevancia en este sector son: **TRAGSA** y las filiales de su Grupo¹²; **INECO**¹³; **ISDEFE**; **RED.ES** y su filial **INTECO**. Sus Ministerios de adscripción, como principales poderes adjudicadores, son respectivamente: el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA); el Ministerio de Fomento (MFOM); el Ministerio de Defensa (MDEF); y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR)¹⁴.

Aunque estos ejemplos podrían replicarse en otros mercados, **se ha escogido el sector de la consultoría, fundamentalmente técnica, al ser un ejemplo de mercado con una pluralidad de prestadores privados que ofertan servicios similares** a los que caracterizan esta parte de la actividad de los medios propios de la AGE analizados. Ello permite analizar la interacción de medios propios y encomiendas en el contexto de la dinámica más amplia del mercado.

Atendiendo al carácter limitado de los medios disponibles para la elaboración de este estudio, la CNC ha elegido dirigirse a entidades instrumentales vinculadas a departamentos ministeriales debido al ámbito estatal de su actuación y, adicionalmente, a la capacidad ejemplificadora de la AGE para todas las Administraciones españolas. Finalmente, este catálogo de medios propios, dentro de un mismo sector amplio de actividad, permite variedad por peso económico, especialización, objeto y filosofía, contribuyendo a enriquecer el análisis, obtener conclusiones y robustecer las recomendaciones.

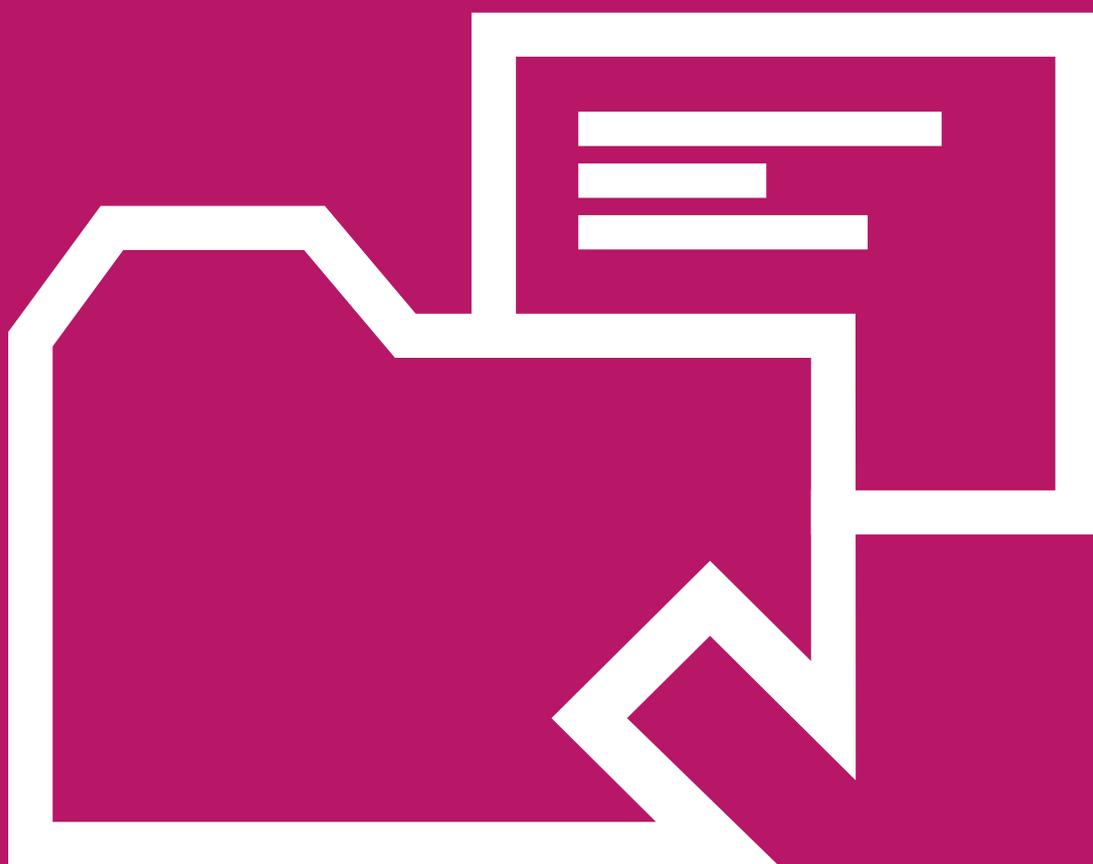
12 A lo largo del informe, y salvo que se especifique otra cosa, las referencias a TRAGSA han de entenderse relativas a la totalidad del Grupo TRAGSA.

13 En el caso de INECO, se ha solicitado información, además de al MFOM, a las empresas públicas que controlan el capital social de esta entidad: ADIF, RENFE Operadora y AENA.

14 La obtención de estos datos se ha basado en la remisión de solicitudes de información específicas a los citados medios propios y ministerios, complementándose los mismos con información pública disponible en informes sectoriales, memorias anuales de los medios propios analizados así como en la Plataforma de Contratación del Estado en lo que se refiere a datos relativos a licitaciones públicas.

2.

Caracterización
jurídica de las
encomiendas de
gestion y los
medios propios



2.1

Concepto de encomienda de gestión

En este informe, la CNC se centrará en la encomienda de gestión como **instrumento de provisión interna de obras, bienes y servicios a través de entidades instrumentales, frecuentemente de naturaleza mercantil**¹⁵. Como tal instrumento de aprovisionamiento, diferenciado de la contratación pública, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), las recoge como una actividad excluida de su ámbito de aplicación.

En el ordenamiento jurídico español no existe un concepto normativo de encomienda de gestión. Conviene partir, en todo caso, del artículo 4.1.n) del TRLCSP, que se refiere a *“la realización de una determinada prestación”*, en forma de negocio jurídico, por parte de entidades que tengan atribuida la condición de medio propio o servicio técnico del órgano, Administración o entidad¹⁶. En definitiva, del *poder adjudicador*, en terminología del TRLCSP¹⁷.

Se puede entender que las operaciones de *in-house providing* o encomiendas, a los efectos de este informe, constituyen **prestaciones, suministros o ejecuciones realizadas a una autoridad pública por entidades instrumentales, ya sean de Derecho público o privado que, aunque tengan personalidad jurídica propia**¹⁸, presentan una relación de dependencia con aquélla.

Por lo tanto, la encomienda de gestión presentaría los siguientes **elementos**:

1. Es una relación jurídica que tiene lugar entre **dos entidades**, cliente y ejecutante, con **personalidad jurídica diferenciada**.

15 De una manera más amplia, la encomienda de gestión es un mecanismo de relación intra e incluso inter-administrativa, de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), que las contempla en su artículo 15. En esta segunda dimensión, el objeto de la encomienda no es satisfacer una demanda de aprovisionamiento sino encargar a la entidad encomendada (sea perteneciente a la propia esfera de la Administración encomendante o a otra Administración, en cuyo caso la encomienda no será de ejecución obligatoria) la realización de una actividad que, de no mediar encomienda, debería realizar ella misma.

16 Este precepto dispone:

“[Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:]

n.Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”.

17 El artículo 3 apartado 3 TRLCSP dispone:

“Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a. Las Administraciones Públicas.

b. Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c. Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

18 Una definición análoga es la provista por J.J. Pernas García en “Las operaciones *in-house* y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE”. Iustel 2008. Página 38; citando las conclusiones Generales del Abogado General P. Léger, sobre el asunto ARGE, presentadas el 15.6.2000 (asunto ARGE, C-94/99).

2. Ambas entidades pertenecen al **sector público**, sin perjuicio de que **parcialmente puedan regirse por el Derecho privado**. De hecho, las formas orgánicas más comunes en las entidades encomendantes son la Entidad Pública Empresarial, que se rige en gran parte por el Derecho privado, o la Sociedad Mercantil Pública, que se rige totalmente por el Derecho privado¹⁹.
3. Existe una relación de **vinculación jerárquica**. Más precisamente, de subordinación o dependencia del medio propio respecto al poder adjudicador encomendante. Ello implica la adjudicación directa del encargo y en general, correlativamente, su aceptación obligada por parte de la entidad ejecutante, en los términos decididos por el mandante de la encomienda.
4. Su **objeto es prestacional, no colaborativo**. No existe contribución de ambas entidades a la consecución de una finalidad compartida. Adicionalmente, su objeto puede ser la provisión de cualquier bien o servicio.
5. La relación tiene un **carácter oneroso**, en el sentido de que existe una contraprestación económica a percibir por la entidad ejecutante, fijada por la entidad pública que realiza el encargo.

2.2

Concepto de medio propio

2.2.1 La regulación estatal

El TRLCSP presta particular atención a la delimitación de algunos de los anteriores elementos; en particular, al carácter organizativo interno y subordinado de la relación entre encomendante y encomendatario. Es ésta la esencia del concepto de relación *in-house* o instrumental que consigna el artículo 24.6 del TRLCSP, cuyos principales elementos definidores son²⁰:

- Realización de la **parte esencial de la actividad** para la Administración encomendante, o “poder adjudicador”.

¹⁹ A salvo de ciertas especificidades desde el punto de vista presupuestario y de contratación pública.

²⁰ Se reproduce a continuación dicho precepto:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicarse los contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

- Este poder adjudicador debe disponer de un **control análogo** al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Se entenderá²¹ que así sucede, de acuerdo con el TRLCSP, si pueden conferírles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.
- Si se trata de sociedades, además, la **totalidad de su capital** tendrá que ser **de titularidad pública**.
- Como requisito formal, la condición de medio propio **deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos**, que deben determinar además:
 - la entidad o entidades respecto de las cuales tienen esta condición;
 - el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos;
 - la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Teniendo en cuenta estos elementos, los medios propios pueden ser definidos como todos aquellos **entes instrumentales, vinculados o dependientes de entidades públicas como poderes adjudicadores, a los que, cumpliendo los requisitos normativos establecidos al efecto, se puede encargar por parte de éstas la realización de encomiendas de gestión**, es decir, obras, suministros o servicios que, de otra manera, se someterían a licitación con arreglo a las normas de contratación pública.

2.2.2 La evolución de los requisitos in-house a nivel comunitario

El TRLCSP, en el primer párrafo del artículo 24.6, se limita a enunciar los requisitos de control análogo y realización de la parte esencial de la actividad para el poder adjudicador. Por toda aclaración de lo anterior, se añade en el segundo párrafo que:

“se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferírles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos”.

²¹ De acuerdo con J. Pascual García, esto operaría como una presunción *ex lege* de que los poderes adjudicadores ostentan ese control, lo que no excluye que, en ausencia de tales elementos, se pueda acreditar que ese control se ostente por otras formas. Vid. Pascual García, J., 2010 “Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público” Estudios jurídicos BOE.

En definitiva, una entidad puede considerarse medio propio de otra, y por tanto recibir encomiendas, cuando la segunda ostente el control análogo de la primera; lo cual sucederá, según el TRLCSP, cuando pueda encargarle encomiendas. La circularidad del razonamiento, junto a la ausencia de precisión sobre el requisito de actividad en el TRLCSP, obligan a tener en cuenta el **acervo comunitario** en la materia, desarrollado antes y después de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector Público que transpone la Directiva europea de 2004.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el *in-house providing* es profusa²² y ha ido afinando progresivamente la intensidad exigible a los requisitos de control análogo y realización de la parte esencial de la actividad, recogidos inicialmente en la STJCE *Teckal*²³ y confirmados y desarrollados en diversas sentencias posteriores como *Carbotermo*²⁴, *Asemfo/Tragsa*²⁵ o *Coditel Brabant*²⁶.

Dichos criterios han sido además recogidos y explicitados en el reciente **Documento de trabajo de la Comisión Europea** relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (**cooperación dentro del sector público**)²⁷.

Así, en relación con **el control sobre la entidad instrumental, análogo al que el poder adjudicador ejerce sobre sus propios servicios**, tal control debe significar una **influencia determinante** sobre los objetivos estratégicos y decisiones relevantes de la entidad (STJCE *Parking Brixen*²⁸). Debe ser un **control efectivo**, de forma que pueda restringir la libertad de acción de la entidad, aunque no es esencial que se ejerza individualmente por lo que cabe su ejercicio conjunto por varios poderes adjudicadores (STJCE *Coditel Brabant*). Debe ser además un **control funcional, no meramente formal**, (STJCE *Comisión vs. Italia*); **similar, aunque no idéntico, al que se ejerce en relación con sus propios servicios**, resultando irrelevante su fundamento en una relación de Derecho público o privado.

Como señala J. Pascual García²⁹, tradicionalmente esa influencia determinante se conseguía atendiendo a diversas circunstancias, entre las que pueden citarse la participación en el capital del medio propio; la composición de los órganos de decisión y el alcance concreto de las facultades reconocidas.

No obstante, en la sentencia *Econord*, de noviembre de 2012, se profundiza en la exigencia de un verdadero control efectivo por parte del encomendante, en

²² Esta jurisprudencia se ha desarrollado, fundamentalmente, como consecuencia de cuestiones prejudiciales suscitadas por los tribunales nacionales a propósito de la aplicación de la normativa de contratación pública a determinadas operaciones.

²³ STJCE de 18.11.1999 asunto C-107/98 Teckal. Tanto en este como en el resto de casos contemplados se observa una presencia recurrente de los entes locales como poderes encomendantes.

²⁴ STJCE 11.05.2006 asunto C.340/04 Carbotermo.

²⁵ STJCE 19.04.2007 asunto C-295/05 Asemfo/Tragsa.

²⁶ STJCE 13.11.2008 asunto 324/07 Coditel Brabant.

²⁷ SEC (2011) 1169 final, de 4.10.2011.

²⁸ STJCE de 13.10.2005 asunto C-458/03 Parking Brixen. Párrafo 65. A través de esta sentencia se extiende además la doctrina Teckal a las concesiones de servicios públicos.

²⁹ Pascual García (2010), *op.cit.*

el sentido de indicar que la mera participación en el accionariado³⁰ no es suficiente para garantizar un control efectivo sino que debe ir acompañada de una **auténtica participación de aquél en los órganos de gestión** de la entidad³¹.

En relación con la obligación del medio propio de **realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador**, según la STJCE *Carbotermo*³², este criterio se cumple sólo si las actividades del medio propio se destinan principalmente al poder adjudicador y el resto de su actividad tiene un carácter marginal³³.

A tal efecto, habrá que valorar el **alcance geográfico y material de las actividades** de la entidad controlada y valorar la **presencia de actividad comercial** con terceros, que **no puede constituir la finalidad principal de la entidad**. En este sentido, cabría presumir que el ente público carecería de vocación comercial si geográficamente sus actividades se limitaran al territorio sobre el que actúan los poderes adjudicadores y si su gama de objetivos se circunscribiera a la ejecución de tareas para dichos poderes³⁴.

Más allá de tal presunción, según la sentencia *Carbotermo* anteriormente mencionada, el medio propio puede entablar **relaciones comerciales con empresas del sector privado**, siempre que éstas sean **accesorias** a la actividad esencial de la entidad, que no es otra que, en principio, el aprovisionamiento de bienes y servicios al sector público³⁵. Además, cabe señalar que, si el medio propio pertenece a varios poderes adjudicadores independientes entre sí se tendrá en cuenta la actividad realizada para el conjunto de ellos y no exclusivamente la actividad realizada para uno u otro de tales entes.

Por otro lado, como requisito adicional, la jurisprudencia comunitaria y el propio TRLCSP vienen exigiendo que, en caso de ser la entidad instrumental **una sociedad mercantil, la propiedad del capital de la entidad instrumental sea exclusivamente pública** (STJCE *Stadt Halle*³⁶). Cualquier inversión de

30 Incluso aunque ello conlleve la posibilidad de ser consultado o de nombrar a un miembro del consejo de administración

31 STJUE de 29.11.2012 asuntos C-182/11 y C-183/11 Econord SpA. Esta sentencia entronca con la línea mantenida en precedentes anteriores por las Conclusiones del Abogado General, más exigentes en relación con este requisito de lo que resultara el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el caso concreto.

Así, por ejemplo, destacan las conclusiones del Abogado General Geelhoed de 28 de septiembre de 2006 en el Asunto Asemfo/Tragsa, anteriormente mencionado, en las que se recomendaba al TJCE decidir sobre las cuestiones planteadas declarando la aplicabilidad de las Directivas comunitarias sobre contratación pública a TRAGSA. En particular, las razones en las que se basó el Abogado General se referían al no cumplimiento de la relación entablada entre TRAGSA y las Comunidades Autónomas de: en primer lugar, el requisito referente a que los entes públicos pudieran ejercer una influencia decisiva y directa sobre el contenido del estatuto legal aplicable a TRAGSA, ni sobre las tarifas que ésta puede aplicar por sus actividades; y, en segundo lugar, que TRAGSA realizara la parte esencial de sus actividades para los entes públicos que la controlan, lo cual no es posible si su estatuto legal no limita el volumen de las demás actividades estableciendo únicamente que éstas han de ser marginales.

32 STJCE 11.05.2006 asunto C.340/04 *Carbotermo*, apartados 63-68.

33 Existen precedentes en los que se ha considerado que tal condición no quedaba contrastada: así, en el asunto *Asociación repartidores correo* (STJUE 18.12.2007 asunto C-220/06), la empresa Correos, en cuanto prestadora del servicio postal universal para el conjunto de personas físicas y jurídicas en nuestro país, no pudo probar que realizara la parte esencial de su actividad con la Administración General del Estado.

34 Esta verificación llevó a la conclusión de que existía control interno en los asuntos *Coditel* (C 324/07) y *Sea* (C 573/07), pero no en el asunto *Parking Brixen* (C 371/05).

35 Recogido también en el asunto C-573/07 *SEA* apartados 79-80.

36 Asunto C-26/03.

capital privado en una empresa acreditaría la existencia de objetivos de naturaleza distinta. No obstante, en cualquier caso, la propiedad exclusivamente pública no debe considerarse, por sí sola, un indicio decisivo de que ejerce sobre la misma un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, sino que debe verificarse dicho requisito con arreglo a lo anteriormente dicho.

La tendencia jurisprudencial a delimitar los requisitos para ser considerado medio propio instrumental se dispone a cristalizar, por primera vez, en un instrumento normativo comunitario. Así, en la propuesta de **Directiva comunitaria de contratación Pública publicada por la Comisión Europea en diciembre de 2011**³⁷, el artículo 11 “*Relaciones entre poderes públicos*” regula de manera diferenciada y pormenorizada cuatro posibles supuestos de relaciones entre entes del sector público, entre los que se incluyen las encomiendas a entes instrumentales.

En este sentido, en dicha propuesta se regulaba que un **contrato**³⁸ adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica **quedará excluido del ámbito de aplicación de la Directiva** si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes para que tal negocio pueda ser considerado una encomienda de gestión:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un **control análogo** al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que al menos el 80% de las **actividades** de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder adjudicador que la controla o por otras entidades jurídicas controladas por dicho poder adjudicador³⁹;
- c) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada.

En virtud de esta propuesta de regulación, se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. La propuesta de Directiva también desarrolla los supuestos en que

37 COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD) 20.12.2011. En dicho art. 11 se regula en concreto: la contratación individual de un poder adjudicador con un medio propio de manera descendente; la contratación inversa, es decir, ascendente del medio propio con el poder adjudicador; la posibilidad de que el control, a efectos del recurso del medio propio, no sea individual, sino de una pluralidad de poderes adjudicadores; y la exclusión objetiva, es decir, las relaciones de cooperación interadministrativa genuina a través del respectivo convenio entre poderes adjudicadores.

38 La traducción al español utiliza este término, no muy al uso desde luego en nuestro país para referirse conceptualmente a las encomiendas de gestión del TRLCSP.

39 En la propuesta de la Comisión Europea, este porcentaje era del 90%, pero ha sido rebajado en los textos modificativos de tal propuesta realizados por el Consejo y el Parlamento Europeo. Así, el Consejo ha rebajado dicho límite al 85% y el Parlamento Europeo al 80%. Vid. respectivamente, en relación con la Directiva “clásica” de obras, suministros y servicios (artículo 11 de la propuesta):

- Documentos del Consejo, de 2 de octubre y 11 de noviembre de 2012;

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st14/st14418.en12.pdf>

- Informe del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2013.

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130115ATT59102/20130115ATT59102EN.pdf>

Similares umbrales se han incorporado a la regulación análoga en las propuestas de Directiva de concesiones y de sectores excluidos.

ese medio propio puede estar sujeto a control conjunto por parte de varios poderes adjudicadores.

Debe destacarse igualmente que se determine, por primera vez, un porcentaje mínimo de realización de actividad para el poder adjudicador matriz. Para determinar dicho porcentaje, en la última propuesta de Directiva, se toma en consideración el promedio de volumen de negocios total de la entidad jurídica controlada que haya alcanzado en los tres años anteriores a la adjudicación en materia de obras, suministros y servicios.

Además, en aquellos casos en los que dicho control se ejerce conjuntamente con otros poderes adjudicadores, la propuesta de Directiva exige, entre otras condiciones, que la entidad controlada no obtenga ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales soportados.

2.3

Relación con otras figuras de cooperación

Las características de la encomienda de gestión a medios propios permiten distinguirlas de otros instrumentos de colaboración entre entidades públicas que tampoco quedan sujetos a las tensiones competitivas de la normativa de contratación pública. Es el caso, significadamente, de los **convenios de colaboración**.

Estos convenios pueden tener una naturaleza interadministrativa, en cuyo caso están regulados en el artículo 6 de la Ley 30/1992 y expresamente excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP en virtud de su artículo 4.1.c). También pueden celebrarse por una Administración con alguna persona física o jurídica de Derecho privado, en cuyo caso se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP en atención a su artículo 4.1.d). En ambos casos, **se diferencian de la relación de encomienda en que no se trata de una relación interna: ni existe un carácter subordinado entre entidades ni éstas pertenecen a la misma esfera pública.**

Por otra parte, **los convenios de colaboración no pueden tener el mismo objeto prestacional que los contratos públicos ni las encomiendas de gestión**, debiendo ser su objeto, de hecho, la cooperación real para la consecución

de algún objetivo de interés común⁴⁰. A diferencia de la encomienda, esto implica el consiguiente reparto equitativo de costes, riesgos y medios⁴¹.

Aunque jurídicamente los instrumentos son distintos, resulta pertinente mencionar la relación entre convenios y encomiendas de gestión a medios propios, habida cuenta de que **la interacción entre la regulación de ambas figuras da lugar, en ocasiones, a confusiones sobre el instrumento administrativo que debe emplearse**. Esta confusión facilita la sustracción de operaciones jurídicas de naturaleza contractual a la normativa de contratos públicos, con consecuencias negativas para la competencia efectiva.

En definitiva, la encomienda de gestión, excluida del ámbito de aplicación del TRLCSP, solo se puede dar entre entes con una estrecha vinculación orgánica y de subordinación, sin que se pueda aplicar este concepto extensivamente. Por el contrario, en los convenios de colaboración, los participantes son entidades sin tal vinculación, aunque puedan pertenecer ambas al sector público. Con independencia del carácter público o privado de los participantes, para que un convenio de colaboración pueda estar excluido de la aplicación del TRLCSP, y por tanto no se le apliquen los procedimientos competitivos de contratación pública, su objeto debe ser cooperativo y no contractual u oneroso, en particular si su objeto está comprendido en el de los contratos regulados en el TRLCSP o en normas administrativas especiales.⁴²

40 Esta finalidad y el elemento cooperativo han sido resaltados por el Tribunal de Justicia Europeo. Por ejemplo, en su Sentencia (Gran Sala) de 9 de junio de 2009, asunto C 480-06, sobre un acuerdo de cooperación en el ámbito de la gestión de residuos entre los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo y cuatro municipios de la Baja Sajonia (la sentencia finalmente desestima el recurso interpuesto por la Comisión Europea por infracción de la Directiva 50/92 y considera el acuerdo entre estas entidades públicas como esencialmente cooperativo).

En el mismo sentido puede consultarse la recentísima sentencia Piepenbrock, del Tribunal de Justicia Europeo, de 13 de junio de 2013. A propósito de dicho caso, en el que una entidad local pública contrataba con otra la limpieza de sus edificios, el Tribunal concluye: *“Un contrato como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual, sin establecer una cooperación entre las entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común, una entidad pública encomienda a otra entidad pública la tarea de limpiar determinados edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares, si bien la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), 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 los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”*.

41 En relación con esta diferenciación puede consultarse lo señalado por la *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13) y lo precisado en el *III Informe Anual de Ayudas Públicas de la CNC de 2011* en relación con los instrumentos de colaboración con aerolíneas (pág. 48 y ss). Ambos documentos están disponibles en la página web de la CNC: www.cncompetencia.es.

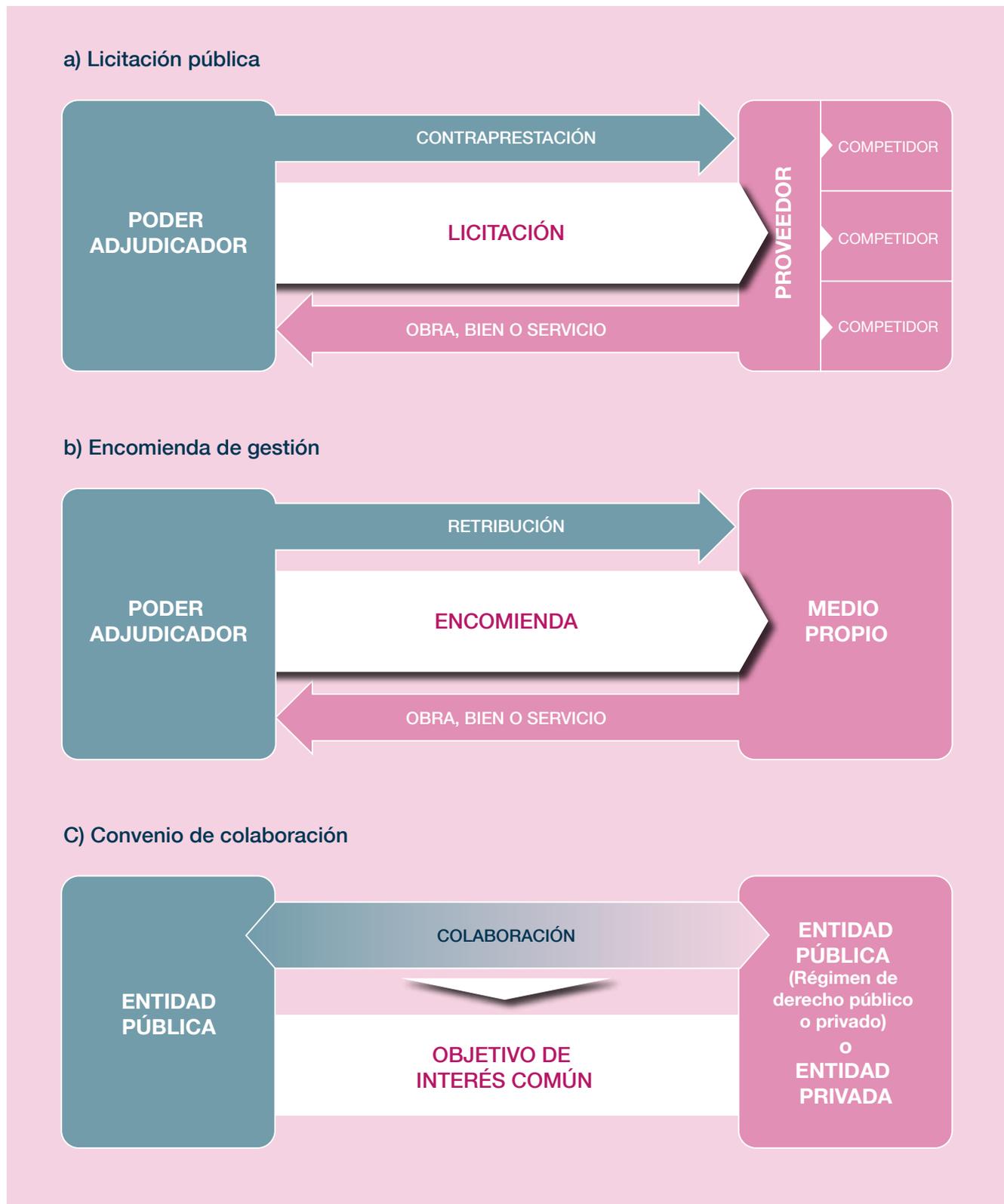
Por otra parte, la propuesta de Directiva de Contratación Pública, aún no vigente, deja claro lo anterior, al precisar en su artículo 11 apartado 4 que, para que la “cooperación genuina” entre dos poderes adjudicadores quede fuera de la Directiva, el acuerdo debe estar destinado a desarrollar conjuntamente la función de servicio público de ambas entidades, y suponer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes; su implementación debe regirse exclusivamente por consideraciones de interés público; los poderes adjudicadores contratantes deben desarrollar en el mercado, conjuntamente, menos del 20% de las actividades objeto de cooperación; el contrato no debe suponer transferencias financieras entre poderes adjudicadores distintas de las correspondientes al reembolso o reubicación de los fondos destinados a sufragar las obras, servicios o suministros en cuestión; y no puede haber capital privado en ninguna de las entidades participantes en el acuerdo.

42 Así, el art. 4.1 TRLCSP establece en su apartado d) que están excluidos del ámbito de la presente ley los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, *siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales*. Con arreglo a una interpretación sistemática de las disposiciones del TRLCSP, sería posible, extender tal objeto a todos los contratos onerosos, por prestaciones susceptibles de contraprestación económica.

El siguiente gráfico permite comparar visualmente las diferencias entre cada una de estas modalidades de relación.

Gráfico 1

Tipologías de aprovisionamiento de bienes y servicios y prestación institucional



3.

Importancia
institucional y
económica de
los medios propios



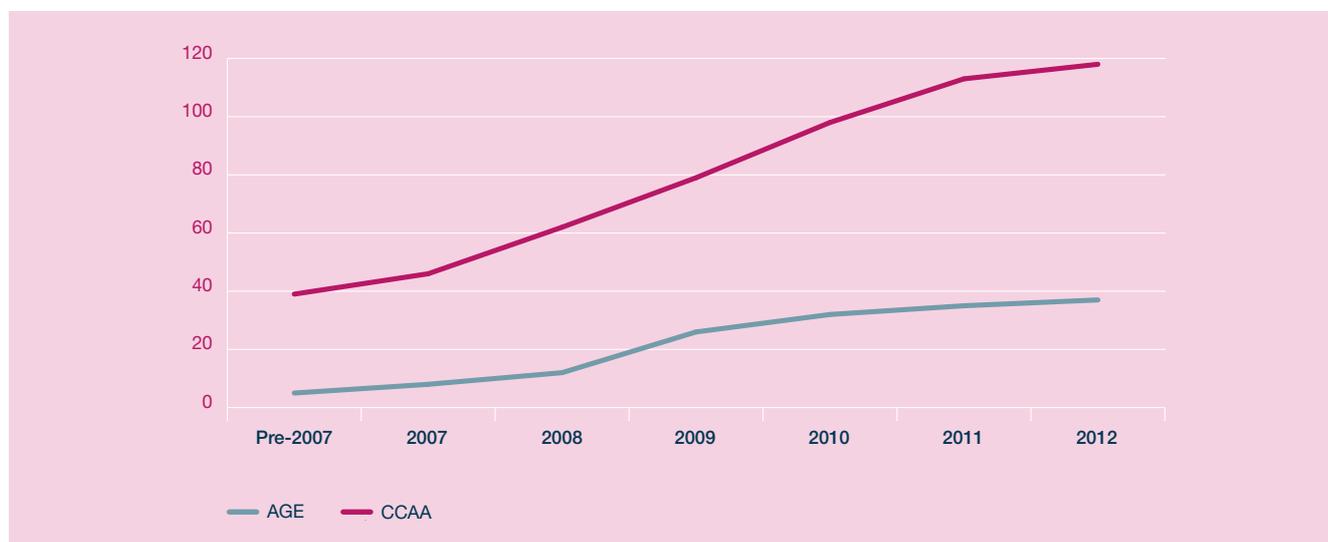
No existe un catálogo exhaustivo de entidades de las Administraciones Públicas que tengan la consideración de medios propios⁴³, aunque las consultas a las distintas fuentes públicas de las Administraciones estatal y autonómicas nos permite realizar una **aproximación** al orden de magnitud de este fenómeno de organización instrumental⁴⁴. Esta aproximación puede ser fiable en la medida en que la condición de medio propio se adquiere mediante las normas constitutivas y/o estatutos de las entidades que ostentan tal condición, y estas disposiciones han de publicarse obligatoriamente en el correspondiente diario oficial.

La estimación del número de entidades que se considerarán medio propio y su distribución entre los distintos tipos de Administraciones, así como de los flujos económicos en que estos medios propios participan, confirma que **el impacto sobre la competencia de las encomiendas de gestión a medios propios es una cuestión que afecta a todas las Administraciones Públicas**.

La información así recopilada permite identificar a nivel agregado la tendencia general de organismos con la calificación de medios propios, tanto antes de la entrada en vigor de la LCSP (2008), momento en que se establece la regulación vigente en relación con la creación de medios propios, como con posterioridad. Los **Gráficos nº 2 y 3**, a continuación, recogen tales resultados.

Gráfico 2

Evolución (acumulado) del número de entidades que adquieren la condición de medio propio en los ámbitos estatal y autonómico



Fuente: Elaboración propia con datos del BOE, Boletines oficiales autonómicos y directorios de empresas públicas de algunas CCAA.

43 Por ejemplo, el Inventario de Entes del Sector Público de la IGAE, que constituye el catálogo más completo de entidades instrumentales, sean éstas administrativas, mercantiles, fundaciones... no contempla dicha cualidad en sus resultados ni clasifica los entes con arreglo a tal consideración.

44 Básicamente, los diferentes Diarios Oficiales (Boletín Oficial del Estado, Boletines autonómicos y Boletines de algunos entes locales) así como los registros públicos o plataformas de contratación existentes al respecto. De la misma manera, se han encontrado menciones a determinadas prácticas en los informes de Tribunales de Cuentas Nacional y Autonómicos y en dictámenes de organismos administrativos consultivos en contestación a consultas planteadas, como las Juntas Consultivas de Contratación o la Dirección General de Tributos.

Gráfico 3

Evolución porcentual del número de entidades que adquieren la condición de medio propio en los ámbitos estatal y autonómico (100%: diciembre 2012)



Fuente: Elaboración propia con datos del BOE, Boletines oficiales autonómicos y directorios de empresas públicas de algunas CCAA.

El **número total de entidades estatales y autonómicas** identificadas por la CNC que ostentan el carácter de medio propio **se eleva a 155** (37 estatales y 118 autonómicas). Sin perjuicio de que a tal número habría que sumar los medios propios de las Entidades Locales, y de posibles omisiones⁴⁵, la cifra es considerable.

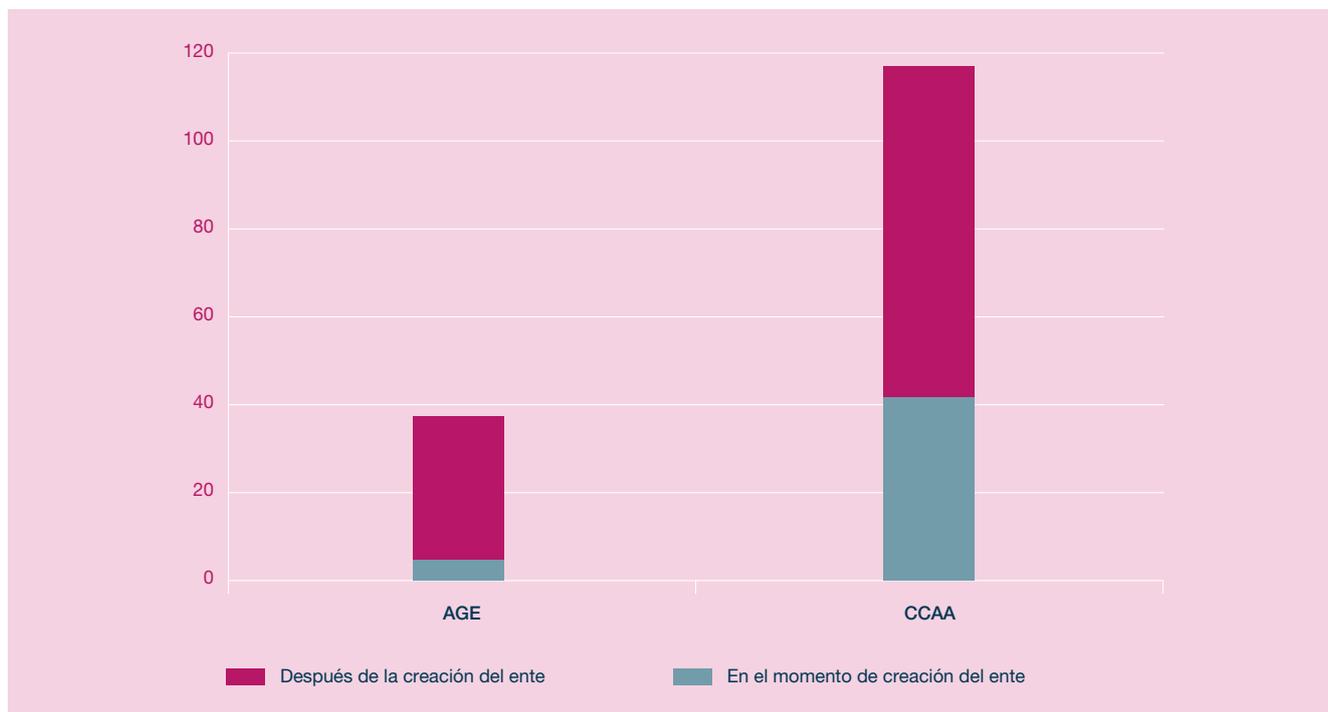
Igualmente, destaca que antes de 2007 el 34% del número actual de medios propios tenía tal consideración. **El número de entidades consideradas como medio propio de una Administración se ha triplicado en seis años, desde el inicio de la crisis hasta el 2012.**

El Gráfico siguiente diferencia entre el número de entidades en la Administración estatal y en las autonómicas, que ostentan la condición de medio propio desde su creación, y el número de entidades en las que se ha incorporado dicha cualidad *a posteriori*.

⁴⁵ Por ejemplo, porque el otorgamiento de la condición de medio propio no se haya publicado, como sería exigible, en diario oficial.

Gráfico 4

Desglose de medios propios estatales y autonómicos según el momento de la adquisición de tal condición



Fuente: Elaboración propia con datos del BOE, Boletines oficiales autonómicos y directorios de empresas públicas de algunas CCAA.

La explicación del alto número de entidades (en particular en la AGE, 33 de un total de 37) que no fueron creadas formalmente como medios propios reside en que se trata de entidades preexistentes a la LCSP de 2007⁴⁶, que tras su entrada en vigor obligó a incluir la consideración de medio propio en las normas constitutivas de entidades. En estos casos, las entidades, materialmente, ya venían operando como medios propios.

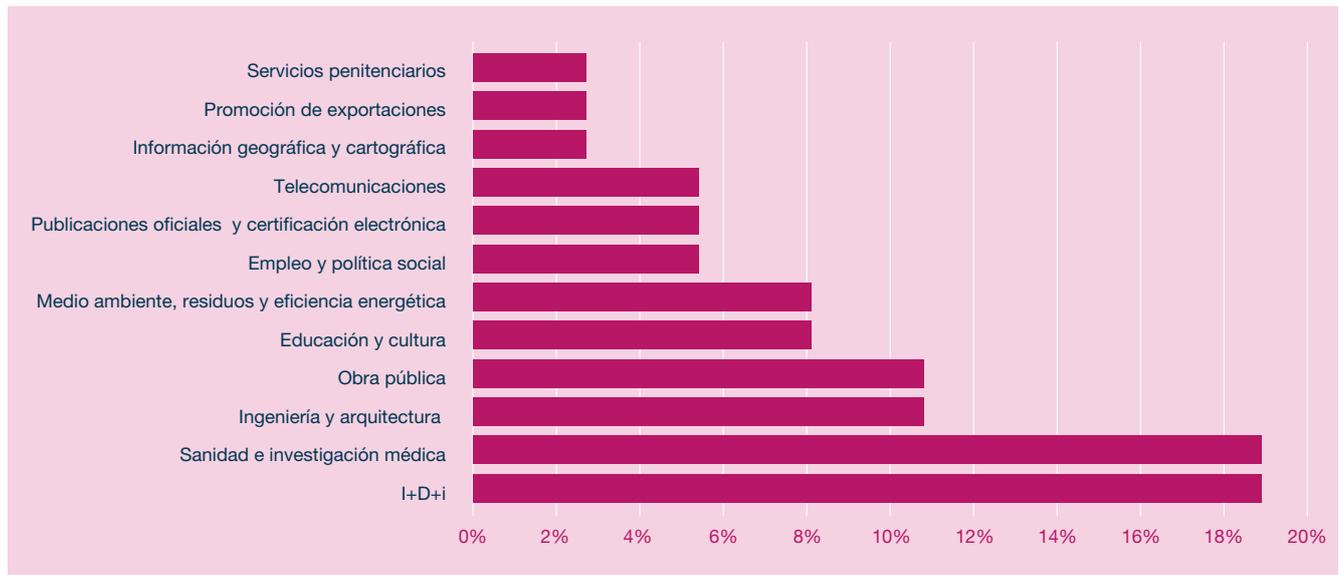
Igualmente, se aprecia que en un número significativo de casos, en particular en la Administración autonómica, la consideración de medio propio se otorga en el momento de la creación del ente. Ello es consecuencia del mayor porcentaje de medios propios de creación reciente, posterior a la vigencia de la LCSP que obliga a ello. También la CNC ha detectado un número reducido de casos en que la entidad se ha creado estando en vigor la LCSP sin ostentar la condición de medio propio y se le ha incorporado tal condición con posterioridad.

Resulta interesante también observar el **ámbito de actividad de los distintos medios propios**. Los gráficos siguientes presentan, en términos relativos, el número de entidades instrumentales en relación con su actividad principal, tanto en la AGE como en las CC.AA.

46 En vigor desde mayo de 2008.

Gráfico 5

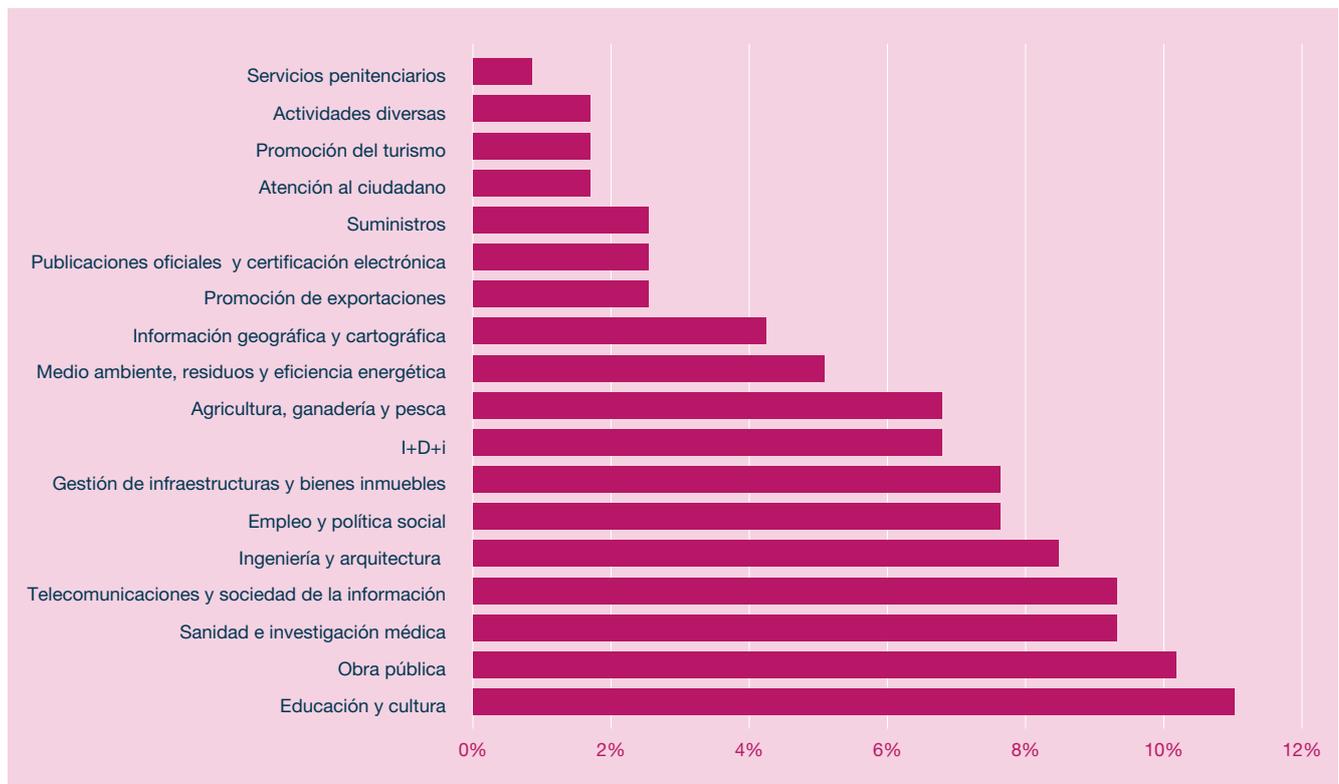
Distribución de medios propios estatales de acuerdo con su actividad principal



Fuente: Elaboración propia a partir de los estatutos constitutivos de las distintas entidades.

Gráfico 6

Distribución de medios propios autonómicos de acuerdo con su actividad principal



Fuente: Elaboración propia a partir de los estatutos constitutivos de las distintas entidades.

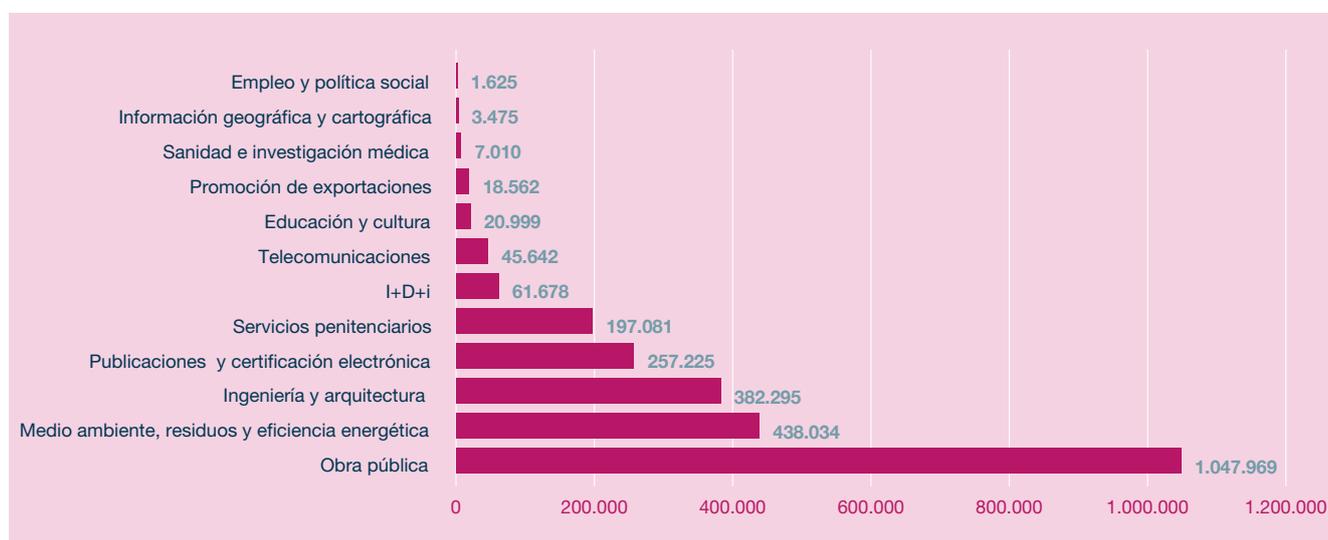
Los gráficos anteriores muestran que los medios propios extienden su actividad por un conjunto heterogéneo de sectores. **La mayoría de estos ámbitos de actividad económica se configuran como auténticos mercados en los que además de los medios propios existe una pluralidad de prestadores privados desarrollando actividades relacionadas o análogas a las de los medios propios.**

Finalmente, la información recopilada también permite aproximar la **importancia económica** que tiene la actividad desarrollada a través de las entidades que tienen la condición de medio propio⁴⁷.

Para el caso de la AGE, el Gráfico siguiente pone de manifiesto el volumen de facturación o cifra de negocio anual, en términos agregados, de los medios propios estatales detectados.

Gráfico 7

Volumen de facturación anual (2011) de los medios propios estatales identificados (miles de euros)



Fuente: Elaboración propia con datos de los Presupuestos Generales del Estado para 2013 y memorias anuales de medios propios.

Las cifras del gráfico anterior corroboran la importancia económica de los medios propios, en particular en ámbitos de actividad como **obra pública, medio ambiente, residuos y eficiencia energética, ingeniería o servicios de certificación electrónica**. Se recuerda que, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, la actividad derivada de las encomiendas debería ser la parte esencial de la actividad de los medios propios, y por lo tanto, de la facturación del Gráfico nº 7.

Del lado autonómico, la información disponible públicamente no ha permitido a la CNC trazar una panorámica similar en relación con la totalidad de medios propios y Comunidades Autónomas. Solo en dos de ellas, Canarias y Navarra, ha resultado posible acceder a los resultados económicos de sus medios propios

⁴⁷ Sin perjuicio de que dicha importancia aumentase de considerar las Entidades Locales y las posibles omisiones.

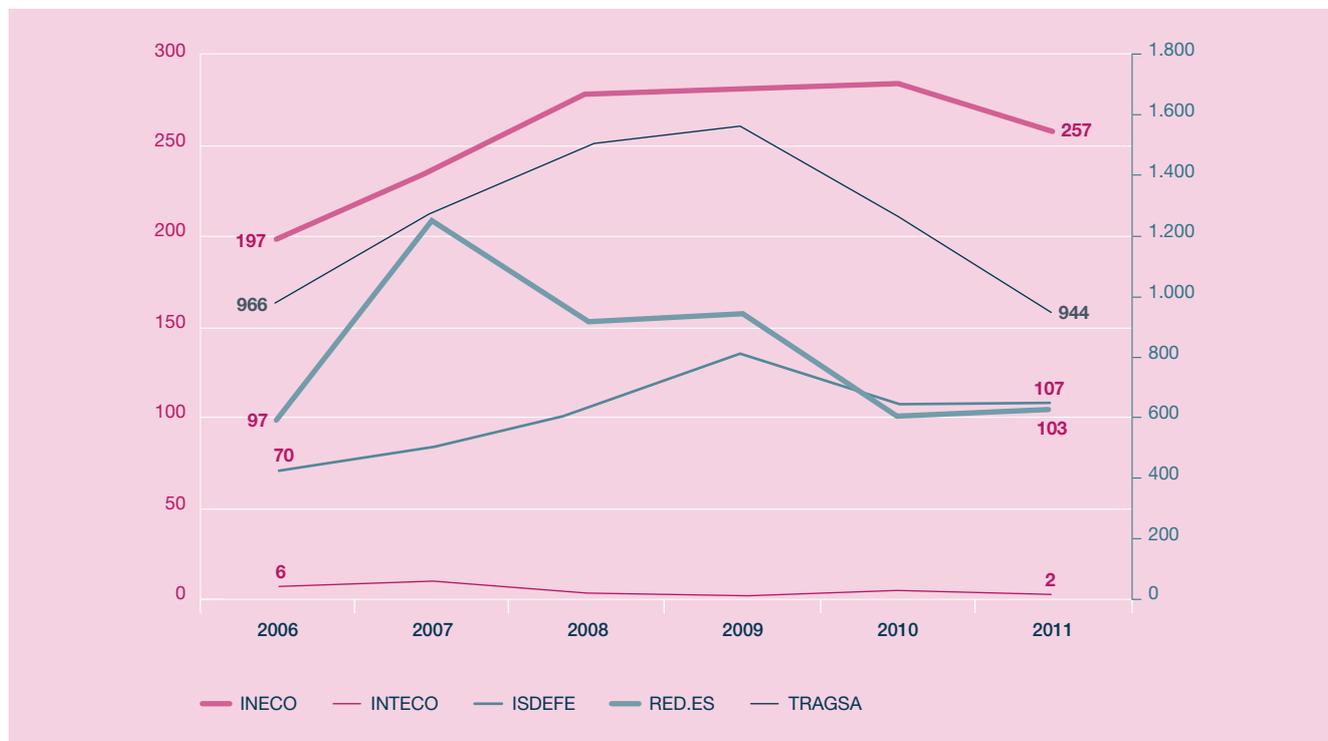
(12 en cada una). El total de facturación agregada de los medios propios de 2011 de Canarias es de 99 millones de euros y el de Navarra 166 millones de euros. En cada uno de estos casos, los dos medios propios de mayor facturación se dedican, respectivamente, a la promoción de vivienda e infraestructuras y al ámbito agroalimentario.

La actividad de los medios propios analizados

El Gráfico siguiente muestra la facturación total de las entidades de la AGE a las que la CNC solicitó información para la realización de este informe. Los datos comprenden todas las actividades, tanto las relativas a consultoría técnica como al resto, e independientemente de que consistan en encomiendas de gestión a medios propios o cualquier otro tipo de relación.

Gráfico 8

Evolución de la actividad de Grupo TRAGSA, INECO, ISDEFE, RED.ES e INTECO (millones de euros)



Fuente: elaboración propia con base en información suministrada por medios propios. NOTA: TRAGSA en eje derecho.

Se aprecia en el gráfico que la entidad que más factura es TRAGSA: un total de 943,85 millones de euros en 2011, seguida de INECO (256,93 millones), e ISDEFE (106,71).

Se puede observar igualmente que en algún caso la facturación ha crecido sustancialmente a lo largo del período en relación al 2006 (en concreto INECO). La coyuntura económica de los últimos años ha significado una disminución de los últimos datos de facturación con respecto al 2009.

4.

Restricciones
a la competencia
derivadas de
las encomiendas
de gestión



Las especiales características de la relación entre medios propios y Administración matriz, y también del instrumento de la encomienda de gestión, aconsejan una **explicación detallada de las potenciales implicaciones para la competencia que se pueden derivar del uso de este instrumento.**

La creación de medios propios y el posterior encargo de encomiendas de gestión a éstos pueden conllevar determinadas restricciones a la competencia. Ello con independencia de que la creación de medios propios y las encomiendas sean posibilidades contempladas en la normativa, y de que el recurso a tal instrumento pueda estar en ocasiones justificado, en atención a principios de racionalidad económica y de eficacia en la actuación administrativa.

En el análisis de estos elementos:

- En primer lugar, se explica por qué **la figura de la encomienda contiene aspectos restrictivos de la competencia de manera consustancial a ella.**
- En segundo lugar, se describen algunas posibles **situaciones** que no necesariamente tienen que darse en el contexto de una encomienda pero que, de suceder, **pueden potenciar el carácter restrictivo de la competencia de determinadas encomiendas.**
- En tercer lugar, se alude a la **falta de publicidad y de centralización de la información** en relación con las encomiendas como elemento general y estructural que **favorece, en particular desde un punto de vista dinámico, el surgimiento de las restricciones a la competencia** anteriormente descritas.

Posteriormente, se analizarán los **efectos a los que pueden dar lugar estas restricciones a la competencia**, tanto para el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas como, de una manera más amplia, sobre la neutralidad competitiva de los mercados en que actúan los medios propios. Finalmente, en la sección V, se estudiarán las posibles justificaciones, según los principios de necesidad y proporcionalidad, a la creación de medios propios y al encargo de encomiendas de gestión.

4.1

Configuración de las restricciones a la competencia

4.1.1 Limitación del acceso a terceros

La limitación del acceso de otros oferentes a la prestación demandada por la Administración es inherente a la encomienda de gestión.

La consecuencia jurídica principal de que las Administraciones encarguen encomiendas de gestión a los medios propios, muchos de ellos entidades de naturaleza y objeto mercantil, para la obtención de prestaciones que normalmente constituirían el objeto de los contratos públicos es que **dicha actuación no reviste la naturaleza jurídica de un contrato, sino que**

supone una operación interna en el marco de las normas y régimen de funcionamiento del organismo público correspondiente.

La **normativa de contratación pública** contiene una serie de principios destinados a garantizar, salvo excepciones justificadas, **la salvaguarda de la libre competencia y la igualdad de trato** de los posibles oferentes en un marco regulatorio que debe adecuarse a exigencias de publicidad y transparencia⁴⁸. La libre competencia, la igualdad de trato, la publicidad y la transparencia tienen por objeto facilitar la participación competitiva de los operadores en las licitaciones, facilitando la elección de la oferta económicamente más ventajosa, y contribuyendo con ello a una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos⁴⁹.

Frente a lo anterior, **cuando una Administración decide realizar una encomienda, el acceso a la prestación quedaría cerrado para todos los oferentes distintos del medio propio**, limitando la capacidad de éstos para ofertar sus productos o servicios, que en muchas ocasiones puede ser un importante demandante de los mismos. Por lo tanto, la decisión de satisfacer la demanda de aprovisionamiento mediante una encomienda de gestión elimina la posibilidad de celebrar una licitación pública y con ello la competencia en la provisión de la obra, bien o servicio en cuestión.

Es ésta **una restricción a la competencia que va indisolublemente unida al propio encargo de una encomienda de gestión**.

4.1.2 Cierre dinámico del mercado

El efecto que suponen las encomiendas de gestión de sustraer al proceso competitivo el aprovisionamiento de bienes y servicios **puede potenciarse a partir de determinadas decisiones adicionales**.

Una de ellas es **asignar a medios propios encomiendas “marco”, globales**, incluyendo la posibilidad de desarrollar multitud de prestaciones a lo largo de un periodo temporal amplio, normalmente plurianual, cuya ejecución no necesariamente se puede anticipar en el momento de la encomienda. En todo caso, no siempre estas prestaciones, individualmente consideradas, guardan una vinculación entre sí que motive, o haga más eficiente, su asignación “en bloque” a una única entidad, en este caso un medio propio.

⁴⁸ En distintos grados de intensidad dependiendo del tipo y la cuantía del procedimiento.

⁴⁹ Sin perjuicio de las consideraciones e incluso infracciones de competencia en aplicación de la LDC que, también en sede de contratación pública, pudiesen suscitarse y afectar al resultado de las licitaciones.

Encomiendas de gestión de objeto amplio

En el ámbito de la AGE, existen multitud de ejemplos relativos a encomiendas de gestión cuyo objeto es amplio, a partir del cual se puedan precisar los encargos concretos. Entre ellos:

- La **Encomienda general por la que se reestructura la prestación de servicios de administración electrónica** realizados por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre- Real Casa de la Moneda en el ámbito de la Administración General del Estado, que realiza la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el Año 2013⁵⁰. Así, al objeto de racionalizar el gasto en el contexto actual de restricción presupuestaria, la prestación de los servicios de certificación, firma y de administración electrónica que la entidad pública empresarial viene realizando en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en el de los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma, se instrumentará con vigencia durante el año 2013, a través de una encomienda general a realizar por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas⁵¹. En esta encomienda podrán incorporarse además otros servicios o funcionalidades derivados del desarrollo de la Administración Electrónica, si así lo acordara el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- Los distintos **Planes Generales de Publicaciones de la AGE**, aprobados por Acuerdo de Consejo de Ministros con carácter anual, que establecen las distintas áreas de actividad y los tipos de obras encuadrables dentro de dicho Plan. Por ejemplo, el Plan de 2012 establece en su apartado decimocuarto, “medios propios”, que para las publicaciones superiores a 9.000 euros se consultará a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, como medio propio instrumental de la AGE, la viabilidad e idoneidad de la realización de la publicación por parte de ésta.

En ambos casos la Administración parece consciente del potencial daño al mercado y prevé soluciones que posibiliten, o incluso obliguen, a los poderes adjudicadores a observar el mercado antes de acudir a este instrumento. Así:

- En el caso de la **encomienda general por servicios de administración electrónica**, se prevé expresamente que la agrupación de todas las encomiendas existentes en una sola **es sin perjuicio de que los órganos y organismos públicos encomendantes puedan acordar**, al vencimiento de las respectivas encomiendas vigentes, la extinción de las mismas o su prórroga, o **la contratación con entidades públicas o privadas distintas a la entidad encomendataria**.
- En el caso del **Plan General de Publicaciones de 2012**, se indica que, tras la solicitud al BOE del presupuesto definitivo para realizar la publicación, **la unidad editora optará por la oferta más ventajosa, pudiendo, en su caso, acudir a la contratación externa**.

Asimismo, la **fijación de plazos demasiado amplios para la duración de las encomiendas** es otra de las decisiones que pueden potenciar el cierre al acceso a la prestación por parte de oferentes privados. Cuando la prestación es renovable en el tiempo, negar el aprovisionamiento en el mercado durante

⁵⁰ Disposición Adicional Sexta de dicha Ley.

⁵¹ Ello sin perjuicio de que los órganos y organismos públicos encomendantes puedan acordar, al vencimiento de las respectivas encomiendas vigentes, la extinción de las mismas o su prórroga, o la contratación con entidades públicas o privadas distintas a la entidad encomendataria.

un plazo largo, o incluso prorrogando la encomienda, incrementa el efecto de la restricción a competir.

El problema relativo a la fijación de plazos elevados ha sido examinado por la CNC en otros ámbitos como la duración de los contratos o de las concesiones. **La CNC indica que en general, estos plazos se erigen como barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado.**

Encomienda de gestión para la realización de auditorías energéticas en Castilla y León

La Gerencia Regional de Salud de Castilla y León estaba interesada en disponer de una auditoría energética de determinados centros al objeto de conocer sus consumos energéticos y establecer, en su caso, medidas de ahorro. Se consideró necesario que dicha actividad se realizara a través de una encomienda de gestión a la Sociedad Pública de Medio Ambiente de Castilla y León, S.A, empresa pública adscrita a la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León.

En dicha encomienda, la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León fijó un **plazo de duración de la encomienda de diez años, a los que se suma su prórroga de forma tácita por periodos de cinco años “salvo denuncia expresa de las partes”⁵²** comunicada como mínimo con un año de antelación a la fecha de finalización de la vigencia de la encomienda.

4.1.3 Posible relajación de la concurrencia aguas abajo: la subcontratación

En ocasiones, los medios propios a quienes se asigna una encomienda de gestión **no ejecutan directamente** la totalidad de los trabajos del encargo, **sino que subcontratan la prestación; en algunos casos, incluso la totalidad de la ejecución material.** La razón argumentada, en principio, residiría en la falta de medios para desarrollarla.

Como se tratará posteriormente, la **práctica de la subcontratación suscita diversas cuestiones** desde el punto de vista de la **justificación de la encomienda**, en particular si la parte subcontratada es elevada. Sin perjuicio de ello, **el mecanismo por el que se realicen las subcontrataciones puede resultar más o menos favorecedor de la competencia.** Si se opta por subcontratar la prestación sin las necesarias garantías de publicidad y concurrencia, el escenario resulta más restrictivo de la competencia que la licitación abierta y directa de la prestación encomendada en su totalidad, en particular si el montante económico de la prestación es importante.

El **TRLCS** se hace eco de esta posible merma de la competencia al disponer en su artículo 4.1.n que **los contratos que deban celebrarse por**

⁵² Tal posibilidad recíproca de denuncia (o interrupción) choca con la presunción de obligatoriedad en la aceptación de los encargos que con carácter general se aplica a los medios propios en relación con sus poderes adjudicadores encomendantes.

medios propios para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley:

- En los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y,
- En todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título Preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.

Sin embargo, estas cautelas normativas no resultan suficientes para evitar el riesgo de reducción adicional de la competencia que dicha práctica propicia:

- Por un lado, en la mayoría de los casos y desde luego en los más relevantes para la competencia, **las entidades en cuestión tienen naturaleza de entidad pública empresarial o sociedad mercantil**. En consecuencia, puede que no se les apliquen las disposiciones del TRLCSP en cuanto a preparación y adjudicación de los contratos con la misma intensidad que a las Administraciones Públicas⁵³.
- Por otro lado, cuando se trata de contratos de obras, servicios o suministros y se superan las cuantías establecidas en la norma para la regulación armonizada es cierto que estas entidades de Derecho privado deberán observar en la preparación y adjudicación de las subcontrataciones determinadas reglas. Pero tampoco en éstos se aplican todas las disposiciones relativas al procedimiento establecido en el TRLCSP, y en particular **se relajan determinados requisitos en cuanto a publicidad, preparación, elección de procedimiento y adjudicación**⁵⁴. **La mayor parte del desarrollo de estos procedimientos se remite a directrices internas.**

⁵³ Por ejemplo, artículos 137 ó 189 a 191 TRLCSP.

⁵⁴ Artículo 190.1 del TRLCSP, relativo a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones Públicas:

1. La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo anterior con las siguientes adaptaciones:

a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5, en el artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 172 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

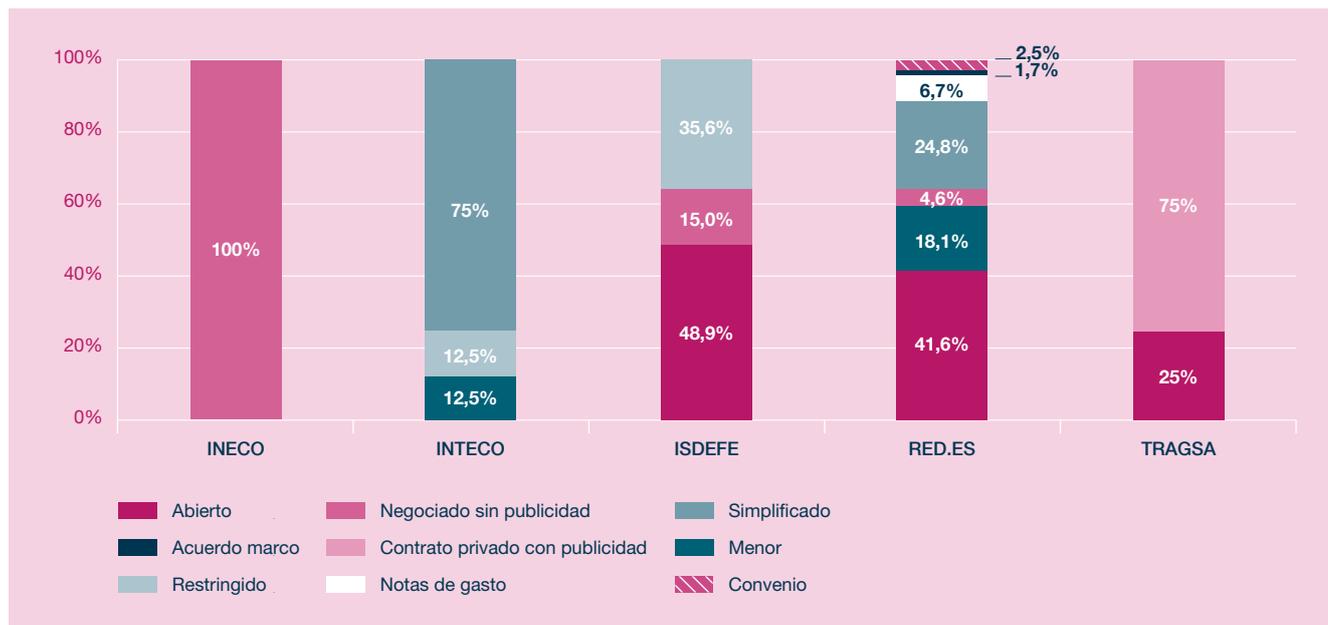
b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Los procedimientos utilizados en la subcontratación

De acuerdo con los datos facilitados a la CNC por los medios propios analizados en profundidad, relativos a encomiendas de gestión en la actividad de consultoría, el grado de publicidad y transparencia empleado en las subcontrataciones es variable y no siempre es tan favorecedor de la competencia como el que se derivaría de un procedimiento abierto en una licitación⁵⁵.

Gráfico 9

Procedimientos utilizados por los medios propios en sus subcontrataciones



Fuente: elaboración propia con base en la información suministrada por los medios propios. El número de subcontrataciones correspondientes a cada medio propio son: INECO (10), INTECO (8), ISDEFE (180), RED.ES (243) y TRAGSA (8).

Con la información obtenida por la CNC se observa que el grado de publicidad y concurrencia en los procedimientos difiere sustancialmente entre medios propios. En particular, destaca la utilización de procedimientos negociados sin publicidad⁵⁶, de contratos menores y en algún caso, poco significativo, de acuerdos marco.

4.1.4 Opacidad: Ausencia de publicidad, transparencia y centralización de la información

La ausencia de publicidad y de centralización de la información robustece las restricciones de la competencia derivadas de la utilización de encomiendas.

⁵⁵ Salvo en el caso de los socios de INECO, que tampoco ostentan tal condición de poder adjudicador, las entidades matrices de estos medios propios son Administraciones Públicas, y por tanto poderes adjudicadores en el sentido de dicho artículo 3 TRLCSP, y se deberán regir por dicha norma, con mayor garantía de la publicidad y la transparencia de las licitaciones.

⁵⁶ En el caso de INECO, en la totalidad de las subcontrataciones informadas a la CNC. También, aunque en menor medida, en los casos de ISDEFE y RED.ES.

- El déficit de transparencia y publicidad de las encomiendas, tanto por la Administración matriz como por el medio propio, **no incentiva al demandante público a comparar las modalidades de aprovisionamiento disponibles**, encomienda o licitación pública, para escoger la opción más eficiente.
- Por su parte, **la falta de sistematización suficiente de dicha información** a nivel interno **dificulta el conocimiento estático y dinámico de la eficiencia en el desempeño de los medios propios**, y **disminuye el carácter referencial del rendimiento del mercado**.

A diferencia de la regulación que se prevé para la publicidad de las licitaciones y la información recogida en los perfiles de contratante y las plataformas electrónicas de contratación de los distintos poderes adjudicadores y órganos de contratación, **la normativa actualmente vigente no incorpora obligación alguna de publicar las encomiendas que se encargan a medios propios**, ni en el momento en que se materializa el encargo, ni con posterioridad al mismo. **Tampoco establece el TRLCSP obligaciones de centralización de dicha información.**⁵⁷

En línea con esta falta de previsión legal, el proceso de obtención de información para la elaboración del presente informe de la CNC pone de manifiesto la **elevada falta de publicidad y transparencia** que caracteriza a la actividad administrativa de las encomiendas de gestión. También revela que, **en la mayoría de Administraciones consultadas, dicha información no se encuentra centralizada** en un órgano.

A través del examen de las fuentes públicas resulta imposible identificar la totalidad de las encomiendas efectivamente realizadas por los medios propios. En los casos en que existe esa información, tampoco resulta siempre posible identificar todas las condiciones económicas y de ejecución relevantes.

Como consecuencia de la falta de exigencia de publicidad por parte de la legislación básica, la publicación depende, en buena medida, del criterio discrecional del órgano de adscripción del medio propio y del órgano encomendante, respectivamente. La CNC aprecia **diferencias muy significativas en la información de las encomiendas que se publican y de las que se tiene constancia por otros medios**, tal como ha podido corroborarse por los requerimientos de información de esta autoridad a diferentes medios propios que actúan en el sector de la consultoría técnica de proyectos del ámbito de la AGE y a sus respectivos Ministerios de adscripción. **La información publicada en Diarios Oficiales solo representa una proporción, en ocasiones muy limitada, de la actividad de los medios propios a través de encomiendas de gestión.**

⁵⁷ Si bien en la actualidad no existe normativa que obligue a la recopilación de la citada información relativa a las encomiendas, el *Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, establece en su artículo 7, apartado b, que: “La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, 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.”

La información sobre las encomiendas en fuentes públicas

Las grandes diferencias entre el número de encomiendas identificadas en fuentes públicas y las efectivamente existentes se ejemplifican en la siguiente tabla, que incluye las encomiendas identificadas en fuentes públicas y gratuitas por la CNC en el período 2007-2012 y las consideraciones posteriores.

Tabla 1

Número de encomiendas de gestión localizadas por la CNC en fuentes públicas

ADMINISTRACIÓN	2007	2008	2009	2010	2011	2012	TOTAL
Estatal	78	67	30	20	5	3	203
Autonómicas	100	187	161	194	184	104	930
TOTAL	178	254	191	214	189	107	1.133

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del BOE, Boletines autonómicos y portales electrónicos de contratación pública.

Para poner en contexto estos datos debe indicarse:

- En relación con las **encomiendas de la AGE**, el número de encomiendas recogido en la Tabla a lo largo del período contrasta con la información proporcionada por diversos medios propios a la CNC. Por ejemplo, el grupo TRAGSA, durante este mismo período, indica haber recibido 14.400 encomiendas.
- Por lo que respecta a las **encomiendas de las CCAA**, del total de 930 identificadas en fuentes públicas, el 80,1% (745 encomiendas por un total de 347 millones de euros), son de la Comunidad Foral de Navarra, quien, como ejemplo de buenas prácticas, publica las encomiendas en su plataforma de contratación. A efectos meramente orientativos, si se extrapolasen los datos de Navarra al resto de Administraciones autonómicas, por ejemplo en función del tamaño relativo de la economía de Navarra en el PIB nacional, inferior al 2,0%, se podría estimar que el número total de encomiendas en CCAA en el período podría aproximarse a las 37.000 y los 17.300 millones de euros.
- El **montante del conjunto de encomiendas identificadas** en el período ascendió a 901,75 millones de euros (339 millones de euros de encomiendas de la AGE y 561 millones de euros de encomiendas de las CCAA). Esta cantidad detectada en BOE, Boletines autonómicos y portales electrónicos de contratación pública para el período 2007-2012 sería inferior a la cifra de negocios de TRAGSA para el ejercicio 2011, 946 millones de euros.

Por otra parte, el ejercicio desarrollado por la CNC para recopilar los datos incluidos en este informe, a partir de solicitudes de información a Ministerios y entidades con la condición de medio propio⁵⁸, permite concluir que, en la actualidad, tanto el grado de publicidad de estas actuaciones, como la gestión y la sistematización de dicha información en la generalidad de los medios propios, son manifiestamente mejorables⁵⁹.

En definitiva, la falta de **transparencia y centralización de la información relativa a encomiendas de gestión sólo permite acotar inferiormente la magnitud de esta figura, dificultando una valoración cuantitativa más exacta de los efectos sobre la competencia de este instrumento administrativo.**

Los problemas de información en los medios propios y Ministerios analizados

En relación con la **falta de publicidad de las encomiendas**, ni los Ministerios ni los medios propios consultados publican, como política general, las encomiendas que han encargado o desarrollado.

En este sentido, llama la atención las **dificultades que, en general, los Ministerios han encontrado** para completar la información solicitada por la CNC relativa a licitaciones públicas relacionadas con la consultoría; las deficiencias en la catalogación de las mismas en relación con las clasificaciones establecidas normativamente según el objeto de los contratos; las divergencias que en algunas ocasiones se han encontrado entre los datos sobre licitaciones públicas remitidos por aquéllos y los publicados en la Plataforma de Contratación del Estado, y, en algún caso, las relativas a la información agregada sobre volumen y facturación de encomiendas encargadas por Ministerios a medios propios, según las contestaciones de unos y otros.

Igualmente, los **medios propios, en general, también parecen carecer del grado de información interna en relación con sus encomiendas que sería esperable y deseable.** En particular resultaron significativos los problemas de algunos medios propios relativos a la clasificación de los trabajos realizados por su objeto con arreglo a alguna tipología normalizada, y los atinentes a la información de la imputación del montante de las distintas encomiendas a los distintos inputs utilizados, en particular las horas de personal técnico empleadas (tanto por sus propios empleados como las subcontratadas)⁶⁰.

En definitiva, una mayor sistematización, centralización de la información y transparencia beneficiaría a la competencia y, en particular:

- Señalaría a terceros operadores económicos la existencia de productos y servicios de los que las Administraciones Públicas están necesitadas de aprovisionamiento.

58 Así como a los socios de INECO (AENA, ADIF y RENFE OPERADORA).

59 Ello con independencia de la importancia de la Intervención General del Estado como punto de control, desde el punto de vista presupuestario, de dicha actividad.

60 En relación con este último aspecto, la práctica totalidad de los medios propios analizados manifestaron problemas a la hora de consignar las horas empleadas por sus trabajadores en cada uno de los capítulos realizados en las encomiendas.

- Facilitaría una toma de decisiones más eficiente por las unidades de los Ministerios u otras Administraciones de adscripción respecto a la forma de aprovisionamiento: mediante contratos públicos o mediante encomiendas de gestión.

4.2

Posibles efectos de las restricciones a la competencia

4.2.1 Consecuencias para el aprovisionamiento de bienes y servicios de las Administraciones Públicas

La ausencia de competencia que por definición acompaña a las encomiendas de gestión, unida a la posible existencia de elementos adicionales que profundizan dicha falta de competencia, puede tener importantes **consecuencias para el resultado de la provisión de bienes y servicios de las Administraciones Públicas y el empleo de los recursos públicos.**

4.2.1.1 Posibles pérdidas de eficiencia en el aprovisionamiento respecto a la licitación

Para apuntar tales efectos, se puede partir del mecanismo de fijación de precios y demás condiciones en los procesos de **contratación pública con operadores privados**; en particular, si bien no únicamente, en los procedimientos abiertos. **La interacción entre oferta y demanda que se desarrolla en las licitaciones públicas permite que los oferentes pujen para resultar adjudicatarios de la oferta, en un proceso que conduce a mejoras en relación con las condiciones de partida.**

Bajadas de presupuestos en los procedimientos de licitación pública

En las licitaciones públicas, en concreto bajo procedimientos abiertos, el comportamiento de las ofertas presentadas mejora sustancialmente el contenido de las condiciones de partida en la licitación. Un buen ejemplo de ello –si bien no el único– son las bajadas de precios que se registran consecuencia de la tensión competitiva entre licitadores.

Los datos proporcionados por los Ministerios a la CNC en relación con sus contratos en el sector de consultoría, completados por la búsqueda realizada en la Plataforma de contratación del Estado⁶¹, **revelan el grado de bajada entre los presupuestos de licitación y de adjudicación en los procedimientos de contratación de los Ministerios.**

⁶¹ Información de la Plataforma de Contratación del Estado relativa a aquellos contratos informados por los Ministerios que carecían del procedimiento de adjudicación

Tabla 2

Diferencia (% baja, [-]) entre precios de licitación y de adjudicación. Muestra de licitaciones

Ministerio	Diferencia precio de licitación / adjudicación	Nº de expedientes de licitación
MAGRAMA	-23,04%	52
Abierto	-23,92%	50
Negociado sin publicidad	-0,96%	2
MDEF	-0,73%	9
Abierto	-2,14%	3
Negociado sin publicidad	-0,03%	6
MFOM	-19,08%	12
Abierto	-19,08%	12
MINETUR	-25,97%	31
Abierto	-27,49%	29
Negociado sin publicidad	-3,96%	2
Total general	-21,52%	104

Fuente: elaboración propia a partir de los datos suministrados por los Ministerios y los datos públicos de la Plataforma de contratación del Estado.

Se aprecia que en los casos analizados en el sector de la consultoría **la bajada sobre el presupuesto base es, de media, de alrededor del 20%**. Esta diferencia es más robusta a medida que aumenta el número de expedientes revisados.

Por contraposición a lo anterior, **la encomienda de gestión se debe ejecutar con arreglo a las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y su retribución se fijaría partiendo de tarifas aprobadas por aquél**, en atención a distintos conceptos de prestación de obra, de suministro o de servicio. Estas tarifas pueden aprobarse por la entidad de la que depende el medio propio en el momento del encargo (o incluso con posterioridad a tal momento) o previamente a la asignación de las distintas encomiendas⁶².

⁶² Es el caso, por ejemplo, de TRAGSA, según la regulación establecida en el desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional Vigésimo Quinta, apartado 7 párrafo segundo, del TRLCSP.

Fijación de tarifas, presupuestación y tramitación de las encomiendas de gestión

Estos elementos constituyen algunos de los principales elementos diferenciadores de los medios propios y sus encomiendas con respecto a las licitaciones públicas, en particular con los procedimientos abiertos.

De acuerdo con el artículo 24.6 TRLCSP, la retribución de las encomiendas de gestión se realizará por referencia a las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.

Los ingresos que recibe un medio propio por desarrollar una encomienda de gestión son, fundamentalmente, el resultado de multiplicar las tarifas por los conceptos que componen la encomienda (unidades producidas en el caso de bienes o personal empleado en el caso de los servicios) por el número de unidades producidas o empleadas (en el caso del personal, medido en términos de horas). A esto habrá que añadirle, en su caso, el coste de materiales o equipos necesarios para desarrollar la actividad no imputables a otras unidades de coste, así como el montante (estimado) de los trabajos a subcontratar por no poder realizarlos la entidad encomendataria con sus propios medios. A lo anterior se habrá de **adicionar el margen razonable de beneficio** acorde con los riesgos que asume el medio propio y cuya cuantía varía en función del medio propio (entre un 2 y un 8% de acuerdo con las contestaciones a la CNC).

En lo que se refiere a las tarifas, los Ministerios y los medios propios activos en el sector de la consultoría de proyectos a que la CNC requirió información confirmaron que las tarifas correspondientes a su actividad se aprueban **por parte del órgano ministerial que tenga dicha función reconocida en la norma reglamentaria de estructura o la orden de delegación de competencias** vigente en el momento. La mayoría de medios propios manifestaron que, de una manera más o menos articulada, se desarrolla una interlocución con el Ministerio antes de que éste fije definitivamente las tarifas⁶³.

Si bien las respuestas de los medios propios preguntados varían en sus detalles descriptivos, en términos generales puede decirse que el cálculo de las mismas se realiza **por perfiles profesionales y grados de experiencia en términos horarios en el caso de servicios (como los de consultoría), o bien por unidades de producción en el caso de bienes.**

En el cálculo de las tarifas se suelen incluir **conceptos** tales como los costes de naturaleza salarial del personal, los costes indirectos de producción así como los gastos generales y administrativos de la empresa.

En lo que se refiere a los **mecanismos de tramitación de las encomiendas**, de nuevo de modo general en el conjunto de los medios propios y ministerios analizados, se observa que las **propuestas** de realización de la encomienda parten de los diferentes centros directivos en los que surja la necesidad (bien a nivel de Subdirección General o bien de forma agregada de Dirección General), mientras que la **aprobación y formalización** corresponderá al **órgano**⁶⁴ **que tenga las competencias atribuidas en función de las cuantías y la materia** sobre

⁶³ TRAGSA manifiesta que los trabajos de elaboración de nuevas tarifas, de modificación de las existentes y de determinación de los procedimientos, mecanismos o fórmulas que, según la naturaleza de los trabajos, deban aplicarse para su revisión, así como su aprobación, se llevarán a cabo por una comisión adscrita al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Dicha comisión está integrada por representantes del Estado y de las comunidades autónomas, sin contar con ningún representante de TRAGSA.

⁶⁴ Pudiendo ser en cada caso en función de dichas cuantías *Direcciones Generales; Subsecretaría, Secretaría Generales o Secretarías de Estado que al efecto se establecen en la Orden de Delegación de competencias vigente en cada momento,*

la que trate la encomienda de gestión. En todo caso, la autorización de aquellas encomiendas que superen el montante de los 12 millones de euros de acuerdo con el artículo 74.5 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria, corresponderá al Consejo de Ministros.

Aun en el supuesto de que la fijación de estas tarifas se realizase de forma análoga por las empresas que acudiesen a licitaciones públicas⁶⁵, la propia dinámica competitiva de las licitaciones debería conducir a mejoras en las condiciones de la licitación, tal y como se pone de manifiesto en la tabla anterior. Adicionalmente, se reducirían las asimetrías de información inherentes a este procedimiento de fijación de tarifas, aspecto que se analizará en el siguiente apartado.

4.2.1.2 Menor capacidad de reducir las asimetrías de información que perjudican a la administración que se aprovisiona

Con independencia de la mayor o menor sofisticación en la determinación de las tarifas, y de su teórica –en ocasiones, obligatoria con arreglo a sus normas rectoras– orientación a costes, desde un punto de vista de la eficiencia, este mecanismo de fijación de condiciones prestacionales, y en particular, de precios, presenta **desventajas frente a la asignación competitiva del proveedor**.

Una de ellas sería la **menor posibilidad de eliminar o reducir las asimetrías de información que enfrenta el órgano de contratación en su relación con los proveedores**. Incluso si resultase teóricamente posible que el encargo de cada encomienda de gestión concreta se efectuase después de un análisis exhaustivo de los costes de cada actividad que la compone para la determinación de su precio final⁶⁶, **este análisis de costes requiere de información con la que no cuentan los poderes adjudicadores debido a la asimetría de la información con el medio propio**. En cualquier caso, **dicha información será menos contrastable directamente con la realidad del mercado** que la que revela la dinámica competitiva de la licitación.

4.2.1.3 Riesgo de ineficiencias en la fijación de tarifas: cálculo ex ante, incentivos de administración y medio propio, continuidad y cercanía en la relación

La menor capacidad competitiva ya existente en la encomienda se ve potenciada por **varios elementos adicionales que influyen sobre la capacidad y el incentivo de los órganos encomendantes** para realizar una determinación precisa de su coste.

65 La capacidad de las contrataciones públicas para alcanzar resultados más favorables para la competencia depende también de diversos factores como, entre otros, el diseño de los pliegos por la Administración o el comportamiento directo o indirecto de los licitadores. Vid La Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC y, entre otras, la resolución CNC S/0356/11 Tecniberia y Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. (ambas disponibles en www.cncompetencia.es).

66 El análisis caso a caso de los costes no ocurría en los medios propios y las encomiendas de gestión en atención al carácter previo de las tarifas.

- En primer lugar, **la fijación de tarifas, cuando es previa al encargo concreto⁶⁷ no permite considerar el coste individual de cada encomienda**, sino que implica una aproximación global y apriorística a los distintos conceptos que compondrán cada encargo. En consecuencia, no resulta posible recoger –o al menos, no totalmente– las condiciones particulares de cada encomienda, sus costes, y por tanto la corrección del precio establecido como contrapartida. De hecho, este mecanismo de asignación global y previa del precio podría originar encomiendas en las que el medio propio, en atención al coste real de la prestación, contaría con una sobrecompensación, mientras que otras encomiendas podrían operar con pérdidas, generándose una suerte de subsidios cruzados entre encomiendas.
- En segundo lugar, **ninguna de las partes que participan en la determinación de la tarifa**, la Administración que las aprueba ni el medio propio que las propone o negocia con aquélla antes de tal aprobación formal, **cuenta con los mismos incentivos** que tienen oferente y demandante en una licitación pública **para determinar las condiciones de la prestación y la eficiencia de costes**. Y ello con independencia de que la coyuntura de reducción de actividad, y de costes administrativos, pudiese coadyuvar en estos momentos a contener estas tarifas.

En la Administración encomendante, la continuidad y cercanía en la relación con el medio propio, cuyo control ostenta, puede reducir el nivel de exigencia, sin que existan presiones competitivas que faciliten la corrección de esa tendencia. Por el lado de los medios propios, además de esa misma continuidad y cercanía con su Administración encomendante, la presión que puedan ejercer los operadores privados, competidores potenciales, sobre las tarifas que las entidades instrumentales propongan al operador es mucho menor que la que resultaría de la competencia directa en una licitación.

4.2.1.4 Riesgo de determinación de retribuciones ineficientes en las encomiendas

Como se ha analizado previamente, la menor capacidad del mecanismo de la encomienda para resolver las asimetrías de información puede generar, en ocasiones, **retribuciones ineficientes en las actividades encomendadas**.

A continuación, desde un punto de vista estático, se mencionan algunos ejemplos en este sentido.

Encomiendas de gestión en materia de obra pública del Gobierno de Cantabria

La Sociedad Mercantil Gestión de Viviendas e infraestructuras de Cantabria, S.L., (GESVICAN) es una entidad pública perteneciente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria que se responsabiliza de la proyección, construcción, conservación y gestión de carreteras y otras infraestructuras. En 2010 se le encomienda la realización de determinadas

⁶⁷ Bien por ser las tarifas determinadas previamente para todas las encomiendas con arreglo a unidades de producción, bien por encontrarse la encomienda dentro de un convenio o encomienda “marco”.

obras de urbanización y acondicionamiento de carreteras atendiendo a razones de eficacia.

Sin embargo, **estas actividades son posteriormente licitadas por GESVICAN por importes significativamente inferiores a los importes iniciales de las encomiendas**. El presupuesto base de la licitación es en ambos casos un 20% inferior al importe de valoración inicial de las encomiendas.

Por otra parte, **la encomienda prevé que el Gobierno de Cantabria reembolse a GESVICAN la totalidad de los gastos en que incurra como consecuencia de los encargos objeto del Convenio**, incluyendo los gastos de gestión y financiación que se estiman en un 10% del importe de la liquidación de las obras.

La información permite delimitar concretamente el papel de GESVICAN como supervisor: básicamente aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares, interpretar los contratos, resolver dudas, modificarlos si concurren razones de interés público, y comprobar la ejecución. También indica que el coste de la encomienda es superior al resultante de sumar la estimación económica del coste estimado por los servicios de GESVICAN y el precio de partida de las subcontrataciones realizadas por ella a fin de desarrollar la ejecución.

Incluso en los casos en los que tiene lugar un análisis previo de costes, el mecanismo de la encomienda no favorece el rigor en la determinación de las cuantías en la misma medida que la licitación pública. De hecho, en el análisis de las encomiendas a través de los Diarios Oficiales, la CNC ha podido constatar que es común la existencia de presupuestos finales que presentan una clara tendencia al redondeo, incluso cuando se trata de importes elevados.

Encomienda de gestión para la vigilancia de contaminantes orgánicos persistentes y otras sustancias en matrices y zonas de interés

La Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental encomendó en 2007 al Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT) y al Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) la vigilancia de los niveles de contaminantes orgánicos persistentes y otras sustancias en el medio ambiente.

Se debe valorar positivamente que la información publicada para esta encomienda de gestión en el BOE es completa, desagregándose para cada actividad los gastos en personal, material fungible, material inventariable, actividades de apoyo, dietas y material informático y reprografía.

No obstante, un examen detallado de la información y el hecho de que sean dos los encomendados permite apreciar diversas inconsistencias en lo presupuestado.

En primer lugar, **el coste total de la encomienda es de 2.400.000 euros, correspondiendo exactamente la mitad de dicha cantidad a cada encomendatario**: 1.200.000 euros al CIEMAT y 1.200.000 euros al CSIC. El desglose de los presupuestos revela diferencias

entre ambos encomendados en las cantidades destinadas a las distintas partidas, resultando sin embargo la misma cantidad global tras la agregación de las mismas en ambos casos⁶⁸.

En segundo lugar, se aprecia un **redondeo en las cantidades finales**. Este redondeo se da también en algunas de las partidas parciales que componen el presupuesto global. Así por ejemplo, en el caso de los **costes de personal** del CIEMAT se redondean precios en los importes totales y parciales por la realización de cada actividad de forma que el montante total de la encomienda alcance 1.200.000 euros. El redondeo de estas cantidades contrasta con la determinación a nivel de 2 decimales del número de horas en cada uno de los 5 tipos de tareas técnicas.

En este sentido, dado que la retribución/hora por la dedicación del personal se encontraba fijada en ese momento de forma obligatoria en las tarifas de la entidad (54,59 €/hora para técnicos superiores), un redondeo sobre los gastos totales de personal afecta a la cuantificación de las horas de trabajo necesarias para completar cada tipo de actividad. Manteniendo invariable la cantidad total de 1.200.000 euros de la encomienda, destaca que el reparto del número de horas en el desglose facilitado, entre cada tipo de actividad, resulta radicalmente distinto en cada uno de los dos medios propios encomendados a medias.

En definitiva, las horas trabajadas resultantes parecerían más bien indicar que **no se ha efectuado realmente un análisis de los costes de personal, sino que viniendo dada la cantidad a pagar por personal, tanto globalmente como para cada actividad, y al tener que dividirlo ente un coste/hora invariable, fijado en las tarifas, se obtienen como resultado en cada medio propio tiempos de dedicación por actividad inconsistentes entre sí, coincidiendo, no obstante, el global en ambos casos con el preciso montante de la encomienda.**

4.2.1.5 Riesgo de ineficiencias en la evolución de la retribución de las encomiendas

Siguiendo con las consecuencias de las asimetrías informativas en las encomiendas de gestión, **en ocasiones, a través del seguimiento de la evolución del coste de la encomienda para una misma actividad o de los distintos conceptos que la componen en diversos años, es posible identificar situaciones en las que los costes presentan cambios significativos en cortos periodos de tiempo que no se corresponden con el incremento medio de los precios en el mercado, o con la evolución de los costes de actividades análogas en el sector privado.**

A esta misma conclusión podemos llegar si **analizamos algunos de los costes que componen las encomiendas en comparación con lo que se podría considerar una retribución más competitiva**, atendiendo a las contraprestaciones y costes revelados por el mercado en actividades similares.

⁶⁸ De hecho, en el caso del CSIC, la cantidad total no se corresponde exactamente con el presupuesto facilitado en el anejo a la Resolución que publica el acuerdo, que es ligeramente inferior.

Encomiendas de gestión para la creación de gerencias de la Red Natural de Aragón

La Sociedad de Desarrollo Medioambiental de Aragón, S.A., SODEMASA (actualmente integrada en la Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental, S.A.), era la empresa pública, que disponiendo de la condición de medio propio, tenía por objeto social, entre otras muchas funciones, la gestión, administración y protección de montes y espacios naturales protegidos en la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Consejería de Medio Ambiente venía encomendando a SODEMASA diversas actuaciones para el desarrollo de la Red Natural de Aragón. Dentro de esta actividad, una de las líneas estratégicas se refería al **funcionamiento de las oficinas de desarrollo socioeconómico**. Las encomiendas de gestión para los años 2009 y 2010 contienen una información lo suficientemente desagregada para realizar comparaciones en los gastos efectuados en esta actuación en los últimos ejercicios.

Del análisis de las mismas y con independencia de la reducción del montante global de la encomienda de gestión desde 1.727.368,82 euros en 2009 a 1.400.000,00 euros en 2010, es posible extraer algunas **conclusiones en relación con los costes de personal** de las oficinas de Desarrollo Socioeconómico de la Red Natural de Aragón.

Los gastos de personal mensuales para las cinco categorías en estas oficinas oscilaban en 2009 entre los 3.711,13 € de la categoría jefe superior y los 1.883,59€ de la categoría de auxiliar administrativo. Centrándonos en el personal administrativo, la ganancia media anual por trabajador en actividades administrativas y servicios auxiliares según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) asciende a los 15.855,38 €, lo que se corresponde, suponiendo 12 pagas, con unos ingresos mensuales de 1.321,28€. Estas cantidades implican que el sueldo medio mensual para esta categoría profesional en la encomienda de gestión sería, a igualdad de pagas, el 42,5% superior al ingreso medio mensual registrado por el INE para el mismo periodo.

Por otra parte, si atendemos al gasto presupuestado por este mismo concepto en el año 2010 en una nueva encomienda de gestión con idéntico objeto, el sueldo de la categoría de auxiliar administrativo se incrementa hasta 1.997,43 euros al mes. Esto supone un crecimiento anual del 6% en un momento en el que las restricciones presupuestarias implicaron reducciones salariales en las Administraciones Públicas.

La evolución al alza en las retribuciones mensuales entre 2009 y 2010 se produce para casi todas las categorías profesionales en estas encomiendas de gestión analizadas.

Impresión del Boletín de Información del Ministerio de Justicia

El Ministerio de Justicia publica anualmente el Boletín de Información del Ministerio, encomendando la gestión del servicio de impresión a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

En principio, en ausencia de otras razones, solo cabría justificar esta posibilidad en que el coste de impresión a cargo de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado fuera inferior a la que se puede obtener acudiendo al mercado.

En el caso que nos ocupa, para una actividad completamente coincidente, el precio de la actividad se fijó en 2007 en 235.733,85 €. Un año después, sin aparente variación en cuanto al objeto a realizar, para la misma actividad se estimó un coste de 255.515, 37 €. En

tan solo un año, el encarecimiento de la actividad fue de un 8,31%, porcentaje superior a la evolución del Índice de Precios al Consumo, sin que conste en la información pública relativa a la encomienda una explicación justificativa.

4.2.1.6 Potencial indeterminación del precio de la prestación

También se han detectado situaciones en fuentes públicas en las que **el precio de la prestación derivada de la encomienda no se ha precisado suficientemente por el órgano encomendante**. Sin perjuicio de la posibilidad de corregir estas situaciones desde el control presupuestario *ex post*, esta situación, más difícilmente concebible en una licitación pública, permite suscitar la **menor capacidad a este respecto del instrumento de la encomienda**.

Encomienda al Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León de determinadas actuaciones contempladas en el Plan de Promoción y Comercialización de Castilla y León

La Consejería de Agricultura y Ganadería decidió encomendar al Instituto Tecnológico y Agrario de Castilla y León la realización de determinadas actuaciones para el año 2009.

En el texto que se publica, únicamente se detalla que las actuaciones de las que se encargará el Instituto Tecnológico y Agrario de Castilla y León consistirán en la realización de actividades y trabajos técnicos sobre proyectos de actuación vinculados con la promoción y comercialización del sector agroalimentario en esta Comunidad Autónoma, **cifrando el coste de estas actividades, de forma orientativa**, en 1.700.000 euros, y resultando muy difícil determinar la fiabilidad de los cálculos efectuados para determinar el coste real de la actividad.

Encomienda de gestión para la reinstalación de moluscos bivalvos en Galicia

La Consellería del Medio Rural y del Mar de Galicia encomendó en 2012 al Centro Tecnológico del Mar-Fundación Cetmar las acciones necesarias para la realización del proyecto de reinstalación de moluscos bivalvos procedentes de zonas de producción declaradas como clase C en el litoral de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En la Resolución de la Consellería del Medio Rural y del Mar por la que se hace pública la encomienda únicamente se hace referencia de manera parca a la **actividad a que se refiere la encomienda, el carácter de medio propio de la Fundación Cetmar, y el plazo de vigencia de la encomienda**.

La resolución no contiene **ninguna referencia al coste o precio** que las actuaciones encomendadas pueden llevar aparejadas.

Encomienda de gestión a EMVISESA para la ampliación del Palacio de Exposiciones y Congresos de Sevilla

La Cámara de Cuentas de Andalucía, en su Informe de fiscalización de regularidad del Consorcio del Palacio de Exposiciones y Congresos de Sevilla, planteó en 2011 sus objeciones a la encomienda de gestión por la que el Consorcio citado encargó a la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla, S.A (EMVISESA) la ampliación de dicho Palacio.

En este caso, a pesar de que EMVISESA era medio propio del Ayuntamiento de Sevilla, no reunía los requisitos para ser considerado medio propio del Consorcio encomendante.

Además, la Cámara de Cuentas de Andalucía pudo constatar que, careciendo de la tensión competitiva de una licitación, en esta encomienda **no se indicaba el coste real para atender la prestación.**

4.2.1.7 Riesgo de sobrecompensación en determinadas encomiendas

Finalmente, resulta procedente destacar que las encomiendas de gestión podrían, bajo determinados supuestos, suscitar **problemas de sobrecompensación a la manera de las ayudas públicas.**

No existen pronunciamientos⁶⁹ de las instituciones comunitarias, Comisión Europea o Tribunal de Justicia, que califiquen como ayuda de Estado, compatible o incompatible con el TFUE, una encomienda de gestión a un medio propio instrumental de una Administración Pública.⁷⁰

⁶⁹ No obstante, en relación con expedientes de contratación pública sí se han suscitados dos casos en los que la Comisión Europea ha determinado la posible presencia de ayudas de Estado. A este respecto, la Comisión Europea ha mantenido que no puede defenderse una exención automática de los procesos de contratación pública del ámbito de las ayudas. Es decir, para determinar si una licitación pública contiene una ayuda debe analizarse si el procedimiento seguido puede contener una ventaja que el candidato no habría obtenido en condiciones normales de mercado. Siempre que el ente contratante haya utilizado un procedimiento no discriminatorio, transparente y competitivo, se presumirá que el resultado de este procedimiento no contiene una ventaja económica. De lo contrario, no se aplica tal presunción y debe verificarse que el precio obtenido responde al que puede entenderse de mercado.

Vid, a este respecto las decisiones de la Comisión Europea referidas al Metro de Londres (N 264/2002 London underground public private partnership) y a la implantación de una red de banda ancha en Gales (N 46/2007 Welsh Public Sector Network Schemes).

⁷⁰ Así, el artículo 107 apartado 1 del TFUE establece: *“Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.*

De los elementos constitutivos de ayuda, a partir de lo establecido en dicho precepto, es clara la consideración de fondos públicos de las contraprestaciones a medios propios por la realización de encomiendas, al sufragarse éstas con arreglo a los presupuestos de las distintas Administraciones Públicas. También puede certificarse, en la mayoría de los casos, la afectación a los intercambios comerciales entre Estados miembros, en atención a la importancia económica que suponga la encomienda.

Por el contrario, los elementos de las ayudas públicas cuya concurrencia puede resultar más controvertida en las encomiendas de gestión son el falseamiento de la competencia mediante el favorecimiento a determinadas empresas o producciones, es decir, la existencia de una ventaja competitiva, que sea otorgada con carácter selectivo al medio propio, entendido este último como una empresa o producción autónoma de la Administración otorgante.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin profundizar en este estudio en tal caracterización jurídica⁷¹, debe consignarse que el **análisis**, en particular de la **ventaja económica** en estos casos, sería **muy similar** a los que la Comisión Europea desarrolla en relación con **los Servicios de Interés Económico General (SIEG)**⁷², y, de una manera más amplia, en el seno de la **contratación pública**. Esencialmente, la ventaja económica estaría presente, básicamente, si la compensación económica recibida por realizar el encargo es excesiva en relación con el precio de referencia en el mercado.

Extrapolando el anterior análisis al contexto de las encomiendas de gestión, nos encontraríamos con que **existiría tal ventaja económica cuando la contraprestación recibida no se corresponde por lo que se entiende como precio de mercado**. Esta ventaja económica sería, por definición, **selectiva**, en la medida en que se estaría concediendo al medio propio que recibe la encomienda, y solo a él⁷³.

4.2.2 Consecuencias sobre la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en los mercados

La utilización de encomiendas de gestión, desde un punto de vista más amplio, también puede impactar en el funcionamiento de los mercados en que, actuando los medios propios, ofertan o pueden ofertar operadores privados.

71 En alguna ocasión se ha suscitado al TJUE la cuestión de si este artículo 106.1 TFUE, antiguo 86.1 TCE, resulta aplicable al contexto de los medios propios, si bien por referencia a las infracciones *antitrust*, en lugar de a la normativa de ayudas de Estado. Es el caso de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español a propósito de la revisión jurisdiccional del caso ASEMFO/TRAGSA, que culminó en sede administrativa con una resolución del entonces TDC confirmatoria del acuerdo de sobreseimiento de dicho expediente por parte del Servicio de Defensa de la Competencia. En particular, se preguntó al Tribunal de Justicia “*Si es admisible de acuerdo con el artículo 86.1 del Tratado CE que un Estado miembro atribuya ex lege a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto superiores como inferiores al umbral de tipo económico establecido por las Directivas europeas a este respecto*”.

En su contestación a dicha cuestión prejudicial, resuelta mediante sentencia de 19 de abril de 2007, el Tribunal de Justicia resolvió no admitir tal cuestión. El razonamiento del Tribunal fue que el artículo 86.1 TCE carece de alcance autónomo y en consecuencia debía ser aplicado, en esta ocasión, en relación con el artículo 82 del Tratado CE. El Tribunal señaló que la Resolución de remisión no contenía indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la existencia abusiva de la misma por parte de TRAGSA ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

72 Puede consultarse el nuevo paquete SIEG, compuesto de un Reglamento, una Decisión y dos Comunicaciones, en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html. En lo relativo a los requisitos para verificar la presencia de ayudas de Estado en el contexto de los SIEG, incluida la naturaleza de la compensación económica, esta normativa recoge y actualiza la jurisprudencia Altmark del Tribunal de Justicia (asunto C-280/00), que codificó en su momento tales requisitos. Se recoge a continuación un vínculo a una presentación de la Comisión Europea donde se explicitan los cambios fundamentales acaecidos en dicha regulación. Vid., en especial, la diapositiva nº 9 sobre compensaciones excesivas.

73 De una manera más amplia, la conexión entre los medios propios y sus Administraciones matrices puede reportarles otro tipo de ventajas económicas frente a la actuación en el mercado de sus competidores. Entre estas posibles ventajas se podrían encontrar, en la línea apuntada anteriormente, el acceso a activos o infraestructuras esenciales o a financiación pública o privada en condiciones más ventajosas que las de mercado (en este último caso, por contar con la garantía de la Administración matriz).

En los mercados en que las Administraciones Públicas actúan como demandantes **pueden existir otros oferentes, actuales o potenciales**, en disposición de proveer los bienes y servicios de que se trate tanto a la Administración Pública como a otros potenciales demandantes.

4.2.2.1 Limitación de la posibilidad de acceso al mercado de operadores alternativos

La obtención de encomiendas garantiza, sin competencia y con recursos públicos, la actividad del medio propio, frente a la incertidumbre del operador privado. En consecuencia, **el recurso innecesario o desproporcionado a las encomiendas puede conllevar una limitación de la posibilidad de acceso o expansión** en tales mercados por parte de **operadores alternativos**, en detrimento de la competencia dinámica.

Este efecto está particularmente relacionado con la asignación recurrente o sistemática de encomiendas de gestión a un medio propio por parte de su Administración o Administraciones de referencia, con independencia de la posible existencia de retribuciones ineficientes en el aprovisionamiento a que puede dar lugar la utilización de las encomiendas, analizado en el apartado anterior. Tales situaciones, en caso de darse, fortalecerían el efecto ahora tratado.

Existen varias **circunstancias que pueden incidir** en el efecto de la utilización sistemática de encomiendas de gestión a este respecto.

La primera de ellas es la **importancia de la Administración o Administraciones Públicas como demandantes** de bienes y servicios en los mercados en que actúan los medios propios. Cuanto mayor sea esta importancia, más impacto potencial tendrán las prácticas anteriormente mencionadas para la dinámica del mercado.

El peso del sector público como demandante en servicios de consultoría

En relación con la **demanda** del sector de consultoría, a partir de la información proporcionada por la tabla siguiente, se observa que la demanda de **las Administraciones** en consultoría de servicios técnicos supone **el 18,1% de la facturación**. Cifra sustancialmente superior que en el subsector de consultoría de gestión empresarial, en el cual, no obstante, alcanza el 5,5%.

Tabla 3

Peso de las Administraciones Públicas y del sector privado en el volumen de negocio de los sectores de consultoría

Tipo de demandante	Actividades de consultoría de gestión empresarial		Servicios técnicos de arquitectura e ingeniería. Ensayos y análisis técnicos	
	2007	2010	2007	2010
Administraciones Públicas	5,90%	5,50%	13,10%	18,10%
Sector privado	94,10%	94,50%	86,90%	81,90%

Fuente: Elaboración propia a partir de la Estadística de Productos del INE

Por otro lado, de la misma tabla se deduce que la demanda pública de los servicios de consultoría empresarial, desde el inicio de la crisis, se ha reducido proporcionalmente más que en el sector privado. No ha ocurrido lo mismo en la consultoría de servicios técnicos, donde el peso como demandante de las Administraciones Públicas se ha incrementado desde el principio de la crisis en 6 puntos porcentuales hasta aproximarse al 20% del volumen de negocio.

Por su parte, para 2011, la AEC⁷⁴ cifra el peso de la Administración pública como cliente en el sector en un 17%.

El segundo de tales factores es la **importancia de la entidad instrumental dentro de la estructura de la oferta**. Si el medio propio es un operador de tamaño considerable, la atribución sistemática de encargos a través de encomiendas de gestión a aquél consolidará dicha posición, tanto en relación con servicios demandados por sus Administraciones de referencia (en particular si éstos son demandantes importantes) como en lo relativo a otros en que los demandantes sean operadores públicos o privados externos a ella. **Este efecto es particularmente notable en mercados de servicios novedosos que satisfacen necesidades que en gran medida han creado o propiciado las propias Administraciones, y en los que las entidades instrumentales pueden contar con una ventaja derivada de ser las primeras en prestar el servicio.**

⁷⁴ Véase “La consultoría española. El sector en cifras 2011” de la Asociación Española de Empresas de Consultoría, disponible en www.consultoras.org.

La posible afectación de la actividad de los medios propios al mercado

Un ejemplo de sector en que la posición del medio propio se puede ver fortalecida por su condición de prestador de referencia y por el liderazgo de la Administración en la generación y demanda de esos servicios lo constituye la actividad de certificación electrónica⁷⁵. En este ámbito, entre otros, está activa la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT), medio propio adscrito al Ministerio de Hacienda y Administración Pública⁷⁶.

El artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social faculta a la FNMT para la prestación de servicios de certificación electrónica, tanto para organismos y entidades del sector público como para clientes privados⁷⁷.

El desarrollo del uso de la firma electrónica ha estado impulsado fundamentalmente desde el sector público; muy en particular, inicialmente, por la Agencia Tributaria mediante su uso en los procedimientos tributarios y en particular en la presentación de la declaración del IRPF.

Hasta fechas recientes, el uso de la firma electrónica en el sector privado había tenido un carácter muy limitado, y en general ha estado asociado a colectivos específicos o sectores muy concretos (abogacía, notarios, registradores, ingenieros, bancos, etc.)⁷⁸. Sin embargo, la firma electrónica está aumentando considerablemente su implantación, tanto en el ámbito empresarial (como consecuencia de la creciente facturación electrónica) como en el de las personas físicas (por ejemplo, acceso a banca electrónica).

El indudable liderazgo que la FNMT ha ejercido en el desarrollo de estos servicios para las Administraciones Públicas (desarrollando las soluciones como el e-DNI, plataformas multi-pli, y otros servicios a través del proyecto CERES) le ha permitido contar con una posición considerable en los mercados de emisión y de validación de certificados, tanto en la provisión de servicios a clientes públicos como privados⁷⁹.

75 Un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad. La prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia. Los servicios más básicos son los de emisión de certificados y validación de certificados.

La emisión de certificados consiste en la expedición a usuarios finales de un certificado que acredita su personalidad, mientras que la validación de certificados, permite a un tercero verificar la validez o vigencia de un certificado. Ambas actividades son mercados de producto diferentes, de ámbito nacional.

76 Para un desarrollo más exhaustivo de la caracterización de estos mercados, se puede consultar la Resolución de la CNC de 20 de enero de 2011, relativa al expediente S/0096/08 Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, en la que se basa este ejemplo. Se trata de una terminación convencional en que la FNMT aceptó unos compromisos (cuyo cumplimiento verificó la posterior Resolución de Vigilancia de 25 de enero de 2012) ante la apreciación por parte de la CNC de un posible abuso de posición de dominio en el mercado de validación de certificados, consistente en una negativa de acceso a terceros operadores activos en dicho mercado para comprobar la vigencia de los certificados expedidos por la FNMT.

77 La prestación de servicios al sector público se realiza bajo un régimen regulado bajo principios del derecho administrativo si bien en un régimen legal no exclusivo, mientras que la prestación de servicios al sector privado habrá de realizarse conforme a los principios de libre competencia y sometida al derecho privado.

78 En general, estos colectivos han impulsado la constitución de prestadores de servicios de certificación con el objetivo prioritario de prestar servicios a dichos colectivos.

79 Sobre tal posición de la FNMT, resulta significativo que, en su expediente S/0096/08 Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, la CNC ha considerado que, de cara a operar en este mercado minorista de validación en España, los certificados de la FNMT en principio constituyen un input esencial del mismo, en la medida que por la importancia que tienen los certificados de la FNMT en términos de número y uso, un operador que deseara prestar servicios de validación de múltiples tipos de certificados, necesitaría disponer de la capacidad de validación de los certificados emitidos por la FNMT (mediante la contratación de servicios mayoristas de validación) para ser competitivo en este mercado.

4.2.2.2 Ruptura de la neutralidad competitiva en mercados en que actúan los medios propios

Por otro lado, los medios propios suelen compaginar la realización de actividades para su Administración de adscripción, que en todo caso debería ser la parte esencial de su actividad, con otras cuyos **destinatarios sean terceros operadores públicos o privados**. Si éste es el caso, el efecto del acceso privilegiado de los medios propios a las prestaciones demandadas por sus Administraciones matrices mediante las encomiendas podría comportar una **ruptura de la neutralidad competitiva entre estos medios propios y sus competidores en los mercados en que aquéllos actúan**, en relación con otros demandantes distintos de su Administración matriz, en la esfera nacional e incluso, en algunas ocasiones, internacional.

La actividad privada e internacional de los medios propios estudiados

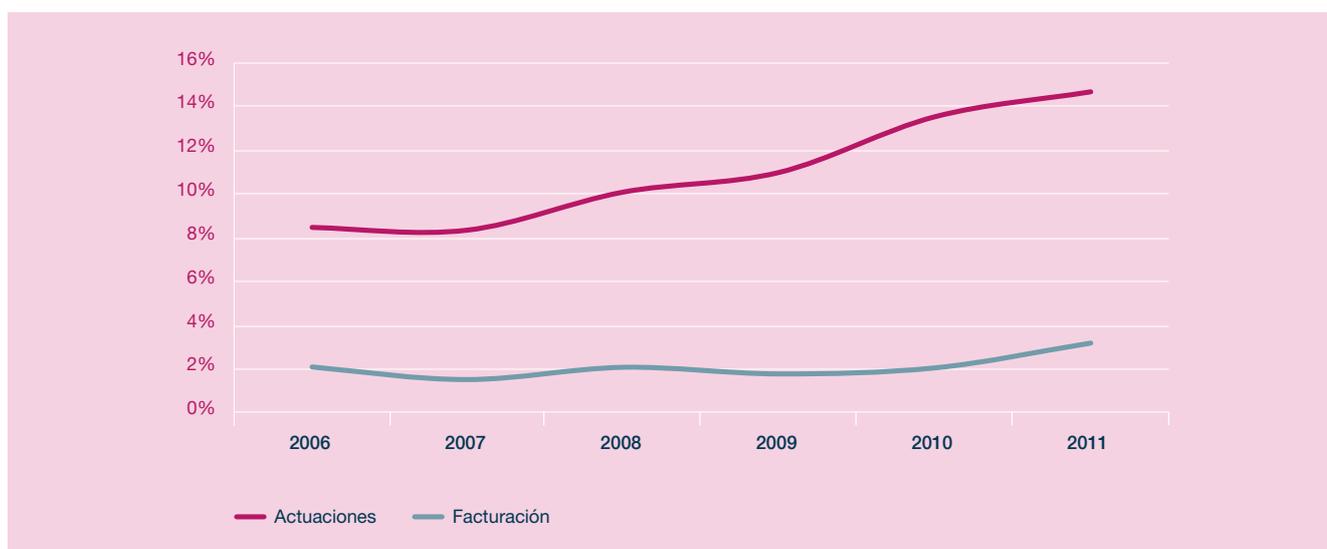
La mayoría de los medios propios cuya actividad la CNC ha estudiado en profundidad realizan actividades al margen del sector público, que en mayor o menor intensidad, repercuten sobre aquellas empresas del sector privado que operan en los mismos nichos de mercado.

Analizando en primer lugar la actividad de los medios propios estudiados en relación con demandantes privados, en un extremo, TRAGSA indica no realizar actuaciones de este tipo, frente a por ejemplo INTECO, que realizaría el 27% de sus actuaciones a este sector, aunque suponga únicamente un 1,51% de su facturación. En porcentaje de facturación, INECO recibe un 11% de sus ingresos a través de esta vía. ISDEFE, por su parte, realizaría para el ámbito privado el 8% de sus actuaciones facturando por ello un 4% de su total.

Desde un punto de vista agregado, el Gráfico nº 10 muestra que la **tendencia** a contratar actuaciones con operadores privados es **creciente**, en particular por número de actuaciones.

Gráfico 10

Evolución % actuaciones/facturación para entidades privadas sobre total de actuaciones de los medios propios de la AGE analizados



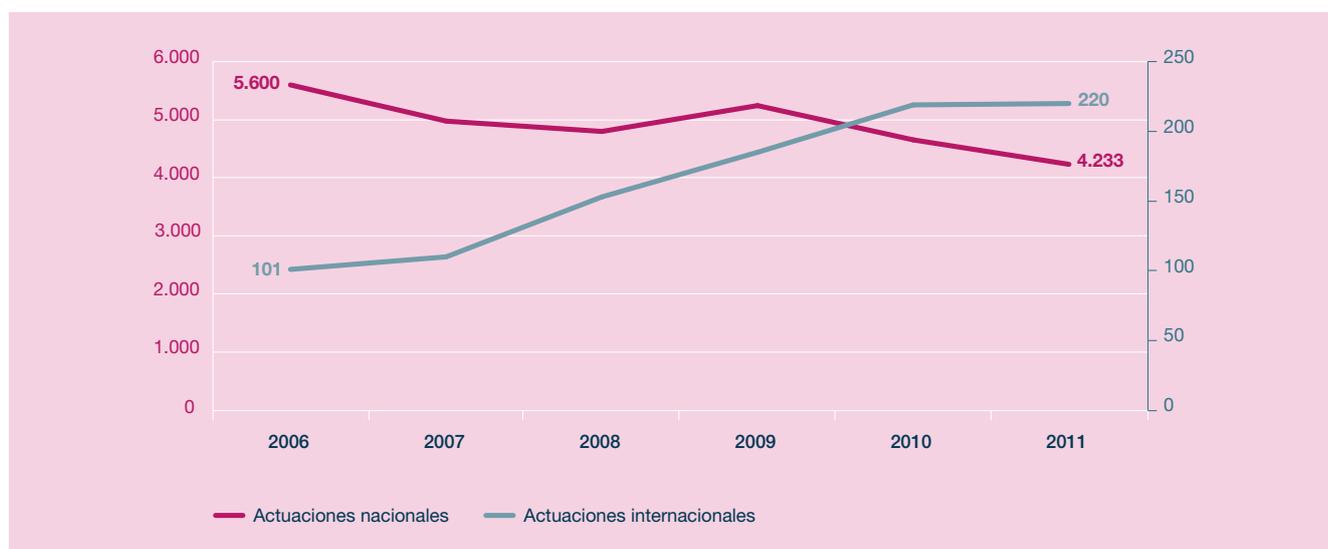
Fuente: elaboración propia a partir de los datos proporcionados por los medios propios.

La anterior conclusión es consistente con la evolución de las actuaciones desarrolladas por los medios propios para clientes internacionales: sin perjuicio de alguna particularidad, puede detectarse una tendencia general al aumento de la realización de este tipo de encargos fuera de nuestras fronteras.

El Gráfico nº 11 compara, en términos agregados, la evolución del número de actuaciones internacionales y nacionales de los medios propios analizados, permitiendo observar la divergencia entre ambas tendencias y, en particular, el progresivo aumento de las internacionales, en cualquier caso en consonancia con las tendencias observables en el sector.

Gráfico nº 11

Evolución agregada del número de actuaciones nacionales e internacionales de los medios propios de la AGE analizados desde 2006



Fuente: elaboración propia a partir de los datos suministrados por los medios propios. TRAGSA⁸⁰ y RED.ES declaran no realizar actuaciones fuera de España. Entre los otros medios propios analizados, INECO ingresó en 2011 por esta vía el 8,7% de su facturación (22 millones de euros) a través de 179 actuaciones. ISDEFE realizó 39 actuaciones que supusieron ingresos por 5 millones de euros o el 4,7% de su facturación. Por último, INTECO consigna para 2011, con 2 actuaciones, unos ingresos de 31.400 euros o el 1,4% de su facturación. Nota: Actuaciones internacionales en el eje de la derecha.

80 TRAGSA, en todo caso, declara en su página web realizar actuaciones en el ámbito internacional a petición de las Administraciones nacionales. Igualmente, TRAGSA y su filial TRAGSATEC han sido autorizadas en enero de 2013 para constituir una sociedad filial en Brasil para prestar asistencia técnica en materia agroalimentaria, desarrollo rural y medio ambiente. (Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de enero de 2013).

Tal ruptura de la neutralidad competitiva puede además verse favorecida por la **posible existencia de subvenciones cruzadas**, mediante las cuales la contraprestación recibida por la ejecución de las encomiendas vía tarifa podría financiar, al menos en parte, la expansión a otros mercados y la captación de clientes distintos de la Administración matriz; o bien por **el acceso privilegiado** a:

- a) activos o infraestructuras esenciales de que pueden disfrutar por su condición de medios propios.
- b) financiación pública complementaria mediante subvenciones públicas.
- c) condiciones de financiación más ventajosas que las de mercado.

En definitiva, desde un punto de vista dinámico, **la atribución sistemática de encomiendas de gestión a dichos medios propios puede contribuir determinadamente a la profundización en la asimetría entre estos operadores y sus competidores efectivos o potenciales**. Las ventajas indicadas permitirían la consolidación de medios propios de cada vez mayor tamaño y capaces de desarrollar un mayor número de funciones. A su vez, esto acrecentaría el incentivo de las Administraciones matrices a encomendarles tareas, en lugar de someterlas a licitación. Con ello, se aminorarán las posibilidades de que exista competencia efectiva, en perjuicio último de las propias entidades encomendantes: a medida que se incremente el número y valor de encomiendas asignadas, será menos probable que los operadores privados puedan replicar la posición del medio propio para competir en futuros encargos o licitaciones.

5.

Justificaciones a
la creación de medios
propios y al encargo de
encomiendas de gestión



Debido a los efectos restrictivos de la competencia que se pueden derivar de su uso, en particular si es sistemático, **deben examinarse cuidadosamente las justificaciones** relacionadas con la decisión de las distintas Administraciones Públicas de asignar encomiendas a sus medios propios o servicios técnicos.

Este análisis de justificación se abordará en torno a **dos decisiones diferenciadas**:

- Por un lado, **las relacionadas con el medio propio como tal desde un punto de vista institucional**, como pueden ser la atribución de la misma condición de medio propio a la entidad instrumental o las funciones que ésta ostente.
- Por otro lado, **la posterior asignación de las distintas encomiendas al medio propio**, como hecho que genera la restricción a la competencia como tal.

Para estudiar la justificación de estas decisiones, y confrontarlas con el efecto restrictivo de la competencia que de ellas se puede derivar, se debe analizar tanto la necesidad como la proporcionalidad de cada una⁸¹. El primer análisis se refiere a la vinculación del objetivo perseguido al instrumento utilizado (según el caso, la creación del medio propio o su configuración competencial o la decisión de realizar la encomienda). El segundo, al coste-beneficio para el interés general de la medida de que se trate.

5.1

Los elementos institucionales: la condición de medio propio y las competencias de la entidad

La consideración de cuándo una entidad pública puede ser medio propio de otra, así como de qué trabajos se le pueden encomendar a aquélla, resulta crucial para establecer el daño potencial a la competencia que se pueda concretar, en su caso, mediante el encargo de las posteriores encomiendas.

En rigor, aunque dispongan de medio propio, las entidades encomendantes pueden renunciar a utilizarlo caso a caso, y elegir aprovisionarse mediante licitación pública. No obstante, **una vez reconocido el carácter de medio propio de una entidad**, y por tanto la posibilidad de encargarle encomiendas para obtener las distintas prestaciones, **se crea un gran incentivo a utilizarla**, en atención a su inmediatez y a sus vínculos estructurales con su Administración matriz. En consecuencia, debe exigirse una justificación rigurosa a la decisión pública de crear un medio propio, y a su configuración de funciones.

81 Con arreglo al artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible:

- En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.
- En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

Como se puso de manifiesto en el apartado IV de este informe, existe una gran variedad en cuanto a la tipología institucional de los distintos medios propios, en la naturaleza de sus tareas y en los sectores en que desarrollan sus actividades. De la misma manera, muchos de estos medios propios son entidades de larga y consolidada trayectoria –con independencia de que hayan adquirido formalmente la condición de medio propio tras la entrada en vigor de la LCSP–, mientras que otras son de creación más reciente.

Sea cual fuere el caso, **la existencia de estas entidades instrumentales, su condición de medio propio, así como la determinación de sus funciones y competencias, deben responder a estrictas justificaciones de interés general.**

Las posibles ventajas para el interés general de la existencia del medio propio, por ejemplo en términos de eficacia, eficiencia, naturaleza de las prestaciones a satisfacer, garantía de aprovisionamiento o por inexistencia de prestadores privados, deben resultar inequívocas. En particular, en relación con el escenario alternativo: no crear la entidad, o no configurarla como medio propio, y en consecuencia optar por vías alternativas de aprovisionamiento más favorables a la competencia⁸².

También se debe comprobar periódicamente que las finalidades de interés general que condujeron a la creación del medio propio, o al otorgamiento de tal condición y de sus funciones, siguen vigentes; y que la actividad actual del medio propio sigue respondiendo a dichas finalidades⁸³.

Sin entrar a cuestionar la legitimidad del amplio catálogo de posibles finalidades de interés general que puedan subyacer a la existencia de un medio propio, **este ejercicio de justificación discurre paralelo, en gran medida, a los requisitos normativos y jurisprudenciales establecidos** para poder configurar a una entidad instrumental como medio propio de otra, derivados del carácter jerárquico de la naturaleza entre ambas.

En particular:

- La realización de la parte esencial de la actividad del medio propio para su poder adjudicador (o poderes adjudicadores) de referencia, y
- El control del poder adjudicador (o poderes adjudicadores) sobre el medio propio, análogo al que ha de ejercer sobre sus propios servicios.

Si estos elementos no se cumplen, cualquiera de los objetivos de interés general que motiven el otorgamiento de la condición de medio propio dejan de estar conectados con dicha condición. Es decir, **no resulta posible que**

⁸² Téngase en cuenta que estas entidades instrumentales no siempre se crean totalmente ex novo, sino que son reformulaciones consecuencia de procesos de transformación institucional, normalmente acompañadas de una relajación en la aplicación del régimen jurídico-público a su funcionamiento (el fenómeno conocido como “huida del Derecho Administrativo”).

⁸³ Es esta una reflexión que cabe realizar respecto de las distintas entidades mercantiles del sector público, incluso si no tienen la condición de medio propio. Ello en la medida en que en algunos casos cabe apreciar una tendencia a la expansión en áreas de negocio o en mercados internacionales no relacionados con el objeto o ámbito originario de la prestación.

el medio propio esté vinculado a necesidad alguna de interés general si su esencia queda desnaturalizada.

Por otra parte, puede ocurrir que, justificada su existencia, la entidad sea considerada medio propio respecto de ciertos poderes adjudicadores que no ostentan su control. O bien que al medio propio se le permitiera realizar trabajos que no respondan a las finalidades de interés general que motivaron su creación y justifican su existencia.

En estos casos, aunque la existencia del medio propio pueda estar justificada en su necesidad, **el ámbito de actuación** de la entidad instrumental como medio propio, **resultaría desproporcionado.**

A continuación se analizarán en mayor detalle los elementos comentados.

5.1.1 La realización de la parte esencial de la actividad

Es requisito legal que el medio propio realice para su poder adjudicador o para el conjunto de sus poderes adjudicadores la parte esencial de su actividad. Este requisito entronca directamente con la justificación de la necesidad de su existencia: **el medio propio debe ser, fundamentalmente, un proveedor interno de su Administración matriz.**

El medio propio puede realizar otras actividades provenientes de otros clientes públicos e incluso privados. Sin embargo, éstas, en tal caso, **han de tener un carácter marginal** en relación con los encargos que procedan de sus poderes adjudicadores de referencia.

Como referencia, las propuestas de nuevas Directivas de contratación públicas fijan en el 80% el porcentaje de su actividad⁸⁴, que debe realizar un medio propio para su poder o poderes adjudicadores⁸⁵.

Parte esencial de la actividad de algunas sociedades mercantiles con condición de medio propio de la Comunidad Autónoma de Canarias

En los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2013 se incluyen los presupuestos de explotación de determinadas sociedades mercantiles públicas que ostentan la condición de medio propio. En ellos es posible examinar el importe neto de la cifra de negocios de cada sociedad mercantil, diferenciándose entre la actividad que corresponde a ventas y prestaciones de servicios al sector privado y al sector público.

84 A este respecto el artículo 11 de la nueva propuesta de Directiva de Contratación Pública establece que para la determinación de este porcentaje de actividades se tomará en consideración el promedio del volumen de negocio total de la entidad jurídica controlada que haya alcanzado en los tres años anteriores a la adjudicación del contrato en materia de servicios, suministros y obras.

85 Recuérdese que con arreglo a la propuesta de la Comisión Europea tal umbral era del 90%, si bien las respectivas propuestas del Consejo y el Parlamento Europeo lo han rebajado hasta el 85 y el 80%, respectivamente.

A pesar de que los presupuestos para 2013 contengan estimaciones de cifra de negocios, las cifras consignadas no cumplirían la exigencia de que los medios propios realicen la parte esencial de la actividad para el poder adjudicador encomendante.

En concreto, en el caso de la sociedad mercantil Gestión Urbanística de Las Palmas, S.A., la desagregación del importe neto de su cifra de negocios indica que más del 70% de su actividad corresponde a actividades prestadas al sector privado. En el caso de la entidad Gestión Urbanística de Santa Cruz de Tenerife, S.A., la actividad que se corresponde a servicios prestados al sector privado es superior al 85%. En el caso de Gestión del Medio Rural de Canarias, S.A. el porcentaje que corresponde a servicios prestados al sector privado es del 75%. El caso más llamativo es el de la sociedad mercantil Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S.A., en la cual el 100% del importe neto de la cifra de negocios (de casi 30 millones de euros) corresponde a actividades por ventas y prestaciones de servicios al sector privado.

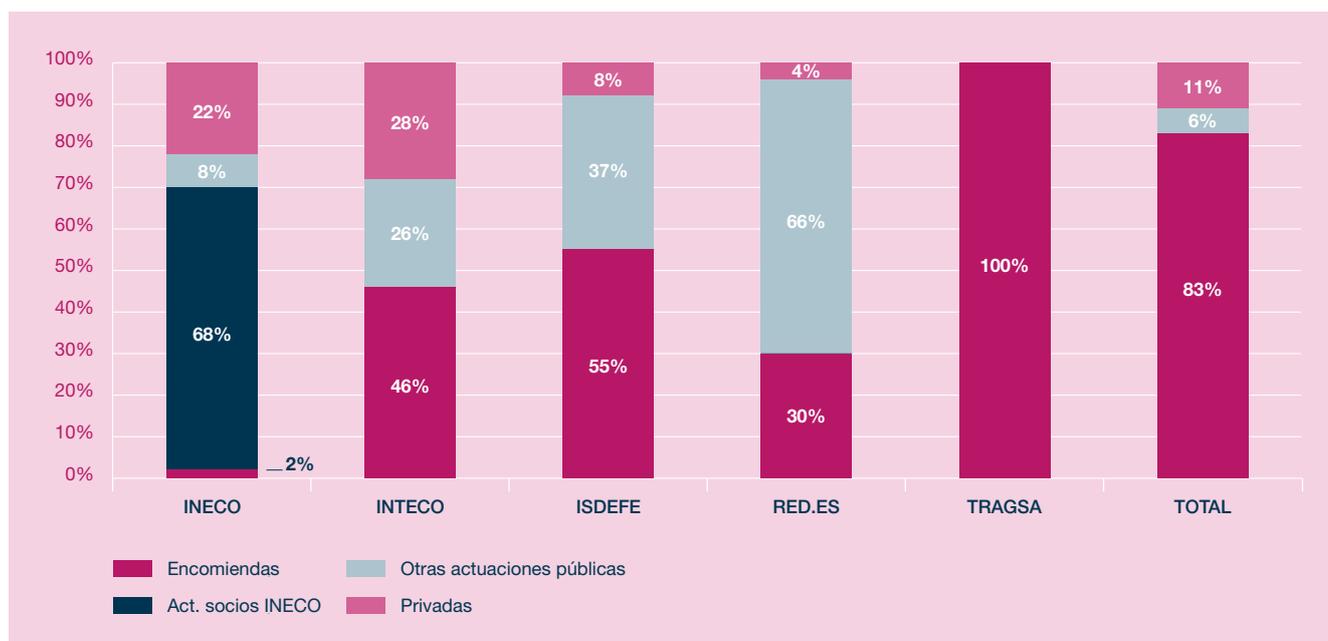
Por otra parte, la información recabada por la CNC de los medios propios de la AGE objeto de requerimiento permite observar más detalladamente las distintas situaciones que pueden producirse.

La distribución de la actividad de los medios propios

Los Gráficos nº 12 y nº 13 distribuyen por número de actuaciones y por facturación la actividad de cada uno de los medios propios seleccionados según el tipo de demandante: a) poderes adjudicadores que les encargan encomiendas; b) otros clientes públicos; y c) clientes privados.

Gráfico 12

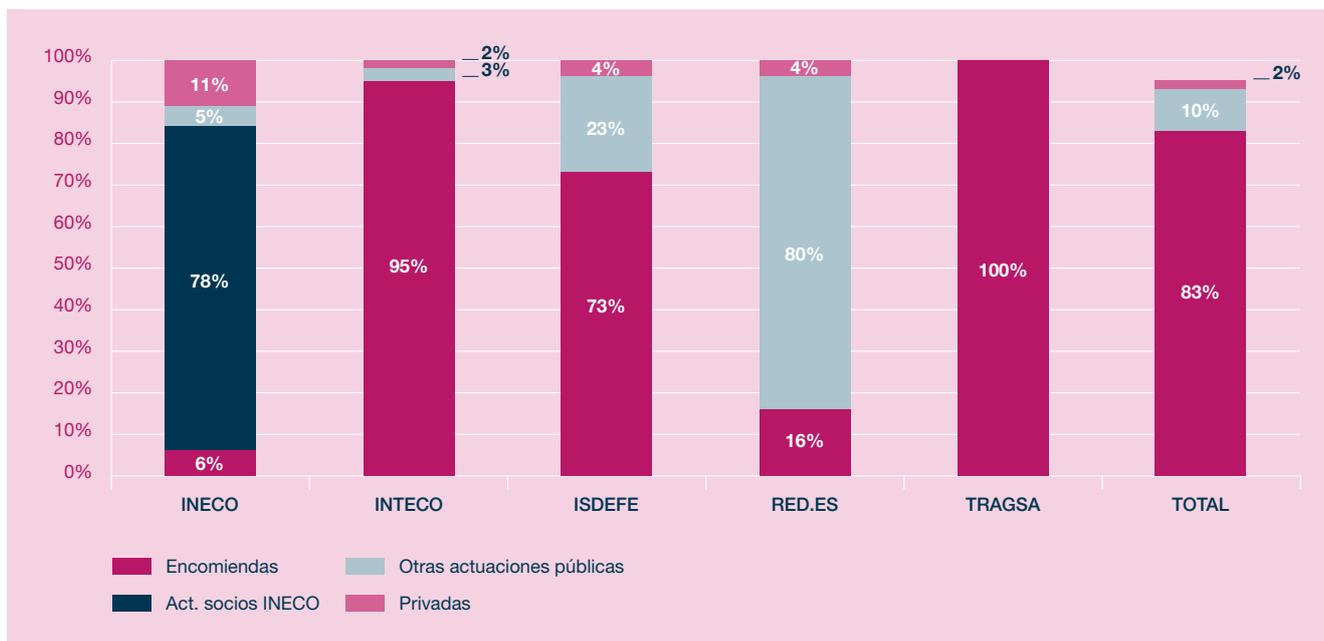
Distribución de actividad de los medios propios según cliente, por número de actuaciones desarrolladas. Período 2006-2011



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos suministrados por los medios propios en relación con su actividad general en el período. En la barra de total, se han considerado las actuaciones a socios de INECO como encomiendas de gestión.

Gráfico 13

Distribución de la actividad de los medios propios según cliente, por facturación. Período 2006-2011



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos suministrados por los medios propios en relación con su actividad general en período. En la barra de total, se han considerado las actuaciones a socios de INECO como encomiendas.

Puede apreciarse que **en algunos casos es significativa la actividad que realizan los medios propios para clientes privados y otros entes públicos**; actividades todas ellas que no tendrían la consideración de encomiendas de gestión a sus Administraciones o entidades de referencia. Destacan, a este respecto y dentro de los medios propios analizados, RED.ES con un 84% de su facturación no proveniente de encomiendas así entendidas (70% por número de actividades); ISDEFE, con un 27% (45% por número de actividades); e INECO, con un 16% (30% por número de actividades).

Estos datos, sobre el total del período, deben conectarse con lo mencionado en el cuadro del apartado IV.2.2.2 del informe en relación con la **evolución de la actividad privada e internacional** de estos medios propios, que ha registrado una tendencia al alza en dicho período.

5.1.2 La existencia de un control análogo

La cuestión del control análogo **guarda relación tanto con la justificación de la necesidad de la existencia del medio propio⁸⁶ como con la proporcionalidad de la consideración de medio propio en relación con determinados poderes adjudicadores.**

La parquedad, la amplitud y la relativa circularidad con que el TRLCSP configura este requisito obligan a **exigir escrupulosamente que para su consideración concurren los requisitos que demanda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.** Estos requisitos jurisprudenciales ya existentes serán previsiblemente **fortalecidos en la Directiva europea de contratación en proceso de elaboración⁸⁷.**

A nivel europeo se tiende a limitar el margen de actuación de los poderes públicos a este respecto. En concreto, destaca la reciente sentencia *Econord*, ya comentada, que intensifica la obligación de que los poderes adjudicadores cuenten con un verdadero control en la gestión del medio propio para considerarlo efectivo.

La efectividad de control cobra particular importancia **cuando exista más de un poder adjudicador** y busca evitar encargos de encomiendas por poderes adjudicadores desconectados sustantivamente del medio propio. En este sentido, debe subrayarse que, para determinar el porcentaje de actividad del medio propio a su Administración matriz, el Tribunal de Justicia de la UE consideraría la actividad que el medio propio realiza *para la totalidad de los poderes adjudicadores* que ostentan control sobre él⁸⁸. En consecuencia, la jurisprudencia comunitaria fortalece, en estas situaciones, el rigor en el cumplimiento del requisito del control análogo.

Existen **varias situaciones que pueden resultar cuestionables a este respecto.**

La primera de ellas sería la **extensión de la condición de medio propio de una entidad instrumental cuyo control análogo ostenta un poder adjudicador en concreto (por ejemplo, la AGE) en relación con entidades vinculadas o dependientes de esa misma Administración** con personalidad jurídica diferenciada y que, de hecho, constituyen poderes adjudicadores

86 Ello en el caso de que no exista poder adjudicador alguno que ostente dicho control sobre la entidad instrumental que recibe la encomienda.

Un ejemplo en el que tal situación se puede plantear es a partir de la redacción otorgada por la Disposición final cuadragésima séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. En particular, el artículo 2.4 de esta última norma, tras la modificación de 2011, estableció en su segundo párrafo que las Cámaras y las Administraciones Públicas podrán establecer los convenios que en su caso estimen pertinentes y que las Cámaras podrán recibir encomiendas para la gestión y prestación de servicios a las empresas.

Para que, efectivamente, las Cámaras pudiesen recibir tales encomiendas en el sentido del TRLCSP, deberían cumplir los requisitos establecidos en dicho texto legal en la manera precisada en la jurisprudencia.

87 Vid. a este respecto apartado II.2.b) del informe, *supra*.

88 Consideración que no ha estado exenta de críticas (cfr. Opinión del Abogado General Geelhoed de 28 de septiembre de 2006 en relación con el asunto *Asemfo/Tragsa*, a la que nos hemos referido en una nota al pie en el apartado II.2, *infra*).

distintos de aquélla⁸⁹. En este caso, los poderes adjudicadores diferenciados de su Administración matriz de acuerdo con el catálogo del artículo 3.3 TRLCSP, no ostentarían un control efectivo sobre el medio propio si no estuviesen realmente presentes en su estructura de control y gestión⁹⁰.

Igual consideración sobre la efectividad del control podría plantearse en aquellas situaciones en que **la encomienda la realiza un órgano del poder adjudicador distinto de aquél que ostenta el control sobre el medio propio** o está más vinculado a él por razón de su ámbito material. Por ejemplo, dentro de la Administración General del Estado, un Ministerio o una Secretaría de Estado distinta de la de adscripción del medio propio. Sin perjuicio de que, desde un punto de vista del “poder adjudicador”, que es el que exige el vigente TRLCSP y la jurisprudencia comunitaria, se trataría de la misma Administración Pública, cabe plantear si existiría un control genuino por parte de estos órganos en relación con el medio propio, salvo si tuviesen presencia en la estructura de control y gestión.

La consideración anterior es particularmente pertinente debido a que, en la definición de “poder adjudicador” del TRLCSP, los órganos distintos a la esfera de relación o control directo del medio propio pueden llegar a tener un peso considerable en las encomiendas.

La distribución por clientes de las encomiendas de gestión

Para comprobar si se encargan encomiendas de gestión por órganos que no guardan relación jerárquica o de adscripción con el medio propio, la CNC ha analizado las encomiendas recibidas por diversos medios propios de la AGE, clasificadas por solicitantes.

89 Por ejemplo: organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias públicas, entidades públicas de régimen jurídico propio.

90 El artículo 3 apartado 3 TRLCSP dispone:

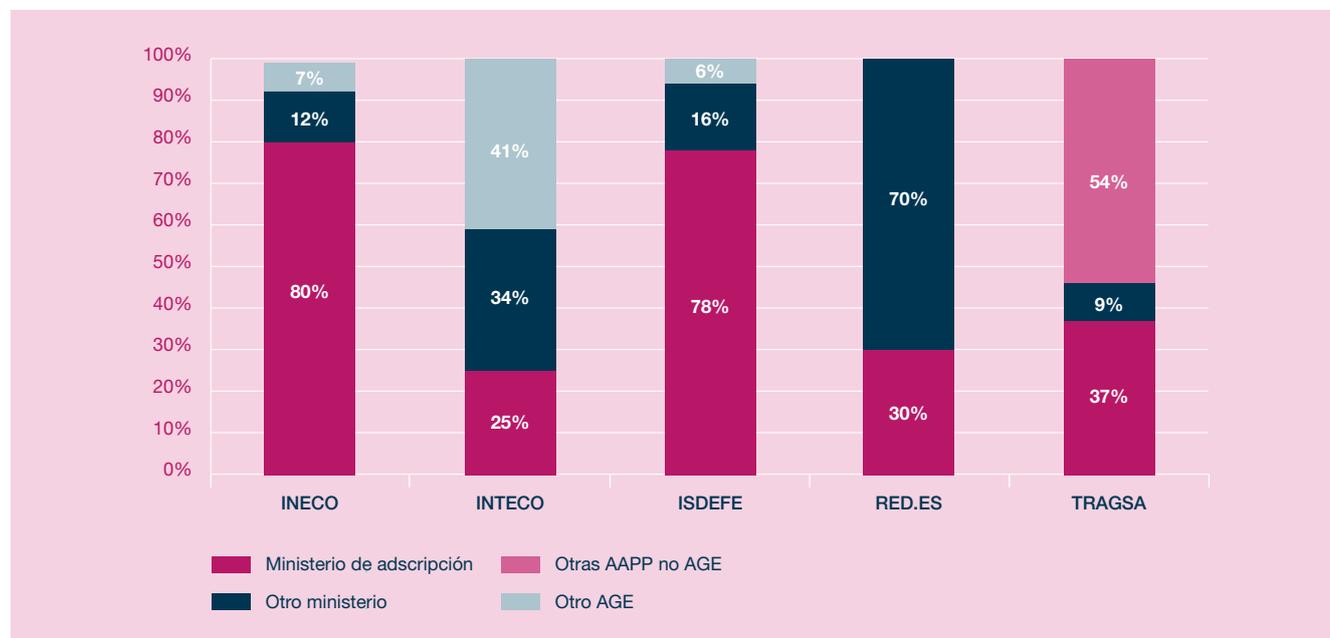
“Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a. Las Administraciones Públicas.
- b. Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c. Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

En el Gráfico nº 14 se **distribuyen porcentualmente**, por tipo de cliente, las **encomiendas** de los medios propios analizados en el período 2006-2011.

Gráfico 14

Clientes de las encomiendas de gestión de los medios propios según poderes adjudicadores. Período 2006-2011



Fuente: elaboración propia a partir de los datos suministrados por los medios propios.

Nota: Cálculo sobre el total de actuaciones calificadas como encomiendas de gestión, de cualquier objeto y finalidad, realizadas en el período. Los tamaños muestrales de cada medio propio son: INECO (82), INTECO (44), ISDEFE (598), RED.ES (54) y TRAGSA (14.400). La cifra de INECO no incluye las actuaciones realizadas por sus socios ADIF, RENFE Operadora y AENA.

Puede observarse que **la medida en que el principal cliente del medio propio es, en el caso de la AGE, su Ministerio de adscripción es muy variable entre los medios propios analizados**, oscilando entre el 80% de INECO, y el 25% de INTECO⁹¹. El caso de TRAGSA es peculiar, en la medida en que un 54% proviene de encomiendas no encargadas por la AGE sino por Administraciones de ámbito territorial inferior, al ser medio propio de las Comunidades Autónomas también, sin perjuicio de que estas encomiendas provengan mayoritariamente de las unidades administrativas sectoriales relacionadas con el área funcional del Grupo.

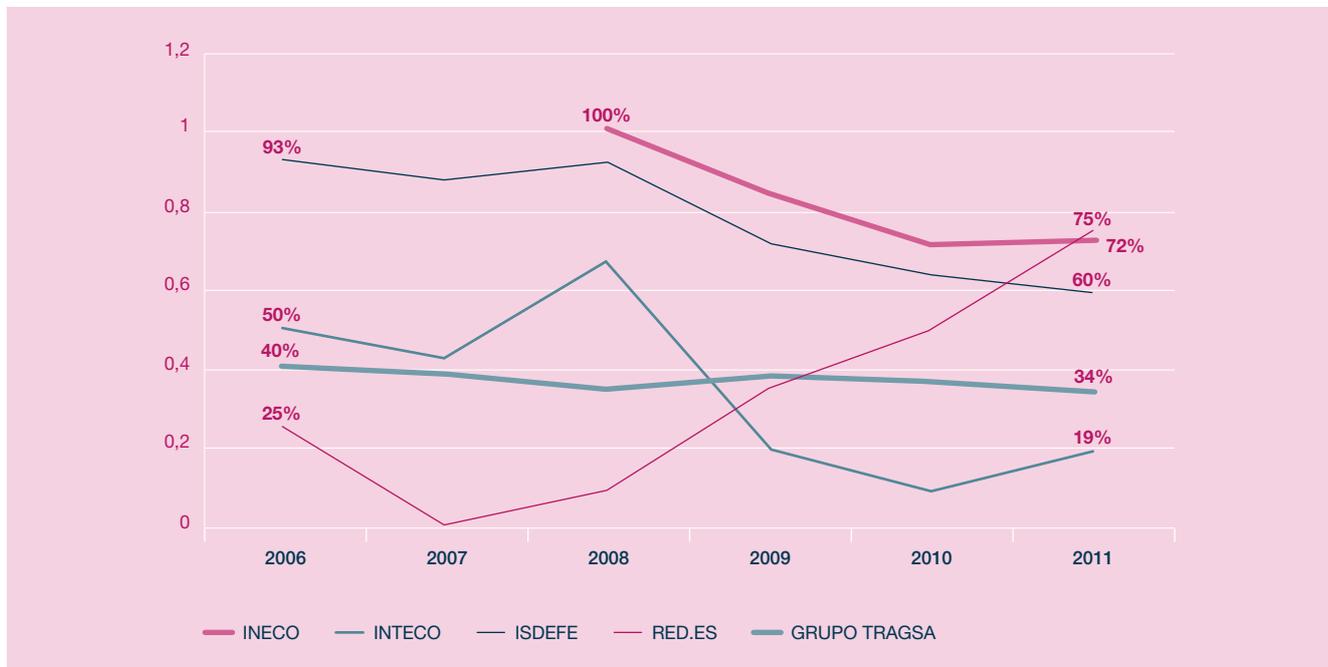
Igualmente, se puede comentar el porcentaje en que los medios propios realizan **actividades para otras entidades vinculadas o dependientes de la AGE, con personalidad jurídica diferenciada de ésta, y por tanto constituyendo poderes adjudicadores distintos**. En este sentido, destaca el caso de INTECO, con más del 40% de las actuaciones realizadas para este tipo de entidades.

⁹¹ En relación con el valor de TRAGSA (37%), debe tenerse en cuenta que esta entidad también es medio propio de las 17 Comunidades Autónomas, cuyas Consejerías de Agricultura y/o Medio Ambiente también pueden solicitarle encargos, y sin embargo, el valor se ciñe a las encomiendas del MAGRAMA.

También ha de destacarse que, en general, **el peso del Ministerio de adscripción como cliente del medio propio varía significativamente en el período considerado**, tal como pone de manifiesto el Gráfico siguiente.

Gráfico 15

Evolución porcentaje de encomiendas realizadas para el Ministerio de adscripción



Fuente: elaboración propia a partir de los datos suministrados por los medios propios.⁹²

Nota: Cálculo sobre el total de actuaciones calificadas como encomiendas de gestión, de cualquier objeto y finalidad, realizadas en el período. Los tamaños muestrales de cada medio propio son: INECO (82), INTECO (44), ISDEFE (598), RED.ES (54) y TRAGSA (14.400). La cifra de INECO no incluye las actuaciones realizadas por sus socios ADIF, RENFE Operadora y AENA.

Se observa que, **con carácter general, este peso ha ido decreciendo** si comparamos el inicio y el final del período, salvo el caso de RED.ES, donde la tendencia ha sido la contraria, y TRAGSA, donde existe un descenso de tal peso, si bien no tan acusado.

La cuestión del control análogo es tratada de forma significativamente distinta en los estatutos de los diversos medios propios, pudiendo surgir en consecuencia situaciones diferenciadas.

Ámbito subjetivo en relación con el cual se concede la condición de medio propio y su extensión a entidades vinculadas o dependientes de la Administración matriz

En el caso de **algunas entidades**, se ha considerado oportuno otorgarle un **ámbito de actuación como medios propios especialmente restringido**. Ejemplos de ello serían, en el ámbito de la AGE, el Consorcio CIBERehd que solo dispone de la condición de medio propio del Instituto de Salud Carlos III; o la Fundación General de la Universidad Internacional

92 INECO únicamente facilitó estos datos a partir del año 2008

Menéndez Pelayo, que sólo dispone de la condición de medio propio respecto de la propia Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

En otros casos, la condición de medio propio se otorga respecto de la **Administración General del Estado como poder adjudicador**. Algunos ejemplos de esta situación serían el caso del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria; el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas; el Consejo Superior de Investigaciones Científicas; o la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda.

Finalmente, **en ocasiones la condición de medio propio se otorga respecto de la AGE y las entidades vinculadas o dependientes de la misma**. Entre otros, éste sería el caso de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, el Instituto Nacional de Consumo, o el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas. Especialmente llamativo es el caso en el que la condición de medio propio se otorgó inicialmente en exclusiva respecto de la AGE, para posteriormente procederse a la modificación de los estatutos de la entidad para que asuma dicha condición también respecto de sus entidades vinculadas y dependientes (sería el caso del Instituto Español de Oceanografía, el Instituto de Salud Carlos III o RED.ES).

En relación con esta última opción, la CNC ya ha manifestado anteriormente que una interpretación finalista del artículo 24.6 TRLCSP no permite considerar que todas las entidades vinculadas a la AGE ostentan un control sobre entidades concretas similar al que ejercen sobre sus propios servicios⁹³.

Por otra parte, el examen de la actividad administrativa pública permite detectar **atribuciones de encomiendas a entidades instrumentales que no ostentan, siquiera formalmente, la condición de medio propio del poder adjudicador**. Esta situación suele presentarse formalmente como un convenio de colaboración entre un poder adjudicador y una entidad de Derecho público o privado cuando, materialmente, se trata de relaciones de aprovisionamiento de carácter contractual. En tales casos, estos llamados convenios no deben eludir la normativa de contratación pública: para recibir el encargo, las entidades encomendatarias deben ser medios propios de las encomendantes. En consecuencia, el requisito de control análogo debería satisfacerse, junto al resto de requisitos.

Encomiendas de gestión a entidades que carecen de la condición de medio propio detectadas por Tribunales autonómicos de Cuentas

La Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias aprobó en 2009 el Informe definitivo sobre la fiscalización del Ente Público de Comunicación del Principado de Asturias y sus sociedades gestoras, ejercicio 2006, en el que se cuestionaban los convenios de encomienda de gestión suscritos por el Ente Público con diversas Consejerías al no contar el Ente Público Televisión del Principado de Asturias, S.A.U. con la condición de medio propio de la Administración Autonómica.

⁹³ Informe sobre la extensión a la entidad RED.ES de la condición de medio propio en relación con las entidades vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, disponible en www.cncompetencia.es.

En este caso, la Administración autonómica no ejercía sobre el Ente un control similar al que ejerce sobre sus propios servicios. Adicionalmente, el ente público no realizaba la parte esencial de su actividad con la Administración del Principado.

En definitiva, cuando el control análogo no se identifica con un verdadero control funcional del poder adjudicador sobre el medio propio, el instrumento de la encomienda no debe utilizarse⁹⁴.

5.1.3 Las competencias de los medios propios

Las funciones y competencias de las entidades instrumentales que tienen la condición de medio propio de la Administración⁹⁵ deben ser acordes con las finalidades de interés general que motivan su existencia.

Si dichas funciones resultan excesivamente genéricas, aumenta el riesgo de encargar encomiendas de gestión por actividades ajenas a la esfera de influencia del medio propio y/o en las que existe suficiente aprovisionamiento privado. Una atribución amplia de facultades puede resultar, por tanto, desproporcionada en relación con el objetivo que subyace a la existencia del medio propio.

Configuración amplia del objeto social

Un ejemplo de la amplitud de las facultades de los medios propios lo constituye el régimen jurídico del Grupo TRAGSA.

Con arreglo a la disposición adicional vigésima quinta del TRLSCP, las sociedades del grupo TRAGSA prestarán, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, determinadas funciones relativas al ámbito agrícola, ganadero, forestal y medioambiental. Las funciones principales de TRAGSA están desarrolladas, con gran amplitud y profusión en el apartado 4 de dicha disposición adicional. Sobre este amplio catálogo, el subapartado i) de dicho artículo 4 incluye la realización de tareas o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.

Además de lo anterior, la referida disposición añade que las sociedades del grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la **planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa.**

⁹⁴ El ámbito de la defensa de la competencia, en el marco del control de concentraciones, ha desarrollado el concepto de control conjunto efectivo, algunos de cuyos elementos cabría aplicar analógicamente en esta materia. En particular, vid. apartados B.II.1 y B.III de la *Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

⁹⁵ O bien su objeto social en el caso de las sociedades mercantiles.

Este riesgo se ve acrecentado por un **reconocimiento genérico en los estatutos de la entidad instrumental de la condición de medio propio en la totalidad de su ámbito competencial**, sin concretar restrictivamente las funciones para las que la entidad podrá asumir dicha condición. Esta configuración genérica del carácter de medio propio facilita que la entidad a la que se otorga tal condición pueda expandir su actividad a ámbitos en ocasiones lejanamente conexos con su ámbito estatutario.

Encomienda de actuaciones no directamente vinculadas con la naturaleza técnica de las competencias del medio propio

Mediante Orden FOM/995/2008 se consideró oportuno que INECO se responsabilizara de la elaboración de un **plan para el control integral de las subvenciones a la formación en relación con el transporte por carretera** del Ministerio de Fomento. La encomienda, que constituía una prórroga de otra encomienda suscrita en 2006, consistía en la realización de las siguientes actividades: estudio, justificación y elaboración de informes correspondientes a acciones formativas; control integral y seguimiento de los cursos; y apoyo administrativo para la preparación de formatos y modelos de justificación y propuesta de mejoras en la redacción de instrucciones, funciones todas ellas para las que podrían existir otros posibles oferentes.

Sin perjuicio de que la enumeración del catálogo de competencias estatutarias del medio propio permita formalmente dicho encargo, estas tareas pueden exceder el área de especialización específica de INECO, que consiste en la ingeniería y consultoría técnica de proyectos de transporte e infraestructura.

En ocasiones, la posibilidad de que surjan estas disfuncionalidades se ha corregido en los estatutos de los medios propios, mediante un **acotamiento de las funciones de la entidad instrumental en relación con las cuales, en particular, podrá actuar como medio propio** y recibir encomiendas.

Otorgamiento de la condición de medio propio al Instituto Nacional de Consumo

El Real Decreto 1681/2009, de 13 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 2950/1975, de 7 de noviembre, por el que se reorganiza el Consejo de Comercio Interior y de los Consumidores y se crea el Instituto Nacional del Consumo, otorga la condición de medio propio y servicio técnico de la AGE al Instituto Nacional de Consumo.

Al delimitar su ámbito competencial, en lugar de señalar, como en otros estatutos de medios propios, que el INC ostentará la condición de medio propio para la realización de todos los trabajos y tareas incardinadas en el ámbito de sus actuaciones que le pudieran ser encomendadas, el artículo 1, más favorable a la competencia, concreta las funciones para las que la entidad puede ser considerada como medio propio de las Administraciones Públicas.

Así, **de las nueve funciones asignadas para el Instituto Nacional de Consumo en el proyecto de Real Decreto se consideró finalmente que solo podría actuar como medio propio para cinco de ellas**, sin que entre ellas se encontrara incluida ninguna función genérica o residual.

5.2

La utilización de la encomienda de gestión

5.2.1 La exigencia de una justificación adecuada

Una vez existe el medio propio, la decisión de su Administración matriz de encargarle una encomienda de gestión puede generar, en su caso, una restricción injustificada a la competencia. **Resulta fundamental, por tanto, asegurar que el recurso a la encomienda está justificado tanto en su necesidad como en su proporcionalidad.**

Este ejercicio excede en gran medida la configuración actual del control a que el **Derecho presupuestario sujeta la utilización de las encomiendas, incluida la verificación de la concurrencia de ciertos requisitos para poder realizarla:**

- A las encomiendas se les aplica el régimen de control interno propio de la Intervención⁹⁶. Desde un punto de vista externo, el Tribunal de Cuentas puede incluir a medios propios entre los entes sujetos a sus programas anuales de fiscalización⁹⁷.
- **Las cautelas del Derecho Presupuestario no están destinadas a asegurar** que la elección del instrumento de la encomienda, siendo posible legalmente, responda en mayor medida **al principio de eficiencia** en la utilización de los fondos públicos que la alternativa de la licitación. **Tampoco tienen como objetivo verificar la concurrencia de cualquier otra posible justificación, ni reducir el riesgo de que la decisión de encomendar impacte negativamente sobre la competencia** en los mercados en que operan los medios propios.

Sin embargo, aunque el TRLCSP pueda no exigir de manera suficientemente explícita **motivar la elección de una encomienda frente a una licitación**

⁹⁶ Así, el artículo 74.5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) establece en su último párrafo: “Con carácter previo a la suscripción de cualquier convenio, contrato-programa o acuerdo de encomienda se tramitará el oportuno expediente de gasto, en el cual figurará el importe máximo de las obligaciones a adquirir, y en el caso de que se trate de gastos de carácter plurianual, la correspondiente distribución por anualidades...”. Por su parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros 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, publicado por la Resolución de 2 de junio de 2008, de la Intervención General de la Administración del Estado, desarrolla los extremos a que se puede extender la fiscalización e intervención previa en caso de encomiendas de gestión.

Tal ACM, establece en su apartado decimoquinto, subapartado segundo, punto primero:

“2. *Encomiendas de gestión previstas en el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público.*

2.1 *Encargo:*

- Que se prevé en los estatutos o norma de creación de la entidad encomendada la condición de medio propio instrumental con el contenido mínimo previsto en el artículo 24.6 de la ley de Contratos del Sector Público.*
- Que existe informe del Servicio Jurídico.*
- Que, en su caso, existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, así como acta de replanteo previo.*
- Que se incorporan los documentos técnicos en los que se definen las actuaciones a realizar así como su correspondiente presupuesto.*
- En el supuesto de que el encargo prevea pagos anticipados, que en el mismo se exige a la entidad encomendada la prestación de garantía suficiente”.*

⁹⁷ De hecho, no es infrecuente que sean objeto de examen en esta sede. Se ofrece un vínculo al extenso programa de fiscalización del Tribunal de Cuentas para el año 2013, que prevé tal examen.

pública con arreglo a criterios de eficiencia económica y de impacto sobre la competencia⁹⁸, cabe exigir una justificación robusta de la encomienda partiendo de las previsiones normativas:

- En primer lugar, de forma general en los principios de funcionamiento de la Administración Pública⁹⁹.
- Por otro lado, el artículo 1 TRLCSP, es aplicable con carácter subsidiario, a las relaciones excluidas de la norma según el artículo 4.2 de dicho texto legal¹⁰⁰. Este artículo contiene principios informadores aplicables a la justificación de una encomienda sobre una licitación pública¹⁰¹.
- En tercer lugar, en el ámbito de la AGE, el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el **Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas**, establece en su artículo 138, relativo a los principios generales del patrimonio público empresarial, que

“La Administración General del Estado y sus organismos públicos, en cuanto titulares del capital social o de los fondos propios de las entidades que componen su patrimonio público empresarial, perseguirán en sus actuaciones, entre otros fines, promover la eficiencia y economía en la gestión de las sociedades o entidades, y no falsear la competencia, evitando distorsiones en el mercado derivadas de la actividad

98 Los apartados 1, 2 y 3 (este último por remisión al 2) del artículo 24 TRLCSP exigen ponderar la eficiencia al utilizar encomiendas de obras, fabricación de bienes y prestación de servicios por relación con un porcentaje de rebaja sobre el precio que se obtendría mediante la celebración de un contrato. Por ejemplo, en relación con las obras, se permite la autoprestación (en su caso mediante encomiendas de gestión) cuando la administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 % del importe del presupuesto del contrato; este porcentaje es del 30% en el caso de suministros y servicios.

Sin embargo, estos mismos preceptos exceptúan de la obligación de sujetarse a tales porcentajes cuando la autoprestación implique una mayor celeridad en su ejecución, debiendo justificarse, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma. Igualmente, otros apartados de ese mismo precepto restan efectividad a tal supuesto. Por ejemplo, el apartado 1.a establece que, cuando la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, este sistema de ejecución será el que deba utilizarse “normalmente”. Todo ello elimina, de facto, cualquier obligación legal de justificación rigurosa sobre la eficiencia o el daño a la competencia en el mercado.

En todo caso, por indicación expresa de la Disposición Final Segunda apartado 3 del TRLCSP, los apartados 1 a 5 del artículo 24 de dicho Texto Refundido (a diferencia del apartado 6), no tienen carácter básico, con lo que las Comunidades Autónomas podrían establecer otra cosa en su normativa propia.

99 De una manera más general, estos principios de funcionamiento también están consignados, al nivel de la AGE, en el artículo 4.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en particular en sus subapartados a), eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, b), eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, y e), racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.

100 2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

101 Estos principios serían: la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; y el aseguramiento, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, de una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

empresarial con las especificidades aplicables a las obligaciones de servicio público”.

Esta justificación, exigible a partir de las normas aplicables, resulta particularmente necesaria a tenor del **incentivo que se deriva de la existencia del medio propio**, sumado al **grado de vinculación institucional de los medios propios** con respecto a sus poderes adjudicadores de adscripción¹⁰². La existencia del medio propio y la vinculación institucional resultarían en un fuerte incentivo de preferencia por la encomienda de gestión como método de aprovisionamiento de bienes y servicios.

La vinculación institucional entre poder adjudicador y medio propio

Un elemento de interés es **la identidad entre la composición de los órganos de toma de decisiones de los medios propios y los puestos de responsabilidad de los Ministerios**, en particular mediante la presencia en el Consejo de Administración¹⁰³.

La CNC aprecia que, en los casos estudiados, la mayoría de los consejeros de los medios propios están vinculados al Ministerio de adscripción: en INECO, 11 de los 14 consejeros pertenecen al MFOM o a bien a sus socios AENA, ADIF y RENFE-Operadora; en INTECO, la totalidad de ellos están vinculados al Ministerio de Industria, en RED.ES, 8 de los 15 vocales están vinculados al MINETUR; en TRAGSA, 10 de los 14 consejeros están vinculados al MAGRAMA¹⁰⁴, en ISDEFE, al menos 9 de los 15 consejeros son militares o vinculados al MDEF¹⁰⁵.

Para ilustrar cómo debe realizarse dicha justificación, a continuación:

- Se analizará la validez de algunas de las explicaciones que normalmente motivan la utilización de encomiendas de gestión como instrumento de aprovisionamiento de bienes y servicios por las Administraciones Públicas.
- Se mencionarán algunos casos en los que dicha justificación no es sostenible, en su necesidad o en su proporcionalidad.

5.2.2 Análisis de las posibles motivaciones de la encomienda

5.2.2.1 Encargos por licitaciones desiertas

La CNC ha constatado que en ocasiones las encomiendas de gestión se realizan una vez se ha desarrollado una licitación para el aprovisionamiento, y

¹⁰² O más ampliamente, en los casos estudiados, la AGE como poder adjudicador.

¹⁰³ Esta constatación es sin perjuicio del reconocimiento de la relación jerárquica del Ministerio sobre el medio propio; aspecto, de hecho, configurador de la naturaleza de tal relación a través del requisito del control análogo.

¹⁰⁴ Lo que plantea, en otro orden de cosas, la cuestión del verdadero control análogo que ostentan sobre TRAGSA los poderes adjudicadores distintos de la AGE para los que aquélla es medio propio.

¹⁰⁵ Hasta el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, tal número era de 17 consejeros.

ésta ha quedado desierta. El TRLCSP reconoce esta posibilidad en su artículo 24.6 in fine, que recoge la prohibición legal de los medios propios de participar en licitaciones públicas convocadas por sus poderes adjudicadores; sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de dicha prestación.

En tales casos, el recurso a la encomienda de gestión está perfectamente justificado¹⁰⁶, siempre que las condiciones de la encomienda no modifiquen las de la licitación original, puesto que podrían ser aquéllas las que dieron lugar a que la licitación quedase desierta.

5.2.2.2 Menor precio y mejor calidad

Cuando se constate que un determinado encargo puede ser satisfecho por un medio propio, de manera inequívoca, en condiciones más ventajosas que las de mercado, **la utilización de la encomienda resultaría congruente** con el principio de eficiencia que debe presidir la actuación del sector público **y, en consecuencia, justificada en su necesidad.**

No obstante, el poder adjudicador debe valorar los riesgos dinámicos para la eficiencia que supone el mecanismo de la encomienda, inherentemente restrictivo de la competencia por las razones explicadas en el apartado IV de este informe. En consecuencia, **si ésta fuese la causa de la encomienda, se debe exigir una justificación rigurosa que incorpore el análisis de mercado realizado y, en caso de que la decisión se base en la calidad de las prestaciones ofrecidas por el medio propio, motive la singularidad que le hace idóneo para desarrollar sin competencia la prestación.**

Mejores condiciones de prestación como criterio de elección de la encomienda sobre el contrato

La información recopilada por la CNC referente a encomiendas de gestión de determinados medios propios en el sector de la consultoría y sus Ministerios de adscripción es evidencia indiciaria de que éste no sería, en estos casos, el motivo fundamental por el que se recurre a la encomienda,

Así, **ninguno de los cuatro Ministerios consultados expresamente sobre los criterios en que fundaban dicha elección manifestó directamente que el precio o la calidad de los aprovisionamientos resultasen un elemento fundamental a la hora de esta decisión;** ni que los resultados a tal respecto resultasen superiores a aquellas prestaciones satisfechas mediante licitación pública.

De manera indirecta, sin embargo, los Ministerios consignan que la **especialización, conocimientos o experiencia de los medios propios** constituyen elementos importantes de

¹⁰⁶ Sin perjuicio de que existan otras opciones legales recogidas en el TRLCSP, como la posibilidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad (art. 170c). Ésta es su redacción literal: "c) cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de la Unión Europea, si ésta así lo solicita."

cara a decidir el encargo de una encomienda, todo lo cual permite garantizar, a juicio de los Ministerios, el adecuado cumplimiento de las instrucciones impartidas.

El MINETUR manifiesta que tal especialización permite mantener un cierto nivel de conocimiento de las tareas encomendadas en el ámbito del medio propio, reduciendo costes de cambio derivados del aprendizaje, soportados en última instancia por la Administración demandante cuando se trata de contratos de servicios.

5.2.2.3 Menor plazo en la ejecución

Una de las razones más comúnmente aducidas por los poderes adjudicadores para justificar la preferencia de la encomienda frente al procedimiento de licitación pública sería la rapidez y comodidad, especialmente cuando la acción a realizar tiene carácter de urgencia. La principal consecuencia práctica de esta mayor agilidad sería un acortamiento en el plazo de ejecución de la prestación desde que se decide el aprovisionamiento por parte del órgano de contratación.

Éste puede ser un elemento de decisión importante para el poder adjudicador al ponderar las ventajas e inconvenientes de la encomienda, en particular en la medida en que exista una urgencia o emergencia reales en satisfacer el encargo encomendado.

Debe no obstante indicarse que **esta mayor rapidez no implica inmediatez**, ya que **en la tramitación deben desarrollarse muchas de las actuaciones, técnicas, jurídicas o presupuestarias, presentes en un expediente de contratación pública**. Por ejemplo, la definición del objeto del encargo mediante la elaboración del pliego de prescripciones técnicas, la justificación de la necesidad a satisfacer, o la cumplimentación los requerimientos de control de gasto público¹⁰⁷. **Las diferencias entre ambos procedimientos estriban, casi únicamente, en el tiempo que suponen los trámites dedicados específicamente a la selección del contratista en las licitaciones públicas.**

Tiempos de tramitación de encomiendas y contratos de consultoría

A partir de la información obtenida por la CNC a partir de las solicitudes de información formuladas a los Ministerios de adscripción de INECO, TRAGSA, RED.ES, INTECO e ISDEFE, se constata que **la tramitación del expediente**, a partir del momento en que el órgano de

¹⁰⁷ Esencialmente: certificado de existencia y retención de crédito; propuesta de gasto del órgano encomendante; fiscalización previa de la intervención; aprobación del gasto y adopción del acuerdo de encomienda, que inicia el procedimiento de ejecución del gasto; compromiso de gasto; actos de registro y, finalmente, la notificación del encargo. Algunos de estos actos pueden ser acumulables cuando la naturaleza de la operación o gasto así lo permitan,

contratación decide el aprovisionamiento¹⁰⁸, **puede resultar más breve en el caso de la encomienda que en el de la contratación pública**, en particular si el procedimiento es abierto o restringido.

El Gráfico siguiente muestra los datos relativos a la diferencia media, expresada en días, entre el anuncio de licitación del contrato y la adjudicación del mismo para los contratos de consultoría de los diferentes Ministerios según consta en la información pública disponible, en relación con los contratos de consultoría que estos Ministerios remitieron a la CNC.

Gráfico 16

Período medio, en días, entre el anuncio de licitación y la fecha de adjudicación de contratos de consultoría por Ministerios



Fuente: elaboración propia basada en la información obrante en la Plataforma de Contratación del Estado en relación con contratos de consultoría consignados por los Ministerios en respuesta a la solicitud de información de la CNC. Los tamaños muestrales de cada Ministerio son: MAGRAMA (49), MFOM (7), MDEF (3) y MINETUR (28)

108 De acuerdo con la información suministrada por los Ministerios:

- En el MAGRAMA la propuesta de realización de una encomienda corresponde a las Direcciones Generales, la autorización depende del presupuesto de la misma en función de la orden de delegación de competencias de cada momento. Se informa en todo caso por la Subsecretaría.
- En el MINETUR la propuesta de encomienda se gestiona normalmente por las subdirecciones generales. La decisión y autorización suele corresponder a los Secretarios de Estado, Secretarios Generales o al Subsecretario, en función de la materia. El Consejo de Ministros aprueba aquellas superiores a los 12 millones de euros.
- En el MDEF, los responsables de los órganos que tienen las necesidades de aprovisionamiento plantean las mismas y elaboran una propuesta de contratación o en su caso encomienda que remiten al órgano de contratación correspondiente. Los órganos de contratación desconcentrados o delegados del Ministerio de Defensa autorizan la realización de estas actuaciones. Desde 1 enero de 2011 el Secretario de Estado se reserva la competencia de dictar la Orden de Proceder (orden de iniciación del expediente) en todos aquellos negocios jurídicos se celebren con aquellas entidades que tengan la consideración de medios propios o servicio técnico, sin límite de cuantía (encomiendas).
- En el MFOM, las propuestas se realizan desde las distintas Subdirecciones Generales o centros interesados y la decisión le corresponde al Órgano de Contratación que tenga las competencias en función de las cuantías. La competencia para aprobar y formalizar las encomiendas de gestión está atribuida al titular del Departamento.

De manera agregada puede concluirse que el **tiempo transcurrido entre que surge la necesidad** de realización de una determinada actividad de consultoría en un Ministerio **y la adjudicación de ese contrato a una empresa es, en media, superior a 3 meses.**

En consecuencia, la **rapidez en la solicitud y ejecución de las encomiendas puede suponer una ventaja de la utilización de la encomienda frente al contrato público.**

Lo anterior es consistente con el hecho de que **todos los Ministerios consultados por las razones para encargar encomiendas de gestión a sus medios propios consignaron expresamente la rapidez, sencillez y agilidad** en la instrumentación de las mismas como motivo de peso en tal decisión.

No obstante, a la hora de valorar el impacto que esta variable tiene en la ponderación de las ventajas e inconvenientes de tal elección, lo anterior debe complementarse con el **grado de urgencia real con que se necesita el encargo encomendado.**

TRAGSA es un medio propio que no solo realiza actividades de consultoría o planificación técnica sino también ejecuciones de emergencia de obras y trabajos físicos relacionados con el medio rural o forestal. Según información pública disponible, el 1,8% de las actuaciones de TRAGSA se debieron a razones de emergencia en 2011, y el 1,7% en 2010¹⁰⁹

5.2.2.4 Mayores facilidades de pago

A pesar de que, presupuestariamente, el procedimiento de pago de las encomiendas de gestión está sujeto a trámites similares al de los contratos públicos¹¹⁰, resulta pertinente indagar si, desde el punto de vista de la práctica administrativa, existen diferencias que puedan motivar el recurso a las encomiendas por parte de los Ministerios.

Ello porque una de las posibles preferencias de las Administraciones por las encomiendas de gestión para aprovisionarse podría residir en que las **condiciones y plazos de pago aplicadas** por la Administración **a los medios**

¹⁰⁹ Disponible en la Memoria anual de TRAGSA 2011, página 9: www.tragsa.es/SiteCollectionDocuments/Responsabilidad%20Social%20Empresarial/Informe%20Anual%202011.pdf .

¹¹⁰ Los requisitos serían: 1) reconocimiento de la obligación mediante la cuenta justificativa, 2) liquidación, 3) posibilidad de abonos a cuenta, 4) reconocimiento y comprobación de la ejecución, 5) ordenación del pago.

propios fuesen **más flexibles** y con plazos superiores que con los proveedores privados¹¹¹.

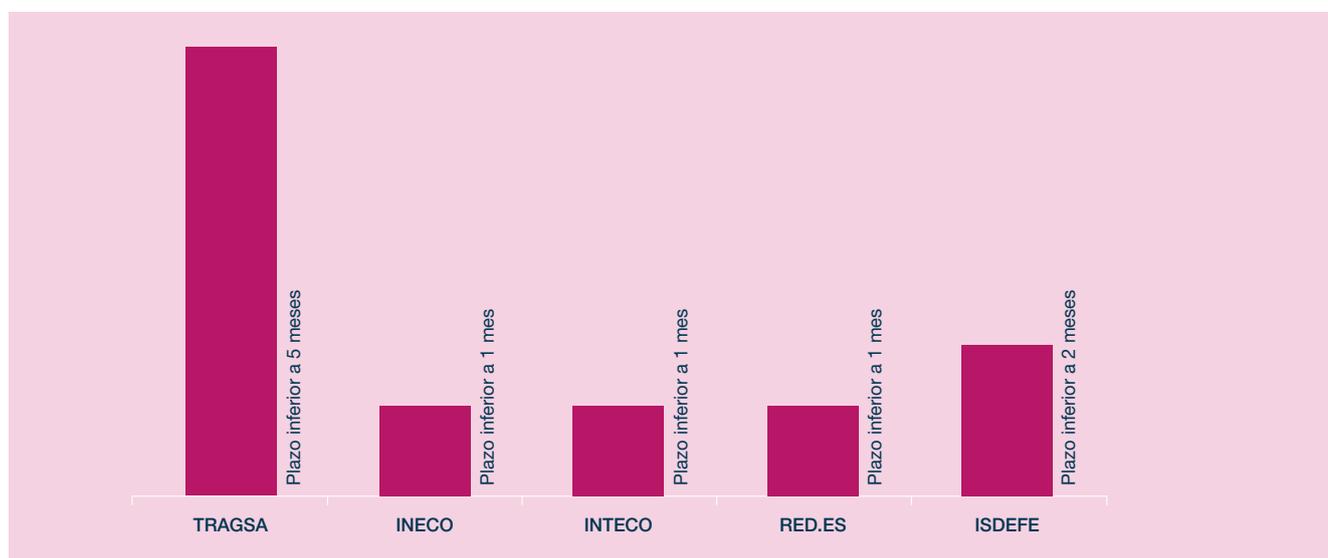
Los plazos de pago en las encomiendas

Sin perjuicio de que ninguno de los Ministerios analizados consignó expresamente que las facilidades en el pago a los medios propios por encomiendas fuesen mayores, desde el punto de vista del poder adjudicador, que las relativas a los adjudicatarios de las licitaciones, la CNC solicitó información a los medios propios analizados expresamente sobre este punto. El objetivo fue apreciar si en la práctica, en las encomiendas y licitaciones, difieren los plazos reales de abono desde que la obra, bien o servicio se entienden ejecutados.

El Gráfico nº 17 muestra la información obtenida a este respecto.

Gráfico 17

Período Medio de cobro de medios propios por encargos públicos en 2011



Fuente: información suministrada por medios propios. En el caso de TRAGSA y RED.ES, la información se refiere a la totalidad de sus clientes públicos; en el caso de INECO e INTECO; exclusivamente a Ministerios; ISDEFE no especifica.

111 Si bien las facilidades de pago para los Ministerios normalmente consistirán en diferir el pago de la prestación en el sentido indicado, también les puede resultar conveniente en ocasiones el desembolsar anticipadamente parte del pago, por ejemplo por razones de ejecución presupuestaria. A este respecto, destaca el hecho de que la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, ha modificado el artículo 47 de la Ley General Presupuestaria, estableciendo que no podrá efectuarse el desembolso anticipado de las aportaciones comprometidas en virtud de convenios de colaboración y encomiendas de gestión con carácter previo a la ejecución y justificación de las prestaciones previstas en los mismos, sin perjuicio de lo que puedan establecer las Leyes especiales aplicables

De acuerdo con la Disposición Final Décima Cuarta de dicha Ley 17/2012: "No obstante lo anterior, el acreedor de la Administración, en los términos que se determinen en el convenio de colaboración o encomienda de gestión, podrá tener derecho a percibir un anticipo por las operaciones preparatorias que resulten necesarias para realizar la actuaciones financiadas hasta un límite máximo del 10 por ciento de la cantidad total a percibir. En tal caso, se deberán asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía salvo cuando el acreedor de la Administración sea una entidad del sector público estatal o la normativa reguladora del gasto de que se trate establezca lo contrario".

Así, de los medios propios seleccionados, INECO e ISDEFE, con un periodo medio de cobro cercano al mes después de la ejecución, serían los medios propios cuyo plazo más se asemejaría [...] al plazo máximo de pago que con carácter general establece el artículo 216.4 TRLCSP para los contratos públicos. ISDEFE consigna además que la práctica de 2011 supone una bajada en el plazo en relación con el resto del período, cuando el plazo medio de cobro fue de 60 días. INTECO y RED.ES presentan en media para ese año un plazo sustancialmente inferior a los 30 días [...] debido a que según la operativa de dichas entidades muchas de las encomiendas se retribuyen mediante anticipos de caja de los encomendantes. El caso de TRAGSA difiere sensiblemente, al superar este plazo los 4 meses [...] en media para 2011. Debe tenerse en cuenta en todo caso que la información del Gráfico se refiere exclusivamente al año 2011 y que para el resto del período 2006-2010 los datos de TRAGSA se sitúan en la órbita de los 90 días.

En consecuencia, en general y salvo este último caso, a tenor de la información disponible **no puede considerarse que la Administración esté relajando estos plazos de manera sustancial en relación con la obligación general para los contratos públicos**, actualmente vigente con arreglo al artículo 216.4 TRLCSP, de pagar en los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Mucho menos si consideramos que, en tal ejercicio 2011, existía un régimen transitorio que cifraba dicho período en 50 días¹¹².

Lo anterior, que indicaría que **los Ministerios no obtendrían ventajas económico-financieras derivadas del diferimiento del pago a los medios propios**, es consistente por lo manifestado por los propios Ministerios, a solicitud de la CNC, en relación con los períodos medios de pago a sus diferentes clientes. [...].

Finalmente, cuando los medios propios han suministrado datos a tal respecto, **tampoco** puede apreciarse que **los plazos de cobro por encomiendas de gestión sean superiores** a los que experimentan dichos medios propios en relación con sus **clientes privados** y en su caso internacionales. En el caso de INECO, este último período sería 190,4 días de media, y en el de INTECO, 58,8.

5.2.2.5 Complejidad del encargo

Otro de los elementos relevantes en la decisión pública de aprovisionamiento mediante encomiendas de gestión puede ser **la complejidad del encargo**, bien desde el punto de vista técnico, bien porque concurren una pluralidad de prestaciones relacionadas entre sí. En estos casos, tal complejidad se suele corresponder con un plazo de ejecución largo y con una retribución de la encomienda elevada.

En opinión de la CNC, la Administración matriz debe ser muy cuidadosa con la justificación de la encomienda en atención al motivo de la complejidad. Sería recomendable atender al valor diferencial que aporta el medio propio, y confrontarlo en todo caso con el potencial daño a la competencia. La restricción de la competencia que supone la encomienda de gestión puede potenciarse

¹¹² Disposición Transitoria octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

adicionalmente si, en primer lugar, el encargo consiste en una suma de prestaciones poco conectadas entre sí o que podrían desarrollarse de manera independiente; o si, en segundo lugar, existe una mera habilitación marco, poco concreta en cuanto al contenido de las prestaciones y prolongada en el tiempo, que permita posteriormente ir precisando encargos individuales.

Por otra parte, es difícil que en relación con encargos de carácter especialmente complejo concurren a la vez los elementos de urgencia e imprevisibilidad que legitiman de una manera más inmediata la actuación del medio propio.

La complejidad del encargo y los medios propios: cuantía económica del encargo y horquillas de facturación

La información recabada por la CNC a partir de los datos aportados por los distintos Ministerios y medios propios apunta la importancia que la complejidad del encargo tendría, al menos formalmente, como determinante de la decisión de encargar encomiendas de gestión.

Algún Ministerio (en concreto MINETUR) contestó a la CNC en este sentido, consignando entre las razones para encargar una encomienda que, cuando existe una pluralidad de objetos a conseguir, la tramitación de los mismos en una única encomienda, permite una mejor coordinación de los resultados perseguidos. Igualmente, MAGRAMA destaca, como cuestión relacionada con lo anterior, la flexibilidad para adaptar la gestión de los trabajos a realizar a las necesidades del Órgano de Contratación, elemento que cobrará mayor importancia en encargos de cierta complejidad.

En principio y no existiendo información cualitativa de la complejidad relativa de las encomiendas, se podría considerar que los encargos más complejos y con pluralidad de objetos a conseguir se corresponderán habitualmente con una mayor facturación¹¹³.

En este sentido, a partir de la información recibida cabe plantear **si existe algún patrón en la elección por parte de los Ministerios de la encomienda o la licitación en atención a la cuantía económica del encargo.**

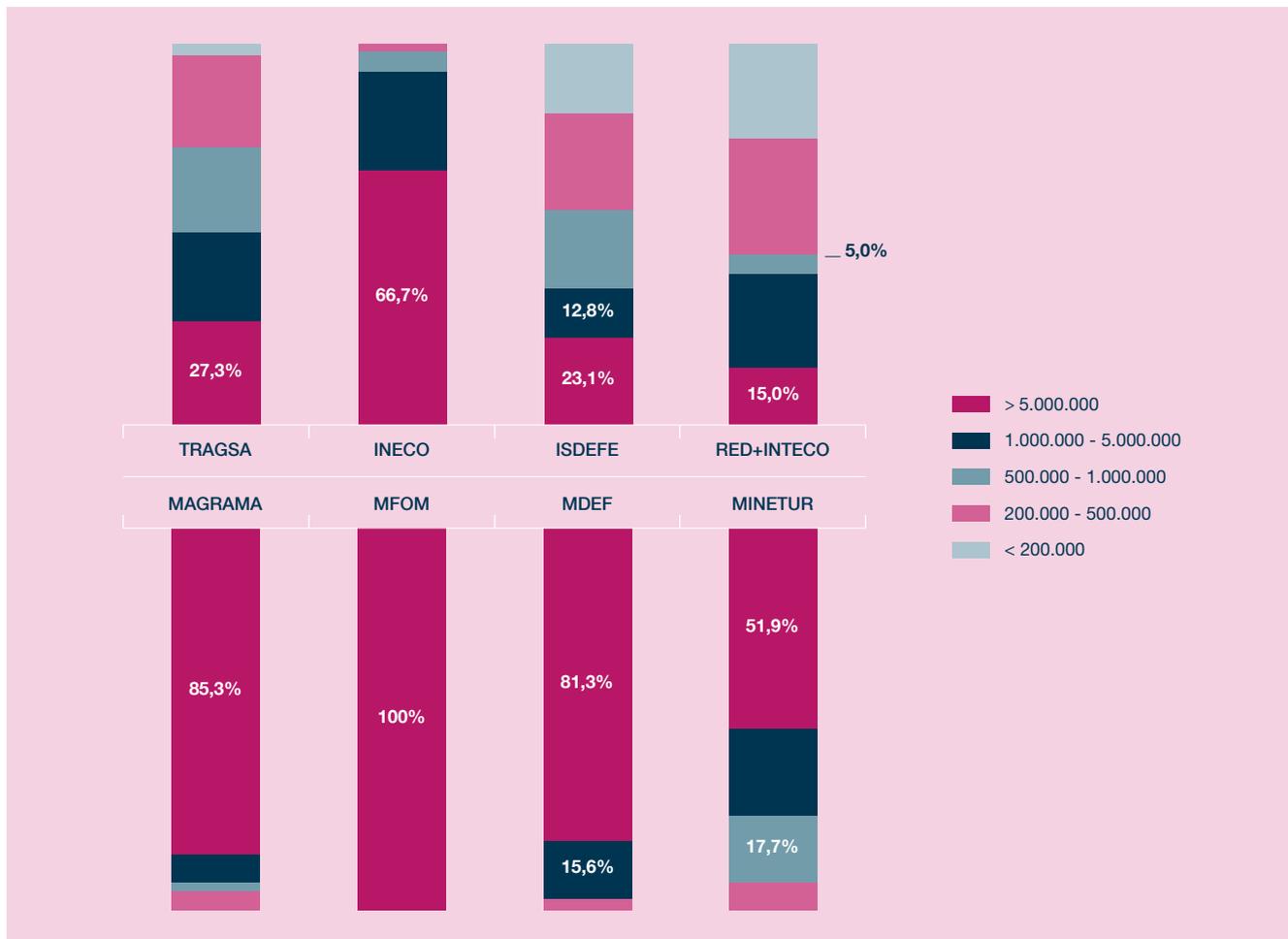
A través de la distribución por horquillas de facturación de los contratos y de las encomiendas de consultoría proporcionadas, que sintetiza el Gráfico nº 18, es posible indicar indiciariamente que, para la muestra estudiada, **en el período 2006-2011, el porcentaje de proyectos de mayor cuantía (por encima de los 200.000 euros) y, en principio, más complejos es superior en las encomiendas asignadas a los medios propios respectivos que en los contratos licitados por los Ministerios de adscripción.** El gráfico muestra simultáneamente:

- La distribución de las encomiendas de consultoría realizadas por medios propios por encargo de su Ministerio de adscripción, según horquillas de facturación;
- Los contratos celebrados por los Ministerios de adscripción de esos medios propios con operadores privados tras una licitación.

113 En sentido contrario, si fuesen operaciones de aprovisionamiento de gran volumen económico pero, sencillas, por ejemplo, adquisiciones de un gran volumen de productos homogéneos, sería más difícilmente justificable que no fuese económicamente y administrativamente más conveniente que la administración encomendante acudiese a la licitación.

Gráfico 18

Distribución de encomiendas y contratos de consultoría por horquillas de facturación. Período 2006-2011



Fuente: elaboración propia con base a los datos aportados por medios propios y Ministerios en relación con encomiendas que incluyen encargos de consultoría. Los tamaños muestrales son: TRAGSA (128); INECO (54); ISDEFE (39); RED.ES+INTECO (20); MAGRAMA (163); MFOM (46); MDEF (32); MINETUR (79).

Nota: Únicamente se resaltan los porcentajes de aquellas horquillas de facturación en las cuales, para el mismo rango, la proporción de contratos celebrados por el Ministerio, en relación con el total de contratos de su muestra, es superior a la de encomiendas realizadas por el medio propio con que se compara, en relación con el total de encomiendas de su muestra.

En lo que respecta a los Ministerios, las licitaciones inferiores a 200.000 euros suponen más de la mitad de contratos de la muestra; destacando MFOM cuya totalidad de la muestra de contratos de consultoría son inferiores a 200.000 euros y MAGRAMA, con el 85,3%. En los medios propios, la proporción de encomiendas menor de 200.000 euros, a excepción del caso de INECO, no llega en ningún caso al 66,7%¹¹⁴. Por el contrario, facturaciones superiores a 200.000 euros son, en términos generales, porcentualmente superiores en encomiendas del medio propio que en contratos del Ministerio.

Adicionalmente la **diferencia es especialmente destacable en la proporción de encargos por encima del millón de euros**. En las encomiendas de la muestra, suponen el 55% del número total para RED.ES e INTECO, considerada conjuntamente; el 43,6% para ISDEFE; el 1,9% de INECO y el 26,6% de las encomiendas de TRAGSA.

114 La que más se aproxima en el período estudiado es TRAGSA con el 27,3%.

En definitiva, y sin perjuicio del carácter limitado de la muestra disponible en relación con el universo de encomiendas y licitaciones de estos medios propios y Ministerios, y con la distribución real de los elementos de dicho universo, los datos indicarían indiciariamente que **el peso económico, el tamaño y la complejidad técnica y temporal del encargo incidiría en la decisión de los poderes adjudicadores de aprovisionarse mediante encomiendas de gestión a medios propios frente a la alternativa de contratar con operadores privados.**

5.2.2.6 Descongestión a la Administración de tareas de gestión o administrativas de cierta complejidad

Otra de las razones que parece subyacer al encargo de encomiendas de gestión es la descarga a los poderes adjudicadores de funciones que en principio corresponde a ellos desarrollar, dentro de la gestión de las competencias que les son propias.

Si se pretende aprovechar la disponibilidad de un medio propio para externalizar funciones o parte de ellas, **debe atenderse en primer lugar a la naturaleza de tales funciones.** Si implican el ejercicio de potestades públicas, deberán ser necesariamente desarrolladas por organismos de naturaleza administrativa, cuyo objeto permita tal ejercicio, y no empresarial o mercantil. Ello imposibilita la encomienda en estos últimos casos.

Resultará más común que esas tareas de asistencia no impliquen directamente el ejercicio de potestades públicas como tal, y lo que exista sea una imposibilidad, o inconveniencia, de que el poder adjudicador en cuestión destine los recursos integrados en sus estructura orgánica a desarrollar alguna tarea, o parte de ella, de carácter accesorio o instrumental al ejercicio de las competencias y potestades públicas atribuidas.

Una vez decidido lo anterior, la opción de la encomienda existirá como una más de las posibles para satisfacer la necesidad de aprovisionamiento, junto con la adjudicación de la misma a un operador privado previa licitación.

Por tanto, **normalmente esta justificación, en sí misma, no parece suficiente para motivar el ejercicio de la encomienda, debiendo ir acompañada de otras.**

Insuficiencia de medios personales y materiales del poder adjudicador

En sus contestaciones a la CNC sobre las motivaciones que les conducían a encargar encomiendas, diversos Ministerios resaltaron tal elemento. En particular, MINETUR destaca la insuficiencia de medios personales y materiales ante determinadas actuaciones que por su volumen, complejidad o especialización requieran contar con la asistencia de estas Entidades.

MFOM destaca que, cuando no resulta posible contar con recursos propios para desarrollar la actuación, las encomiendas permiten realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus medios propios sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios.

5.2.3 Problemas encontrados en relación con la justificación de las encomiendas

El catálogo de posibles explicaciones al uso de encomiendas de gestión por parte de los poderes adjudicadores que se ha expuesto muestra, en primer lugar, **que no cualquiera de estas razones puede valer por sí sola como justificación** a la utilización de la encomienda frente al instrumento de la contratación pública; en segundo lugar, que cuando sí sea el caso, **tampoco cabe una remisión automática** a tal razón sino que deben valorarse las circunstancias concretas del supuesto.

En definitiva, la decisión de optar por una encomienda deberá vincularse a que existan las circunstancias para que la prestación se desarrolle más rápido, o de manera más satisfactoria que frente a la licitación, y, de existir tales ventajas, a confrontarlas con el daño que se inflige a la competencia, incluso desde un punto de vista dinámico.

Es importante que esta justificación por parte del poder adjudicador sea rigurosa y huya de las generalidades, ajustando su valoración al caso concreto.

A continuación se ponen de manifiesto algunos problemas particulares en tal sentido.

5.2.3.1 La demanda a satisfacer y la idoneidad del medio propio

El primer aspecto que se ha de justificar rigurosamente es **la necesidad de la prestación a contratar**, y ello a partir de la propia exigencia legal. La normativa de contratación no establece expresamente tal obligación en relación con las encomiendas de gestión. Sin embargo, el artículo 22 TRLCSP, sobre necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, que resulta aplicable supletoriamente a las encomiendas de gestión¹¹⁵, establece que **la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión**, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria.

En consecuencia, **no resultan aceptables justificaciones insuficientes** de tal necesidad e idoneidad, **o configuraciones imprecisas del objeto de la encomienda**, situación sobre la que los distintos Tribunales de Cuentas han llamado repetidamente la atención.

Encomiendas de gestión fiscalizadas por la Cámara de Cuentas de Andalucía

La Cámara de Cuentas de Andalucía elaboró en julio de 2012 el documento “Análisis del capítulo II Gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto de gastos de la Junta de Andalucía: especial referencia al SAS” un estudio sobre las encomiendas de gestión realizadas por diversas Consejerías y organismos de la Comunidad Autónoma. En concreto, la muestra seleccionada correspondía a **21 encomiendas realizadas a lo largo del año 2010** por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social (17), la Consejería de Educación (4), la Consejería de Gobernación y Justicia (2) y el Servicio Andaluz de Salud (1), correspondiendo el importe global de las mismas a un total de 6.972.080,82 euros.

¹¹⁵ En atención al artículo 4.2 del mencionado texto legal.

La Cámara señaló, entre otras incidencias, que la justificación de la necesidad o conveniencia de la realización de los trabajos encomendados **resultaba excesivamente escueta** en todos los casos **y no presentaba razones argumentativas suficientes que justificaran la utilización** de la figura de la encomienda de gestión.

Un segundo elemento a justificar es la **idoneidad de la encomienda como instrumento para satisfacer la prestación**, frente a la contratación de prestadores privados. Ello se puede considerar obligatorio para el poder adjudicador en atención al artículo 109 TRLCSP que establece en su apartado 4 que en el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento.

Es éste el elemento, y no la mera existencia de la necesidad a satisfacer, que establece el nexo causal entre el objetivo (la satisfacción de dicha necesidad) y el instrumento (la encomienda). Sin embargo, en ocasiones tal explicación se obvia o meramente se reconduce al encaje del objeto del encargo dentro del catálogo de funciones del medio propio.

Encomiendas de gestión del Ministerio de Defensa a TRAGSA para la construcción de polígonos de combate

El Ministerio de Defensa encargó la realización a TRAGSA de sendas encomiendas de gestión para la construcción de un polígono de combate en Zaragoza y Albacete, por importes de 1.355.000 € y 429.999 euros respectivamente. Las encomiendas **se justificaron en base a la circunstancia de que la actuación desarrollada suponía una alteración de las condiciones medioambientales de la zona**.

El vincular tal circunstancia a la elección de la encomienda frente a la licitación pública implicaría la posibilidad de que a TRAGSA se le encomendara, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, cualquier actuación que consistiera en la realización de cualquier tipo de trabajo de construcción o infraestructura, en la medida en que cualquier obra, por regla general, supone una incidencia, al menos mínima, en las condiciones medioambientales de la zona.

El Tribunal de Cuentas, partiendo de este razonamiento, concluyó en un informe de fiscalización en 2012 que resultaba cuestionable que las encomiendas de gestión mencionadas tuvieran cobijo en las funciones que TRAGSA podía prestar, y que **no se encontraba debidamente justificada la adjudicación de las obras a TRAGSA por la vía de la encomienda de gestión**, sustrayéndolas de la posibilidad de someter a concurrencia competitiva la realización de las mismas.

La justificación, por tanto, debe trascender la mera acreditación de la existencia de la necesidad a satisfacer, o la posibilidad de que el medio propio desarrolle tal encargo de acuerdo con su configuración estatutaria de funciones.

5.2.3.2 La subcontratación

La subcontratación también puede revelar si la causa justificativa de la encomienda es la que se arguye por parte del órgano de contratación, en particular en lo relacionado con la garantía de calidad, experiencia y capacitación del medio propio para ejecutar el encargo. De esta manera:

- Si la prestación se subcontrata en su totalidad o en una gran parte, la fuerza de estas razones como justificación se diluye en el caso particular.
- Si un medio propio subcontrata en gran proporción una parte considerable de las encomiendas que recibe, podría incluso cuestionarse la motivación de la existencia del medio propio.

La posibilidad de que los medios propios subcontraten parcialmente determinadas tareas, incluso si resultan necesarias para la ejecución de la prestación principal, responde a la conveniencia de que las entidades instrumentales puedan gestionar de manera eficaz la ejecución de la prestación en su globalidad, en caso de que no cuenten con los medios para desarrollar una parte de la misma.

Es esta la razón por la que el **TRLCSF contempla esta posibilidad, la cual, no obstante, no limita suficientemente**¹¹⁶. Esta norma regula de manera sustancialmente diferente el supuesto de colaboración de la Administración con empresarios particulares, del de subcontratación por parte de medios propios¹¹⁷. Así, para el primer caso, el artículo 24, apartados 1 a 3, impone un límite máximo, en valor, a la prestación que puede ser desarrollada en colaboración con empresarios particulares: en el caso de obras 5 millones de euros y en el caso de suministros y servicios los umbrales que precisamente se establecen para considerar los contratos públicos de esta naturaleza sujetos a regulación armonizada de acuerdo con los artículos 16 a 17 TRLCSF.

Sin embargo, el TRLCSF **no contempla umbrales, ni absolutos ni relativos, a la subcontratación que puedan desarrollar los medios propios en ejecución de sus encargos**¹¹⁸.

Sin perjuicio de esta configuración legal, la subcontratación de **la mayor parte de la prestación** aproxima al medio propio a un mero intermediario, que percibirá una retribución por dicha intermediación. La subcontratación sistemática **cuestiona el valor añadido de la encomienda para el poder adjudicador y para el contribuyente** como último sufragante de ésta, en lugar de acudir directamente a una licitación. También posibilita una vía de relativo escape a la normativa de contratos públicos¹¹⁹, en la medida en que los poderes adjudicadores que licitan la prestación pueden pasar de ser Administración Pública a Entidad del Sector Público, con posibles consecuencias en lo relativo a la intensidad de la aplicación del TRLCSF.

116 Esta opción es distinta a la utilización de formas de contratación temporal o ad hoc dentro del medio propio, que no se trata como tal en este informe.

117 Prueba de que estamos ante supuestos distintos es que los contratos que se formalicen para la realización de obras, bienes o servicios en colaboración con empresarios privados, están exentos, ex. Artículo 24.4 TRLCSF de la aplicación de las disposiciones de esta norma; mientras que las subcontrataciones de medios propios no lo están, en virtud del artículo 4.1.n de dicho texto normativo.

118 A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en relación con los contratos públicos adjudicados con arreglo al TRLCSF (el artículo 227.2 apartado e) del TRLCSF fija dicho límite con carácter general en un 60% del importe de adjudicación), o incluso en la regulación específica de determinados medios propios, como TRAGSA, que tiene limitada esa posibilidad de subcontratar al 50% del importe de ejecución, según se contempla en la Disposición Adicional Vigésimo Quinta, apartado 6, del propio TRLCSF.

119 El artículo 4.1.n del TRLCSF lo intenta paliar sometiendo a dicha norma las subcontrataciones de los medios propios, si bien en intensidad variable dependiendo de la naturaleza de la entidad y de la importancia del contrato.

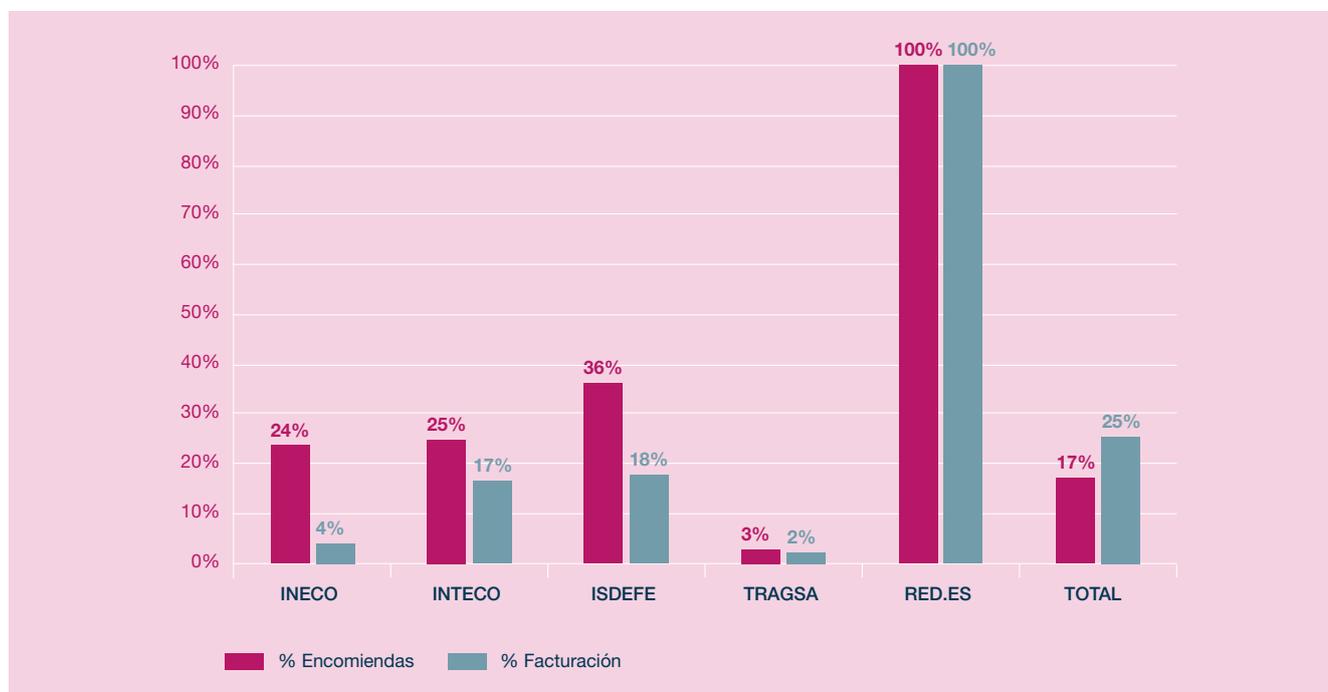
La actividad subcontratada en los medios propios analizados

La valoración de la importancia de la subcontratación en la facturación y en el número de actuaciones subcontratadas permite aportar información de interés sobre el verdadero papel de los medios propios en la provisión de los bienes y servicios que se les encarga.

En términos agregados, el 17,2% de las actuaciones realizadas por las entidades analizadas entre 2006 y 2011 incluyen la subcontratación de algún capítulo de consultoría. Por facturación, esta proporción supondría el 25,5%¹²⁰. Sin embargo, existe una **gran variabilidad entre los distintos medios propios** estudiados. El Gráfico nº 19 refleja, el porcentaje de encomiendas para el que se ha realizado alguna subcontratación, tanto por número de encomiendas, como por facturación.

Gráfico 19

Importancia relativa de la subcontratación para la ejecución de las encomiendas de gestión encargadas a medios propios



Fuente: elaboración propia a partir de los datos suministrados por los medios propios.

Nota: observaciones de encomiendas de gestión de consultoría en el período 2006-2011. Para el cálculo de porcentaje sobre Encomiendas el nº de encomiendas es de INECO (21), INTECO (20), ISDEFE (55), TRAGSA (255). Para el cálculo de % sobre Facturación el nº de observaciones es de INECO (26), INTECO (23), ISDEFE (215), TRAGSA (255).

Si bien la muestra de encomiendas es limitada en relación con el total y no necesariamente refleja la distribución del universo por horquillas de facturación, el cuadro permite observar que en algún medio propio, en concreto en RED.ES, la práctica de subcontratar es generalizada. Ello es consistente con el hecho de que su operativa habitual consiste en tramitar la

120 Si se excluyese de la muestra de los 5 medios propios a RED.ES (que subcontrata todas sus encomiendas), el porcentaje sería del 10,8% por número de actuaciones y el 7,4% en facturación. Si además excluyésemos a TRAGSA de la muestra la proporción de los capítulos subcontratados llegaría al 31,3% del total; por facturación, la proporción sería del 16,7%.

ejecución de las prestaciones por parte de terceros operadores, diseñando la externalización de la ejecución y verificándola posteriormente.

Por otra parte, con los datos facilitados por los medios propios no resulta posible realizar **un análisis cualitativo sobre la parte de las encomiendas que se subcontrata**. En consecuencia, no se puede discernir si la subcontratación responde verdaderamente a razones de super-especialización en relación con una parte de la prestación, o a tareas menos cualificadas, o a trabajos, cualquiera que sea su grado de especialización, que resultarían teóricamente asumibles por el medio propio pero que éste decide externalizar en atención al menor coste de oportunidad.

Sin embargo, las respuestas de los medios propios permiten observar la importancia económica que, dentro de la muestra facilitada, tienen **los capítulos subcontratados en aquellas encomiendas en las que se ha producido subcontratación**. La información recibida por la CNC a este respecto se resume en la tabla nº 4. La tabla también muestra a efectos referenciales en cuántas encomiendas la subcontratación sobrepasa los límites que el TRLCSP impone a la colaboración de empresarios particulares con la Administración cuando ésta, fuera del marco de las encomiendas de gestión, se provee de servicios análogos sin la participación de un medio propio¹²¹.

121 Así, el artículo 24 apartado 3 TRLCSP establece: “La realización de servicios en colaboración con empresarios particulares podrá llevarse a cabo siempre que su importe sea inferior a las cantidades establecidas en el artículo 16, y concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, en lo que sean de aplicación a estos contratos”.

Por su parte, el artículo 16 TRLCSP apartado 1 determina:

“1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- a. 130.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) de este artículo.
- b. 200.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aun siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II”.

Tabla 4

Importancia económica de la subcontratación en encomiendas parcialmente subcontratadas

Entidad	Nº de encomiendas que contienen algún capítulo subcontratado	Facturación Media subcontratada por Encomienda	Encomiendas con subcontr. >130.000 euros	Encomiendas con subcontr. >200.000 euros
INECO	5	>60.000	1	-
INTECO	5	>80.000	1	-
ISDEFE	20	>1.100.000	12	11
TRAGSA	8	>550.000	6	3
TOTAL	38	>700.000	20	14

Fuente: elaboración propia a partir de la información suministrada por los medios propios.

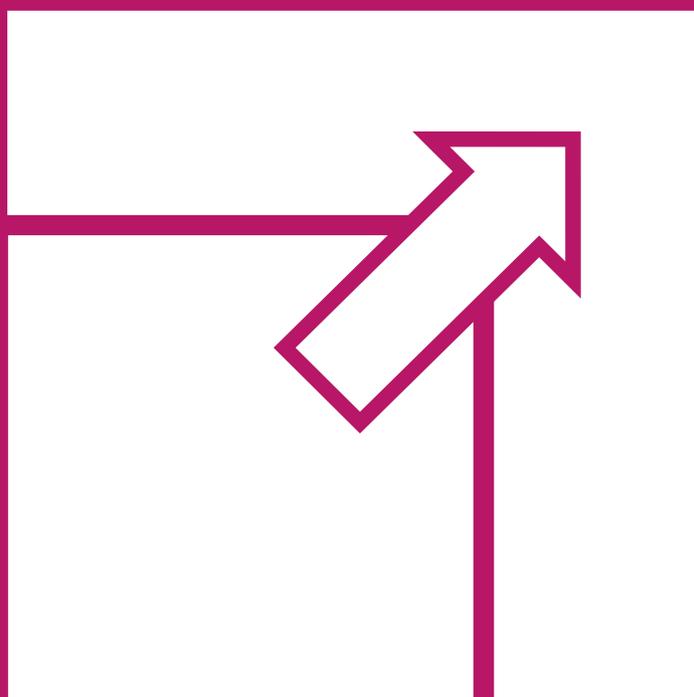
Nota: se excluye a RED.ES en la medida en que en sus encomiendas se subcontrata la totalidad de la ejecución de la prestación.

Se aprecia que, en los medios propios con mayor número de expedientes analizados¹²², la subcontratación media, expresada en euros, se encuentra muy por encima de los mencionados umbrales.

¹²² En el caso de ISDEFE y TRAGSA.

6.

Conclusiones



Primera

Las encomiendas de gestión a medios propios son un instrumento de aprovisionamiento muy extendido en las distintas Administraciones Públicas.

Las encomiendas de gestión a medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas constituyen un **instrumento de aprovisionamiento** de obras, bienes y servicios **de las Administraciones y entidades públicas** que se encuentra previsto normativamente en la legislación nacional, a partir del impulso jurisprudencial ofrecido por el Tribunal de Justicia de la UE.

Tales previsiones delimitan unas **exigencias para poder utilizar esta figura que se centran, fundamentalmente, en el carácter de medio propio de la entidad instrumental.**

Los requisitos sustantivos más importantes para que una entidad pueda ser considerada medio propio de una Administración o, técnicamente, de un poder adjudicador, son:

- que el poder adjudicador ostente sobre el medio propio un **control análogo** al que tiene sobre sus propios servicios; y
- que la entidad instrumental realice para su poder adjudicador (o poderes adjudicadores) de referencia la **parte esencial de su actividad.**

El **número de entidades** que en la actualidad ostentan el carácter de medio propio en todos los niveles territoriales de la Administración **es considerable**: en la AGE y en las Comunidades Autónomas se han detectado más de 150, de los más variados sectores y actividades. La entrada en vigor de la LCSP de 2007 ha supuesto el reconocimiento formal de tal condición a multitud de entidades instrumentales, una vez ajusten sus estatutos a dicha calificación.

Los 37 medios propios detectados en la AGE facturaron en el último ejercicio disponible alrededor de 2.500 millones de euros. En ocasiones se trata de entidades de larga tradición y en otras su creación es más reciente.

Segunda

El uso de encomiendas de gestión puede impactar sobre la competencia.

La principal característica de las encomiendas es que, al considerarse relaciones internas, suponen **encargos directos** a la entidad instrumental y con ello se **sustraen de los procedimientos de contratación pública** que rigen para el aprovisionamiento mediante operadores privados.

1. **La ausencia de tensión competitiva resulta inherente a la utilización de este mecanismo y constituye, justificada o no, una restricción a la competencia**, puesto que por definición se encarga una prestación de bienes y servicios a una entidad pública sin que exista concurrencia.
2. La restricción a la competencia **cierra el acceso a la prestación** de que se trate para todos los oferentes distintos del medio propio, limitando la capacidad de éstos para ofertar sus productos a la Administración, que en muchas ocasiones puede ser un importante demandante de dicho tipo de bienes y servicios.
3. Esta restricción **puede potenciarse en determinadas ocasiones dependiendo del contenido concreto de la encomienda**: cuando se trata de

un gran número de prestaciones, de una formulación general de la encomienda o de un plazo innecesariamente amplio. En estas ocasiones se fortalece el cierre dinámico del mercado.

4. **Incluso si parte de la prestación se subcontrata** a operadores privados, las encomiendas a entidades instrumentales del sector público **relajan normalmente los requisitos jurídicos de publicidad y concurrencia** en la celebración de dicha subcontratación por las licenciatarias, en relación con los que deben observarse si la licitación tiene lugar por el ente encomendante .
5. La posibilidad de que surjan estas **restricciones** a la competencia se incrementa por la **falta de centralización de la información y ausencia de publicidad** de esta práctica administrativa.
6. Este **déficit de información** en la encomienda a medios propios **no incentiva** al demandante público **a comparar** las modalidades de aprovisionamiento disponibles, ni permite el conocimiento estático y dinámico de la eficiencia en el desempeño de los medios propios.

Tercera

Estas restricciones a la competencia implican riesgos para el resultado de la provisión de bienes y servicios de las Administraciones Públicas y para la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en diversos mercados.

Estos riesgos serían:

1. **La fijación de tarifas y condiciones en las encomiendas**, normalmente previa a los encargos, **no permite la interacción competitiva que, en principio, se produce en los procedimientos de licitación.** La principal consecuencia de lo anterior es la menor capacidad de la encomienda para reducir las asimetrías de información existentes entre el demandante y el proveedor. Ello aumenta el riesgo de ineficiencias en la determinación de las condiciones comerciales, en particular del precio.
2. El recurso a estas encomiendas, en particular cuando es sistemático, puede **limitar a terceros operadores la posibilidad de acceder o expandirse en el mercado**, así como incidir sobre la **neutralidad competitiva entre los medios propios y sus competidores privados ya presentes.** Este riesgo es mayor si las Administraciones Públicas son compradores significativos en el mercado o si los medios propios cuentan con una posición preeminente como oferentes.

Cuarta

La creación de medios propios y el mantenimiento de dicha condición deben justificarse rigurosamente.

Las decisiones administrativas relacionadas con el encargo de prestaciones mediante encomiendas de gestión a medios propios deben adoptarse tras un **adecuado análisis de los efectos sobre la competencia que pueden comportar, análisis que ha de confrontarse con una justificación de su necesidad y proporcionalidad.**

Aunque tal ejercicio **resulta plenamente exigible a partir de los principios y normas generales establecidos en la regulación nacional vigente** en relación con esta figura, en ocasiones tal exigencia normativa podría no ser considerada lo suficientemente rigurosa, clara, o directamente aplicable

En todo caso, la práctica administrativa observada confirma que en muchas ocasiones no existe, de hecho, justificación a tales decisiones.

Así, **en cuanto al otorgamiento de la condición de medio propio a entidades instrumentales**, se dan situaciones en las que:

1. **El medio propio no realiza la parte esencial de la actividad** para su poder adjudicador matriz.
2. **El poder adjudicador** (o alguno de los poderes adjudicadores) y, dentro de éste, el órgano que realiza la encomienda, **no ejerce sobre el medio propio un verdadero control análogo**.
3. **Los medios propios ostentan tal condición en relación con la totalidad de su ámbito competencial**, el cual en muchas ocasiones es excesivamente **amplio** y consiente la atribución de encargos que exceden su esfera natural de actividad.

Quinta

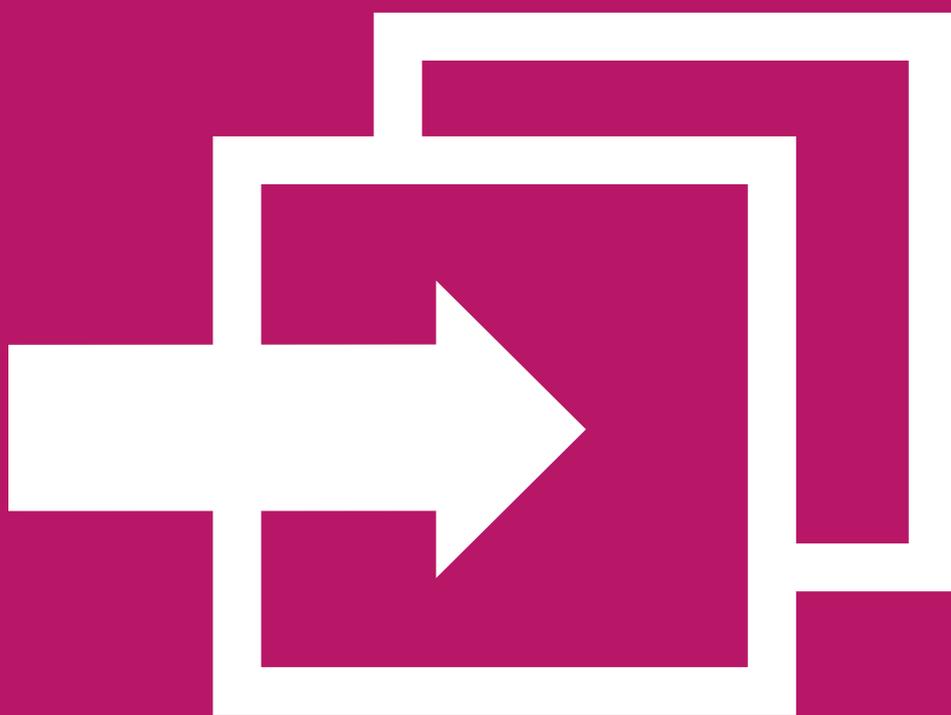
La utilización de encomiendas de gestión se debe justificar rigurosamente, caso a caso, confrontándose con el daño a la competencia.

Por otra parte, en lo que se refiere al **posterior encargo de encomiendas de gestión al medio propio**:

1. **No todas las posibles razones para encargar encomiendas resultan igualmente válidas**. 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.
 - a) Cuando el encargo sea **consecuencia de una licitación desierta**, o de la constatación de que la **encomienda comporta mejores condiciones de precio y calidad**, su necesidad quedaría justificada. También cuando resulte inequívoco que la encomienda responde a **necesidades que exigen una rápida tramitación**.
 - b) Otras razones, como pueden ser la **mera conveniencia de descargar a la Administración** o la **complejidad del encargo**, **no justifican por sí solas** y en la misma medida la elección de la encomienda de gestión frente a la licitación pública.
2. Sea cual fuere **la causa justificativa de la decisión**, ésta **no puede amparar automáticamente el encargo de una encomienda sino que se debe confrontar con el daño a la competencia** que se puede derivar de él.
3. **Se han constatado ocasiones en que esta justificación se realiza de manera deficiente**. En otras, es la propia manera de ejecutar la encomienda la que colisiona con las causas esgrimibles como justificación, tal y como sucede **cuando la prestación se subcontrata en una gran parte**. Esta práctica permite cuestionar el valor añadido del medio propio como ejecutante y lo configura más bien como un mero intermediario.

7.

Recomendaciones



Las encomiendas de gestión son un instrumento administrativo previsto normativamente, y existente en Derecho comparado, que puede resultar pertinente en ocasiones. No obstante, el empleo de este instrumento, que es inherentemente restrictivo de la competencia, debe realizarse justificando tanto el correcto otorgamiento de la condición de medio propio a una entidad pública como el recurso a la encomienda de gestión en cada aprovisionamiento concreto.

Las recomendaciones que se efectúan a continuación van **destinadas a reducir el impacto negativo sobre la competencia que pueden tener las encomiendas de gestión** que realizan las Administraciones Públicas a los medios propios. El objetivo de estas recomendaciones es contribuir a mejorar la calidad de las decisiones públicas y a incentivar, de forma favorable a la competencia, una utilización más eficiente de los recursos presupuestarios en los procesos de aprovisionamiento de bienes y servicios en todas las esferas administrativas. Todo ello reforzaría el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos que deben regir el aprovisionamiento público, y contribuiría a mejorar la competitividad de la economía española y a los objetivos generales de crecimiento y empleo.

Las recomendaciones **se agrupan en cuatro bloques**: I) propuestas de revisión y evaluación de la situación actual de los medios propios; II) propuestas de modificación de la normativa reguladora de los contratos del sector público; III) incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones administrativas en las encomiendas de gestión y IV) instrumentos de publicidad, control y centralización de la información. Cada uno de estos bloques va específicamente dirigido a los grupos de problemas para la competencia identificados en el informe.

Primera. Revisión y evaluación en todas las Administraciones Públicas de la situación de sus respectivos medios propios

La CNC recomienda a cada Poder Adjudicador, en el marco de la normativa actual, la evaluación del carácter de medio propio de sus entidades instrumentales actuales o futuras de la siguiente forma.

1.1 Evaluación por parte de las distintas Administraciones Públicas de los respectivos medios propios con arreglo a la vigente normativa

Se recomienda a cada Poder Adjudicador que proceda a una **exhaustiva autoevaluación de los medios propios existentes y sus Estatutos** con los siguientes objetivos:

1. **Asegurar que cada entidad instrumental cumple, en la práctica y en sus Estatutos, los requisitos del verdadero carácter de medio propio indicados en este informe.** Es decir, en lo que respecta al control análogo, a la realización de la parte esencial de la actividad para la Administración matriz y a la competencia del medio propio para recibir

encomiendas¹²³. De lo contrario, eliminar la consideración administrativa de medio propio, sea de manera general o en relación con determinados poderes adjudicadores.

2. Adicionalmente, **para el mantenimiento del carácter de medio propio, asegurar que éste cumple los criterios de necesidad¹²⁴ y proporcionalidad¹²⁵.**
3. Asegurar, **en la práctica y en los estatutos, la transparencia y la rendición de cuentas de cada uno de sus medios propios¹²⁶.**

1.2 Evaluación por parte de las distintas Administraciones Públicas de la concesión de nuevas condiciones de medio propio

1. Garantizar que el **otorgamiento ex novo del carácter de medio propio** a una entidad instrumental, sea **en su creación o con posterioridad** a ella, **se sujeta a los tres grupos de criterios de la recomendación I.1.**

Segunda. Modificaciones de la normativa reguladora de los contratos del sector público

En opinión de la CNC, la regulación actualmente contenida en el TRLCSP no exige suficientemente la justificación de la necesidad y la proporcionalidad de la existencia del medio propio ni de cada encomienda de gestión como instrumento de aprovisionamiento.

El proceso de reforma de las Directivas europeas de contratación pública, que afecta igualmente a las encomiendas de gestión o contratos *in-house*, junto a la necesidad de incrementar la competencia y la eficiencia de las Administraciones Públicas en España, configuran un contexto nacional y comunitario favorable para mejorar la regulación de estos instrumentos administrativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, **se recomienda al Gobierno, en ejercicio de su iniciativa legislativa y en su caso de su potestad reglamentaria, y al Legislador, que propicien una serie de cambios normativos destinados a favorecer la competencia** regulando de la manera indicada a continuación a) los medios propios; b) el concepto de encomienda de gestión; c) la

123 Dicho ejercicio debería realizarse con carácter de urgencia, con independencia de los plazos de transposición de las futuras Directivas comunitarias y la posible modificación de la normativa nacional recogida en la recomendación segunda de este informe. Por ejemplo, en el ámbito de la AGE, el actual proceso de racionalización de las Administraciones Públicas que está desarrollando el Gobierno podría proporcionar un marco adecuado para ello.

124 Necesariamente, en base a alguna razón de interés público objetivamente demostrable. A modo de ejemplo, el mantenimiento del carácter de medio propio no puede basarse en cuestiones ajenas al objeto de su creación o en el hecho de que ya existan y disfruten de tal condición.

125 Teniendo en cuenta la evolución y desarrollo de los sectores económicos de la economía española en la actualidad y la posibilidad de que el aprovisionamiento de bienes y servicios se pueda realizar, eficientemente, de forma más favorable a la competencia.

126 La transparencia y la rendición de cuentas deben regularse para permitir evaluaciones periódicas con el objetivo de mantener o retirar el carácter de medio propio cuando ello resulte justificado en su necesidad y proporcionalidad.

decisión de realizar una encomienda; d) la manera en que ésta es ejecutada y e) la delimitación regulatoria de los contratos públicos.

La incorporación de estas recomendaciones en el TRLCSP o la norma que la suceda implicaría su aplicación con carácter básico al régimen de aprovisionamiento del resto de Administraciones, autonómicas y locales. Ello sin perjuicio del desarrollo normativo que en su caso pueda existir por parte de las Comunidades Autónomas, que debería ir en línea con las recomendaciones que se formulan.

2.1 Recomendaciones de modificaciones normativas sobre los medios propios

Se recomienda introducir los siguientes cambios normativos en el TRLCSP que minimicen el impacto restrictivo sobre la competencia del concepto de medio propio:

1. **Respecto al control análogo.** Se recomienda introducir en el TRLCSP una definición explícita de control análogo, de forma que el control del medio propio por la Administración matriz se manifieste efectivamente en la capacidad del poder adjudicador para ejercer una “influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad jurídica controlada”¹²⁷.
2. **Respecto a la parte esencial de la actividad.** Se recomienda determinar en el TRLCSP, con criterios favorables a la competencia¹²⁸, el porcentaje de actividad mínimo que el medio propio debe realizar anualmente para su correspondiente poder adjudicador.
3. **Competencias del medio propio sobre las cuales recibir encomiendas.** La CNC considera fundamental que las normas estatutarias de los medios propios, existentes o futuros, recojan obligatoriamente una delimitación precisa, detallada y cerrada de las competencias a ejercer por el ente instrumental.

127 La propuesta de Directiva permitiría que dicho control pueda ejercerse por otra entidad que esté, a su vez, controlada del mismo modo por el poder adjudicador. La CNC considera que en nuestro derecho interno a efectos de realizar encomiendas, sería más favorable para la competencia que los medios propios no puedan recibir encomiendas de otros departamentos sin vinculación orgánica con el medio propio debido a la ausencia de un control efectivo.

Adicionalmente, en situaciones de control conjunto entre varios poderes adjudicadores, este control no puede ser ficticio o meramente nominal, por ejemplo, consistente en una participación en el capital. El control de la estructura y las decisiones de los medios propios debe resultar duradero y efectivo.

Por ejemplo, en el sentido del concepto de control utilizado en materia de concentraciones empresariales, *Vid.* Comunicación consolidada de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

128 El medio propio surge con la única finalidad de aprovisionar de bienes o servicios al poder adjudicador del que depende. Por tanto, cuanto mayor sea el porcentaje de actividad que deba realizar para su poder adjudicador, menores serán los riesgos de afectación a la competencia en los mercados donde el poder adjudicador se aprovisiona y el medio propio actúe, en su caso, como oferente a terceros.

2.2 Recomendaciones de modificaciones normativas en el concepto de encomienda de gestión

Se recomienda introducir los siguientes cambios normativos en el TRLCSP que minimicen el impacto restrictivo sobre la competencia del concepto de encomienda de gestión:

1. **Establecimiento de un concepto de encomienda de gestión en el TRLCSP**, suficientemente descriptivo del objeto regulado de realización de obras y/o de aprovisionamiento de bienes o servicios.
2. En paralelo, **establecimiento de un concepto de convenio de colaboración**, tanto entre entidades de derecho público como de derecho privado o entre ambos tipos de entidades, **que recoja suficientemente la finalidad colaborativa y no onerosa y de aprovisionamiento** que debe regirlos. **En defecto** de tal fin común y del reparto equitativo de riesgos y cargas económicas, la relación **solo podrá ser un contrato o bien**, en caso de concurrir los presupuestos para ello, **una encomienda de gestión** a un medio propio.

2.3 Recomendaciones de modificaciones normativas sobre la decisión de los poderes adjudicadores de realizar una encomienda de gestión

1. **Incrementar la exigencia normativa de que el órgano de contratación justifique cada encomienda** frente a la celebración de un contrato, considerando su impacto sobre la competencia efectiva en el mercado¹²⁹.
2. **Indicar normativamente** que la **contraprestación por la encomienda debe orientarse** estrictamente a **sufragar los costes** originados como consecuencia de la prestación.
3. **Indicar normativamente** que el **medio propio** no debe obtener ningún beneficio que no sea el **reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores**.

¹²⁹ La mera existencia de un medio propio no puede bastar para fundamentar el acudir a una encomienda. Ello va en línea con lo exigido para las entidades del sector público empresarial por el Real Decreto 1373/2009 de 28 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y los propios principios subyacentes a la contratación pública. Esto implicaría modificar el actual artículo 24.1.a) TRLCSP, que actualmente dispone que en caso de existir medios propios “deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución”.

2.4 Recomendaciones de modificaciones normativas sobre la manera en que las partes de una encomienda de gestión la desarrollan

1. **Limitar explícitamente la posibilidad de subcontratación de los medios propios,¹³⁰ de forma que** el medio propio ejecute al menos la mayor parte de la prestación encomendada¹³¹.
2. **Limitar en la normativa la posibilidad de que los poderes adjudicadores constituyan encomiendas “marco” a circunstancias absolutamente justificadas.**
3. **Limitar en la normativa la celebración de encomiendas de objeto excesivamente genérico.** El objeto de la misma debe quedar perfectamente definido, sin realizar habilitaciones genéricas.
4. **Limitar en la normativa la posibilidad de que el poder adjudicador amplíe¹³² el contenido original de la encomienda a** casos excepcionales, sujeto a probadas razones de interés público y sometido a condicionantes similares a los establecidos para la modificación del contrato público en el art. 105 TRLCSP.
5. **Reducir normativamente la posibilidad de renovación automática** en encomiendas que se sujeten a un plazo determinado. Se deben evitar las situaciones que, en forma de ventajas del incumbente, propicien la sucesiva renovación automática de encomiendas con idéntico objeto, ya que las circunstancias que motivaron acudir a esta figura pueden haber cambiado a lo largo del tiempo y ante cada decisión de este tipo debe igualmente acudir a un análisis de impacto.

2.5 Recomendaciones de modificaciones normativas para favorecer el recurso de los poderes adjudicadores a la contratación pública

1. **Favorecer normativamente** el recurso a la contratación pública, facilitando el cumplimiento y la agilidad de los trámites para el órgano de contratación, de forma respetuosa con los necesarios controles internos y externos.
2. **Favorecer normativamente** la utilización de contratos con procedimientos abiertos.

130 Permitir un alto porcentaje de subcontratación por parte del medio propio desvincula la ejecución de la encomienda de la idoneidad de este último para llevarla a cabo.

131 Para que sea admisible un contrato *in-house*, la propuesta de Directiva indica que el umbral máximo admisible no debería superar el 20% del presupuesto total de la encomienda. Adicionalmente, cabría valorar la extensión a los supuestos de subcontratación, como umbrales absolutos, de aquéllos a los que el artículo 24 TRLCSP establece en sus apartados 1 a 3 como límites a la colaboración con empresarios particulares.

132 Por supuesto, esta decisión debería también someterse a una evaluación de la necesidad y proporcionalidad, tras una nueva memoria de análisis de impacto en el sentido indicado anteriormente.

Tercera. Incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones relativas a encomiendas de gestión

La CNC recomienda a los Poderes Adjudicadores de las diversas Administraciones Públicas que asuman e incorporen inmediatamente, como buenas prácticas, las medidas favorecedoras de la competencia señaladas en la recomendación SEGUNDA.

Los poderes adjudicadores están capacitados para aplicarlas voluntariamente, sin necesidad de desarrollo normativo, incorporándolas a su acervo práctico jurídico-económico. Especialmente, las consideraciones recogidas en el apartado II.3 relativo a la decisión de realizar una encomienda, el apartado II.4 sobre la manera en que se desarrolla la encomienda y el apartado II.5 para favorecer el recurso a la contratación pública.

Esto sin perjuicio del momento en que las propuestas de modificación normativa de la recomendación SEGUNDA se incorporen a la legislación nacional de contratos públicos

Cuarta. Instrumentos de publicidad, control y centralización de la información

La necesidad de conceder publicidad a las encomiendas es una propuesta expresa de la CNC en su Informe de Posición sobre el entonces Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno (Proyecto de la Ley de Transparencia).

La CNC valora positivamente que el Proyecto de la Ley de Transparencia¹³³ introduzca como obligatoria la publicidad de las encomiendas.

La CNC considera que el conocimiento de dichas actuaciones es fundamental desde el punto de vista de la competencia. Las recomendaciones de este bloque van orientadas a reforzar la publicidad de las mismas, su control ex ante y ex post y la necesaria centralización de la información.

4.1 Mayores garantías de publicidad

Se recomienda a las Administraciones Públicas encomendantes y a los medios propios incrementar la publicidad sobre las encomiendas

133 Por lo que se refiere al texto legal, en su última versión disponible, el art. 7 del Proyecto de Ley señala 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: b) [...]. Igualmente, 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”.

Con independencia de la valoración positiva del precepto legal, dicha información debería permitir que los poderes adjudicadores, junto a la información publicada en otros potenciales instrumentos (página web, plataformas on line, etc.), evalúen periódicamente la justificación de la utilización de la figura en su ámbito concreto de competencias.

de gestión. Entre otros datos, deberían estar disponibles en las correspondientes plataformas electrónicas de contratación (en la AGE, la Plataforma de Contratación del Estado) la identificación exacta de la encomienda con un número de expediente codificado, el poder adjudicador encomendante y el medio propio en cuestión que la ejecutará, el objeto de las prestaciones, el montante completo de la contraprestación¹³⁴ y el código CPV (*Common Procurement Vocabulary*) que por analogía se le aplicaría¹³⁵.

4.2 Reforzamiento de los controles internos y externos

Se recomienda a las Administraciones Públicas reforzar el control sobre los medios propios y las encomiendas de gestión. En este sentido, la CNC recomienda fortalecer el **control previo interno** de las distintas unidades fiscalizadoras, así como el **control a posteriori** externo de las entidades fiscalizadoras de cuentas para que, dentro de sus propias competencias, verifiquen el contenido de la memoria de impacto y su adecuación a los principios favorecedores de la competencia señalados en este informe.

4.3 Centralización de la información

La CNC recomienda que la información relativa a las encomiendas de gestión y medios propios, objeto de la publicidad anteriormente señalada, sea objeto de tratamiento centralizado, al menos a nivel de cada Administración Pública territorial y preferiblemente superior, por ejemplo aprovechando las distintas Plataformas Electrónicas de Contratación (en la AGE, la Plataforma de Contratación del Estado) o por cualesquiera otros medios que permitan tal centralización¹³⁶.

¹³⁴ Incluidas posibles alteraciones posteriores.

¹³⁵ La identificación de dicho código CPV, de obligada presencia en los anuncios de contratos públicos, debería permitir realizar comparaciones respecto a licitaciones públicas de idéntica nomenclatura. Un vínculo en este sentido a la Plataforma de Contratación del Estado sería recomendable.

¹³⁶ Dicho tratamiento centralizado debería permitir no solo las consultas puntuales de terceros entes contratantes potencialmente interesados en posibles decisiones al respecto sino también la elaboración de un informe periódico que resumiera de forma sustantiva las principales líneas caracterizadoras de las encomiendas en el periodo temporal concreto, así como actualizara el catálogo de medios propios vigente en el mismo.

Bibliografía

Abogacía del Estado (2009). Circular 6/2009, de 14 julio, sobre la relación entre el artículo 15 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-PAC y el artículo 24.6 Ley 30/07 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Amengual Antich, J. (2009). “El control de los entes instrumentales”. Revista Auditoría Pública nº 49.

Amoedo Souto, C. (2006). “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de gestión y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”. Revista de Administración Pública nº 170.

Asociación española de empresas de consultoría. (2011). La consultoría en España. El sector en cifras 2011.

Asociación española de empresas de consultoría (marzo 2012). Documento de posicionamiento. El abuso en la utilización de las encomiendas de gestión.

Busquets López, M.A. y Castro Raimóndez, J. (2010). “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. Revista Auditoría Pública nº 51.

Cámara de Cuentas de Andalucía (2011). Informe sobre el capítulo II “Gastos corrientes en bienes y servicios” del presupuesto de gastos de la Junta de Andalucía: especial referencia al Servicio Andaluz de Salud 2010. JA 07/2011.

Castro-Villacañas Pérez, D. (2006) “La doctrina *in house providing* y el Derecho de defensa de la competencia. Algunos comentarios sobre el caso TRAGSA”. Anuario de la competencia. Fundación ICO / Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales / Universidad Autónoma de Barcelona.

Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía (2008). Informe 2/2008 de 27 noviembre sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión o ejecución.

Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía (2008). Informe 13/2008 de 22 diciembre sobre la capacidad de Egmasa para ser medio propio instrumental de los entes locales.

Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía (2010). Informe 5/2010 de 7 de julio sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión entre una Administración Local y un medio propio y servicio técnico perteneciente a la misma.

Comisión Europea (2012). Documento de trabajo relativo a la financiación, la reestructuración y la privatización de empresas de propiedad estatal con arreglo a las normas sobre ayudas estatales.

Comisión Europea (2012). Documento de trabajo relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público).

Comisión Europea (2008). Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI).

Comisión Europea (2011). Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública. COM (2011) 896 final 2011/0438 de 20 de diciembre de 2011.

Comisión Nacional de la Competencia (2011). Guía sobre Contratación pública y Competencia.

Comisión Nacional de la Competencia (2008). Informe sobre el Proyecto de Real Decreto de clasificación de contratistas.

Del Cubillo Contreras, I. (2009) "El medio propio en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos. Análisis de la sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008, y reflexiones desde una perspectiva española". Revista de Contratación Administrativa Práctica nº 90. La Ley.

Dimitri, N., Piga, G. y Spagnolo, G. (2006) "Handbook of Procurement" Cambridge University Press.

Galán del Fresno, J.M. (2009). "Las encomiendas de gestión en la Ley de Contratos del Sector Público". Revista de Contratación Administrativa Práctica nº 90. La Ley.

Garcés Sanagustín, M. (2009) "La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre". Capítulo primero de una obra colectiva coordinada por Cubillo Rodríguez, C. y Rodríguez Castaño, A. Comares.

Gimeno Feliú, J.M. (2005). "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria." http://idpbarcelona.ub.edu/docs/public/iccaa/2005/ica2005-entes_instrumentales.pdf

Gimeno Feliú, J.M (2010) "La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas". Revista Presupuesto y Gasto público 60/2010.

González García, J.V. (2007). "Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado". Revista de Administración Pública nº 173.

INECO (2011), Informe anual.

INTECO (2011), Informe anual de actividad.

Intervención General de la Administración del Estado (2007). Escrito-circular de 14 de marzo por el que se contestan consultas recibidas en relación con los convenios, contratos-programa y encomiendas de gestión que, con arreglo a la nueva redacción dada al apartado 5 del art. 74 de la Ley General Presupuestaria por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, requieren autorización del Consejo de Ministros.

ISDEFE (2011), Informe anual.

Junta Consultiva de Contratación Pública (2007). Informe 15/07 de 26 marzo. Consideración como medio propio de unos Ayuntamientos de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a una mancomunidad de municipios en la que aquellos participan.

Junta Consultiva de Contratación Pública (2009). Informe 65/07 de 29 de enero. Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión.

Junta Consultiva de Contratación Pública (2011). Informe 26/11, de 28 de octubre. Posibilidad de realizar encomiendas de gestión a una sociedad declarada como un medio propio.

Junta Consultiva de Contratación Pública (2011). Informe 11/11, de 15 de diciembre. Régimen de encomiendas de gestión a los medios propios. Requisitos básicos. Realización de obras.

Konkurrensverket. Swedish Competition Authority (2009). The Pros and Cons of competition in/by the public sector.

Noguera de la Muela, B. (2010). "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria". Revista de Administración Pública nº 182.

OCDE (2011). Competitive neutrality and state-owned enterprises: challenges and policy options.

OCDE (2012). Competitive neutrality. Maintaining a level playing field between public and private business.

Office of Fair Trading (2010). Competition in mixed markets: ensuring competitive neutrality. Working paper.

Office of Fair Trading (2009). Government in markets. Why competition matters – a guide for policy makers.

Pedersen, K. y Olsson, E. (2010). "Commission v Germany: a new approach on in-house providing". Public Procurement Law Review. Issue 1. Sweet&Maxwell.

Pernas García, J.J. (2008). "Las operaciones *in house* y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE". Iustel.

RED.ES (2010), Memoria de actividades.

Tecniberia. Asociación española de empresas de ingeniería, consultoría y servicios tecnológicos. (Noviembre 2011). Desarrollo estratégico del sector de la ingeniería de consulta.

TRAGSA (2011), Informe anual.

Tribunal de Cuentas (2008). Informe nº 774 de fiscalización de los resultados obtenidos por la empresa de Transformación Agraria S.A (TRAGSA) en los ejercicios 2001 y 2002.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1999). Sentencia de 18 de noviembre. Asunto C.107/98 Teckal.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2005). Sentencia de 11 enero. Asunto C-26/03 Stadt Halle.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2005). Sentencia de 13 octubre. Asunto C.458/03 Parking Brixhe.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2005). Sentencia de 10 noviembre. Asunto Comisión Europea contra Austria.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2006). Sentencia de 11 mayo. Asunto C.340/04 Carbotermo.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2007). Sentencia de 19 abril. Asunto C-295/05 Asemfo/Tragsa.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2007). Sentencia de 18 de diciembre. Asunto C-220/06 Asociación de repartidores de correo.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2008). Sentencia de 13 noviembre. Asunto C-324/07 Coditel Brabant.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012). Sentencia de 29 de noviembre. Asuntos C-182/11 y C-183/11 Econord Spa.

Vilalta Reixach, M., 2012, La Encomienda de Gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública, Thomson Reuters Aranzadi.



CNC

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

www.cncompetencia.es