

CIRCULAR 2/2017, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, EN RELACIÓN CON LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN A MEDIOS PROPIOS

Los encargos de ejecución son frecuentemente utilizados por nuestra Administración Pública como una de las formas de cooperación entre los diferentes órganos de la propia Administración para un ejercicio más eficaz de las competencias que el ordenamiento jurídico les atribuye.

No obstante, existe una cierta inseguridad jurídica en lo que se refiere a la regulación de este tipo de relaciones por lo que su control resulta una tarea compleja, polémica y en muchos casos de gran repercusión práctica. De hecho, estos expedientes han sido, con mucha frecuencia, objeto de reparo y discrepancia con las negativas consecuencias que de ello se deriva en la tramitación de los expedientes.

Los asuntos que originan la discrepancia de criterio entre la Intervención Delegada y los diferentes órganos gestores del Departamento suelen ser comunes en la mayor parte de los casos, motivo por el que esta Intervención General considera necesario realizar las siguientes consideraciones con el fin fundamental de ordenar su procedimiento de tramitación y de tratar diversas cuestiones objeto de controversia de manera que, por una parte, el centro gestor tenga claras las pautas a seguir y conozca los criterios de este centro directivo en relación a los encargos de ejecución y por otra, se procure la actuación homogénea en el ejercicio de la función interventora por parte de todas las Intervenciones Delegadas.

1.- CONCEPTO DE ENCARGO Y REGULACIÓN JURÍDICA

El encargo de ejecución es un negocio jurídico que tiene su amparo en el artículo 4.1.n del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante, TRLCSP) que excluye del ámbito de aplicación de esta norma a los encargos que se realicen a una entidad que tenga la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración.

Se trata, por lo tanto, de una excepción a la aplicación de la normativa general en materia de contratación pública, aunque el contenido del encargo sea la efectiva contratación de obras y servicios.

Para ostentar la condición de medio propio, el artículo 24.6 del TRLCSP exige:

- que se ejerza sobre el medio propio un control análogo al que se tiene sobre sus propios servicios,
- han de realizar la parte esencial de su actividad para la Administración de la que son medios propios y,
- en el caso de sociedades, su capital debe ser íntegramente público

En la Directiva Europea actualmente en vigor en materia de contratación pública (Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo) se mantienen estos tres requisitos si bien con ciertos matices:

En el TRLCSP se entendía que existe control análogo, en todo caso, cuando el encargo es de ejecución obligatoria para el encomendado de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante; sin embargo, en la nueva directiva se entiende que ese control análogo se produce si el poder adjudicador ejerce una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

Por otra parte, se ha cuantificado qué es la parte esencial de la actividad de modo que se exige que más del 80% de las actividades del medio propio se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.

En cuanto al tercer requisito, la Directiva europea permite una excepción a la participación de capital privado, siempre y cuando, ésta participación no disponga de capacidad de control mayoritario ni minoritario y esté impuesta por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y siempre que no ejerza una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

En esta misma materia, conviene recordar que la disposición adicional decimotercera del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón regula los encargos de ejecución a empresas públicas y los define de la siguiente manera:

“Decimotercera Encargos de ejecución a empresas públicas

1. Las empresas públicas cuyo capital pertenezca íntegramente a la Administración de la Comunidad Autónoma, directamente o a través de sus organismos públicos, en el marco de sus estatutos y objeto social, podrán gestionar actuaciones de competencia de los Departamentos u organismos públicos de la Administración autonómica, que serán financiadas con cargo a los créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias, de acuerdo con las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizarán a través de encargos de ejecución por los titulares de los Departamentos y los presidentes o directores de los organismos públicos correspondientes, en los que figurarán los compromisos y obligaciones que asumiere la empresa, así como las condiciones en que se realiza el encargo.

b) La determinación del importe de la actuación se efectuará según valoración económica definida en el proyecto correspondiente o en el presupuesto técnico de actuación. En ningún caso podrá ser objeto de encargo de ejecución la contratación de suministros.

c) El pago se efectuará con la periodicidad establecida en el encargo de ejecución y conforme a la actuación efectivamente realizada.

No obstante, podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad correspondiente a cada encargo de ejecución, de acuerdo con lo establecido en la letra b) de este apartado.

d) Los gastos generales y corporativos de la empresa podrán ser imputados al coste de las actuaciones encargadas hasta un máximo del 5,5% de dicho coste.

e) En las actuaciones financiadas con fondos provenientes de la Unión Europea, deberá asegurarse la elegibilidad de estos gastos, de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

2. Las empresas definidas en el apartado anterior no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de los contratos convocados por la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la que son medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador, podrá encargarse a la empresa la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.

Se trata, en definitiva, del encargo de una actuación que realiza el ente matriz (Departamento u Organismo Público de la Administración Autonómica) a un ente instrumental como opción organizativa para ejercer sus competencias y que, de acuerdo con el informe de Fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medio propios formalizados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en 2013 de la Cámara de Cuentas de Aragón, “ se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de la

Administración para obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación” (punto 3.1).

2.- REGIMEN DE FISCALIZACIÓN

Los expedientes de encargos de ejecución no se encuentran incluidos en el Acuerdo del Gobierno de Aragón, de 27 de mayo de 2014, por el que se determinan los expedientes a los que resulta de aplicación el régimen especial de intervención previa de requisitos esenciales por lo que su régimen de fiscalización es previa plena, con independencia de la cuantía del encargo. Al tratarse de un negocio excluido de la Ley de Contratos del Sector Público, no procede la exención de fiscalización previa, únicamente prevista para los contratos menores.

Procede la fiscalización previa del expediente tanto en el momento de su aprobación, como en caso de modificación o prórroga

3.- CONTENIDO DEL EXPEDIENTE PARA SU FISCALIZACIÓN PREVIA

Los expedientes de encargos de ejecución, previamente a su aprobación y formalización, deben enviarse a la correspondiente Intervención, General o Delegada, con al menos los documentos que se relacionan a continuación.

A esta documentación, por supuesto, han de añadirse todos aquellos documentos cuya exigencia derive de normativa sectorial aplicable al encargo por razón de la materia.

3.1.- Informe en el que se indique y justifique la necesidad de la actuación.

Este informe es el mismo que se incluiría en el caso de que la actuación se llevara a cabo mediante una contratación pública. En su contenido se debe justificar la competencia del Departamento para llevar la actuación, la falta de medios materiales y/o personales para poder realizar la actuación con sus propios recursos y la necesidad de realizar la prestación.

3.2.- Informe en el que se justifiquen los motivos que han conducido a la elección del encargo.

En este informe se debe acreditar que la empresa u organismo público es el medio adecuado para la realización del objeto que se pretende. Es indudable que el encargo de

gestión es una figura que facilita la actividad de la Administración y que permite una flexibilización que no se logra con el uso de otras figuras procedimentales, como por ejemplo, la licitación de un contrato conforme a la Ley de Contratos del Sector Público. Sin embargo, por su carácter excepcional y siendo un recurso que permite la realización de una externalización al margen del principio de libre concurrencia, es preciso que el informe de necesidad justifique de forma detallada la mayor economía, eficacia y eficiencia que supone recurrir a esta forma de provisión de una obra o servicio, es decir, debe suponer una mejor ejecución de la prestación de manera que su atribución a un ente instrumental, al margen de los procedimientos de licitación y adjudicación, implica realmente un valor añadido que se pueda apreciar de manera cuantitativa o cualitativa.

Se cita en este punto la recomendación 2.2.4 del citado informe de la Cámara de Cuentas que señala necesario:

“Justificar detalladamente la necesidad de llevar a cabo la encomienda así como la mayor economía y eficiencia de esta forma de provisión de bienes y servicios frente a la contratación de los mismos en el mercado, realizando una evaluación de las distintas alternativas posibles para la realización de la prestación. Al respecto, la Administración debería disponer de datos sobre costes que permitieran el contraste de los precios facturados por las entidades públicas con información externa de mercado, a fin de tomar decisiones eficientes sobre precios de los servicios”.

3.3.- Documento o documentos que incluyan: el objeto del encargo, los compromisos y obligaciones (condiciones del encargo) y el proyecto o presupuesto con las prescripciones técnicas detalladas y valoradas

Se trata de un documento con las condiciones administrativas y prescripciones necesarias para definir el encargo y garantizar su ejecución.

3.3.1 El objeto del encargo:

- a) Ha de expresarse claramente, indicando la actividad o actividades que se encarguen y evitando expresiones de carácter general. Deberá ser concreto, preciso y determinado de forma que se pueda identificar fácilmente la prestación a realizar.
- b) Puede ser objeto de un encargo cualquier prestación propia de los contratos administrativos, excepto la simple contratación de suministros. Esto último no significa

que la entidad pública que realiza el encargo no pueda aprovisionarse de ningún suministro para llevar a cabo la prestación, aun siendo su valor considerable en el conjunto total, sino que el objeto del encargo, en sí mismo, no debe consistir en la contratación de un suministro.

- c) Por otra parte, ninguna norma de carácter general impide que haya múltiples objetos en un único encargo, siempre que estén incluidos en el ámbito de actuación de la entidad pública y no sean incompatibles entre sí.
- d) En ningún caso la ejecución del encargo podrá suponer el ejercicio de potestades administrativas. Ello es así porque el propio Estatuto Básico del Empleado Público reserva a los funcionarios públicos el “ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”.

Uno de los matices que ha señalado la jurisprudencia para interpretar a qué funciones se refiere la norma cuando menciona que implican “el ejercicio de potestades públicas o de autoridad” es que tengan efectos jurídicos concretos sobre terceros, esto es, que tengan una “directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho”

Es por ello, que existen ciertas funciones que en ningún caso deben ser objeto de contratación externa (la potestad reglamentaria, la potestad sancionadora, la inspección tributaria, por poner algunos ejemplos) si bien siempre es posible que se encarguen actividades meramente auxiliares, de apoyo logístico, informático o técnicas para colaborar o asistir a los funcionarios en el ejercicio de estas funciones.

3.3.2 Condiciones del encargo

Como en el caso de los contratos administrativos, en el documento que formalice el encargo se han de recoger cuestiones tales como:

- a) Plazo de realización de la prestación y posibilidad de prórroga. El inicio de la prestación siempre ha de producirse una vez formalizado el encargo. En cuanto a la prórroga, ésta deberá realizarse antes de que finalice el plazo de ejecución y habrá de ser autorizada por el mismo órgano que autorizó el encargo.

- b) Posibilidad de modificación del encargo. Durante el plazo de vigencia del encargo, éste podrá modificarse por causas de interés público y siempre que se justifique que con dicha modificación el encargo se realiza de forma más eficaz y eficiente. Cualquier modificación deberá ser previamente fiscalizada y autorizada por el órgano que lo autorizó inicialmente.
- c) Régimen de pagos y anticipos. En el encargo se ha de prever la periodicidad para realizar los pagos que, con carácter general deberán producirse conforme a la prestación efectivamente realizada. No obstante, podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad
- d) Comprobación material de la inversión. En el caso de que el objeto del encargo consista en la realización de una obra o un bien de carácter inmovilizado, el documento del encargo deberá incluir la necesidad de realizar el acto de comprobación de la inversión, en los mismos términos y condiciones que los contratos administrativos.
- e) Designación del Director del encargo. En el documento del encargo se ha de designar al Director del encargo, funcionario del correspondiente departamento que será el encargado de dirigir, supervisar y vigilar que la ejecución del trabajo se realice según lo previsto en los pliegos o memorias y de acuerdo con el interés de la Administración. Asume la función de representante de la Administración sin perjuicio de que pueda ser asistido por otro personal público que colabore en las tareas de Dirección.

3.3.3. Memoria técnica o prescripciones técnicas:

La descripción y detalle del objeto del encargo debe ser pormenorizada y suficiente para identificar de manera concreta todo el trabajo que la entidad pública ha de llevar a cabo. Admitiendo la dificultad que a veces representa la tarea de describir con detalle todos los aspectos técnicos que se han de realizar, resulta exigible el esfuerzo de llevar a cabo tal detalle evitando cualquier confusión que se pudiera producir y facilitando la claridad en la definición de las condiciones técnicas exigidas para ejecutar el encargo.

Hay que tener en cuenta que el adecuado seguimiento y control de la ejecución del encargo no es posible si no se dispone de unas concretas prescripciones técnicas que permitan

determinar si el trabajo se ha llevado a cabo de manera satisfactoria conforme a lo exigido en el momento de su formalización.

3.3.4. Valoración económica

Es uno de los documentos básicos del encargo de ejecución. En el presupuesto se ha de valorar cada uno de los recursos materiales y humanos que se dedicarán a la realización de la prestación encargada.

La valoración se ha de realizar mediante la aplicación de tarifas aprobadas por la Administración o, en su defecto, por referencia a los costes reales de realización de la prestación. Esto último supone que en el presupuesto se incluyen el conjunto de costes, directos o indirectos, que va a soportar el medio propio sin que se pueda permitir la inclusión de epígrafes de beneficio.

En este documento se ha de indicar si está prevista la subcontratación y, en su caso, la correspondiente valoración económica.

Por último, en el caso de que se prevean partidas para financiar eventuales desviaciones del presupuesto, deberán ser justificadas con carácter previo al pago.

3.4.- Documentos de aprobación del gasto y el encargo.

3.4.1 Propuesta de orden del titular del Departamento (u órgano en el que tenga delegada la competencia) por la que se aprueba el gasto y el encargo.

3.4.2. Además de esta Orden, en caso de que su ejecución comprometa presupuesto de años posteriores, se debe incluir autorización del gasto plurianual o tramitación anticipada.

3.4.3 En caso de que el encargo requiera la autorización del Gobierno, propuesta de acuerdo del Gobierno (cuando deba autorizar el gasto plurianual el Gobierno, se puede incluir en la misma propuesta dicha autorización)

3.5.- Documento contable en fase de propuesta.

El documento contable del ejercicio corriente es el modo de acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto. En el caso de los encargos de ejecución, al

autorizar y comprometer el crédito en un solo acto, debe utilizarse el documento AD (Autorización disposición de crédito)

La financiación de los encargos de ejecución se realizará con cargo al capítulo 2 ó 6 del Presupuesto de Gastos al existir una contraprestación onerosa entre la Administración y el medio cuyo objeto es propio de un contrato administrativo

4.- OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN

4.1 La cesión ilegal de trabajadores:

Desde la Intervención General se ha advertido en numerosas ocasiones que puede existir riesgo de una cesión ilegal de trabajadores en el caso de que el medio propio se limite a poner a disposición de la Administración el personal necesario para el encargo, asumiendo el pago de salarios y cuotas sociales, no interviniendo directamente en la prestación y sin ejercer todas las funciones de dirección y control sobre el trabajador.

Por ello, hay que ser especialmente cuidadosos en evitar situaciones en las que el medio propio no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. En la definición de los encargos es preciso actuar con especial diligencia, estableciendo prescripciones en los pliegos que impidan realizar la prestación del servicio bajo el poder de organización de la propia administración y despejando cualquier duda sobre si las personas físicas que vayan a desarrollar el trabajo dependen o se insertan en la estructura organizativa de la Administración.

En este sentido, es imprescindible acudir a las previsiones y recomendaciones que se han producido en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, que establece medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, que consisten en la obligación de que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación, en orden a la ejecución de los contratos.

En concreto, en nuestra Comunidad Autónoma existen instrucciones y medidas que se contienen en la Recomendación 1/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Pero tal como indica la Junta Consultiva en dicha Recomendación, estas cuestiones “*no deben limitarse a asegurar un cumplimiento formal o documental, mediante la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas, y de prescripciones técnicas, de las previsiones adecuadas para evitar la cesión ilegal de trabajadores, sino que hay que garantizar que, en la ejecución del contrato, todos los niveles de gestión de la Administración pública contratante, que participen en ella, se atenderán a unas normas de conducta, y se abstendrán de realizar aquellas actuaciones que la jurisprudencia ha entendido como indicadores de una cesión ilegal.*”

Por ello, además de adoptar dichas medidas sobre el papel, resulta fundamental que en la realidad de la ejecución del encargo se cumplan otras cuestiones:

- Por una parte, el objeto del encargo debe ser la ejecución integral de una prestación (o varias) y ésta ha de ser autónoma con relación a la actividad de la Administración, es decir, se debe realizar de manera independiente del resto de la actividad administrativa.
- En la medida de lo posible, los trabajadores del medio propio han de realizar su cometido en sus instalaciones propias. Esta circunstancia por sí misma no acredita que con el encargo se lleve a cabo una cesión ilegal de trabajadores; hay que tener en cuenta que en algunas ocasiones, y dependiendo del contenido del encargo, es inevitable que sea necesario que los trabajadores del medio propio lleven a cabo su trabajo en dependencias de la Administración, pero ha de evitarse en aquellos casos en los que no es imprescindible.
- El encargo debe incluir la aportación de funciones de organización e iniciativa para garantizar el cumplimiento del mismo. La organización de los trabajadores y el modo de ejecutar la prestación deben ser siempre ejercidos por el medio propio, así como la determinación de vacaciones, jornada y horario.
- La Administración no puede ejercer ninguna tarea de dirección o control de manera directa sobre el trabajador del medio propio. El trabajador siempre debe estar fuera de la cadena de mando de la Administración y debe responder únicamente a la

organización de su empresa. La interposición de la figura de un director del encargo o la existencia de un coordinador por parte del medio propio, si bien es condición necesaria, no es garantía de que se cumpla esta condición.

- No hay que confundir el incumplimiento de las cuestiones que se han puesto de manifiesto en los dos párrafos anteriores con las funciones que se deben encomendar al Director del encargo. Como se ha indicado anteriormente, este debe ser un funcionario del Departamento encargado de dirigir, supervisar y vigilar que la ejecución del servicio se realice según lo previsto en los pliegos y de acuerdo con el interés de la Administración. Como en el caso de la contratación administrativa, es el que recibe el programa de trabajo que facilita el medio propio, el que da las instrucciones al representante de la empresa y el que asume la función de representante de la Administración. Ello no obsta para que el Director pueda servirse de otros funcionarios que le ayuden en sus tareas y que puedan mantener relación o comunicación con los trabajadores del medio propio, siempre con el objeto de garantizar la adecuada ejecución de la prestación y sin apartarse de las tareas de dirección, control y supervisión que les corresponden.
- En todo caso y para evitar cualquier duda en ese sentido, no se fiscalizarán de conformidad encargos en los que se contrata personal emplazándose este personal en instalaciones de la Administración y realizando tareas o actividades iguales o similares a las que realizan los funcionarios públicos con quienes trabajan. De esta situación podría inferirse que el empleado del medio propio forma parte del organigrama o estructura de la Administración.

4.2 La disposición de medios propios y la subcontratación

De capital importancia es la cuestión relativa a los medios con los que cuenta el medio propio para llevar a cabo la prestación que se pretende encargar.

Parte esencial del motivo de un encargo es que el medio propio dispone de los instrumentos necesarios para llevar a cabo las órdenes que le impone la Administración, es decir, dispone de los medios personales y materiales suficientes e idóneos para su realización. Ello no significa que el medio propio no pueda contratar (adquirir, alquilar, etc...) medios materiales o recursos humanos para llevar el encargo, si bien se debe justificar que aun teniendo que llevar a cabo dichas contrataciones, resulta el medio idóneo.

El problema más relevante se produce cuando el medio propio ha de subcontratar con terceros parte de la prestación. En este sentido, este centro comparte totalmente los pronunciamientos tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en diversos informes (informes 11/11, de 15 de diciembre y el informe 13/12, de 27 de septiembre) como de la Intervención General de la Administración del Estado en la Circular 4/2015, de 20 de mayo, sobre esta cuestión y por ello se transcriben literalmente las consideraciones y conclusiones que se manifiestan en dichos documentos:

En el informe 13/12, la Junta señala que:

«La razón de ser estructural del artículo 24 del TRLCSP es la propia evolución histórica de la figura y, en lo que aquí interesa, en relación con los supuestos previstos en las letras a) y b) del artículo 24.1 del TRLCSP, es necesario que disponga de servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación o que posea elementos auxiliares utilizables cuyo empleo suponga cierto nivel mínimo de ahorro en la ejecución del contrato o ciertas ventajas. La Ley de Contratos del Estado preveía ese supuesto, pero no aludía al caso de que esos medios o servicios propios estuviesen personificados.

Las dudas sobre estos casos, quedaron superadas con la doctrina del TJUE sobre el “in house providing”, es decir, la autoejecución o autoabastecimiento de bienes y servicios, que implica que no existe contrato cuando la Administración en sentido amplio –incluidos poderes adjudicadores o entidades públicas en general- utiliza sus medios o servicios propios personificados en una entidad distinta a ella que controle, a la que encomiendas o encargas la prestación. A partir de esta doctrina, en la que se basa la redacción del artículo 24, en particular su apartado 6, la ejecución en una obra, etc. por un medio o servicio técnico personificado al que se le encarga aquella prestación, es ejecución por la propia Administración, sin más distinciones y sin dudas legales sobre su procedencia. (...) Pues bien, para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear la figura, a saber: que ese medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación.

En nuestro caso, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la

prestación. La determinación de cuándo concurre esa aptitud solo puede realizarse a través de los requisitos que la norma establece para los casos de ejecución directa por la propia Administración, de los que las entidades medio propio son simplemente un supuesto recientemente introducido con finalidad aclaratoria, consistente en que la personificación de los medios o servicios técnicos propios no altera la posibilidad de uso de la figura de ejecución por la propia Administración.

Pues bien, el artículo 24.4 del TRLCSP, limita la contratación con colaboradores de la ejecución de una obra, etc. al 50 % del importe total del proyecto, no porque quiera limitar la contratación con terceros colaboradores en el caso de que se trate de contratos administrativos especiales porque la Administración vaya a ejecutar la prestación con sus propios medios internos no personificados, sino simplemente porque en caso contrario, se considera que la Administración no tendría medios propios o servicios técnicos suficientemente aptos para ejecutar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho que permite la ejecución por la propia Administración.

Trasladada la afirmación anterior al supuesto del artículo 24.6, resulta que si una entidad medio propio no puede ejecutar el 50% del encargo, es que no es suficientemente apta para realizar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho del apartado 1.a) del propio artículo 24, y, por tanto, no cabría el encargo o encomienda correspondiente. Al efecto, debe destacarse que el artículo 24 del TRLCSP, comienza aludiendo “A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n)...”. De ello se deduce que la Administración puede ejecutar por sí misma una prestación a través del empleo de medios o servicios técnicos propios o mediante encargo a una entidad que controle declarada medio propio o servicio técnico, siempre que en cualquiera de los casos, dichos medios o servicios técnicos sean suficientemente aptos para ejecutar la prestación, lo que, por determinación directa del propio artículo 24.4 o por remisión al mismo en el caso del apartado 6 del propio precepto, solo ocurre si ejecuta por sí misma el 50% del importe total de la prestación. En caso contrario, no puede haber autoejecución de la obra, etc., ni encargo al medio propio personificado, por la sencilla razón de que legalmente no son suficientemente aptos para ejecutar la prestación.

En conclusión, la determinación contenida en el último inciso del artículo 24.4 es de aplicación preceptiva a los contratos que deba celebrar la entidad medio propio o servicio técnico que recibe un encargo con terceros para ejecutar la prestación encomendada, porque, en otro caso, no se respetaría el requisito a contrario que resulta de esa norma, que

es que sólo ejecutando el 50% de la prestación mediante el empleo de medios o servicios técnicos propios se considera que esos medios o servicios son suficientemente aptos para ejecutar la prestación y por ello se admite la autoejecución directa por la propia Administración, o mediante encargo al medio propio o servicio técnico personificado, que en caso contrario no serían admisibles legalmente, debiendo acudir directamente a la externalización por los procedimientos de contratación correspondientes.

La conclusión anterior se corresponde fielmente con lo dispuesto por el propio TRLCSP, en su Disposición Adicional 25ª, 6, párrafo segundo (...) con ocasión de la regulación del régimen jurídico de TRAGSA.»

En cuanto a la Circular 4/2015, de 20 de mayo, de la IGAE:

“Esta Intervención General comparte el parecer expresado por la JCCA, en el sentido de que si una entidad declarada medio propio no puede ejecutar el 50% del encargo, en base a la doctrina y a la normativa mencionada anteriormente, debe considerarse que dicha entidad no reúne el requisito de idoneidad y de aptitud necesarios para realizar la prestación, por lo que no cabría realizar el encargo o encomienda de gestión y debería tramitarse el correspondiente expediente de contratación.

Debe tenerse en cuenta que en la medida en que las encomiendas de gestión suponen una excepción a los principios de publicidad y concurrencia que inspiran la normativa sobre contratación pública, los requisitos necesarios para poder acudir a esta figura han de ser objeto de una interpretación estricta.

En base a ello, se entiende que un medio propio no podrá contratar con terceros la ejecución de una parte de la prestación encomendada cuando su importe supere el 50% del total de la prestación, sin perjuicio de que la normativa específica de cada medio propio pueda regular un límite inferior al citado 50%, en cuyo caso debería atenderse a dicho límite.

En el caso de que se superase tal limitación, ya no supondría una ejecución por la Administración -a través de un medio propio-, sino por un tercero.”

Por lo tanto, este es el criterio que se mantendrá en el ejercicio de la fiscalización y control de los encargos por parte de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, teniendo en cuenta que siempre puede haber casos en los que resulte necesario excepcionar .

4.3 El impuesto de valor añadido

La Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 37/1992, de 28 de noviembre, del IVA modificó, entre otros preceptos, el artículo 7 de la Ley del IVA, relativo a las operaciones no sujetas al impuesto.

Conforme a la nueva redacción del apartado 8º del artículo 7 de la Ley del IVA, objeto de consulta:

«8º/..... No estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo.

Asimismo, no estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados por cualesquiera entes, organismos o entidades del sector público, en los términos a que se refiere el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a favor de las Administraciones Públicas de la que dependan o de otra íntegramente dependiente de estas, cuando dichas Administraciones Públicas ostenten la titularidad íntegra de los mismos

En todo caso, estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios que las Administraciones, entes, organismos y entidades del sector público realicen en el ejercicio de las actividades que a continuación se relacionan:

- a) Telecomunicaciones.
- b) Distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía.
- c) Transportes de personas y bienes.
- d) Servicios portuarios y aeroportuarios y explotación de infraestructuras ferroviarias incluyendo, a estos efectos, las concesiones y autorizaciones exceptuadas de la no sujeción del Impuesto por el número 9.º siguiente.
- e) Obtención, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior.

f') Intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos.

g') Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial.

h') Almacenaje y depósito.

i') Las de oficinas comerciales de publicidad.

j') Explotación de cantinas y comedores de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares.

k') Las de agencias de viajes.

l') Las comerciales o mercantiles de los Entes públicos de radio y televisión, incluidas las relativas a la cesión del uso de sus instalaciones. A estos efectos se considerarán comerciales o mercantiles en todo caso aquellas que generen o sean susceptibles de generar ingresos de publicidad no provenientes del sector público.

m') Las de matadero.»

Por tanto, según la modificación introducida en el artículo 7.8º de la Ley del IVA, los servicios prestados en virtud de encargos de ejecución (excepto cuando la encomienda tenga por objeto la realización de alguna de las actividades enumeradas en las letras a') a m') de ese mismo artículo) no estarán sujetos a dicho impuesto.

Esto supone que las facturas que emitan las empresas u organismos públicos a la Administración no han de incluir dicho impuesto, pero también tiene la contrapartida de que dichas entidades no pueden deducir en sus declaraciones las cuotas soportadas por los bienes y servicios adquiridos para realizar tales encargos.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRAMITACIÓN MASIVA DE EXPEDIENTES

Todos los encargos que se van a llevar a cabo durante el ejercicio, que se conocen con anticipación y que se han de iniciar durante los primeros días del año, deberían tramitarse anticipadamente. Ahora bien, en los casos de algunos departamentos con un número elevado de encargos a medios propios (es el caso de Desarrollo Rural, por ejemplo) para la Intervención Delegada es materialmente imposible analizar y realizar el control de los expedientes en los quince últimos días del año, por lo cual se recomienda que se vayan enviando con la anticipación suficiente para poder llevar a cabo las tareas ordinarias de control.

Hay que tener en cuenta que una buena parte de los encargos se repiten de manera sistemática año tras año, por lo cual sería muy recomendable una planificación ordenada de

todos ellos para encargar la actividad de manera global. También, en la medida de lo posible, sería adecuado replantear los plazos de ejecución de modo que tengan una vigencia superior al año.

Por otra parte, en orden a simplificar en la mayor medida posible la tramitación de los expedientes y realizada la planificación que se ha expuesto en el apartado anterior, se considera muy conveniente intentar acumular obras o servicios en un único encargo de manera que con un solo informe de fiscalización se pueda dar trámite a varios de los expedientes actuales. Evidentemente, en este último caso, es recomendable que todos los objetos de un encargo reúnan elementos comunes o un nexo de unión que aconseje su ejecución conjunta.

Zaragoza, 12 de mayo de 2017
LA INTERVENTORA GENERAL

A:

- **SECRETARIOS GENERALES Y SECRETARIOS GENERALES TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**
- **INTERVENTORES DELEGADOS Y JEFES DE SERVICIO DE LA INTERVENCIÓN GENERAL**