
INFORME DEFINITIVO DE FISCALIZACIÓN

**SOBRE ENCOMIENDAS DE GESTIÓN DE
LA ADMINISTRACIÓN DEL PRINCIPADO
DE ASTURIAS Y SUS ORGANISMOS
DEPENDIENTES**

EJERCICIO 2013



Sindicatura de Cuentas
del Principado de Asturias

El Consejo de la Sindicatura de Cuentas en ejercicio de su función fiscalizadora establecida en el artículo 6 de la Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, ha aprobado en sesión de 12 de noviembre de 2015 el Informe Definitivo de Fiscalización sobre "Encomiendas de Gestión de la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos Dependientes". Asimismo ha acordado su elevación a la Junta General para su tramitación parlamentaria y su remisión a las entidades objeto de fiscalización, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley de la Sindicatura de Cuentas.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
I.1. Iniciativa de fiscalización	7
I.2. Ámbito.....	7
I.2.1. Ámbito Subjetivo	7
I.2.2. Ámbito Temporal.....	7
I.3. Objetivos y alcance	7
I.4. Marco normativo	8
I.5. Limitaciones al alcance	9
I.6. Trámite de Alegaciones	9
II. CONCLUSIONES	10
III. RECOMENDACIONES	12
IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL	13
IV.1. Régimen de los encargos.....	15
IV.2. Elementos y requisitos de las encomiendas	16
IV.3. El expediente administrativo.....	20
IV.4. Ejecución de la encomienda.....	27
V. ENCOMIENDAS FORMALIZADAS POR EL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN EL 2013	29
VI. CALIFICACIÓN DE MEDIO PROPIO	31
VII. TRAMITACIÓN	35
VII.1. Tramitación del expediente.....	35
VII.2. Financiación de la encomienda	38
VIII. EJECUCIÓN	41
VIII.1. Régimen de tarifas.....	41
VIII.2. Facturación	42
VIII.3. Recepción del encargo	42
VIII.4. Otras cuestiones	43
VIII.4.1. Modificaciones.....	44
VIII.4.2. Contratación de terceros	44
VIII.4.3. Igualdad efectiva de hombres y mujeres.....	45
VIII.4.4. Actas de comisión de seguimiento.....	45
IX. HECHOS POSTERIORES	46
ANEXO	47

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
ACM	Acuerdo del Consejo Ministros
APA	Administración del Principado de Asturias
BATI	Comisión Regional del Banco de Tierras
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CPD	Centro de Proceso de Datos
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público.
FASAD	Fundación Asturiana de Atención y Protección de Personas con Discapacidades y/o Dependencias
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FEP	Fondo Europeo de Pesca
GIT	Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias SAU
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
IGPA	Intervención General del Principado de Asturias
JUSA	Junta de Saneamiento
LGP	Ley General Presupuestaria
LGTel	Ley General de Telecomunicaciones
LRJPA	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LSC	Ley de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
Núm.	Número
OOAA	Organismo Autónomo/Organismos Autónomos
PA	Principado de Asturias
PGPA	Presupuestos Generales del Principado de Asturias
PPT	Pliego de Prescripciones Técnicas
RECREA	Gestión de Infraestructuras Culturales, Turísticas y Deportivas del Principado de Asturias, SA
S/D	Sin datos
SADEI	Sociedad Asturiana de Estudios Económicos e Industriales, SA
SC	Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias

SEPEPA	Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias
SERPA	Empresa Pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, SA
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TCu	Tribunal de Cuentas
TRAGSA	Transformación Agraria, SA
TRAGSATEC	Tecnologías y Servicios Agrarios, SA
TRLCSP	Texto Refundido Ley Contratos Sector Público
TRREPPA	Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias
TSJPA	Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias
VIPASA	Viviendas del Principado de Asturias, SA

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Iniciativa de fiscalización

Corresponde a la SC el control externo de la actividad económico-financiera del sector público autonómico del PA, en el ejercicio de la función fiscalizadora establecida en el artículo 6 de la LSC.

El Consejo de la SC en su reunión de 18 de diciembre de 2014 acordó aprobar el Programa Anual de Fiscalización para el año 2015, que incluye, entre otros, el Informe de Fiscalización sobre Encomiendas de Gestión de la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos dependientes. Asimismo, este Informe se realiza en el marco de colaboración entre el TCu y la SC.

I.2. Ámbito

I.2.1. Ámbito Subjetivo

Según lo establecido en el Programa de Fiscalización para el ejercicio 2015, componen el ámbito subjetivo de la presente fiscalización las encomiendas formalizadas durante el ejercicio 2013 por las entidades integrantes de la APA y sus organismos dependientes.

I.2.2. Ámbito Temporal

La fiscalización realizada abarca el ejercicio 2013, sin perjuicio de que cuando se haya considerado necesario hayan podido ser objeto de análisis transacciones acaecidas con anterioridad o posterioridad a dicho ejercicio, con el fin de delimitar los antecedentes que dieron lugar a transacciones u operaciones vigentes en los ejercicios fiscalizados o, en su caso, comprobar el desenlace de las mismas ocurrido en ejercicios posteriores.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los Principios y Normas de Auditoría del Sector público, también han podido ser objeto de análisis las operaciones acontecidas hasta la fecha de finalización de los trabajos y emisión del Informe Provisional, enmarcando dichas actuaciones en el análisis de los hechos posteriores.

I.3. Objetivos y alcance

Los objetivos generales de la fiscalización han sido los siguientes:

- Comprobar la condición de medio propio de la entidad con la que se formaliza la encomienda de gestión.
- Verificar el cumplimiento de las normas y procedimientos que resulten de aplicación en orden a la formalización, tramitación, ejecución y gasto de las encomiendas examinadas.

- Analizar los sistemas previstos para el control de la ejecución de la encomienda, su implantación y desarrollo.
- Constatar el cumplimiento de la prohibición de encomendar potestades, funciones o facultades sujetas a derecho administrativo.
- Verificar la observancia de la normativa para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en todo aquello que, de conformidad con dicha normativa, pudiera tener relación con el objeto de las fiscalizaciones.

La fiscalización ha sido realizada conforme a los Principios y Normas de Auditoría del Sector público.

Este trabajo de fiscalización constituye una fiscalización de cumplimiento no constituyendo por tanto el objetivo la realización de una fiscalización financiera ni operativa.

Los datos del cuerpo de este Informe figuran en euros sin decimales y por lo tanto las sumas de los sumandos de cada columna pudiera no coincidir exactamente con el total reflejado consecuencia de despreciar visualmente las fracciones decimales.

I.4. Marco normativo

La normativa aplicable a esta fiscalización está constituida, fundamentalmente, por las siguientes disposiciones:

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- Ley del Principado de Asturias 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.
- Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Real Decreto 379/1977, de 21 de enero, por el que se autorizó la constitución de la Empresa de Transformación Agraria.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Decreto 70/2004, de 10 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias.
- Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establece el sistema de información contable de la Administración del Principado de Asturias y su sector público y se aprueban las normas sobre los procedimientos de gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos.
- Resolución de 14 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión.

I.5. Limitaciones al alcance

1. En el supuesto de la encomienda número 23 a FASAD no es posible comprobar si los precios unitarios aplicados coinciden con las tarifas pues estas no han sido remitidas a pesar de haber sido requeridas.
2. En la encomienda número 21, RECREA, no se ha podido realizar trabajo alguno en el área de facturación al no disponer de tarifas aprobadas ni facturas emitidas a nombre de la encomendante.

I.6. Trámite de Alegaciones

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 13 de la LSC y 23.4 de los Estatutos de Organización y Funcionamiento de la SC, se puso en conocimiento de los responsables de los entes delimitados en el ámbito subjetivo el Informe Provisional sobre "Encomiendas de Gestión de la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos Dependientes", para que formularan cuantas alegaciones estimasen oportunas y aportasen documentos que entendiesen pertinentes en relación con la fiscalización realizada o, en su caso, para que expusiesen las medidas que hubieran adoptado o tuvieran previsto adoptar respecto a las recomendaciones formuladas en dicho Informe Provisional por esta SC.

Todas las alegaciones formuladas han sido examinadas y valoradas suprimiéndose o modificándose el texto en aquellos casos en que se comparte lo indicado en las mismas. En otras ocasiones, el texto inicial no se ha alterado por entender que las alegaciones remitidas son meras explicaciones que confirman la situación descrita en el Informe, porque no se comparte la exposición o los juicios en ellas vertidos o porque no se justifican documentalmente las afirmaciones mantenidas. En todo caso, el resultado definitivo de la fiscalización es el expresado en los posteriores apartados de este Informe, con independencia de las consideraciones que pudieran haberse manifestado en las alegaciones.

II. CONCLUSIONES

El trabajo de fiscalización realizado ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

A) *Sobre la condición de medio propio (epígrafe VI)*

Todos los encomendatarios objeto de la fiscalización cumplen los requisitos para ser medio propio excepto GIT.

B) *Sobre la legalidad de la encomienda (epígrafe VII y VIII)*

1. La necesidad que se trata de satisfacer con la encomienda aparece motivada en todas las analizadas excepto en la número 4, 13, 21, 22 y 23.
2. En ninguna de las encomiendas consta la realización de un análisis previo y riguroso que justifique la elección de este sistema de gestión frente a otras posibles alternativas, como la licitación pública o la ejecución por Administración.
3. El objeto del encargo no aparece suficientemente determinado en todas las encomiendas excepto en la número 5, 12, 14 y 15 por que no permite determinar su alcance sin acudir a documentación complementaria.
4. Las encomiendas número 4, 5, 8, 10, 12 y 18 pueden implicar una efectiva puesta a disposición de trabajadores en favor de la Administración encomendante lo que podría dar lugar a una cesión ilegal de trabajadores.
5. No consta documento que acredite la fiscalización previa de la aprobación del gasto en las encomiendas número 21, 22 y 23.
6. Esta Sindicatura considera improcedente la utilización de transferencias (sean estas transferencias stricto sensu o subvenciones) para financiar la adquisición de bienes o servicios como ocurre en las encomiendas número 13 y 21.
7. En todos los casos consta resolución de aprobación de tarifas excepto en la encomienda 21 en la que si bien la sociedad informa de la existencia de tarifas vigentes para 2013, 2014 y 2015, la Consejería de Educación, Cultura y Deporte afirma que ésta, como medio instrumental propio, no tiene aparejada una retribución fijada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.
8. En la encomienda número 13 se realizaron trabajos entre enero y agosto de 2013 sin el necesario amparo legal.
9. En 9 de las 23 encomiendas no se presta conformidad en las facturas (encomiendas número 4, 5, 6, 8, 9, 10, 21, 22 y 23) y además, cuando se presta, se hace de manera dispar y carente de uniformidad.
10. En 21 de las 23 encomiendas las tarifas coinciden con los precios unitarios especificados en las facturas.

11. En las encomiendas número 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 17 y 19¹ consta acta de recepción de la prestación. No se acredita la realización del encargo en el resto de encomiendas cuyo plazo de ejecución había terminado a la fecha de finalización del Informe.
12. En 19 de las 23 encomiendas el porcentaje de contratación con terceros no supera el 50 %.
13. En el caso de la encomienda número 21 el porcentaje de subcontratación alcanza el 100 % lo que implica que la entidad encomendaria no reúne la idoneidad y aptitud requerida por lo que debería haberse tramitado el correspondiente expediente de contratación.
14. En 5 de las 23 encomiendas se prevé la realización de comisiones de seguimiento y finalmente ésta se celebra en 2 de ellas.

C) Sobre el ejercicio de potestades y funciones públicas (epígrafe VII.1)

En 6 de las 23 encomiendas se detecta riesgo elevado de que el objeto de la encomienda implique el ejercicio de potestades o funciones públicas.

D) Sobre la normativa para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (epígrafe VIII.4)

En la contratación llevada a cabo por parte de las encomendarias no queda constancia de la existencia de cláusulas a favor de la igualdad.

¹ La documentación acreditativa de dichos extremos fue remitida en fase de alegaciones.

III. RECOMENDACIONES

A la vista de lo expuesto en el cuerpo de este Informe, esta Sindicatura de Cuentas formula las siguientes recomendaciones:

1. Sería aconsejable la revisión periódica del cumplimiento de los requisitos para el mantenimiento de la consideración de medio propio.
2. Sería conveniente que se unificasen los procedimientos de tramitación, ejecución y control por parte de los diferentes órganos encomendantes de la Administración del Principado de Asturias.
3. Debe evitarse recurrir a las encomiendas para suplir carencias estructurales de personal que deben ser solventadas a través de la adecuada dotación de plantillas
4. Debería compararse ex ante el coste de las actividades a realizar a precio de mercado en relación a otras posibles alternativas: ejecución por Administración o a través de medios propios.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

La Administración en la última centuria ha experimentado en su conjunto un enorme crecimiento en el que han influido múltiples factores. Expansión que, no obstante, ha evolucionado de forma irregular en el tiempo, con aceleraciones, paralizaciones e incluso con retrocesos. Además, esa mayor presencia de lo público se ha efectuado utilizando distintas técnicas o modos de gestión que se sustentan en la potestad de auto-organización de la Administración y que se justifican, en el logro de una mayor eficiencia. Como consecuencia de ello, hemos asistido a la aparición de nuevas personificaciones públicas y a la par se producía también un fenómeno de aumento de la "externalización" en beneficio de sujetos ajenos a la Administración.

Las AAPP deben escoger la opción organizativa más adecuada para la ejecución de las actividades precisas para el ejercicio de sus competencias y esta capacidad de elección es una manifestación de sus potestades organizativas. Pero esta elección no es neutra, pues la opción entre la ejecución directa de las actividades por las propias unidades administrativas o su "externalización", y dentro de esta última posibilidad, la elección entre la encomienda de gestión a medios propios o la licitación pública tiene significativas consecuencias sobre el régimen jurídico aplicable, sobre el coste y la eficacia de los servicios, sobre el control de su dirección y ejecución, sobre el principio de libre concurrencia y finalmente sobre el mercado.

La Administración cuenta por tanto con distintos instrumentos que le permiten completar su capacidad de acción, en caso de insuficiencia de los medios disponibles o de insuficiencia de su especialización, bien para atender necesidades de carácter coyuntural, bien para prestar determinados servicios que sea preferible confiar a empresas o entidades especializadas por razones de economía o de eficacia, sin necesidad de una ampliación que pudiera resultar inconveniente de la estructura administrativa. Pero para ello resulta requisito necesario e imprescindible que el recurso a cualquiera de estas medidas esté suficientemente motivado y justificado. Así lo exige el TRLCSP para justificar el recurso a la contratación, y así debe aplicarse por igual al recurso a las encomiendas a medios propios.

La encomienda de gestión es una figura que indudablemente facilita la actividad de los órganos y entidades del sector público, permitiendo una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante otras técnicas de gestión, y facultando su actuación al margen de las garantías que ofrece el TRLCSP y del principio de libre concurrencia al que está sujeta la contratación pública. Pero esa excepcionalidad exige que el empleo de las encomiendas deba estar debidamente motivado.

Los actos administrativos, para poder considerarse válidos o conformes a Derecho, deben reunir determinados requisitos. Dentro de los elementos formales destaca la motivación, en cuanto que elemento esencial para hacer posible el control judicial de los actos administrativos. Esta motivación puede ser sucinta (así lo impone el artículo 54 de la LRJPAC), pero debe ser suficiente para ilustrar sobre las razones de hecho y de derecho que justifiquen la decisión. En particular se deben conocer a través de la motivación las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en el caso de ejercitar una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por una solución concreta entre las legalmente posibles.

En nuestro caso, atendiendo al carácter excepcional de los encargos, esta justificación debe responder a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo, es decir, a una mejor ejecución de la prestación, de forma que su atribución a un ente instrumental al margen de las normas generales de licitación y adjudicación implique realmente algún tipo de valor añadido susceptible de apreciación tanto cuantitativa como cualitativamente.

La Administración, consciente de sus limitaciones y de las ventajas que puede ofrecer el sector privado en su funcionamiento, ha iniciado desde hace tiempo un doble proceso. Por una parte ha licitado multitud de prestaciones encomendándoselas al sector privado; pero otras veces ha intentado incorporar parámetros privados a su funcionamiento para lo que se ha visto obligada circunstancialmente a personificar su organización con revestimientos propios de aquella naturaleza, pero tampoco debemos ignorar que en otras ocasiones la personificación se ha buscado o forzado artificialmente para escapar de los procedimientos y de los controles que se imponen a la Administración. En relación a las decisiones anteriores, no debemos olvidar la influencia de determinadas restricciones impuestas sobre la Administración, como es el caso de la prohibición de incrementar el número de efectivos e incluso obliga a su disminución mediante tasas de reposición de efectivos muy reducidas o incluso nulas.

La legislación española de contratos siempre ha admitido que la Administración pueda realizar directamente las obras, suministros o servicios a condición de estar capacitada para tal fin. Ahora bien, en principio, dada la obligación de que los contratos se sometan a licitación pública, los empresarios privados han pretendido que las prestaciones impuestas por la Administración matriz sobre entes dependientes se abran definitivamente a sus ofertas.

Inicialmente el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas admitió que podía excluirse la aplicación de las Directivas de contratación pública en aquellos negocios que relacionaban a las Administraciones Públicas con sus sociedades dependientes. Posteriormente el mismo Tribunal ha ido matizando la postura original mediante la incorporación de nuevas exigencias, lo que ha venido a modular las relaciones de las Administraciones con sus organismos y sociedades.

La encomienda de gestión originariamente fue objeto de regulación general en el artículo 15 de la LRJPAC, que permitía llevar a cabo encomiendas de gestión para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público, a favor de otros órganos o entidades de la misma o incluso distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su ejecución.

Ahora bien, la encomienda de gestión de naturaleza contractual es una figura que se incorpora a nuestro Derecho más recientemente; expresión de la doctrina "in house providing" elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una excepción a los principios asentados en las Directivas de contratación y en el propio Tratado de la Unión.

Esta institución se incorpora a la legislación de contratos mediante el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, que excluyó a las encomiendas de gestión del ámbito de aplicación de la ley de contratos entonces vigente.

Se trata de una forma de provisión interna de obras, bienes y servicios a través de entidades instrumentales. Como instrumento de aprovisionamiento el TRLCSP las recoge como una actividad excluida de su ámbito de aplicación.

La Abogacía General del Estado en su Circular 6/2009, de 14 de julio, ha concluido que, tras la promulgación de la Ley 30/2007, el artículo 15 antes citado de la LRJPAC ya no puede entenderse referido a las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, es decir, a las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia de un contrato de obra, suministro o servicio a cambio de una contraprestación. En consecuencia, el ámbito de aplicación del artículo 15 ha quedado reducido al puramente administrativo.

El uso creciente de las encomiendas a medios propios contrasta con su escasa y dispersa regulación sustantiva. La parquedad del núcleo normativo básico de estos encargos ha obligado al legislador a disciplinar determinados aspectos concretos de esta figura de manera puntual y asistemática, sin terminar de resolver muchos de los problemas interpretativos que dicha parquedad propicia. Por lo demás, ni el TRLCSP ni ninguna otra norma con rango de Ley ha establecido de forma expresa la sujeción de las encomiendas a medios propios a concretos procedimientos para su tramitación.

El artículo 4.1.n) del TRLCSP se refiere a los “negocios jurídicos” en cuya virtud se encargue a una entidad considerada medio propio “la realización de una determinada prestación”. A través de este instrumento una entidad del sector público -encomendante-, encarga a otra Administración o a otro ente, organismo o entidad del sector público -encomendatario- la realización de una determinada actividad o prestación sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

El artículo 4.1. n) se complementa con el artículo 24.6 del TRLCSP que incorpora al Derecho interno los requisitos que la Jurisprudencia comunitaria exige para verificar si un ente u organismo puede ser considerado medio propio y, en consecuencia, si es susceptible de recibir encargos concretos.

IV.1. Régimen de los encargos

El artículo 4.2 del TRLCSP dispone que 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.

En la medida en que generan gasto, las encomiendas se someten a las normas presupuestarias de pertinente aplicación en cada ámbito administrativo.

Dentro del ámbito contractual, el TRLCSP contiene algunas normas específicas en relación a las encomiendas (artículo 4.1.n y 24.6) y se remite también a la aplicación de los principios, aunque estos solamente entrarán en juego en defecto de normas especiales. Supletoriedad, pues, referida no a toda la ley sino solo a los principios enumerados en el artículo 1 del TRLCSP: publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, 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. Pero, claro está, no todos estos principios son compatibles con la naturaleza misma de las encomiendas y en otras ocasiones tampoco resultan aplicables.

En artículo 24.6 del TRLCSP incluye un mandato para que se complete el régimen jurídico de las encomiendas a través de las normas de creación de los entes instrumentales: "y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos"; pero estas normas no siempre permiten disciplinar el contenido del encargo, lo que origina lagunas precisas de solución.

Cuando se plantean estas lagunas, que no cabe solventar por la vía supletoria de los principios ni, en su caso, de la normativa específica, resulta obligado recurrir a la aplicación analógica del TRLCSP. En virtud de esta técnica de integración, ante un hecho que no aparece regulado se aplica la norma que regula casos semejantes, debido a que entre ambos existe identidad de razón como se ha señalado por el Consejo de Estado en el dictamen de 29 de enero de 2009.

En efecto, ante una ausencia de normación en un supuesto concreto resulta imprescindible acudir a la analogía como procedimiento integrador previsto en el ordenamiento jurídico para la cobertura de las lagunas que se puedan presentar (artículo 4.1 del CC). En este sentido se ha pronunciado la Abogacía General del Estado, en el dictamen de 18 de septiembre de 2008, que entendió conforme a Derecho la aplicación analógica del artículo 160.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a las encomiendas de obras que el Ministerio de Medio Ambiente realice a favor de TRAGSA.

IV.2. Elementos y requisitos de las encomiendas

A) Objeto del encargo

El encargo puede tener por objeto cualquier prestación, pudiendo consistir tanto en el objeto propio de cualquiera de los contratos típicos, contratos administrativos especiales o contratos privados, con independencia de su cuantía.

Debe asegurarse, no obstante, el respeto a la previsión contenida en el artículo 12 de la LRJPAC, es decir, la irrenunciabilidad del ejercicio de las competencias del ente que ordena la ejecución del encargo. Así pues, un límite infranqueable lo constituye la inalterabilidad de la titularidad competencial.

En relación al contenido del mandato, la normativa general no prohíbe que una encomienda incluya múltiples objetos siempre que estén incluidas en el ámbito de actuación de los diferentes sujetos de la relación jurídica y que las actividades a desarrollar no sean incompatibles entre sí (la ejecución de obras, por ejemplo, resulta incompatible con la Dirección facultativa y con la Coordinación en materia de seguridad y salud, como se ha explicitado en las Circulares 3/2014 y 4/2015 ambas de la IGAE).

Además de lo dispuesto por las reglas generales sobre el ejercicio de la competencia, debe recordarse que el TRLCSP prohíbe los contratos de gestión de servicios públicos (artículo 275) y los contratos de servicios (artículo 301) "que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos"; asimismo el artículo. 9.2 del EBEP, dispone que "En todo caso, 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 corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos". A este respecto no debemos olvidar que los Tribunales de Justicia han declarado la nulidad de pleno derecho de acuerdos u órdenes de encomienda llevados a cabo con medios propios cuando estos han incluido el ejercicio de potestades públicas. El TSJPA en Sentencia de 23 de febrero de 2015 consideró que no resultaba una indebida atribución de funciones reservadas a funcionarios públicos derivada de los encargos realizados por la APA al SERPA al calificarlos de "encargos de carácter técnico consistentes en el mero análisis de control, vigilancia y elaboración de documentación relativa a diferentes actuaciones de diferentes Consejerías...sin que de ello se derive consecuencia alguna con efectos para terceros". Por su parte la STS de 22 de enero de 2013, ha considerado que las actividades materiales y de gestión, exclusivamente administrativas, no son actividades de carácter material únicamente y por tanto implican el ejercicio de potestades administrativas.

B) Sujetos de la relación

La relación jurídica se establece entre dos personas formalmente diferentes aunque materialmente formen parte de una misma unidad organizativa.

El artículo 4.1 n) del TRLCSP no contiene ninguna precisión sobre el sujeto encomendante que es quien ordena el encargo. Por su parte el apartado 6 del artículo 24 se refiere a los poderes adjudicadores, tengan o no el carácter de Administración. Ahora bien, tratándose de contratos de gestión de servicios públicos, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal, solamente podrá ser entidad encomendante una Administración.

Frente a esta diferenciación circunstancial, encomendatario es quien realiza la prestación y puede serlo cualquier entidad perteneciente al sector público (incluidas las fundaciones y las compañías mercantiles).

C) Requisitos sustantivos

Lo decisivo para que una operación pueda considerarse como una encomienda de gestión excluida de la aplicación de la ley de contratos, es el tipo de relación que se establece entre el ente que hace el encargo y el ente del sector público que lo recibe, situación de dependencia que exige el cumplimiento de una serie de requisitos de manera acumulativa (Sentencia Teckal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-107/98, de 18 de noviembre de 1999, Directivas europeas en el ámbito de contratación y texto refundido de la ley de contratos):

- Que el poder adjudicador ostente sobre el encomendatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A este respecto, el TRLCSP establece que, en todo caso, se entenderá que ejerce dicho control si puede conferir encomiendas que sean de ejecución obligatoria, de acuerdo con instrucciones fijadas

unilateralmente, y cuya retribución se base en tarifas aprobadas por la entidad de la que dependan.

Además, se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

El TRLCSP no se refiere a la regulación de la retribución de las encomiendas, si bien la aplicación del régimen de tarifas -que han de ser aprobadas necesariamente por la entidad pública de la que dependan las encomendatarias- se configura como uno de los indicios que otorgan presunción de control análogo sobre los entes instrumentales.

Según ha constatado el TCu, en general, es en la normativa reguladora de los distintos entes instrumentales donde se regula el régimen retributivo de los encargos y donde se explicita la obligación de su valoración aplicando tarifas formalmente aprobadas y la necesidad de que las mismas respondan a los costes reales de las prestaciones realizadas.

La tramitación de las encomiendas, al igual que sucede en los contratos, exige que el precio a satisfacer sea cierto, so pena de nulidad (artículo 26.3 del TRREPPA); por la necesidad de reservar crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto preciso para su ejecución; y por la obligación de fiscalizar y ser aprobado el gasto por el órgano competente. La certeza del precio resulta esencial para la necesaria cobertura financiera, esta certeza viene exigida también por las reglas generales aplicables a este tipo de negocios jurídicos en los que se produce la entrega de un bien o servicio a cambio de una contraprestación (artículo 26.1.f) del TRLCSP y artículos 1445 y 1543 del CC.

La determinación del presupuesto de una encomienda responde de manera lógica a la aplicación de unos precios unitarios, en este caso las tarifas o precios referidos a los componentes de la prestación, es decir, a las diferentes unidades que se entreguen o a las unidades de tiempo que se estiman necesarias para realizar la prestación. Resulta, pues, preceptivo analizar la conformación del precio de las mismas desde una doble perspectiva: por una parte si el sistema de retribución adoptado es efectivamente el de tarifas y, por otra, si este se aplica sobre componentes de la prestación correctamente definidos y que responden a las actividades concretas objeto del encargo.

La indeterminación de las actividades encargadas que ha sido observada en muchos casos por el TCu supone una seria limitación a la hora de fijar la retribución de la encomienda, en la medida en que impide la definición de los componentes de la prestación.

- Que el encomendatario debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que realiza la encomienda.

Para determinar el porcentaje de actividades se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder

adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

El segundo de los requisitos que fijó la Sentencia Teckal antes citada para que un negocio jurídico pueda ser calificado como una relación "in house" es que el ente instrumental realice la parte esencial de su actividad para dicho poder. La Sentencia Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-340/04, precisa que, a estos efectos, el resto de la actividad debe tener un carácter meramente marginal, pero también señala que el problema no puede resolverse de forma simple, señalando unos determinados porcentajes, sino que debe dilucidarse en función de las circunstancias de cada caso.

Sobre este particular hoy no debemos olvidar el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Dicha norma fue publicada en el DOUE el 28 de marzo y su entrada en vigor se produjo a los 20 días de su publicación. En dicho precepto se exige, a los efectos de la señalada esencialidad, que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica 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.

La citada Directiva no ha sido incorporada aún al Derecho interno, y, en cualquier caso, ha sido promulgada y ha entrado en vigor con posterioridad al ámbito temporal de nuestro informe.

Ahora bien, la Abogacía General del Estado, en su informe 3/15, de 27 enero de 2015, ha entendido no obstante que aunque pendiente de trasposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, el régimen dispuesto en este precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando la aplicación del precepto no causa perjuicio a terceros.

- Que si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública (artículo 24.6 TRLCSP).
- La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios antes señalados deberá asimismo reconocerse formal y expresamente en la norma que las cree o por sus estatutos. Además, el encomendatario no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún

licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de la misma (artículo 24.6 TRLCSP).

Así mismo, conforme ha interpretado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 2/12 y 13/12- y más recientemente la Intervención General del Estado –informe 21 de abril de 2015 y Circular 4/2015, de 20 de mayo-, el ente encomendatario deberá ser idóneo para ejecutar la encomienda, y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la misma.

Se incurriría en fraude de ley si la entidad o medio propio no es suficientemente apto para ejecutar la prestación. Así, se ha interpretado por la Circular 4/2015 que si una entidad declarada medio propio no puede ejecutar el 50 % del encargo debe considerarse que dicha entidad no reúne el requisito de idoneidad y de aptitud necesarios para realizar la prestación, por lo que no podría realizar el encargo o encomienda de gestión y debería tramitarse el correspondiente expediente de contratación.

Materialmente solo cuando se dan estas circunstancias existe una identidad de sujetos, eximiendo de aplicar la normativa contractual a las relaciones que se establecen entre ambos sujetos.

IV.3. El expediente administrativo

Al igual que cualquier tipo de expediente con repercusiones financieras, las actuaciones integrantes del expediente previas al acuerdo vienen exigidas por diversidad de normas que regulan aspectos diferenciados. Una parte son normas presupuestarias que disciplinan la vertiente financiera, otras tienen su origen en el TRLCSP y finalmente otras proceden de leyes administrativas de carácter general.

El último párrafo del artículo 74.5 de la LGP, señala que, con carácter previo a la suscripción de cualquier 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 de las anualidades.

En relación a la Administración General del Estado, el ACM de 30 de mayo de 2008, relativo al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, incluye, además de los aspectos de general comprobación, los aspectos a fiscalizar en las diferentes fases de las encomiendas. Así, por ejemplo, en relación al encargo se deberá comprobar, además de los aspectos generales (existencia de crédito adecuado y suficiente, competencia, etc.), los siguientes extremos:

“a) Que se prevé en los estatutos o norma de creación de la entidad encomendataria la condición de medio propio instrumental con el contenido mínimo previsto en el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público.

b) Que existe informe del Servicio Jurídico.

c) Que, en su caso, existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, así como acta de replanteo previo. Cuando no exista informe de la

Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

d) Que se incorporan los documentos técnicos en los que se definan las actuaciones a realizar así como su correspondiente presupuesto.

e) En el supuesto de que el encargo prevea pagos anticipados, que en el mismo se exige a la entidad encomendataria la prestación de garantía suficiente.

f) Que, en su caso, consta la retención del crédito exigida por el artículo 58 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español”.

En relación a los abonos a cuenta:

“a) Que existe certificación o documento acreditativo de la realización de los trabajos y su correspondiente valoración.

b) En el caso de efectuarse pagos anticipados que se ha prestado la garantía exigida.

c) En su caso, que se aporta factura por la entidad encomendataria de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento que regula las obligaciones de facturación y modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

La legislación autonómica, compuesta por el TRREPPA y por el Decreto 70/2004, de 10 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la IGPA, no recoge ninguna especificidad que singularice el control de este tipo de gastos.

No obstante conviene tener presente que la intervención, con carácter general tiene carácter interno, preventivo y omnicomprensivo pues extiende su influencia a todos los actos de contenido económico. Sobre cuáles han de ser las disposiciones cuya aplicación ha de comprobarse, el TRREPPA –al igual que la LGP- no establece más limitación que la que se deriva de su objeto: se verificará el cumplimiento de las normas a las que se ha de ajustar cada uno de los actos de gestión de los fondos públicos. Cualquier disposición legal, en la medida que incida en la vertiente financiera, deberá ser objeto de comprobación de su cumplimiento. A este respecto, tal como puso de manifiesto el informe de la IGAE de 23 de septiembre de 1996: “En la fiscalización previa se comprueba... la adecuación de la disposición que se va a dictar a la legalidad en su conjunto, no sólo a la legislación presupuestaria. Para determinar las disposiciones que resultan aplicables a cada caso concreto, debe atenderse al contenido y la naturaleza del acto administrativo que se va a dictar”.

Teniendo en consideración que los extremos a los que se refiere el ACM de 30 de mayo de 2008 –que no es de aplicación directa al ámbito autonómico- fueron seleccionados “en atención a su trascendencia en el proceso de gestión y que tienden a asegurar la objetividad y transparencia en las actuaciones públicas”,

parece lógico concluir que esa trascendencia junto con la finalidad de lograr la objetividad y la transparencia deben erigirse en un denominador común para todas las Administraciones y debiera por ello concluirse su aplicabilidad al ámbito que nos ocupa.

Si, junto a lo señalado, se tiene en cuenta que a las encomiendas le son de aplicación directa, supletoria o analógica ciertos preceptos de la ley de contratos, la doctrina ha distinguido tres vertientes: técnica, jurídico-administrativa y financiera. La primera no ofrece especiales diferencias en relación a los expedientes de contratación que tuviesen el mismo objeto material; la vertiente jurídico-administrativa sí que va a presentar diferencias importantes, debidas a que los expedientes de las encomiendas ofrecen solamente la vertiente interna de la actuación administrativa; por último, la vertiente financiera exterioriza solamente algunas peculiaridades.

Así pues esta SC entiende, tomando como referente al artículo 109 del TRLCSP, que todo expediente de encomiendas debería incluir documentación acreditativa de las siguientes actuaciones:

Lo primero es determinar la necesidad que surge y por qué surge para lo que ésta habrá de motivarse suficientemente definiéndose a su vez el objeto de la prestación. Esta obligación de justificar la necesidad a satisfacer es una exigencia que afecta a todos los contratos (artículo 22 y 109 del TRLCSP) y no puede excusarse en los encargos a entes instrumentales. Si la ley no quiere que las entidades del sector público celebren más contratos que aquellos que sean necesarios para sus finalidades, parece obvio que idéntica exigencia debe requerirse a las encomiendas en el momento de iniciar el oportuno expediente. Por lo demás la definición previa de las necesidades a satisfacer constituye uno de los aspectos consagrados en el artículo 22 del TRLCSP.

A continuación, deberá valorarse económicamente esa necesidad, realizando un presupuesto a precios de mercado y, en el caso de obras, redactando el proyecto con los correspondientes pliegos, conforme a lo que el ACM ya citado denomina "documentos técnicos en los que se definan las actuaciones a realizar así como su correspondiente presupuesto". Se trata de actuaciones que integran la vertiente técnica y que incluyen:

- Memoria de la obra (y en este caso también Proyecto, informado en su caso por la oficina de Supervisión), del suministro o de la prestación así como el preceptivo presupuesto.

En el caso de obras procedería la realización del replanteo previo, que será requisito además indispensable para poder continuar la tramitación y que deberá incorporarse al expediente.

- PPT.

Una vez hecho esto, habrá que valorar las distintas alternativas para llevar a cabo la prestación; licitación pública, realización por la propia Administración o a través de encargos a medios propios. En caso de optar por esta última, habrá de motivarse el empleo de este tipo de negocio jurídico exponiendo las ventajas respecto a otros modos.

Efectivamente, la Administración cuenta con distintos instrumentos que le permite completar su capacidad de acción, en caso de insuficiencia de los medios ordinarios de que dispone o de insuficiencia de su especialización, bien para atender necesidades de carácter coyuntural o bien para prestar determinados servicios que sea preferible confiar a empresas o entidades especializadas por razones de economía o de eficacia, sin necesidad de una inadecuada ampliación de las unidades administrativas. Pero para ello, resulta requisito necesario e imprescindible que el recurso a cualquiera de estas medidas esté suficientemente motivado. Así lo exige el TRLCSP para justificar el recurso a la contratación, y así debe aplicarse en el supuesto de hacer uso de las encomiendas a medios propios.

En resumen, en este tipo de expedientes deberá motivarse no solo la necesidad sino también las razones que justifiquen el empleo de este tipo de negocio jurídico.

Dentro de las anteriores actividades, esta SC entiende que debería contrastarse el coste de la actividad a realizar a precios de mercado con el que resulte de su encargo a medios propios, pues, si bien no hay ninguna norma que lo exija expresamente, se deriva del cumplimiento de principio constitucional de economía (artículo 31.2).

Una vez tomada la decisión de encomendar se adaptará el presupuesto a las tarifas, si existen, y, si no, se determinará una relación de los precios unitarios en los cuales se basará el trabajo a realizar.

Previo informe jurídico al respecto se formulará la correspondiente propuesta que comprenderá la definición del objeto (que deberá estar comprendido en el ámbito o funciones de la entidad encomendataria o de su objeto social cuando sea una sociedad mercantil) y la justificación de la necesidad que se trata de satisfacer con el encargo.

Esta propuesta se trasladará al órgano competente para ordenar el encargo el cual formulará acuerdo de inicio del expediente (artículo 69 de la LRJPAC), órgano que a su vez será el competente para autorizar y comprometer gastos. En el PA, en virtud del artículo 37 de la LRJPA, en relación con el artículo 8 del TRREPPA y con igual precepto de la Ley del PA 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2013, los Consejeros pueden comprometer gastos hasta 300.000 euros y el Consejo de Gobierno los que superen dicha cantidad.

Iniciado el mismo, se requerirá la correspondiente retención de crédito a través de certificado de existencia y retención de crédito, al objeto de acreditar que existe crédito adecuado y suficiente para atender las obligaciones de contenido económico que se derivan del encargo.

El sometimiento a fiscalización previa del acuerdo de encargo comportará la autorización y disposición del gasto. Según el artículo 54 del TRREPPA serán objeto de intervención todos los actos, documentos y expedientes de la APA y de sus OOOA de los que puedan derivarse derechos y obligaciones de contenido económico. Esta modalidad de intervención se practica, pues, en primer lugar sobre los actos por los que se apruebe un gasto y tiene lugar antes de que se autorice el mismo con el objetivo de que la Intervención verifique el cumplimiento de todos los requisitos legalmente necesarios para la adopción del acuerdo.

En los supuestos de tramitación anticipada y gastos plurianuales se acomodarán a lo que se señala en los artículos 48 a 51, respectivamente, de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública del PA, por la que se establece el sistema de información contable de la APA y su sector público y se aprueban las normas sobre los procedimientos de gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos, en relación con el Decreto 83/1988, por el que se regula la tramitación anticipada de expedientes de gasto y con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de julio de 2012 sobre gastos plurianuales.

Completo el expediente y superado, por tanto, el trámite de intervención, se somete a acuerdo del órgano competente para aprobar el gasto y para adoptar el acuerdo pertinente. La aprobación del gasto o autorización, es la decisión tendente a destinar una cierta cantidad de fondos públicos a la cobertura de una necesidad pública.

El siguiente acto en el procedimiento de gestión de los gastos públicos es el compromiso de gasto o disposición del crédito. El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable. El compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando en este caso a la Hacienda Pública autonómica a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y condiciones establecidas.

El compromiso, frente al carácter interno y revocable de la aprobación, se nos presenta como un acto con efectos externos, que vincula a la Hacienda Pública en cuantía y condiciones "establecidas", de manera que no cabe su revocación.

Como particularidad, desde la perspectiva financiera, siempre que el órgano competente sea el mismo, y dado que no existe propiamente proceso licitatorio o de selección del contratista, nada impide que se puedan unir los actos de aprobación del gasto y de compromiso.

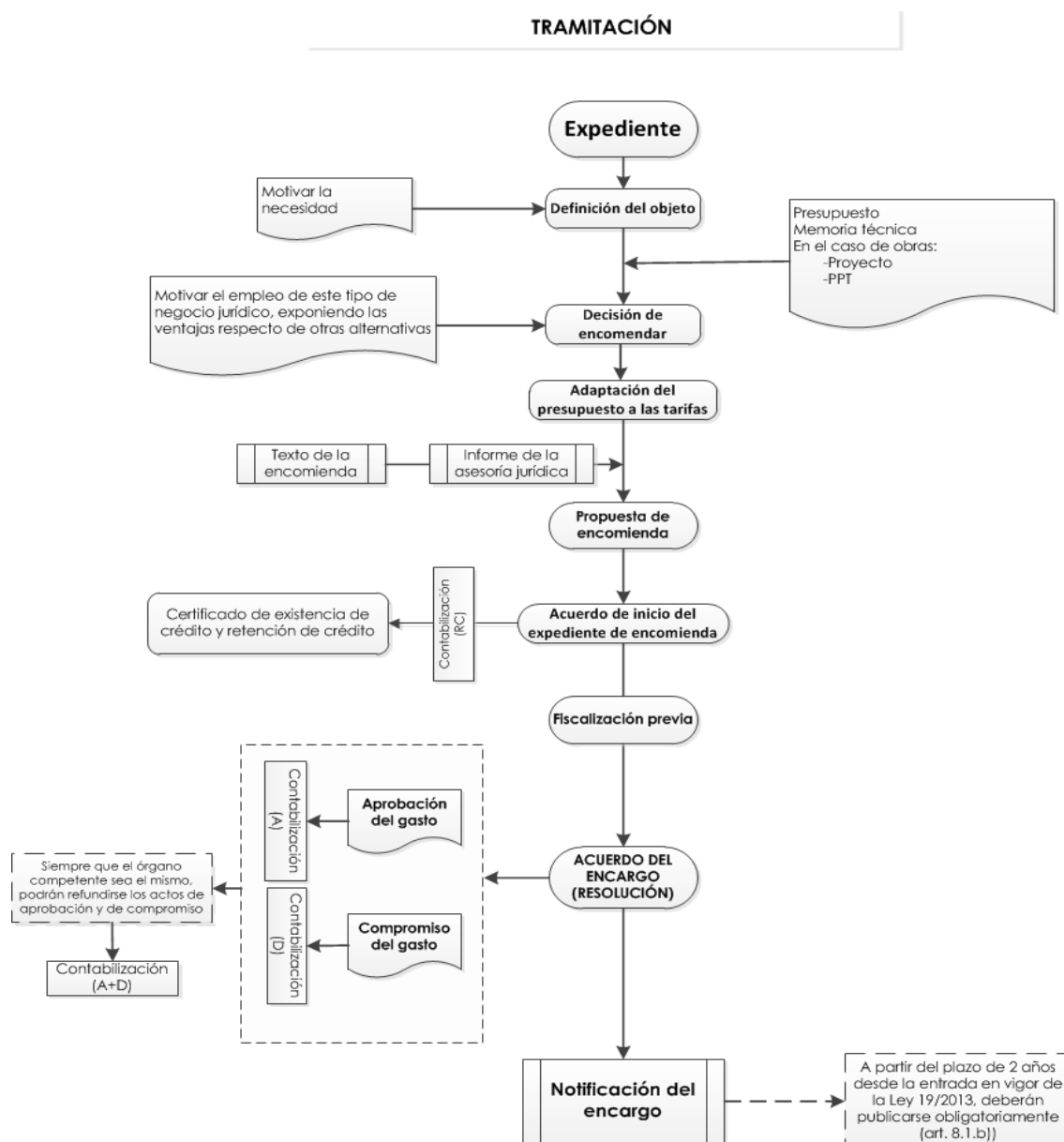
Las actuaciones de gestión presupuestaria tienen la consiguiente repercusión en las cuentas públicas. De acuerdo con la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, el acto de aprobación se registra mediante un documento A0/A1, de autorización de gastos de ejercicio corriente, por el importe que corresponda al presupuesto en curso y, en su caso, un documento A2/A3 de autorización plurianual en el que se detallará lógicamente la distribución por anualidades de la parte de gasto que se aprueba con cargo a presupuestos futuros (artículo 21). Por su parte, el compromiso, según el artículo 22 de la mencionada disposición, se registra mediante un documento D2, de compromiso de gastos de ejercicio corriente, por el importe correspondiente al presupuesto en curso y, en su caso, un documento D6 de compromiso de gastos de carácter plurianual, en el que deberá detallarse la distribución por anualidades de los compromisos a financiar en presupuestos futuros. Sin embargo, cuando ambos actos de gestión (autorización y compromiso) se acumulan, también se podrán unificar los correlativos actos contables, aunque sobre este particular la normativa autonómica guarda silencio.

El último acto con el que se cierra la tramitación del expediente de la encomienda será la notificación del encargo a la entidad encomendaria, junto con la documentación técnica y demás instrucciones para su ejecución. Estos acuerdos serán inmediatamente ejecutivos y no son susceptibles de recurso contencioso-

administrativo (artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El hecho de que este tipo de encomiendas se encuentren reguladas sustantivamente dentro del TRLCSP y que su objeto material tenga un contenido prestacional característico de los contratos ha provocado cierta confusión en su formalización, adoptando en ocasiones la forma de convenio, pacto u otras formas de acuerdo de voluntades, lo que es contrario a su esencia misma, caracterizada por ser de ejecución obligatoria con sujeción a las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se establece, como ya hemos señalado, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad de la que dependen (artículo 24.6 del TRLCSP). En definitiva, el convenio debe descartarse, debiendo plasmarse el encargo formalmente en una orden de obligado cumplimiento.

A diferencia de las encomiendas basadas en el artículo 15 de la LRJPAC, ninguna obligación existía en 2013 de publicar las encomiendas de contenido materialmente contractual. Esta situación, no obstante, ha cambiado pues la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno dispone en su artículo 8.1.b) que "se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma", sin perjuicio del periodo transitorio para la adaptación cuando proceda.



En relación a la modificación de las encomiendas, como ocurre con los contratos, el encargo puede sufrir modificaciones durante su ejecución por causas que no difieren de las que dan lugar a las modificaciones contractuales, si bien no operarán las limitaciones que rigen para la modificación de los contratos (artículo 219 TRLCSP), de manera que sólo cabrá valorarlas desde el prisma de los principios de la buena gestión y, si hubiera lugar a un mayor gasto, desde las exigencias de la legalidad presupuestaria.

A título orientativo en estos casos el ACM de 30 de mayo de 2008 establece como requisitos adicionales a comprobar por la intervención:

- Que existe informe del Servicio Jurídico.
- En su caso, que existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, así como acta de replanteo previo.

IV.4. Ejecución de la encomienda

La encomienda de gestión es un negocio jurídico unilateral en su formación pero bilateral en sus efectos, por cuanto de él van a surgir obligaciones para ambas partes, aun cuando el origen de estas obligaciones no esté en un acuerdo de voluntades. La falta de dos personas materialmente independientes impide que pueda hablarse de contrato con arreglo a la jurisprudencia comunitaria y con arreglo al artículo 1254 del CC, a cuyo tenor sólo existe desde que una o varias personas consientan en obligarse, respecto de otras u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

La obligación principal de la encomendaria será la realización del encargo, mientras que la del encomendante será la de realizar el pago de la retribución.

A) Ejecución del encargo por los encomendatarios

El contenido del mandato vendrá dado por los términos del acuerdo de encomienda y por la documentación complementaria en la que se determine su objeto, así como por las instrucciones con arreglo a las cuales haya de ejecutarse.

Como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 4.1. n) del TRLCSP los contratos que, a su vez, deban celebrarse por las entidades encomendarias para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos al TRLCSP, no en la medida en que quedaría sometida la entidad encomendante, sino en la medida en que resulte de aplicación dicha norma, de acuerdo con la naturaleza de la encomendaria. Por tanto, si el encargo lo confiere una Administración Pública a una empresa pública, los contratos adjudicados por esta última serán privados aunque hubieran sido administrativos en caso de adjudicarse por la Administración encomendante. Se produce así una degradación del régimen jurídico de la prestación, lo que como contrapartida implica menores garantías para el servicio público.

Realizada la prestación por la encomendaria pesan sobre ella una serie de obligaciones formales, tales como efectuar la entrega de la obra o del bien a la Administración encomendante y emitir las facturas por las operaciones realizadas, que constituyen requisito para el cobro y liquidación del contrato.

B) Actuaciones a cargo de la entidad encomendante

La obligación principal de la entidad encomendante con respecto a la encomendaria será realizar el pago de la retribución, con arreglo a las tarifas aprobadas o en la forma que se hubiera establecido. Ahora bien, el poder adjudicador habrá de seguir para el cumplimiento de su obligación el procedimiento de gestión de gastos que le sea aplicable. Con arreglo a este precepto, al pago o cumplimiento, que es una actuación material, ha de preceder un acto administrativo encaminado a constatar que se dan los requisitos para su exigibilidad y, en consecuencia, para que pueda realizarse lícitamente el reconocimiento de la obligación.

Para que surja la obligación exigible a cargo de la Hacienda Pública se requiere el cumplimiento de unos requisitos sustantivos y otros puramente formales (arts. 17.3 del TRREPPA y 22 ss. del Decreto 70/2004). El requisito fundamental, de carácter sustantivo,

en las obligaciones que tienen por causa la adquisición de bienes o servicios es que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo. Es lo que se denomina "regla del servicio hecho". Además, para que la obligación sea exigible se requieren unos actos administrativos eminentemente formales que constituyen garantías solemnes no sólo de los intereses públicos sino también de los intereses de los acreedores. Son los actos de reconocimiento y liquidación de la obligación. Reconocimiento de la obligación se llama al acto administrativo a través del cual la Hacienda Pública acepta formalmente el crédito a su cargo. La liquidación, que se practica conjuntamente con el acto de reconocimiento, tiene por misión determinar el importe exacto a satisfacer.

Al reconocimiento deberá preceder la formación de un expediente denominado cuenta justificativa, cuyos trámites fundamentales, a falta de normativa autonómica en relación con los encargos a entes instrumentales, se recogen en el ACM de 30 de mayo de 2008.

La documentación justificativa a aportar al expediente tiene por finalidad fundamental acreditar que se ha cumplido el encargo, total o parcialmente, según que el pago sea total o parcial, respectivamente.

Como documentación justificativa podrá servir cualquier documento que tenga valor probatorio y se admita como tal en el tráfico jurídico; nada impide el empleo, en el caso de las obras y de los contratos de servicios (artículos 150 y 199 respectivamente del Real Decreto 1098/2001), de certificaciones expedidas por la Administración encomendante con referencia a las tarifas aprobadas, que se completarán, en principio, con las facturas a aportar por el encomendatario acreedor.

No será necesario que la encomendaria acredite sus propios costes, sino que aplique las tarifas en los términos establecidos en el encargo.

Además de la comprobación documental, las prestaciones de los acreedores han de ser objeto de comprobación material o física. El resultado de esta comprobación se plasma en certificaciones suscritas por el responsable de efectuarla, que podrán ser parciales, en el caso de los abonos a cuenta, o finales, cuando se refieran a la totalidad de la prestación. Además, las prestaciones han de ser recibidas formalmente por la Administración si son susceptibles de recepción (artículo 222 TRLCSP); y si no lo fueran, la Administración en todo caso deberá expresar su conformidad o disconformidad con el cumplimiento de la obligación a cargo de los contratistas. En el ámbito autonómico, conforme dispone el artículo 24 del Decreto 70/2004, la intervención material se realizará concurriendo un delegado de la Intervención cuando el importe de la prestación exceda del límite fijado para la "definición de los contratos menores". El informe de 30 de junio de 2009 de la IGAE encuentra necesario que al término de la encomienda tenga lugar una comprobación final de las tareas encomendadas por parte del encomendante, para que pueda entenderse cumplida la obligación del encomendatario.

V. ENCOMIENDAS FORMALIZADAS POR EL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN EL 2013

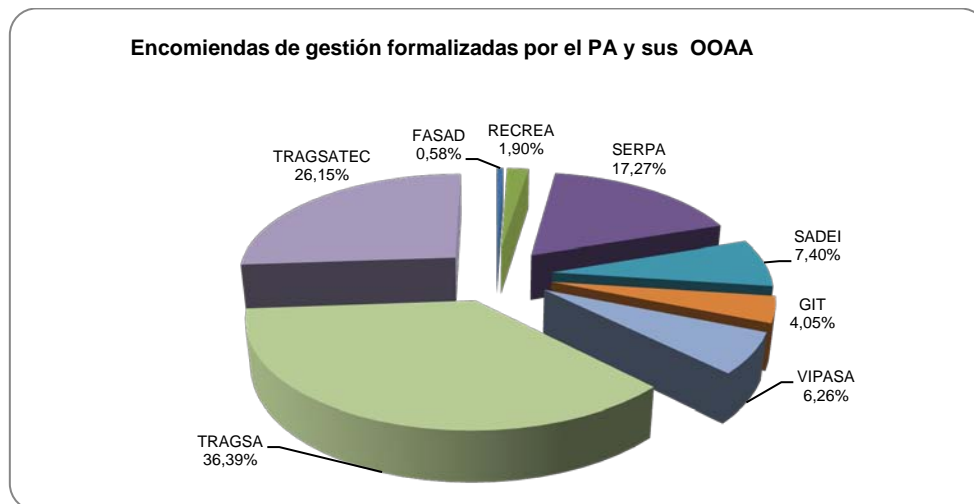
Según la información facilitada a la SC las encomiendas de gestión cuya formalización se ha producido en el ejercicio 2013, realizadas por la APA y sus OAAA de ella dependientes son las siguientes:

A) Por entidad encomendada

Las entidades con las que la APA y sus organismos dependientes han formalizado encomiendas de gestión, son las siguientes:

Entidad encomendada	Encomiendas	Presupuesto	Pagos	Pendiente
FASAD	3	102.670	53.748	48.922
RECREA	1	333.000	272.736	60.264
SERPA	52	3.034.279	2.722.113	312.166
SADEI	2	1.300.000	794.075	505.925
GIT	2	712.400	712.400	-
VIPASA	1	1.100.000	1.100.000	-
TRAGSA	45	6.394.087	4.839.648	1.554.439
TRAGSATEC	29	4.594.993	3.133.721	1.461.272
Total	135	17.571.428	13.628.441	3.942.988

La representación gráfica de la distribución entre empresas se muestra como sigue:

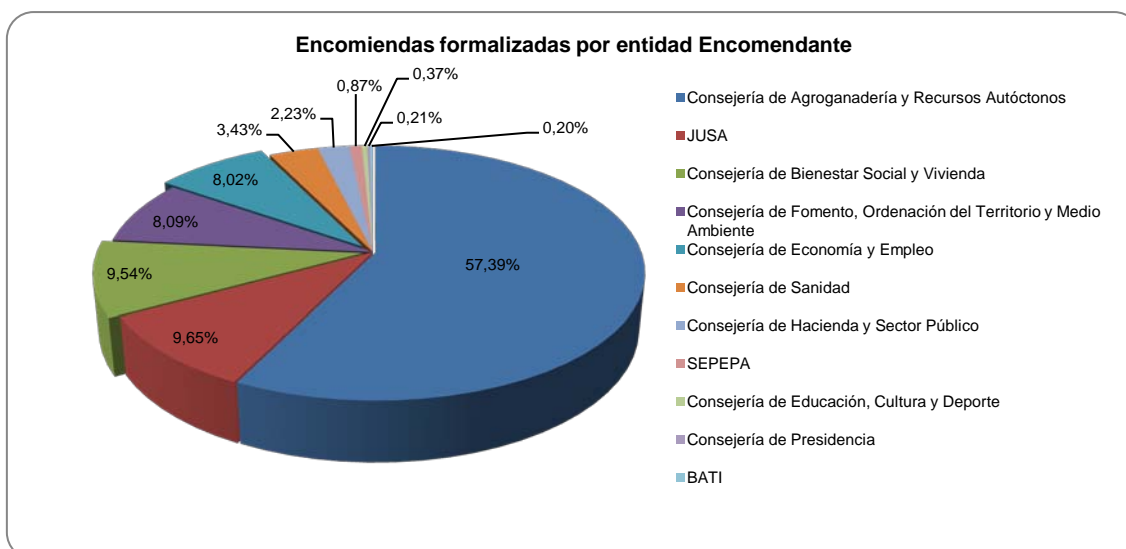


B) Por entidad encomendante:

Si la agrupación se realiza en función de la actividad encomendada la mayor parte de las mismas (un 89,28 %) han sido formalizadas por las consejerías de la APA:

Entidad Encomendante	Presupuesto	Pagos	Pendiente	% Ejecución
Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos	10.083.410	7.208.058	2.875.352	71,48%
Consejería de Bienestar Social y Vivienda	1.675.869	1.566.683	109.186	93,48%
Consejería de Economía y Empleo	1.408.858	902.933	505.925	64,09%
Consejería de Educación, Cultura y Deporte	64.378	58.268	6.110	90,51%
Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente	1.421.449	1.194.310	227.140	84,02%
Consejería de Hacienda y Sector Público	392.568	355.754	36.814	90,62%
Consejería de Presidencia	37.362	37.362	-	100,00%
Consejería de Sanidad	603.542	603.542	-	100,00%
Formalizadas por Consejerías APA	15.687.435	11.926.908	3.760.527	76,03%
BATI	35.632	35.632	-	100,00%
JUSA	1.695.865	1.526.169	169.696	89,99%
SEPEPA	152.497	139.732	12.765	91,63%
Formalizadas por OOAA	1.883.993	1.701.532	182.461	90,32%
Total	17.571.428	13.628.441	3.942.988	77,56%

Gráficamente la distribución de encomiendas por la entidad encomendante, es la siguiente:

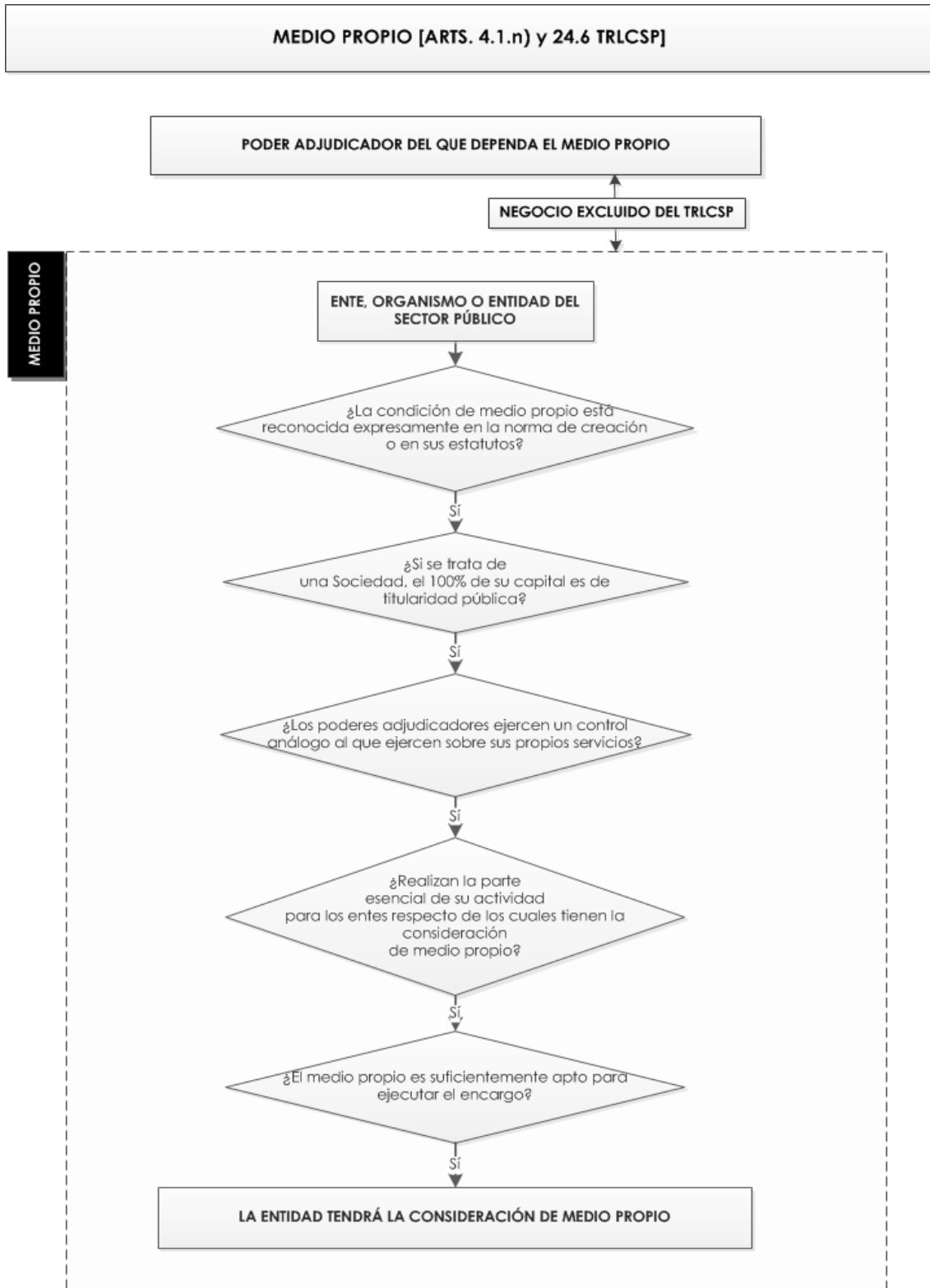


La Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos concentra el 57,39 % del presupuesto total de las encomiendas del año 2013. Para la selección de la muestra objeto de fiscalización se tomó un 26 % de las encomiendas de mayor importe y, aleatoriamente, un 10 % de las de menor importe, entre las 135 formalizadas en total.

Partiendo de los anteriores criterios de muestreo, finalmente se seleccionaron 23 encomiendas que supone un 17,04 % del total y concentrar un 59,34 % del presupuesto total en 2013 (Anexo I). Sobre la muestra se han analizado las fases de tramitación, ejecución y control, además de la condición de medio propio de las encomendatarias.

VI. CALIFICACIÓN DE MEDIO PROPIO

En el epígrafe IV se han señalado los requisitos que son exigibles para poder ostentar la condición de medio propio:



Durante la fiscalización se ha verificado el cumplimiento de los mismos por las entidades incluidas como encomendatarias en el ámbito subjetivo.

Todos los encomendatarios cumplen los requisitos para ser medio propio excepto GIT. En este último caso, si bien se define como tal en sus estatutos y la APA ostenta el control análogo, sin embargo en opinión de esta SC dicha sociedad no realiza la parte esencial de su actividad para la Administración de la que depende.

El concepto de "parte esencial" es un concepto jurídico indeterminado para el que no hay una regla general sino que procede analizar cada caso de forma individual. Como se ha dicho debe evaluarse en cada caso concreto si la encomendataria está obligada a cumplir el mandato del encomendante y no goza de libertad para establecer las tarifas aplicables; pero estos son requisitos necesarios aunque no suficientes para cumplir el requisito referido a la parte esencial de la actividad.

En relación al GIT², esta SC le solicitó el detalle de las fuentes de ingresos, resultando que estos están compuestos principalmente por los recursos derivados de la gestión y explotación de la Red Asturcón, propiedad del PA en cuanto operador neutro y los generados por los encargos que dicha Administración encomienda a GIT como medio propio y servicio técnico de la misma.

Los ingresos derivados de las encomiendas son clasificados por GIT como recurrentes (caso de la encomienda para la prestación de los servicios de conectividad a los hospitales) y ocasionales (el supuesto de las encomiendas de despliegue de red, por ejemplo, que se agotan con la ejecución de la obra objeto del encargo). Residualmente, pero en todo caso vinculados a la gestión y explotación de la Red, se incluyen ingresos procedentes de diversas mercantiles y administraciones locales en concepto de reparación y/o modificaciones de trazado de fibras ópticas derivadas de actuaciones de las mismas.

Los ingresos generados por los clientes de GIT, es decir, los operadores de telecomunicaciones que prestan sus servicios a los ciudadanos a través de la Red Asturcón, remunerar las tareas de gestión, mantenimiento, operación oscura y explotación que GIT realiza en cuanto medio de gestión directa de la infraestructura pública.

En el caso de realizar la actividad para la entidad dominante, es independiente el origen de la remuneración de la sociedad. En el caso del GIT los ingresos provenientes de los hospitales integrados en la red hospitalaria pública, aunque provengan de los centros sanitarios privados, deben ser considerados como ingresos provenientes del PA. Y ello porque estos ingresos se producen debido a que los centros sanitarios mencionados mantienen con el PA una relación jurídica previa que origina su posterior relación con GIT. Ese no es el caso del resto de terceros con los que la sociedad mantiene relaciones contractuales por las que recibe una prestación.

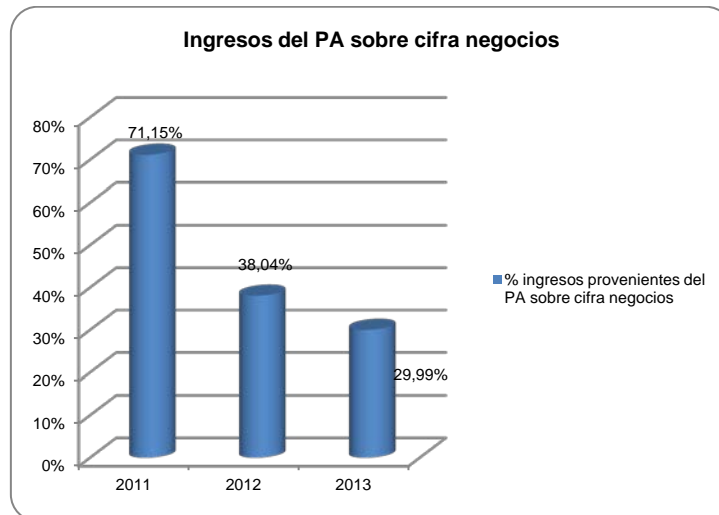
² Para mayor abundamiento sobre esta cuestión se remiten al Informe Definitivo de Fiscalización sobre la empresa pública GIT, referido a los ejercicios 2006-2013 aprobado por esta SC el 15 de julio de 2015.

El detalle de los ingresos de los últimos tres ejercicios se muestra a continuación:

Ingresos	2011	2012	2013
Explotación y mantenimiento	2.187.040	2.483.039	2.636.425
Conectividad de hospitales	180.500	197.684	189.456
Encomiendas	5.213.012	1.326.939	939.978
Total	7.580.552	4.007.662	3.765.859
Total ingresos provenientes del PA	5.393.512	1.524.623	1.129.434
Importe cifra de negocios	7.580.552	4.007.664	3.765.859
% Ingresos provenientes del PA sobre cifra negocios	71,15%	38,04%	29,99%

El promedio del porcentaje de los ingresos que obtiene GIT provenientes del PA durante los ejercicios 2011, 2012 y 2013 es del 46,39 %.

Gráficamente se muestra la evolución como sigue:



Si se distingue de esos ingresos los que provienen de terceros por la explotación de la red, el resultado es el siguiente:

	2011	2012	2013
Ingresos de terceros	2.169.113	2.473.948	2.631.095
Importe cifra de negocios	7.580.552	4.007.664	3.765.859
% ingresos sobre cifra negocios	28,61%	61,73%	69,87%

En este punto debería diferenciarse por un lado el servicio de conectividad a los hospitales de la región integrados en la red hospitalaria pública y el resto de encomiendas recibidas por la sociedad de la APA y de otro la explotación de la red y el servicio a prestar a terceros³.

³ Un requisito imprescindible, impuesto por la LGTel y establecida por el Reglamento de Mercados y por la Circular 1/2010 de la CMT, es que se mantenga la garantía de red abierta.

El hecho de que los ingresos procedentes de las encomiendas recibidas del PA, ya sean para la gestión de la red o para la conectividad de los hospitales en régimen de autoprestación, supongan un ingreso accesorio respecto a los obtenidos de la explotación de la red, impide sostener que la parte esencial de la actividad se realiza para el PA ya que los ingresos que provienen de terceros no pueden calificarse como marginales.

En definitiva, como se desprende de lo argumentado en los párrafos precedentes, desde el ejercicio 2012, GIT es un ente instrumental de dicha Administración pero no cumple todos y cada uno de los requisitos para ser considerado medio propio de la misma por lo que no puede denominarse como tal.

VII. TRAMITACIÓN

Dentro de este apartado se ha analizado en relación con la muestra los siguientes aspectos:

VII.1. Tramitación del expediente

A) *Motivación de la necesidad*

La necesidad debe ser determinada con precisión, para ello hemos comprobado los extremos siguientes: que consta en el expediente un informe o memoria justificativa de la necesidad que se pretende satisfacer realizada por el órgano que propone la encomienda y siempre dentro de la fase preparatoria, es decir, de fecha anterior al inicio del expediente; tal justificación no puede ser genérica, imprecisa y sin motivación alguna, debiendo fijar con precisión las necesidades que pretenden cubrirse, no siendo suficiente con que en la misma se hagan manifestaciones de carácter genérico. Esto no aparece acreditado en 5 de los expedientes analizados (encomiendas número: 4, 13, 21, 22 y 23).

B) *Objeto del encargo*

En cuanto al objeto del encargo, se aprecia insuficiencia en su determinación en 19 de las 23 encomiendas analizadas, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP y 53.2 de la LRJPAC, y ello porque no permite determinar el alcance del encargo sin acudir a documentación complementaria. No obstante sí que aparece determinado el objeto en las encomiendas número 5, 12, 14 y 15.

Entre los expedientes analizados, hay 3 que tienen por objeto la realización de obras. En estos casos, además de lo anterior se ha verificado específicamente el cumplimiento de los siguientes trámites: informe de supervisión del proyecto técnico, resolución de aprobación del proyecto, acta de replanteo previo y certificado de disponibilidad de los terrenos. En la encomienda número 17 no consta el primero de dichos informes.

Asimismo dentro del objeto se ha verificado si este implica o no el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas. En este apartado se trata de identificar aquellos supuestos en los que el objeto de la encomienda coincide con la competencia asignada a la Administración encomendada de manera que, de hecho, se esté detrayendo una competencia pública a los órganos que la tienen atribuida por ley.

A este respecto se reflejan en la siguiente tabla los aspectos más reseñables:

Realización de potestades reservadas a funcionarios públicos	Núm. de encomienda
Elaboración de propuestas de resolución y manejo de datos personales	4
Las labores repercuten directamente en la obtención de ingresos	5
Apoyo administrativo control e inspección	18
Elaboración de normas de régimen interno	21, 22, 23
Planificación y administración del servicio	22, 23

A consecuencia de su origen legal y no comercial las potestades son indisponibles, y por tanto inalienables, intransmisibles e irrenunciables por el sujeto titular de la misma. Corresponde exclusivamente a los funcionarios el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

La reciente STS de 1 de julio de 2015, anula una encomienda del PA a FASAD al considerar que atribuye una función integrada en el sector público autonómico cuando encarga "el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informes sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental" no pudiendo calificarse estas tareas de "mero trámite".

Con independencia de la apreciación del ejercicio de funciones reservadas en los términos señalados, se han advertido elevados riesgos en las encomiendas número 4, 5, 8, 10, 12 y 18 de que, en la medida en que el encargo supone en muchos casos la participación en trabajos ligados al ejercicio de la competencia, estas puedan consistir en una efectiva puesta a disposición de trabajadores en favor de la Administración encomendada, debido a la propia naturaleza de los trabajos encomendados, lo que puede encubrir una cesión ilegal de trabajadores. En estos casos se acude principalmente al contrato administrativo de servicios para la ejecución de un encargo a través de trabajadores que se vinculan a la Administración con una relación de dependencia propia de la relación laboral (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Esto se evidencia en aquellos casos en los que el encargo viene a suponer la contratación de una empresa que se limita a poner a disposición de la Administración trabajadores que van a desempeñar las mismas tareas que los propios servidores públicos, en las mismas dependencias, utilizando los mismos medios materiales y en el ámbito de organización y dependencia de la AP. En los casos en los que la necesidad de acudir a la contratación administrativa se motiva por la excepcionalidad del servicio a prestar, esta justificación decae cuando el encargo se repite de manera periódica.

Características de la relación jurídica laboral	Núm. de encomienda
Servicios prestados en el ámbito de organización y dependencia de la AP	4, 5, 8, 12, 18
Servicios prestados en las dependencias de la AP	4, 5, 8, 10, 12
Servicios prestados utilizando medios materiales de la AP	4, 8, 12
Encargo repetido con carácter periódico	10, 12
Consta informe en contrario de la Dirección General de la Función Pública y/o de intervención	4, 8

C) Presupuesto

El presupuesto, en cualquier caso, debe ser elaborado por aquella entidad en la que surja la necesidad a satisfacer sobre la base de precios de mercado. Presupuesto que se conformará por la combinación de las unidades a emplear por sus respectivos precios. En esta fiscalización no consta dicho presupuesto en ninguno de los expedientes analizados y por ende tampoco consta el contraste entre el presupuesto

elaborado a precios de mercado en relación con el que resultaría de la encomienda ni tampoco el parecer de los servicios jurídicos al respecto.

D) Decisión de encomendar

A la vista de los antecedentes anteriores procederá evaluar las diferentes alternativas y en caso de optar por la encomienda debería motivarse la decisión por exigencia del artículo 54.1. f) de la LRJPAC, dada la posibilidad, insistimos, de elegir entre varias alternativas razonables desde el punto de vista del Derecho. En ninguno de los expedientes analizados se justifica de manera conveniente. Con carácter general se justifica por la falta de medios personales y materiales, pero en la mayoría no se hace una justificación concreta de por qué se acude a la encomienda en detrimento de otras alternativas y cuando se hace es para señalar que es una alternativa más económica y ágil o sencillamente por ser la manera tradicional de llevarlas a cabo.

Justificación de la elección del sistema de gestión	Núm. de encomienda
Por la insuficiencia de medios materiales y/o personales	1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 20, 21, 22, 23
Por razones de agilidad/eficacia/rentabilidad/otros	5, 8, 9, 21
Por la mera existencia del encomendatario	8, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 22, 23
No justifica la elección del sistema de gestión	4, 13

Una vez adoptada la decisión de encomendar la prestación y el inherente presupuesto conforme a tarifas, se procedería a determinar el objeto. Aspectos estos que deberán plasmarse en la propuesta de encomienda.

E) Adaptación del presupuesto a las tarifas

En 5 de los casos de la muestra no existe documento formal en donde se determine el presupuesto: encomiendas número 9, 13, 21, 22 y 23. En aquellos casos en los que existe presupuesto se dan diversas circunstancias: el propio encomendatario es el que realiza una propuesta que posteriormente es asumida por la Administración sin más valoración (SERPA); en otros casos, como en el de VIPASA, no se justifica en absoluto el precio, imposibilitando el control posterior o en el caso de RECREA en el que no consta una valoración económica sino una mera estimación, incumpliendo la premisa aplicable a todos los negocios jurídicos de que el precio será cierto.

Se reflejan en la siguiente tabla los aspectos más reseñables encontrados durante los trabajos de fiscalización:

Actuación administrativa que consta en el expediente	Núm. de encomienda
Resolución aprobando los PPT y el Presupuesto (o Proyecto que incluye ambos)	1, 2, 3, 4, 7, 8, 11, 12, 17, 18, 19, 20
Resolución aprobando PPT (o instrucciones técnicas)	10, 21, 22
Resolución aprobando PPT con referencia al Presupuesto en los Antecedentes	5, 9
La Resolución que aprueba la encomienda se refiere a los PPT y al Presupuesto/precio	6, 14, 15, 16, 23
No consta Presupuesto ni PPT.	13

F) Expediente de encomienda y fiscalización previa

No consta en 3 encomiendas el documento de retención de crédito (encomiendas número 21 al 23 ambas inclusive).

En 7 de las encomiendas fiscalizadas se han tramitado anticipadamente los expedientes de gasto, no detectándose incidencias.

No consta documento que acredite la fiscalización previa de la aprobación del gasto en las encomiendas número 21, 22 y 23.

En 10 de las 23 encomiendas analizadas la aprobación del gasto le correspondió al Consejo de Gobierno, siendo todas ellas autorizadas, en cualquier caso, por el órgano competente por razón de la cuantía. En todos los casos consta propuesta de gasto, excepto en las encomiendas número 21, 22 y 23.

G) Acuerdo del encargo

Respecto al texto de la resolución por la que se ordena el encargo en todos los expedientes consta ésta, siendo no obstante, de contenido diverso, lo que viene a constatar la falta de uniformidad en la tramitación de las encomiendas.

Las Resoluciones incluyen referencia al plazo de duración de la encomienda a excepción de la encomienda número 10 que se recoge en los PPT.

Las prórrogas previstas en las encomiendas número 21, 22 y 23 no establecen un plazo, máximo para las mismas, lo que no es conforme con las reglas aplicables en el ámbito contractual, como tampoco lo es acordar prórrogas no previstas, como sucede en las encomiendas número 8 y 19.

H) Notificación del encargo

Respecto a la notificación mencionar que el 73,91 % de las resoluciones se publicaron en el BOPA.

VII.2. Financiación de la encomienda

Respecto a la financiación de las encomiendas hay dos casos que merecen atención.

Por un lado, la Resolución por la que se encomienda a RECREA la gestión del "Centro de Tecnificación Deportiva de Trasona-Corvera" (encomienda número 21), señala que se financiará "con cargo al presupuesto de la sociedad, mediante los ingresos procedentes de la actividad, las cantidades que eventualmente reciba la sociedad del Consejo Superior de Deportes en concepto de ayuda para centros de tecnificación deportiva, sin perjuicio de la transferencia que para cubrir los gastos ocasionados pueda establecerse en los PGPA", pero no cuantifica el presupuesto de la misma.

La aprobación de la encomienda supuso la tramitación de una modificación presupuestaria para transferir el crédito necesario desde los capítulos 2 y 6 a los capítulos 4 y 7 según consta en el informe de la Dirección General de Presupuestos de 19 de abril de 2013. Ante la falta de cuantificación, de la información remitida por la APA a través de la base de datos TESEO, ejercicio 2013, resulta que RECREA ha sido beneficiario de una transferencia para financiar gastos corrientes por importe de 1.650.000 euros (de los cuales 1.512.500 euros fueron abonados a la sociedad a 31 de diciembre de 2013).

Ante la petición de facturas emitidas por RECREA, la consejería afirma que éstas no se emitieron porque al “tratarse de un gasto no finalista, la transferencia no conlleva la obligación de justificación y por lo tanto la transferencia se realiza automáticamente sin necesidad de factura por parte de la entidad ni de justificación de su actividad”.

Por otra parte, el convenio por el que se encarga a VIPASA la gestión del patrimonio de viviendas, locales, garajes y fondo del suelo público del PA (encomienda 13), estipula que ésta se retribuirá conforme a las tarifas aprobadas hasta un máximo de 1.100.000 euros con cargo a una aplicación presupuestaria del capítulo 7; una subvención nominativa por importe de un 1.000.000 de euros al objeto de “resarcirla de los pagos realizados en reparaciones a realizar por el mal estado de mantenimiento de los servicios y la conservación y adecuación de las viviendas, locales y garajes”, esta aportación que se abonaría en función de los gastos podía ser incrementada en función de la programación que al respecto presentara la sociedad; además, VIPASA “será compensada de los pagos efectuados a las comunidades de propietarios y las empresas suministradoras, en el ejercicio de las funciones encomendadas...”

De la información remitida por la APA a través de la base de datos TESEO, ejercicio 2013, se desprende que VIPASA ha sido beneficiario de varias transferencias para financiar gastos diversos relacionados con el parque de viviendas por importe de 1.444.000 euros.

Pues bien en este punto es conveniente recordar, como se ha señalado con anterioridad, que las encomiendas de gestión objeto de este Informe tienen naturaleza contractual, lo que las distingue claramente de la institución subvencional.

En el primer caso, la Administración para atender sus necesidades y prestar los servicios públicos que justifican su actuar, recaba la entrega de bienes o servicios a cambio de un precio (contraprestación). En el segundo, esto es, en el caso de subvenciones, la Administración para conseguir las finalidades públicas estimula la actividad de los particulares, efectuando una entrega dineraria, pero no para recibir en contraprestación directa bienes o servicios, sino para que ejecuten la actividad a la que estaba asociada la subvención. En definitiva, la subvención es un acto gratuito a diferencia de la encomienda. Es gratuito un acto, cuando hay sacrificio para uno y ventaja para el otro, existiendo en los negocios gratuitos una sola atribución y un sólo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso.

Según los principios contables públicos, transferencia es todo desplazamiento patrimonial que tiene por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las Administraciones Públicas, y de estos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, así como las realizadas por estas a una Administración Pública, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los entes beneficiarios, destinándose dichos fondos a financiar operaciones o actividades no singularizadas.

Por todo ello, esta SC considera improcedente a la par que irregular la utilización de transferencias (sean estas transferencias stricto sensu o subvenciones) para financiar la adquisición de bienes o servicios.

En referencia a la aplicación presupuestaria utilizada, en la encomienda número 20 (TRAGSA) se imputa el gasto a efectos de la clasificación económica, al subconcepto

601.000, "Inversiones en infraestructuras y bienes destinados al uso general". A la vista de las certificaciones, el gasto debería imputarse al capítulo 2 y no al 6 ya que se trata de actuaciones de reparación o mantenimiento.

VIII. EJECUCIÓN

En relación a la ejecución de las encomiendas se ha verificado el régimen de tarifas, la facturación, la recepción del encargo, las posibles modificaciones, la contratación con terceros y la inclusión de cláusulas que garanticen la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

VIII.1. Régimen de tarifas

En todos los casos, excepto en RECREA, consta la existencia de resolución aprobando las tarifas aplicables a las encomiendas. En las 5 encomiendas de TRAGSA y sus filiales, sus tarifas son aprobadas por el órgano competente de la Administración estatal, constando además en las encomiendas número 12, 17 y 18, resolución de la consejería encomendante de los trabajos por la que se determina la aplicación de dichas tarifas en su ámbito concreto.

En el caso de RECREA (encomienda número 21), si bien la sociedad informa de la existencia de tarifas vigentes para 2013, 2014 y 2015, la Consejería de Educación, Cultura y Deporte afirma que ésta, como medio instrumental propio, no tiene aparejada una retribución fijada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.

Se aduce para ello que estamos ante una encomienda de gestión, autorizada por razones de eficacia en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la LRJPA, así como en el artículo 15 de la LRJPAC. Asimismo se afirma que ni el TRREPPA ni la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se establece el sistema de información contable de la APA y su sector público y se aprueban las normas sobre los procedimientos de gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos, detallan un procedimiento específico y diferenciado para la gestión de los expedientes de gasto en el caso de las encomiendas de gestión, que clarifique el régimen aplicable a las mismas.

En este caso, siempre según la consejería, estamos ante "una encomienda de gestión que se debe a una actividad de tracto sucesivo, supuesto en el cual no existiendo una normativa propia que exija la aplicación de un régimen económico basado en tarifas o precios específicos determinados por la entidad de la que depende RECREA, se toma como referencia el régimen de financiación definido en el propio texto de la encomienda para la empresa pública y sus gastos ordinarios de funcionamiento, al tener ésta una vocación de continuidad en el tiempo y ser compleja la determinación de una tarifa predeterminada asociada al objeto del encargo. Se observa por tanto, que del texto de la encomienda, no se deriva un derecho económico a favor de RECREA, más allá de la cuantía que en los PGPA se consigne como transferencia a favor de la mencionada sociedad pública".

Al respecto, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe VII.2.

En la encomienda número 13 las tarifas son aprobadas el 25 de junio de 2013 y sin embargo la factura inicial, según la cláusula segunda del convenio, recoge trabajos realizados entre enero y agosto de dicho año, cuando la aprobación de ese gasto por Consejo de Gobierno es de octubre.

VIII.2. Facturación

No en todas las encomiendas se desglosan las tarifas aplicables ni se describe de manera detallada el concepto, lo que dificulta el control de la adecuación de la facturación en cada caso.

En este apartado se verificó durante la fiscalización la existencia de conformidad en las facturas, la concordancia entre el importe facturado y el encomendado, la coincidencia de los precios unitarios facturados con las tarifas aprobadas en cada caso y la realización efectiva del pago.

En 9 de las 23 encomiendas no se presta conformidad en las facturas (encomiendas número 4, 5, 6, 8, 9, 10, 21, 22 y 23) y además, cuando se presta, se hace de manera dispar y carente de uniformidad. A estos efectos se recuerda que toda conformidad debería contar al menos con los siguientes elementos formales: fecha, identificación completa de la persona que la presta, cargo que le faculte para prestar la misma y firma manuscrita, o, alternativamente firma electrónica.

El importe facturado se ajusta al importe encomendado excepto en el caso de VIPASA (encomienda número 13) que en el mes de diciembre no facturó el monto total de los servicios prestados sino el importe necesario para no superar el límite del presupuesto de la encomienda. Es decir, existe una diferencia entre ambas cuantías de 20.512 euros que la Sociedad asumió en sus cuentas. Esto implica a juicio de esta SC un enriquecimiento de la Administración y un correlativo empobrecimiento sin causa de la encomendataria.

Sobre la coincidencia entre los precios unitarios facturados y las tarifas aprobadas en cada caso, en 21 de las 23 encomiendas dichas tarifas coinciden con las especificadas en las facturas emitidas. En el supuesto de la encomienda número 23 (FASAD), no fue posible comprobar si los precios unitarios aplicados coinciden con las tarifas al no haber dispuesto de las mismas pese a haber sido requeridas.

En lo relativo a la efectiva realización del pago no se han detectado incidencias salvo lo indicado en el párrafo siguiente.

Finalmente no fue posible la verificación de este área de trabajo en la encomienda número 21 de RECREA, ya que no se especifica el importe total autorizado en la resolución de la encomienda y las facturas se emiten por la encomendataria a los deportistas o clubes que se alojan en las instalaciones. Requerida información al respecto, se informa que la Sociedad no emite facturas a la encomendante por "tratarse de un gasto no finalista" por lo que "la transferencia no conlleva la obligación de justificación y por lo tanto la transferencia se realiza automáticamente sin necesidad de factura por parte de la entidad ni de justificación de su actividad".

VIII.3. Recepción del encargo

Es una incidencia generalizada en los expedientes analizados el hecho de que no conste acta de recepción de las obras o documento equivalente en caso de que el objeto de la encomienda sea la prestación de servicios. En 9 de las encomiendas

estudiadas consta dicha acta (número 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 17 y 19⁴). La justificación a dicha carencia es, en la mayoría de los casos, que al no ser la encomienda de gestión un contrato administrativo, no se rige por la normativa de contratos por lo que no se procede a la recepción de las obras o servicios correspondientes no constando en el expediente acta de recepción. A este respecto nos remitimos a lo ya comentado en el apartado IV.

VIII.4. Otras cuestiones

Ninguna de las encomiendas presenta liquidación final.

En 20 de las 23 encomiendas el plazo real de ejecución coincide con el previsto inicialmente. En los otros 3 supuestos o bien se supera el plazo inicialmente previsto o bien no es posible determinar, con la documentación aportada, el cumplimiento de dicho extremo:

Nún. Encomienda	Entidad Encomendada	Coincidencia plazo real de ejecución con plazo inicialmente previsto	
		Ambos plazos coinciden	Plazo ejecución supera al previsto
1	SERPA	X	
2	SERPA	X	
3	SERPA	X	
4	SERPA	X	
5	SERPA	X	
6	SERPA	X	
7	SERPA	X	
8	SERPA	X	
9	SERPA	X	
10	SERPA	X	
11	SERPA	X	
12	TRAGSATEC	X	
13	VIPASA	X	
14	SADEI	X	
15	SADEI	X	
16	GIT	X	
17	TRAGSA		X
18	TRAGSA	X	
19	TRAGSA		X
20	TRAGSA	X	
21	RECREA	S/D	S/D
22	FASAD	X	
23	FASAD	X	

En la encomienda nº 20 no consta acta de recepción de la obra o servicio; la encomienda número 21 es el caso ya comentado de RECREA.

⁴ La documentación acreditativa de dichos extremos fue remitida en fase de alegaciones.

VIII.4.1. Modificaciones

Respecto a la modificación de las tarifas, en 12 de las 23 encomiendas analizadas (a excepción de las encomiendas a SERPA) no consta mención alguna de dicho régimen, pues en su mayoría dichas tarifas se aprueban para cada encomienda.

Las encomiendas fiscalizadas no fueron modificadas durante su ejecución, excepto la número 20, constando informe del jefe de servicio de conservación y explotación de carreteras detallando los antecedentes, descripción de la infraestructura y justificación de la necesidad de modificación.

Núm. Encomienda	Entidad Encomendada	Importe Modificado	Importe inicial	Variación Total	Variación Porcentual
20	TRAGSA	441.011,25	380.180,00	60.831,25	13,79%

VIII.4.2. Contratación de terceros

Una vez que la opinión de esta SC ha sido manifestada en el apartado IV a continuación se detallan los porcentajes de contratación con terceros comunicadas por cada uno de los encomendatarios.

Núm. Encomienda	Entidad Encomendada	% Subcontratación
1	SERPA	-
2	SERPA	40,99%
3	SERPA	-
4	SERPA	-
5	SERPA	-
6	SERPA	-
7	SERPA	65,38%
8	SERPA	-
9	SERPA	-
10	SERPA	-
11	SERPA	-
12	TRAGSATEC	0,00%
13	VIPASA	-
14	SADEI	-
15	SADEI	-
16	GIT	48,00%
17	TRAGSA	18,64%
18	TRAGSA	18,29%
19	TRAGSA	4,77%
20	TRAGSA	4,57%
21	RECREA	100,00%
22	FASAD	58,23%
23	FASAD	50,62%

El caso de las encomiendas de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda a FASAD merecen un comentario especial, pues parte de su ejecución se realiza a través de su filial ALBANCIA SL incumpliendo en la subcontratación de servicios de conserjería lo dispuesto en las resoluciones de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y los principios de contratación a los que debe sujetarse por ser un poder adjudicador, ya

que se realiza en virtud de un convenio entre FASAD y ALBANCIA SL suscrito con anterioridad al año 2013. La contratación de servicios de conserjería realizada por FASAD con ALBANCIA SL es además indeterminada, no pudiendo concretar ni la cantidad ni el importe concreto de servicios en cada uno de los centros gestionados. Por parte de FASAD se comunica el porcentaje de subcontratación de los servicios encomendados pero sin referencia alguna a los servicios y empresas que los realizan, lo que impide el adecuado control de costes de cada encomienda y con ello se imposibilita el correcto cálculo tanto de los precios públicos como la estimación del coste de cada encomienda.

VIII.4.3. Igualdad efectiva de hombres y mujeres

La Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 33, de carácter básico, establece que las administraciones públicas, a través de sus órganos de contratación, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

Por el Principado de Asturias se aprobó la Ley 2/2011, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, que si bien establece diferentes medidas en el ámbito del empleo no recoge ninguna específica en materia de contratación.

Estudiadas las instrucciones técnicas de contratación de los encomendatarios, en ninguno de los supuestos se hace referencia a la existencia de cláusulas sociales a favor de la igualdad.

VIII.4.4. Actas de comisión de seguimiento

La falta de uniformidad en la tramitación de las encomiendas se detecta igualmente en la constitución de las comisiones de seguimiento: en 3 de las analizadas (encomiendas número 14, 15 y 21⁵) se prevé expresamente su creación, aunque finalmente no se hayan celebrado; en 2 de ellas se (encomiendas número 22 y 23) se prevén y se celebraron.

⁵ En relación con la encomienda nº 21, en el trámite de alegaciones se relacionan una serie de documentos pero no se adjuntan.

IX. HECHOS POSTERIORES

Las encomiendas número 22 y 23 (FASAD) se ordenan a finales de 2013 para su ejecución hasta 31 de diciembre de 2013.

La número 22, por Resolución de 20 de diciembre de 2013, se prorroga por un periodo de 12 meses, lo que supera por 6 veces el encargo inicial y, asimismo, en 2015 continua su prestación sin que conste ni prórroga ni resolución que lo autorice.

En el caso de la encomienda número 23 el servicio se continuó prestando durante los ejercicios 2014 y 2015 sin que conste resolución o acto administrativo que le dé amparo.

En relación a esta misma encomienda número 23, mediante Resolución de 31 de octubre de 2013, además de aprobar la encomienda por el periodo de noviembre y diciembre de 2013 a la que antes hemos referido, deja sin efecto otra Resolución de 28 de junio de 2013 debido a la incorrecta determinación de la aplicación presupuestaria inicialmente utilizada, lo que contrasta con que la propuesta de prórroga de la encomienda para 2014 vuelve a utilizar la misma aplicación presupuestaria que la inicialmente elegida.

Oviedo, 12 de noviembre de 2015

El Síndico Mayor.



Fdo. Avelino Viejo Fernández

ANEXO

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO I SELECCIÓN DE ENCOMIENDAS	49
--	----

Anexo I Selección de encomiendas

Núm. Muestra	Entidad encomendataria	Encomendante	Ejercicio	Título Encomienda	Presupuesto Encomienda
1	SERPA	JUSA	2013	Asistencia técnica a la dirección de obra, durante 2013 de diversas obras contratadas por la JUSA y dirigidas por técnicos del servicio de obras hidráulicas de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Vivienda	387.143
2	SERPA	Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente	2013/2014	Servicio de explotación, mantenimiento y conservación de la planta de tratamiento de residuos ganaderos de Cabrales.	262.546
3	SERPA	JUSA	2013	Servicio de asistencia técnica para la coordinación de seguridad y salud y realización de la valoración de expropiaciones Obras Hidráulicas.	259.828
4	SERPA	Consejería de Bienestar social y Vivienda	2013	Apoyo administrativo en la tramitación de expedientes vinculados a la Ley de Salario Social Básico durante el segundo semestre de 2013	140.200
5	SERPA	Consejería de Hacienda y Sector Público	2014/15	Asistencia técnica para la gestión y seguimiento de los programas operativos Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) del PA 2007-2013 y Fondo de Cohesión FEDER 2007-2013 durante los ejercicios 2014 y 2015	109.426
6	SERPA	Consejería de Economía y Empleo	2013	Elaboración de un inventario de los materiales consumibles destinados a la impartición de acciones de formación para el empleo en los Centros dependientes del SEPEPA	7.491
7	SERPA	Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos	2013	SESP-13-060 - Creación de contenidos, montaje, atención al público, mantenimiento y desmontaje del stand institucional en la Feria de ASTURFORESTA 2013	14.821
8	SERPA	Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos	2013	SESP-13-050 - Servicio para llevar a cabo prospecciones de Fusarium Circinatum y Bursaphelenchus Xylophilus organismos de cuarentena	17.338
9	SERPA	Consejería de Economía y Empleo	2013	Elaboración de herramientas informática para la gestión y la autoevaluación de la innovación desde los Centros de Referencia Nacional de Formación Profesional	35.990
10	SERPA	Consejería de Hacienda y Sector Público	2013	Asistencia técnica para la coordinación en materia de seguridad y salud durante la ejecución de las obras a desarrollar por la Dirección General de la Administración Local durante el año 2013	61.789
11	SERPA	Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos	2013	SESP-13-066 - Coordinación en materia de seguridad y salud de obras promovidas por la Dirección General de Política Forestal del PA, en ejecución durante el segundo semestre del año 2013.	113.279
12	TRAGSATEC	Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos	2014	SET-13-135 - Ejecución de las campañas de Saneamiento Ganadero en el año 2014 (anticipado de gasto)	3.700.000
13	VIPASA	Consejería de Bienestar social y Vivienda	2013	Gestión del servicio de administración del patrimonio de viviendas, locales y garajes y fondo de suelo público del PA	1.100.000
14	SADEI	Consejería de Economía y Empleo	2013	Realización de actividades estadísticas para el cumplimiento de lo establecido en el Plan Asturiano de Estadística 2009-2012 aprobado por Ley del Principado de Asturias 2/2009	1.000.000
15	SADEI	Consejería de Economía y Empleo	2013	Realización de actividades estadísticas para el cumplimiento de lo establecido en el Plan Asturiano de Estadística 2009-2012 aprobado por Ley del Principado de Asturias 2/2009	300.000
16	GIT	Consejería de Sanidad	2013	Servicio de conectividad correspondiente a los hospitales públicos y el CPD del edificio ASTURCÓN en el marco del Proyecto SIAI (Sistema de Información Asistencial Integrado).	603.542
17	TRAGSA	Consejería de Agroganadería y	2013	OTR-13-063 - Construcción de vial de acceso al puerto pesquero de Luanco (Gozón)	596.421

Núm. Muestra	Entidad encomendataria	Encomendante	Ejercicio	Título Encomienda	Presupuesto Encomienda
		Recursos Autóctonos			
18	TRAGSA	Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos	2014/2015	SET-13-099 - Consultoría y asistencia para el control técnico y económico de los reglamentos de aplicación del Fondo Europeo de la Pesca (FEP) (anticipado de gasto y plurianual)	522.479
19	TRAGSA	JUSA	2013	Propuesta de encargo de las obras de "Trabajo de limpieza y reparación del colector Nava-Infiesto"	441.179
20	TRAGSA	Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente	2014	Trabajos de mantenimiento y explotación de los túneles del Rañadoiro y La Monxina.	380.180
21	RECREA	Consejería de Educación Cultura y Deporte	-	Gestión de la instalación deportiva "Centro de Tecnificación Deportiva Trasona-Corvera"	333.000
22	FASAD	Consejería de Bienestar Social y Vivienda	2013	Encomienda para la gestión del Centro de Apoyo a la Integración de Arriendas, dirigido a personas con discapacidad	34.823
23	FASAD	Consejería de Bienestar Social y Vivienda	2013	Gestión del servicio de atención residencial en el área de alojamiento tutelar en área social intergeneracional del complejo FUNDOMA (Fundación Docente de Mineros Asturianos)	5.583
Total					10.427.057