

TRIBUNAL DE CUENTAS

Nº 1.160

**INFORME DE FISCALIZACIÓN SOBRE LA
UTILIZACIÓN DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN,
REGULADA EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA APLICABLE, POR LAS ENTIDADES DEL
SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE LAS CIUDADES
AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA, EJERCICIO 2013**

EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida por los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y a tenor de lo previsto en los artículos 12 y 14 de la misma disposición y concordantes de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha aprobado, en su sesión de 30 de junio de 2016, el Informe de Fiscalización de la utilización de la Encomienda de Gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, ejercicio, 2013, y ha acordado su elevación a las Cortes Generales y a las Asambleas de Ceuta y de Melilla y su traslado al Consejo de Gobierno de las citadas Ciudades Autónomas, según lo prevenido en el artículo 28 de la Ley de Funcionamiento.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
I. ANTECEDENTES	9
I.1. INICIATIVA DEL PROCEDIMIENTO FISCALIZADOR	9
I.2. OBJETO Y ÁMBITO DE LA FISCALIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN	9
I.2.1. Objeto y ámbito de la fiscalización	9
I.2.2. Régimen Jurídico General de las Encomiendas de Gestión	10
I.2.3. Régimen Jurídico en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	13
I.3. OBJETIVOS DE LA FISCALIZACIÓN, PROCEDIMIENTO Y METODOLOGÍA	14
I.4. MARCO JURÍDICO	15
I.5. LIMITACIONES AL ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN	15
I.6. TRÁMITE DE ALEGACIONES	15
II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN	15
II.1. PROBLEMAS QUE SUSCITA EL RECURSO A LA ENCOMIENDA COMO FORMA HABITUAL DE GESTIÓN	15
II.1.1. La justificación de la elección de la encomienda a medios propios como forma de gestión	15
II.1.2. La encomienda de gestión y los riesgos de su posible solapamiento con el ejercicio de las competencias propias de los órganos encomendantes.	17
II.2. LA PLANIFICACIÓN RELACIONADA CON LA UTILIZACIÓN DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN	20
II.3. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS PARA PODER RECURRIR AL USO DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN	21
II.4. PROCEDIMIENTO EMPLEADO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA ENCOMIENDA	23
II.5. ASPECTOS RELATIVOS A LA PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y GASTO DE LAS ENCOMIENDAS EXAMINADAS	24
II.5.1 Preparación	24
II.5.2 Ejecución	27
II.5.3 Gasto	29
II.6. OBSERVANCIA DE LA NORMATIVA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE HOMBRES Y MUJERES	29
III. CONCLUSIONES	30
IV. RECOMENDACIONES	31

ANEXOS

- Ejercicio 2013

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AMGEVICESA	Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta, Sociedad Anónima
EG	Encomienda de Gestión.
EMVICESA	Empresa Municipal de la Vivienda de Ceuta, Sociedad Anónima.
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público.
LFTCu	Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
LOTCu	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.
OBIMASA	Obras y Medio Ambiente de Ceuta, Sociedad Anónima.
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
PCAP	Pliego/s de Cláusulas Administrativas Particulares
PROCESA	Sociedad para el Fomento y la Promoción del Desarrollo Socioeconómico de Ceuta, S.A.,
PROMESA	Promoción Económica Melilla S.A.
PPT	Pliego/s de Prescripciones Técnicas
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
RD-Leg.	Real Decreto Legislativo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
RGLCAP	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

I. ANTECEDENTES

I.1. INICIATIVA DEL PROCEDIMIENTO FISCALIZADOR

El presente Informe ha sido realizado por el Tribunal de Cuentas de conformidad con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y la Ley 7/1988, de 5 de abril, reguladora de su funcionamiento, en cumplimiento del Programa de Fiscalizaciones para el año 2016, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 22 de diciembre de 2015, en el que fue incluido, a iniciativa del propio Tribunal, la realización de una fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, durante el ejercicio 2013.

Las Directrices Técnicas a las que se ha ajustado esta fiscalización fueron aprobadas por el Pleno del Tribunal de Cuentas, el día 26 de marzo de 2015.

La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su sesión del día 13 de octubre de 2015, a la vista del Informe remitido por este Alto Tribunal acerca del Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa acordó, entre otras Resoluciones, “Instar al Tribunal de Cuentas a llevar a cabo fiscalizaciones específicas sobre el empleo de las encomiendas en los ámbitos autonómico y local con el fin de comprobar si las conclusiones recogidas en este Informe resultan comunes para todas las Administraciones Públicas”, lo que se da por satisfecho con este Informe, en lo que respecta a estas Ciudades Autónomas y sin perjuicio de lo que en un Informe general pueda exponerse acerca del empleo de esta técnica por el sector público autonómico español.

I.2. OBJETO Y ÁMBITO DE LA FISCALIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

I.2.1. Objeto y ámbito de la fiscalización

El ámbito objetivo de la fiscalización lo constituyen, exclusivamente, las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual o a medios propios formalizadas durante el ejercicio 2013, sin perjuicio de que puedan incluirse otras ejecutadas en dicho año pero formalizadas en otros ejercicios. A efectos de esta fiscalización, se entenderá por encomiendas de gestión todas aquellas cuya realización esté incluida dentro de los supuestos contenidos en los artículos 4.1.n) y 24.6 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o norma autonómica de desarrollo, o se hubieran realizado a su amparo, cualquiera que sea la forma que adopten.

Cuando ello ha sido preciso, se ha procedido al análisis puntual de alguna encomienda formalizada en ejercicios anteriores, por estar relacionada con las encomiendas formalizadas en el periodo 2013, de conformidad con las Directrices Técnicas de la fiscalización.

Debe tenerse presente que el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el pasado 28 de noviembre de 2013 un “Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político Administrativa del Estado” y, el 30 de abril de 2015, otro relativo a “Encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, que constituyen un cuerpo doctrinal del que el presente informe se manifiesta continuación y a los que se remite para un mayor desarrollo de las cuestiones planteadas por dicha figura en relación con su naturaleza jurídica y regulación, con la consecuente adaptación a las características normativas de la encomienda de gestión (EG) que en este Informe se recogen.

De la información recabada por el Tribunal de Cuentas se desprende que una parte de la gestión pública se ha externalizado hacia fórmulas de gestión privada, utilizando para ello una de las modalidades de ejercicio de las competencias administrativas cual es la EG. Durante los trabajos previos la Ciudad Autónoma de Ceuta comunicó la formalización en el periodo de 5 expedientes por importe de 5,7 millones de euros y la Ciudad Autónoma de Melilla comunicó la formalización en el periodo de 2 encomiendas de gestión por importe de 2,9 millones de euros, que se recogen en los Anexos 1 y 2, siendo todas ellas examinadas en el informe.

1.2.2. Régimen Jurídico General de las Encomiendas de Gestión

La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo, un organismo público o 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.

Se trata de una forma de gestión administrativa, cuya importancia cuantitativa y cualitativa ha experimentado un crecimiento sostenido en los últimos años, en especial en la modalidad de encomienda conferida a las entidades que tienen atribuida la condición de medio propio de las Administraciones Públicas, y que ha adquirido un peso relevante en determinadas áreas de gestión.

La proliferación de encomiendas de gestión realizadas por las administraciones públicas y su incidencia en los grupos empresariales públicos determina que la propia existencia de estos, o de algunos de sus entes individuales componentes, haya provocado, en ocasiones, la continuidad de las encomiendas de gestión que les son encargadas.

Este tipo de encomienda de gestión se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa para la provisión de bienes y servicios, y presenta ciertas afinidades con otras figuras administrativas como los convenios de colaboración o la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

No obstante, la característica determinante del recurso a la encomienda de gestión es que su empleo constituye una excepción a la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública y por ello esta figura ha sido paulatinamente perfilada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en aplicación de las Directivas Comunitarias reguladoras de la contratación pública, lo que, a su vez, ha provocado sucesivas modificaciones de nuestra legislación para adaptarse a las exigencias comunitarias a este respecto. Este proceso es continuo y así, próximamente, España deberá abordar la transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE¹.

La encomienda de gestión fue, en origen, objeto de regulación general en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que habilitó la posibilidad de 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 de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño.

¹ El pasado día 16 de marzo de 2016 (BOE de 17 de marzo) la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dictó una recomendación en relación con la aplicación de los efectos directos de las nuevas directivas de contratación pública, efectos que han surgido el 18 de abril al vencer el plazo para su transposición sin que tal se haya producido.

El propio artículo 15 de la LRJPAC limitó el recurso a esta figura exclusivamente al marco administrativo, al excluir la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio, o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de Derecho privado debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos.

Por su parte, la legislación de contratos ha ido modulando con distinto grado de precisión a lo largo del tiempo, la exclusión de su ámbito de aplicación de este tipo de encomiendas. La primera referencia expresa en este sentido fue introducida en el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) por medio del artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, que excluyó del ámbito de aplicación del TRLCAP a “Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública” (letra l del artículo 3.1 del TRLCAP), pero sin identificar ni establecer el régimen jurídico aplicable a las mismas, que, según el apartado 2 del artículo 3 del TRLCAP debían configurar sus normas especiales de aplicación. Más adelante, la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 modificó la referida letra l) del artículo 3.1 del TRLCAP, restringiendo el ámbito de la mencionada exclusión a “las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan” (y de nuevo, sin referenciar ni establecer las normas especiales de aplicación a este supuesto).

Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cambió la conceptualización, el alcance, e incluso parcialmente la denominación de esta figura rediseñándola como “negocio jurídico en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”, con unos perfiles emparentados, pero ya claramente diferenciados, con respecto a la encomienda de gestión administrativa regulada por el artículo 15 de la LRJPAC, en los términos que desarrollaron los artículos 4.1 n) y 24.6 de la mencionada - LCSP, y que mantienen actualmente los mismos artículos del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Esta regulación contenida en el TRLCSP ha venido a plasmar en nuestro derecho la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (significativamente a partir de la conocida Sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, asunto Teckal) en torno a los denominados contratos in house providing calificados en el propio TRLCSP como encargos o encomiendas a entes propios.

Con arreglo a los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP (y del TRLCSP), lo decisivo para que una operación pueda calificarse como encomienda de gestión a medios propios, y ser por ello excluida de la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública, es el tipo de relación que se establece entre el poder adjudicador que hace el encargo, y el ente del sector público que lo recibe, que debe ser una relación de dependencia materializada en el cumplimiento de una serie de requisitos, establecidos en el artículo 24.6 del TRLCSP, y que son los siguientes:

- Que el poder adjudicador que realiza la encomienda ostente sobre el encomendatario un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios. A este respecto, el TRLCSP establece que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.
- Que el encomendatario debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador que realiza la encomienda.

– Que si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan estos requisitos de fondo debe además ser reconocida formal y expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Este régimen regulador de las encomiendas introducido por la LCSP ha supuesto que el ámbito de aplicación del artículo 15 de la LRJPAC haya quedado en la práctica reducido al puramente administrativo, limitado a actuaciones objetiva y subjetivamente ajenas al ámbito de la legislación de contratos, y ligadas por tanto estrechamente al ejercicio de las competencias propias de los órganos administrativos.

Por el contrario, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, la celebración de encomiendas con contenido materialmente contractual (provisión de bienes o servicios a cambio de una contraprestación dineraria), pero excluidas de la legislación de contratos, ha encontrado en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP un cauce legal de expansión actualmente en pleno desarrollo.

Por tanto, no existen dudas sobre la diferente configuración legal de la encomienda de gestión administrativa que se regula en el artículo 15 de la LRJPAC y la encomienda de gestión de contenido materialmente contractual o a medios propios prevista en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP², no obstante, en algunas ocasiones la diferenciación conceptual de ambas figuras se ve dificultada por el empleo, en las normas que las regulan, de una denominación común, lo que provoca cierta inseguridad jurídica que puede conducir a que en algunos casos apliquen a las encomiendas encargadas a medios propios los preceptos del artículo 15 de la LRJPAC invocándolo incluso, erróneamente, como norma habilitante, en lugar del artículo 24.6 del TRLCSP. A ello se suma el hecho de que algunos mandatos y preceptos contenidos en el artículo 15 de la LRJPAC han seguido siendo aplicados a las encomiendas a medios propios por los Tribunales de Justicia³.

En definitiva, la regulación actual de las encomiendas a medios propios tiene un carácter incidental no sustantivo, determinado por la necesidad de adaptación de esta forma de gestión a las exigencias comunitarias marcadas por las Directivas y la Jurisprudencia del TJUE interesadas en establecer fórmulas que impidan falsear las reglas de la competencia en el ámbito de la licitación pública. Pero esta nueva forma de gestión ha adquirido dimensión propia y trascendencia suficiente como para que nuestra legislación la aborde como una forma de gestión de las Administraciones Públicas con sustantividad propia, merecedora de una normativa reguladora que discipline el recurso a estas encomiendas de forma precisa, clara y garantista.

En otro orden, las distintas normas de creación y funcionamiento de cada medio propio han llevado a cabo regulaciones parciales con distinto alcance, aplicables de manera singularizada a cada ente regulado, o incluso a cada concreta situación de hecho que motiva la regulación, lo que ha supuesto que determinados requisitos exigibles a determinados medios propios para poder llevar a cabo los encargos conferidos no lo han sido en otros casos (así por ejemplo, como se verá más

² En este contexto, resulta pertinente recordar que la Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado concluía que: “Tras la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha de entenderse modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el sentido de que este último precepto 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 obras, suministro o de servicios a cambio de una contraprestación económica.

³ Ver Informe nº 1088 del Tribunal de Cuentas, de 30 de abril de 2015.

adelante, en la delimitación de los porcentajes máximos sobre el presupuesto de la encomienda permitidos para la subcontratación o contratación externa).

Sin embargo, ni el TRLCSP ni ninguna de estas normas con rango de Ley ha establecido de forma expresa y general la sujeción de las encomiendas a medios propios a concretos procedimientos para su tramitación. No obstante, si bien no resulta aplicable a las encomiendas objeto de esta fiscalización, debe destacarse que la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha introducido una más estricta y amplia regulación de los encargos a medios propios y de la encomienda de gestión. Esta nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, ha introducido modificaciones en la regulación de la encomienda de gestión y de los medios propios, en sus artículos 11 y 86. Las novedades que se introducen afectan, por lo que se refiere a la encomienda de gestión, a la limitación de su objeto y al distinto tratamiento que se da a la formalización en atención a la pertenencia, o no, a la misma administración de los sujetos de Derecho Público intervinientes, Por lo que se refiere a los medios propios, la Ley incluye aspectos sustanciales de su régimen jurídico, de entre los que resulta reseñable la exigencia, para ostentar tal condición, de disponer de medios suficientes e idóneos respecto de su objeto social y, además, que sean una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz o que resulte necesario disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad. Incluso se prevé parte del control de eficacia al que quedarán sujetos estos medios propios y servicios técnicos. Todo ello facilita la diferenciación conceptual entre las dos figuras de encomienda a las que se ha hecho referencia, distinguiendo los sujetos pasivos así como el objeto que es propio de una y otra.

Por último, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (BOE del 10 de diciembre) ha recogido algunos aspectos más concretos sobre el régimen procedimental al que se sujetan estos negocios jurídicos, al disponer en su artículo 8.1.b), no solo la exigencia de su publicación sino el contenido mínimo que debe tener la publicación de la Encomienda de gestión, en concreto, al prever la publicación 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. No obstante, de acuerdo con la Disposición Final de la Ley, el precepto entró en vigor el día 10 del mes de diciembre de 2014; esto es, al año de su publicación en el BOE, sin perjuicio de que la citada Disposición final atribuya a los órganos de las comunidades autónomas y entidades locales un plazo de dos años para adaptarse a las obligaciones que impone la ley.

En cumplimiento de tal disposición por la Ciudad de Ceuta no se ha adoptado medida alguna para dar cumplimiento a las obligaciones que la Ley impone en orden a la publicación de las Encomiendas de gestión, al contrario que Melilla.

1.2.3. Régimen Jurídico en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla

En el ámbito autonómico se han ido incorporando a sus respectivos ordenamientos disposiciones con rango de ley que también, de forma más o menos aislada y con mayor o menor alcance, incidían en la regulación de este negocio jurídico o en los medios propios. Sin embargo, en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla no se ha adoptado ninguna norma⁴ específica dirigida a precisar el alcance y procedimiento para el empleo de las técnicas de gestión que supone encargo o encomienda de obras y servicios a medios propios, dando lugar a una cierta confusión por el empleo de medios propios con fundamento exclusivo en el artículo 15 de la LRJAP y PAC, y sin referencia alguna al régimen de las encomiendas dirigidas a los medios propios radicado en el TRLCSP.

⁴ Pese a lo que se indica por la Ciudad de Ceuta, ninguna duda cabe de la potestad normativa de la Ciudad, tal y como señala el artículo 12 del Estatuto de la Ciudad.

I.3. OBJETIVOS DE LA FISCALIZACIÓN, PROCEDIMIENTO Y METODOLOGÍA

La fiscalización, de acuerdo con las directrices técnicas que la rigen, es calificada como de cumplimiento, pues es su objetivo principal verificar la acomodación de la gestión desarrollada a las normas legales que la regulan, además de procurar dar una información genérica del empleo en cada ámbito autonómico de esta técnica de gestión, recogiendo los resultados de los exámenes desarrollados sobre las encomiendas de gestión analizadas y de la gestión económico-financiera de ellas realizada, se elaborará en el marco de los objetivos generales que se indican a continuación:

1. 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.
2. Comprobar si el régimen económico de la encomienda se ajusta a la legalidad vigente.
3. Analizar los sistemas previstos para el control de la ejecución de la encomienda, su implementación y desarrollo.
4. Verificar la adecuada justificación de la ejecución y recepción del objeto de la encomienda y la liquidación de la misma.
5. Constatar que la encomienda no incluye irregularmente la realización de funciones públicas.
6. 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 presente fiscalización aborda aspectos diversos, extendiéndose a la comprobación del cumplimiento de la legalidad en la preparación, tramitación, seguimiento de la ejecución y terminación de las encomiendas, así como de la adecuación del recurso a las encomiendas al principio de eficiencia en la utilización de los recursos públicos y de eficacia en el cumplimiento de objetivos por parte de los órganos y unidades que las confirieron.

El Tribunal de Cuentas solicitó la remisión de relación certificada y comprensiva de todas las encomiendas de gestión formalizadas por los distintos órganos, entidades y unidades administrativas de cada Ciudad Autónoma, en el ejercicio 2013, susceptibles de ser fiscalizados en su condición de sujetos ordenantes de los encargos tramitados como encomiendas.

Se ha procedido al análisis de los procedimientos y de la documentación integrante de los expedientes de las encomiendas realizadas y comunicadas así como del seguimiento de su ejecución y control por parte de la Administración encomendante.

Se han tomado en consideración aspectos relativos a las actividades organizativas y de planificación relacionadas con el uso de las encomiendas de gestión, así como de la normativa dictada por los mismos en esta materia, y se han verificado los aspectos referidos a su gestión, desde su preparación y formalización hasta el control de su ejecución.

La fiscalización se ha realizado de acuerdo con las Normas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas.

I.4. MARCO JURÍDICO

La regulación de las encomiendas de gestión fiscalizadas conferidas a medios propios ha estado sujeta durante el periodo objeto de análisis a la siguiente normativa de referencia:

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en particular sus artículos 4.1.n) y 24.6, así como sus principios para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, de acuerdo con su artículo 4.2.

I.5. LIMITACIONES AL ALCANCE DE LA FISCALIZACIÓN

En el desarrollo de las actuaciones fiscalizadoras no se han producido limitaciones que hayan impedido cumplir los objetivos previstos, habiendo prestado plena colaboración los responsables de los órganos, unidades y entidades fiscalizadas.

I.6. TRÁMITE DE ALEGACIONES

Los resultados de las actuaciones fiscalizadoras practicadas se pusieron de manifiesto a ambos Presidentes de la Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que lo eran también durante el periodo fiscalizado, en aquellas partes que respectivamente les incumben para que formularan las alegaciones y presentasen cuantos documentos y justificantes considerasen pertinentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la LFTCu.

Transcurrido el plazo conferido a los efectos antes indicados no se han recibido en este Tribunal de Cuentas alegaciones ni documentación alguna relativa a las meritadas actuaciones, decayendo el trámite al que se refiere el mencionado artículo 44 LFTCu. Con posterioridad al vencimiento del plazo antes mencionado se ha recibido escrito acompañado de documentación proveniente de la Ciudad de Melilla que ha sido considerado pero no adjuntado al presente informe al carecer de la condición de alegaciones.

II. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN

II.1. PROBLEMAS QUE SUSCITA EL RECURSO A LA ENCOMIENDA COMO FORMA HABITUAL DE GESTIÓN

II.1.1. La justificación de la elección de la encomienda a medios propios como forma de gestión

Conviene recordar que el artículo 12.1 de la LRJPAC dispone que “La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes. La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén”, sin perjuicio de que los órganos titulares de la misma puedan acudir al empleo de medios externos que auxilien o coadyuven al ejercicio de dicha competencia, porque la ley les habilita para ello.

En estos casos, las Administraciones Públicas, en ejercicio de su poder de auto-organización, deben escoger la opción organizativa más adecuada para la ejecución de las actividades materiales necesarias en el ejercicio de su competencia. Sin embargo, esta elección no es neutra pues la opción entre la ejecución directa de las actividades por las propias unidades administrativas y su externalización con terceros, y dentro de esta alternativa, la elección entre la encomienda de gestión a medios propios, la licitación pública, o la celebración de convenios de colaboración con otras administraciones u otras fórmulas de colaboración, tendrán importantes repercusiones 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 sobre el propio mercado. Por ello, y al igual que cualquier otro acto de la administración, máxime si tiene incidencia en el gasto público, esa decisión debe estar suficientemente motivada, como se desprende de los artículos 31 y 103 de la Constitución española, pues solo sobre esa motivación podrá examinarse la eficacia y eficiencia de la decisión. Dicha motivación también la exige el TRLCSP para justificar el recurso a la contratación, y así debe aplicarse por igual al recurso a las encomiendas a medios propios ya que permite una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante otras técnicas de gestión, y faculta la actuación al margen de las garantías que ofrece el TRLCSP y del principio de libre concurrencia al que está sujeta la contratación pública.

En el curso de los trabajos de fiscalización se ha observado que, con carácter general, en los expedientes figuran documentos y resoluciones de los que se desprende que la encomienda ha sido concebida como una parte ordinaria de las fórmulas de gestión, motivándose su utilización por remisión a normas locales que prevén la encomienda de atribuciones de gestión a algunas de las entidades que integran la organización de la ciudad.

- Así, en el caso de los encargos realizados a Proyecto Melilla SA (PROMESA) la única motivación de la utilización de esta técnica de gestión se encuentra en la voluntad del Consejero encomendante basada en la naturaleza de PROMESA como forma de gestión directa de la Ciudad (EG del Programa operativo de cooperación transfronterizo: Proyecto Fhatima) o en la experiencia adquirida por la empresa en el desarrollo de programas de formación y empleo desde hace años (EG del régimen de ayudas para la contratación en planes de inserción laboral de desempleados en empresas melillenses). En concreto, la única referencia a una justificación del recurso a la encomienda no se basa en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas sino en la condición de la empresa o en la experiencia adquirida.

- En el caso de la Ciudad de Ceuta los expedientes remitidos no contienen una específica justificación de la necesidad de su empleo, lo que resulta especialmente relevante respecto de las Encomiendas efectuadas a la empresa AMGEVICESA y, en concreto, la dirigida a la custodia y control del almacén de la policía local, cuya necesidad pública, según se indica en la Resolución de la encomienda, es la de proceder a la racionalización por vía informática del almacén de la Policía local. A continuación, sin embargo, la propia Resolución precisa que *“Vista la situación anterior, se estima oportuno dedicar personal de la mercantil AMGEVICESA a realizar las funciones antes indicadas, debiendo cumplir el referido personal las labores propias de inventario y control del material existente en su interior consistente en uniformes y demás elementos materiales que la Policía Local necesita, siempre con expresa exclusión de las armas de fuego”*, lo que no permite entender justificada la necesidad de acudir a una empresa pública para elaborar esas tareas. En todo caso, ninguna de las encomiendas examinadas relativas a la guarda y custodia de bienes públicos contiene justificación alguna de la causa de la misma, ni concreción alguna sobre la efectiva prestación que se demanda que permita conocer las concretas obligaciones asumidas y evaluar las necesidades de medios para llevarlas a cabo; ni estudios sobre su coste o sobre su financiación; ni tampoco previsión sobre los medios y sistemas para el control de la realización de las actividades encomendadas.

De este modo los órganos encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrautilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad que se encomienda y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios, con las implicaciones que ello conlleva, como se constatará a lo largo del presente informe.

Por otra parte, la realidad es que las encomiendas examinadas en ambas Ciudades Autónomas conllevan la efectiva gestión y tramitación de los expedientes encomendados con sus medios, lo que implica una completa transferencia de la competencia de gestión ad extra que resulta incompatible con la noción que de la encomienda de gestión se desprende en el artículo 15 de la LRJPAC. Debe recordarse que las encomiendas basadas en el precitado artículo de la LRJPAC, están exclusivamente reducidas al marco administrativo, excluyéndose la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio, o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de Derecho privado debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos. Pues bien, la práctica totalidad de las encomiendas examinadas presentan cierta confusión al fundamentarse, tramitarse y formalizarse al amparo del artículo 15 de la LRJPAC, pese a que los encargos lo son a empresas públicas y, por tanto, debieron sujetarse a las normas del artículo 24.6 del TRLCSP. Esta confusión supone obviar las exigencias sobre regulación de tarifas, la inclusión de esa condición de medio propio en la norma que las cree o en sus estatutos, donde además deberán determinarse las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir.

En el caso de la EG del régimen de ayudas para la contratación en planes de inserción laboral de desempleados en empresas melillenses, la expresa voluntad del encomendante es excluir esta encomienda del régimen que impone el artículo 4.1.n) del TRLCSP, pese a que este régimen no resulta dispositivo para la Ciudad sino obligatorio, por así exigirlo el propio artículo 15 de la LRJAP y PAC. En el caso de la EG encargada a PROMESA respecto del *Programa operativo de cooperación transfronterizo: Proyecto Fhatima*, consta informe justificativo de la aplicación del artículo 4.1.n del TRLCSP y referencia a la encomienda a medios propios, sin embargo el encargo se efectúa con amparo exclusivo del artículo 15 de la LRJAP y referencia al artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), si bien no se ha cumplido ningún otro requisito exigible a las encomiendas de gestión a medios propios.

II.1.2. La encomienda de gestión y los riesgos de su posible solapamiento con el ejercicio de las competencias propias de los órganos encomendantes.

El primero de los límites que no puede franquear la Administración encomendante cuando recurre al uso de la encomienda es que a través de su empleo se altere de facto la titularidad de la competencia mediante la sustitución de los órganos por los medios propios en el ejercicio de las actividades que como tales les corresponden por los medios propios, y menos aún que ello pueda tener lugar de forma sistemática o habitual.

Estas circunstancias, difícilmente compatibles con la esencia de la figura de la encomienda, devienen en claramente contrarias al ordenamiento jurídico cuando la encomienda incluye actividades que llevan aparejado el ejercicio de potestades públicas.

Además de lo dispuesto por las reglas generales sobre el ejercicio de la competencia debe recordarse ahora 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”, la disposición adicional 15ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas prohíbe la encomienda de actuaciones que supongan el ejercicio de potestades administrativas en el contexto de la gestión patrimonial y el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 abril, 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”.

- En este sentido, la Encomienda de gestión a PROMESA presenta características propias de esta deficiencia, al constituir el objeto del encargo “la gestión del programa de ayudas contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inserción Laboral de desempleados en empresas Melillenses”, o, como señala el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de 13 de julio de 2012, el objeto lo constituye la atribución de la gestión del Proyecto

0012__Fhatima_2_E a PROMESA, incluyendo la completa atribución del programa presupuestario, como se desprende de la gestión económica desarrollada y, en especial de las transferencias a la empresa. Pues bien la gestión finalmente desarrollada por la empresa PROMESA en relación con esta EG, dado que la Orden de Convocatoria preveía que su tramitación se llevaría a cabo por la empresa citada, supuso que fuera ésta quien asumiera la instrucción de los expedientes y efectuara la valoración de las candidaturas, incluyendo la realización de la propuesta de resolución correspondiente. En la propia Orden de concesión de esas subvenciones, se precisa que las mismas han sido gestionadas por PROMESA e incluye dentro de las obligaciones de los beneficiarios facilitar el control de la misma por cualquiera de los órganos competentes, entre los que se había incluido a la propia empresa. Todas ellas son funciones propias de la función pública en los términos indicados por la Sentencia de 24 de febrero de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con cita de varias sentencias del Tribunal Supremo que constituyen una notable y consolidada doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la actividad encomendada a las empresas públicas.

- En el caso de la encomienda del Programa de gestión del programa operativo FHATIMA a la empresa pública PROMESA, la resolución de la encomienda entremezcla las referencias a dos cuestiones distintas como son la encomienda de gestión y la denominada gestión directa, para fundamentar el encargo a PROMESA de la gestión del proyecto y la completa partida presupuestaria que lo financia. Como consecuencia, la empresa pública a la que se ha hecho el encargo asume como propio el diseño y organización del programa, así como la contratación externa de diversos servicios que se desprenden de ese diseño, tales como la contratación de la realización de un Curso máster de derecho internacional Unión Europea-Marruecos, lo que excede notablemente de las posibilidades de gestión que permite el artículo 15 de la LRJAP y PAC así como el propio artículo 24.6 de la TRLCSP⁵.

Finalmente, la entrega completa de la gestión del Proyecto Fhatima, sin que la Ciudad Autónoma interviniera en ningún aspecto de su desarrollo, se desprende de la inexistencia de documentación justificativa de la adopción de decisiones respecto a esa ejecución que permitieran precisar el objeto del encargo, e incluso de la falta completa de previsión acerca de la actividad de control sobre el desarrollo de la encomienda, lo que excede de las capacidades que son susceptibles de ser encomendadas.

- En virtud de un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad de Ceuta de 23 de marzo de 2007, la empresa pública Promociones de Ceuta SA (PROCESA) tiene encomendada la gestión administrativa y económica de los Programas Operativos para Ceuta 2007-2013, cofinanciados con los Fondos Europeos de Desarrollo Regional (FEDER) y por el Fondo Social Europeo (FSE), así como de los procedimientos que afectan a la concesión, seguimiento y control de estas subvenciones, de acuerdo con las sucesivas Resoluciones del Consejero de la Ciudad relativas a tales subvenciones y así se recoge en las sucesivas Resoluciones⁶ de Convocatoria y Bases Regulatoras de las Ayudas aprobadas, de las que se desprende que toda la tramitación de las ayudas ha sido desarrollada por esta empresa sin intervención en la instrucción de los órganos

⁵La tramitación de la Encomienda es posterior a la concesión de ayudas a PROMESA para el Proyecto 0012_FHATIMA_2_E por el Comité de Gestión del Programa Operativo de Cooperación Territorial Española –Fronteras Exteriores de la UE- financiado por fondos FEDER, procedimiento en el que había participado PROMESA, y no la Ciudad de Melilla, como Jefe de Fila y Organismo Intermedio y así se reconoce por la propia Ciudad. Es más la financiación ofrecida por PROMESA al proyecto se sustentaba en las futuras partidas presupuestarias de la Ciudad, de las que carecía la entidad participante al momento de realizar la solicitud de cofinanciación pero que sí parecen previstas en el presupuesto de la Ciudad del ejercicio siguiente al de la concesión y son las que parecen entregarse al momento de la encomienda.

⁶ En este sentido, Resolución publicada en el BOCCE de 24 de julio de 2015, sobre el marco regulador del concurso, en régimen de concurrencia competitiva, para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas a potenciar la formación y el acceso al empleo, en el marco del Programa Operativo del Fondo Social Europeo para Ceuta, período 2014-2020, cuyo apartado Octavo, es del siguiente tenor: -Los órganos competentes para la realización de las actuaciones en los procedimientos serán el órgano instructor -PROCESA SOCIEDAD PÚBLICA DE DESARROLLO DE CEUTA, S.A- y el órgano concedente -Excm. Sra. Consejera de Economía, Hacienda y Administración Pública-. Se designa por parte de PROCESA como instructor del procedimiento al Técnico Responsable Económico-Financiero del Centro Integral EQUAL.

administrativos de la Ciudad. Además, en estas resoluciones se pone de relevancia la amplitud con la que se configura la intervención de la empresa de la Ciudad Autónoma que resultó encomendada, sin que se hayan concretado las actuaciones a desarrollar; ni figuren estudios relativos a los medios de los que dispone la Ciudad o su ausencia que justifiquen la idoneidad de la encomienda, ni se prevean los instrumentos de control de su ejecución, de las actuaciones que para ello se hubieran llevado a cabo ni de sus costes.

Así, las encomiendas examinadas se extienden más allá de lo que serían concretas y específicas prestaciones técnicas para permitir el ejercicio de la competencia para extenderse y alcanzar la inmensa mayoría de los actos de tramitación de procedimientos administrativos que serían de la competencia de los funcionarios públicos y por ello de las entidades de derecho público y no del personal laboral ni de las empresas públicas. De este modo, el objeto de los trabajos encomendados, en lugar de ser concreto, determinado, ceñido a tareas técnicas de apoyo o a la realización de actividades materiales complementarias a la actividad puramente administrativa, ha sido definido de forma tan genérica que ha resultado coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano, lo que ha dado lugar a la sustitución fáctica del órgano en el ejercicio de sus tareas propias. Tal circunstancia es apreciable en la tramitación y gestión de las operaciones vinculadas con los fondos FEDER y FSE pues la mayor parte de las actividades que las integran son encargadas a empresas públicas, salvo las que impliquen el ejercicio de autoridad, según se dice en la Resolución.

En este sentido, conviene traer a colación la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 24 de febrero de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictada en la impugnación de una disposición organizativa de la Comunidad Autónoma y con referencia a una abundante doctrina jurisprudencial, en la que tras indicar que la norma impugnada no atribuye potestades administrativas al personal laboral, sino que respeta la reserva de ese ejercicio a los funcionarios públicos que se adscriban, precisa que *<<no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia, que en este caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo, “que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución etc., de naturaleza indudablemente administrativa”...>>*.

En el caso de la empresa EMVICESA, refieren sus estatutos como objeto “la gestión y ejecución de todo aquello que la Ciudad de Ceuta decida delegar a esta empresa dentro de su objeto social”, sin embargo el objeto de la única encomienda examinada a ella encargada, lo constituye la “gestión de la contratación de las obras de urbanización necesarias según el apartado anterior, aportando para ello la asistencia técnica, material o de servicios propio de la entidad” de donde se desprende que el objeto de la encomienda lo constituye la tramitación administrativa del procedimiento de contratación y no la propia ejecución por sus medios de la obra encargada. Sin embargo, pese a que el artículo 3.d) de los estatutos incluye dentro del objeto social la realización de cuantos encargos, obras y servicios se puedan efectuar en relación con las infraestructuras, urbanizaciones y dotaciones necesarias para el interés público, lo encomendado no puede entenderse que se incluye dentro de esta limitación, pues no es la realización de esas obras o servicios vinculados a la urbanización sino la gestión de unas competencias administrativas, las de contratación, no relativas a su objeto social.

II.2. LA PLANIFICACIÓN RELACIONADA CON LA UTILIZACIÓN DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Dentro del ámbito de la planificación que toda organización de carácter público debe realizar en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, parece imprescindible que una parte de la misma esté dedicada al estudio de los procedimientos y mecanismos de gestión que deben emplearse para la consecución de los objetivos establecidos, por lo que resulta pertinente cuestionarse si la utilización de este instrumento, como alternativa al contrato administrativo tradicional, debe de alguna manera formar parte de la actividad planificadora, como lo es la adecuada evaluación de la dimensión de las plantillas del personal propio de los órganos administrativos, o si por el contrario su empleo debe decidirse caso a caso en función de criterios de oportunidad, eficacia, eficiencia y economía.

En este contexto no debe olvidarse que el artículo 69.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 abril⁷, dispone que “La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”.

Por otra parte, las encomiendas, en realidad, cubren déficits estructurales de plantilla, como ya se ha señalado y esta situación tiende por otra parte a agravarse en la medida en que permanecían congeladas las partidas del Capítulo 1 (Gastos de personal), de hecho, en ocasiones así se explicita en la motivación de la encomienda, de tal forma que mientras las plantillas de personal propio han experimentado un decrecimiento vegetativo inexorable por exigencias legales, no sufren idéntica corrección los servicios y las actuaciones públicas desarrolladas mediante la intervención de terceros, por lo que el único efecto de aquéllas es que las necesidades han pasado a ser satisfechas bien mediante la contratación externa o bien mediante el recurso a las encomiendas. Por ello, resultaría erróneo valorar la importancia de las encomiendas de gestión a partir de aspectos exclusivamente cuantitativos, pues, sin duda, la operatividad de algunas de las unidades administrativas de las Consejerías aparece íntimamente supeditada al empleo de este recurso, en la mayor parte de los casos porque permite suplir las carencias de personal existentes, en otros por la menor carga administrativa que implica su empleo.

En este contexto parece imprescindible que el recurso a las encomiendas, como forma habitual de gestión, sea tenida muy en cuenta a la hora de llevar a cabo la planificación estratégica de los órganos afectados, ligada estrechamente a la planificación de recursos humanos a fin de evitar que el empleo recurrente de esta figura sin criterios estratégicos predeterminados provoque una progresiva descapitalización de recursos humanos en los órganos administrativos, lo que podría suponer una posición de dependencia o falta de autonomía respecto del encomendado que realiza habitualmente esos trabajos. En este sentido debiera tomarse en consideración la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla antes citada, con la finalidad de adaptar las necesidades organizativas a las exigencias que impone el régimen legal de la Función Pública y la extensión que debe atribuirse a las encargos a los medios propios, evitando que tales encomiendas se extiendan sobre materias que resultan propias de la Función Pública, impidiendo que se extiendan más allá de lo que serían concretas y específicas prestaciones técnicas para alcanzar a lo que serían la inmensa mayoría de los actos de tramitación de procedimientos administrativos que serían de la competencia de los funcionarios públicos y no del personal laboral, entre las que se encontrarían la tramitación de subvenciones, la gestión de los actos de contratación o de programas presupuestarios.

Debe recordarse que resultan de aplicación a las encomiendas a medios propios los principios del TRLCSP en virtud de su artículo 4.2, entre los que cabe destacar ahora el de “asegurar, en

⁷ En la actualidad, artículo 69.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de Octubre.

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” (artículo 1 del TRLCSP). Sin embargo, no se ha elaborado una planificación específica de esta actividad, o incluso de carácter estratégico, ni tampoco que se haya procedido a la elaboración de normas procedimentales y el establecimiento de un escenario presupuestario adecuado al empleo de este instrumento.

Por otra parte, tampoco se ha acreditado la realización de estudios específicos que acrediten las ventajas de recurrir a la encomienda de gestión en detrimento de los procedimientos de contratación tradicionales; es más, en ninguno de los expedientes analizados figura formalmente justificación al recurso de la encomienda, por lo que tampoco se incluye un análisis específico de las ventajas de este procedimiento respecto al contrato, como ya se ha anticipado en el epígrafe II.1.1.

Así, en la mayor parte de los expedientes analizados en los que la justificación del encargo es la capacidad técnica de la encomendada únicamente se hace referencia a la misma, sin estudio o expediente instruido para acreditarlo, pese a lo que resulta por sí sola determinante para la toma de la decisión. En ningún caso consta un estudio comparado sobre los costes de la opción de la encomienda frente a los potenciales beneficios atribuibles a la competencia del mercado.

Por último, en la Ciudad de Ceuta no existe un registro centralizado y sistemático de las encomiendas encargadas que permita su adecuado seguimiento y que sirva como instrumento de valoración para la planificación. Como hecho posterior debe destacarse que, pese a lo que indica la Ley 19/2013, la página web de la Ciudad de Ceuta, todavía en febrero de 2016, no contenía referencia alguna a las encomiendas encargadas a diferencia de lo que acontece en la página web de la Ciudad de Melilla.

II.3. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS PARA PODER RECURRIR AL USO DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN

Los artículos 4.1.n) y 26.4 del TRLCSP exigen para la calificación del negocio jurídico como encomienda de gestión a medios propios, y ser excluido de la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública, una serie de requisitos, cuyo cumplimiento ha sido examinado en cumplimiento de los objetivos de la fiscalización.

Estos requisitos y el resultado obtenido de la comprobación efectuada son los siguientes:

a) Que el poder adjudicador que realiza la encomienda ostente sobre los medios propios a los que ha efectuado los encargos un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, entendiéndose que ello es así cuando los encargos realizados resulten de ejecución obligatoria de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante, estableciéndose su retribución por referencia a las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación con la determinación de las tarifas y el precio de las encomiendas, el requisito del control sobre el medio propio se ha cumplido en todos los casos salvo en el de la encomienda realizada a favor de TRAGSA por la mercantil OBIMASA, como a continuación se indica.

Con amparo en el artículo 24.6, la empresa pública “Obras, Infraestructuras y Medio Ambiente de Ceuta (OBIMASA), en su condición de poder adjudicador ha encomendado a la empresa pública TRAGSA la realización de unas obras de mejora de infraestructuras de defensa contra incendios forestales. Tal encomienda resulta irregular al carecer de vinculación la Ciudad de Ceuta con la citada empresa TRAGSA, por lo que no puede ejercer sobre ella un control similar al que podría desarrollar sobre sus propios servicios, tal y como exige el artículo 24.6 del TRLCSP. La expresa atribución legal a TRAGSA de la condición de medio propio de las Comunidades Autónomas que la

Disposición Adicional 25ª del TRLCSP efectúa no alcanza a las Ciudades Autónomas, sin que la regla excepcional en el precepto recogido pueda extenderse en el sentido de equiparar a las Ciudades Autónomas con las Comunidades Autónomas a las que se refiere el texto legal, tal y como se desprende del artículo 30 de los respectivos Estatutos de Ceuta y Melilla.

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

Este Tribunal de Cuentas ha constatado que en los expedientes remitidos no existe referencia alguna a la realización de gestiones dirigidas a verificar que las entidades declaradas medio propio, en el ámbito autonómico correspondiente, han realizado la parte esencial de su actividad para los poderes adjudicadores respecto de los cuales ostenten esa condición de medio propio, así como que se dan las circunstancias que permitan prever razonablemente que esa situación se mantendrá durante el periodo al que se extiende la encomienda.

En todo caso, esta actuación pasará a convertirse en necesaria como consecuencia de las exigencias marcadas por el Derecho comunitario pues la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, ha establecido en su artículo 12, como requisito para la exclusión de las encomiendas a entes instrumentales de la aplicación de la legislación de contratos, “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”. Por ello, las Consejerías de ambas Ciudades Autónomas debieran establecer los mecanismos oportunos que permitan verificar en el futuro el cumplimiento de esta exigencia.

c) Que si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital debe ser de titularidad pública.

Este requisito se ha cumplido en todos los casos.

d) Que la condición de medio propio debe ser reconocida formal y expresamente por la norma que los cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueden atribuir.

Este requisito no se ha cumplido, dado que los estatutos sociales de las empresas a las que se han efectuado los encargos por las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, no recogen expresamente esta específica condición de medios propios respecto de las mismas.

e) Adicionalmente se ha comprobado también si el objeto de la encomienda está incluido en el ámbito o funciones de la entidad encomendataria o de su objeto social en el caso de las entidades mercantiles y fundaciones.

En relación con esto, se ha vuelto a confirmar lo ya puesto de manifiesto con anterioridad por este Tribunal de Cuentas en relación con la amplitud con la que se concibe el objeto social de algunas entidades encomendadas, lo que ha propiciado que hayan sido utilizadas como “medio para todo”. En este sentido cabe valorar la situación de PROMESA, cuyo objeto social se extiende según sus Estatutos a “promover e impulsar el Desarrollo Socio Económico de Melilla, así como prestar asesoramiento de todo tipo, de gestión, financiero y/o económico a los proyectos de iniciativa de promoción de empleo y a las empresas en general”, lo que ha permitido encomendarle la completa gestión del Proyecto 0012__Fhatima_2_E, incluyendo el desarrollo de un Curso Master en derecho Internacional. En situación similar se encontraría la empresa EMVICESA, cuyo objeto social, de acuerdo con el artículo 3.d, incluye, intervenir en nombre de la Ciudad de Ceuta en la ejecución de cuantos encargos, obras y servicios se puedan desarrollar en relación con las infraestructuras, urbanizaciones y dotaciones necesarias para el interés público.

Asimismo se ha apreciado que el objeto de algunas de las encomiendas podrían desbordar los límites del objeto social de la entidad encomendada, como se ha apreciado en encomiendas vigentes en 2013, como las realizadas por la Ciudad de Ceuta a AMGEVICESA para la realización de labores de guardería de instalaciones, en centros especiales, o de custodia y control del almacén policial, dado que el objeto social de la compañía se vincula a “todas las actividades conducentes a la consecución de la máxima seguridad en la red viaria local y carreteras de la Ciudad Autónoma de Ceuta, la prevención de los accidentes referentes a la circulación rodada y la continua mejora, en todo lo referente a estas materias y en lo relacionado con ellas, de las condiciones de vida en la Ciudad de Ceuta”, sin que en el objeto de las encomiendas examinadas pueda observarse relación con la seguridad en la red viaria local que se encuentra en el núcleo del objeto social de la empresa.

La carencia de medios para dar cobertura a tan amplio objeto social determina que las entidades encomendadas hayan efectuado contrataciones o ampliado plantilla y contratado personal específico con el que dar satisfacción a las prestaciones que componen el objeto de la encomienda y permitan su ejecución, tal y como acontece en la encomienda a PROMESA para la gestión del programa de ayudas contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inserción Laboral, lo que contrasta con la causa de la encomienda, la falta de medios personales del encomendante, y la justificación del empleo de esta técnica, contar con la infraestructura y organización necesaria para desarrollarla.

II.4. PROCEDIMIENTO EMPLEADO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA ENCOMIENDA

Ni la LCSP, ni su texto refundido, incorporan una regulación general sobre la retribución de las encomiendas, si bien la aplicación del régimen de tarifas –que han de ser aprobadas por la entidad pública de la que dependan las encomendadas- se configura como uno de los requisitos imprescindibles para que opere ex lege la condición de control análogo que deben ostentar los poderes adjudicadores sobre sus entes instrumentales (artículo 24.6 del TRLCSP).

La determinación del presupuesto de una encomienda responde así a la aplicación de unos precios unitarios, en este caso las tarifas, referidos a los distintos componentes de la prestación, a las diferentes unidades que se entreguen o a las unidades de tiempo que se estimen necesarias para realizar los trabajos encargados.

Sin embargo, tan solo en el caso de la encomienda de la Ciudad de Ceuta a TRAGSA consta referencia a la existencia de tarifas al aplicarse, como se indica en el encargo de OBIMASA las vigentes de TRAGSA. En los expedientes examinados no hay mención a que se hayan fijado tarifas para retribuir la intervención del encomendado, es más, en realidad las resoluciones que soportan los encargos no hacen referencia alguna a las contraprestaciones que deberá recibir la encomendada.

En el caso de la encomienda para “la gestión del programa de ayudas contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inserción Laboral de desempleados en empresas Melillenses”, la única referencia al coste de la encomienda, con independencia de la retención de créditos, se produce con posterioridad a la ejecución y de ella se desprende que, pese a ser la causa de la misma la capacidad de la empresa de llevar a cabo el encargo como ha hecho en ocasiones anteriores con los programas de formación y empleo (apartado tercero del punto décimo de los Acuerdos de Gobierno de la Ciudad adoptados el 28 de noviembre de 2013, por el que se encomienda a PROMESA la gestión de ese programa de ayudas), la primera necesidad de la Empresa fue la de contratar a una empresa privada, en dos contratos por importe de 4.828,56 euros mes y 67.600 euros, respectivamente correspondientes al “suministro” de un técnico y un auxiliar hasta que se adjudicara el segundo contrato, al que a continuación nos referimos; y para que la empresa prestara el servicio de Información, gestión, control, y apoyo administrativo de las solicitudes de subvención presentadas por las empresa melillenses en este procedimiento. La

empresa PROMESA presenta, como importe total del gasto generado por ambos contratos el de 85.865,66 euros que se aporta como gasto respecto de ambos conceptos por la empresa.

Expresamente se indica por la empresa EMVICESA que la Ciudad de Ceuta no ha establecido sistema alguno de tarifas respecto de las encomiendas que a ella se le pudieran realizar; lo mismo puede decirse de las restantes empresas de Ceuta y Melilla. Por otra parte, en los expedientes de las encomiendas realizadas a AMGEVICESA no hay previsión alguna respecto al coste que esas prestaciones pudieran suponer ni se ha remitido ninguna documentación justificativa de que se haya previsto sistema alguno para su financiación.

II.5. ASPECTOS RELATIVOS A LA PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y GASTO DE LAS ENCOMIENDAS EXAMINADAS

II.5.1 Preparación

A) TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES

La totalidad de los encargos examinados se ha dirigido a empresas públicas que tienen la condición de medios propios, pero han sido tramitados como meras encomiendas administrativas, con amparo en el artículo 15 de la LRJPAC, y sujetas a una única exigencia formal, la de su publicación en el diario oficial de la Ciudad, lo que se ha producido en todos los casos. En efecto, no se ha considerado en ningún momento su inclusión dentro del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública sobre encargos a medios propios, obviando la norma de remisión contenida en el propio artículo 15 de la LRJPAC, a los artículos 4 y 24.6 del TRLCSP, e incluso a la D.A. 25ª de ese texto legal. Por otra parte, no se han desarrollado en el ámbito de las Ciudades Autónomas sus propias normas procedimentales en el empleo de las encomiendas de gestión.

En la tramitación de los expedientes de encomiendas de gestión no se incluye informe de la Intervención ni, en su mayor parte, de los Servicios Jurídicos, tan solo se acompaña el emitido por los servicios jurídicos de la Ciudad de Melilla en el proyecto Fhatima.

Se ha producido igualmente una utilización poco homogénea de estas encomiendas, en cuanto a los fines a satisfacer, aun cuando en todos los casos se han caracterizado por la notable amplitud de las prestaciones que integraban los encargos. Así, mientras en algún caso el recurso a las encomiendas a medios propios se ha utilizado como un instrumento para la realización de concretas actividades de carácter técnico o material de diversa complejidad (encomiendas de resultado, que constituyen el prototipo de utilización característico y adecuado de esta figura), en la mayor parte de las ocasiones ha servido como fórmula para suplir carencias estructurales de personal o de recursos técnicos o materiales de carácter permanente (por medio de encomiendas de actividad recurrentes o estructurales) o, simplemente, se han utilizado como recurso ágil y flexible para la provisión de servicios en sustitución de la licitación pública.

Formalmente, las encomiendas examinadas han adoptado la forma de Resolución, sin que figure otra notificación al medio propio más que la publicación en el boletín oficial de las respectivas Ciudades. Las resoluciones que documentan los encargos carecen de referencia a sistemas de control del cumplimiento, sin que se aporte ningún documento alguno relativo al control del desarrollo y cumplimiento del encargo ni, salvo en el caso de EMVICESA, de recepción final de lo actuado.

De la escasa documentación remitida se desprende la ausencia de documentos que precisen el contenido de los encargos, que refieran los aspectos relevantes de su objeto, cumplimiento, y control, atinentes al objeto mismo de la encomienda, su terminación, modificaciones o prórrogas, financiación y control. Todo ello es concordante con lo antes expuesto acerca de la amplitud con que se efectúan estas encomiendas, al alcanzar al completo programa de gestión y su dirección o remitirse a la mera ejecución de una actividad, sin contener otra precisión. Por otro lado, la

ausencia en los expediente de una memoria relativa al objeto de la actividad, de las capacidades de los órganos administrativos y de los encomendados, impide acceder a un control de la racionalidad y justificación de los encargos efectuados.

B) TEMPORALIDAD DE LA ENCOMIENDA

Una cuestión importante es la vinculada con la naturaleza de la encomienda y su temporalidad así como la vinculación de su empleo con la adecuada planificación de los recursos. En principio, la encomienda de gestión viene a resolver una situación extraordinaria en la que se encuentra el órgano administrativo ante la imposibilidad de desarrollar sus competencias con los medios materiales y personales puestos a su disposición. Por ello, la encomienda de gestión debe venir acompañada de un documento acreditativo de esa imposibilidad de desarrollar adecuadamente sus competencias y fundamentado en esa falta de medios que, a su vez, se acredita; pues atentaría a los principios de economía y eficiencia que rigen el actuar administrativo realizar actuaciones que supongan una duplicación del gasto como sería encomendar a un tercero realizar las actividades, y transferirle los recursos necesarios para ellos, que el órgano puede llevar a cabo por sí al disponer de recursos suficientes. Por tanto, resulta también excepcional la posibilidad de realizar encomiendas plurianuales sin una previa declaración de la planificación organizativa en la que se fundamente esa decisión, que justifique asimismo, la realidad de una situación futura que se encuentra en el fundamento de la decisión de encomendar por periodos que exceden del ejercicio.

A este respecto debe recordarse que diversas encomiendas tienen este componente plurianual que se manifiesta, sea en la falta de previsión sobre su duración, en la posibilidad de prorrogar las encomiendas prevista en la propia resolución o que ésta le atribuya duraciones cercanas o superiores a los 2 años, sin que se indique circunstancia alguna que permita suponer el mantenimiento de aquellas que la justificaron durante todo el periodo ni la imposibilidad de adoptar en el futuro medidas organizativas o de otra índole que permitan adecuar los medios disponibles para llevar a cabo las actividades encomendadas. Así ocurre en la encomienda a EMVICESA, cuya amplitud y extensión lleva a la división del encargo en cuatro fases, siendo las fases III y IV las correspondientes a la encomienda recogida en la Resolución de 2013, que es ahora objeto de examen y respecto de las que se informa que, en 2016, la fase III está pronta a terminarse y las obras de la fase IV han sido recientemente adjudicadas, sin que nada se indique respecto a su posible final.

En otras encomiendas, tal y como ocurre en la totalidad de las encomiendas efectuadas a AMGEVICESA y PROMESA, ni tan siquiera se ha determinado la duración de la encomienda.

C) EL CONTROL PREVENTIVO DE LA CESIÓN DE TRABAJADORES

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores tipifica como cesión ilegal de trabajadores la mera puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa cedente a otra cesionaria, teniendo los trabajadores sometidos a dicha cesión el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria. En la medida en que la encomienda a medios propios supone en muchos casos la participación en trabajos ligados al ejercicio de la competencia, se han advertido elevados riesgos de que algunos de ellos puedan consistir en una efectiva puesta a disposición de trabajadores por parte de la encomendada en favor de la Administración encomendante debido a la propia naturaleza de los trabajos encomendados.

En el ámbito de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla se han apreciado encomiendas específicamente afectadas por este riesgo. Así, en la propia Resolución de OBIMASA por la que se encarga a TRAGSA la realización de unas obras de mejora de infraestructuras de defensa contra incendios forestales, se recoge como justificación que OBIMASA carece “de los medios técnicos apropiados para llevar a cabo estas actuaciones en cuanto se requiere la realización de hogueras de forma continuada y controlada durante las horas de luz (desde al amanecer al anochecer)”. La citada resolución expresamente dispone que “TRAGSA pondrá a disposición del director de los trabajos todos los medios materiales y técnicos para la realización de los trabajos. Sin embargo,

atendida la justificación de la encomienda a la que se ha hecho referencia y a los presupuestos remitidos, de los que se desprende que la práctica totalidad de los trabajos a desarrollar son de carácter manual (roza selectiva y manual, recogida, corta manual, preparación de madera, poda manual, recogida), el objeto de la encomienda incluye la puesta a disposición de OBIMASA del personal necesario para llevar a cabo las actividades precitadas, con el consiguiente riesgo de que la encomienda pudiera suponer para el acceso en condiciones de igualdad al empleo público.

A estos efectos debe recordarse que un número significativo de encomiendas tienen un carácter estructural y permanente, especialmente en las encomiendas cuya finalidad es cubrir insuficiencias de plantilla, circunstancia que, en muchos casos, se reconoce expresamente en los propios expedientes o se desprende de éstos, sea por la propia posibilidad de prórrogas prevista en la propia Resolución o por la referencia a encomiendas anteriores e idénticas a la examinada y referidas como antecedente.

Es esta reiteración a la que debe asociarse de manera especialmente acusada el citado riesgo de cesión, sin que el mismo pueda considerarse eliminado por la simple previsión formal de medidas que afectan fundamentalmente a aspectos de la relación entre la administración y el personal que ejecuta los trabajos, como puede ser que estos no se ejecuten en las dependencias del órgano encomendante -lo que en muchos casos no resulta posible-, que solo reciban instrucciones del responsable de la encomienda designado por la entidad encomendaria, que estén identificados inequívocamente como personal de esta entidad, etc. Al carácter recurrente de estas encomiendas se une el hecho de que, dada la naturaleza de las tareas a realizar, su eficacia depende en gran medida de la estabilidad del personal responsable de su ejecución, de tal forma que la experiencia y el conocimiento de las tareas a desarrollar por las empresas encomendadas son las que justifican el recurso a la encomienda, como expresamente se desprende, en relación con la gestión de los Fondos FEDER, en las encomiendas efectuadas a las empresas PROMESA y PROCESA⁸, a las que se ha hecho referencia.

Resulta reseñable que en la encomienda a PROMESA para la “gestión del programa de ayudas⁹ contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inserción Laboral de desempleados en empresas Melillenses”, la primera necesidad de la Empresa encomendada fue la de contratar a una empresa privada por importe de 4.828,56 euros para el “suministro” de un técnico y un auxiliar, y que finalmente supuso un gasto total de 17.865,66 euros, lo que evidencia que tampoco estaba en situación de asumir la encomienda efectuada. En este caso resulta igualmente relevante la especial intervención de la empresa encomendada en relación con la adscripción del personal de la contratista a la ejecución de la encomienda, ya que ello podría acercarse a lo que es una cesión de mano de obra o a la elusión de las normas de acceso del personal a las entidades del sector público, al reservarse la empresa encomendada admitir o recusar, en todo o en parte, el personal propuesto, incluso a someter a pruebas de conocimiento a los trabajadores de la empresa contratada, funciones de dirección estas que deberían ser exclusivas de la empresa contratada y no de la encomendada.

Por ello, más allá de las formalidades de rigor, deben extremarse los controles en la forma en que se establecen y llevan a cabo de hecho las relaciones entre la Administración encomendante y la encomendaria y cómo se articulan estas entre el personal propio de la administración

⁸ En virtud de un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad de Ceuta de 23 de marzo de 2007, que sustituía a otro de 2003, la Ciudad ha venido encomendando a la empresa pública Promociones de Ceuta SA (PROCESA) la gestión administrativa y económica de los Programas Operativos para Ceuta 2007-2013. En sentido similar, Resolución publicada en el BOCCE de 24 de julio de 2015, sobre el marco regulador del concurso, en régimen de concurrencia competitiva, para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas a potenciar la formación y el acceso al empleo, en el marco del Programa Operativo del Fondo Social Europeo para Ceuta, período 2014-2020, cuyo apartado Octavo, es del siguiente tenor: *“Los órganos competentes para la realización de las actuaciones en los procedimientos serán el órgano instructor -PROCESA SOCIEDAD PÚBLICA DE DESARROLLO DE CEUTA, S.A- y el órgano concedente -Excma. Sra. Consejera de Economía, Hacienda y Administración Pública-. Se designa por parte de PROCESA como instructor del procedimiento al Técnico Responsable Económico-Financiero del Centro Integral EQUAL.*

⁹ Pese a lo que se indica por la entidad las ayudas y subvenciones, y su gestión, constituyen una de las formas en que se manifiesta la acción de fomento que es propia de actividad pública y, por ello, estructural.

encomendante y el personal que ejecuta los trabajos en nombre de la entidad encomendataria y aún entre ésta y la empresa por ella contratada para el cumplimiento de la encomienda.

II.5.2 Ejecución

A) EL RECURSO A LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN Y EL CONTROL DE LA POSTERIOR CONTRATACIÓN

El recurso a la encomienda de gestión encuentra su justificación en razones de eficacia y porque el órgano o entidad encomendante no posee los medios técnicos idóneos para el desempeño de una actividad concreta. En todo caso su objeto consiste en “la realización de una determinada prestación” (artículo 4.1.n) del TRLCSP).

El empleo de esta figura tan solo tiene solo sentido cuando se selecciona un medio propio que cuente con medios especialmente cualificados o especializados, idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, es decir la realización de la prestación en que aquella consiste. Así, este Tribunal de Cuentas considera que resulta necesario como requisito habilitante del recurso a un concreto medio propio para llevar a cabo una encomienda en los términos de los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, el de su idoneidad para ejecutar la encomienda, lo que significa ante todo que debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutarla por sí mismo y constarle así al encomendante.

Con carácter general, no ofrece muchas dificultades esta cuestión en el seno de las EG llevadas a cabo en Ceuta, dado que su práctica totalidad consiste en la mera aportación de personal capacitado para llevar a cabo la función encomendada, del que carece la Entidad encomendante, y, en la práctica totalidad de los casos la entidad encomendada no presenta duda alguna de su capacitación para llevarla a cabo. En todo caso, nada se precisa en las EG analizadas acerca de la posible subcontratación –más exactamente, contratación externa- de las funciones encomendadas, sin que tampoco la legislación recoja límite alguno en las cuantías o porcentajes de la encomienda que puedan ser objeto de subcontratación, excepción hecha de TRAGSA.

Cuestión distinta se presenta en Melilla, por cuanto la encomienda para la “gestión del programa de ayudas contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inversión Laboral de desempleados en empresas Melillenses” ha requerido a PROMESA la contratación de una empresa para satisfacer la actividad encomendada, pese a que el Informe-Propuesta de la encomienda, emitido por la Consejería de Economía y Hacienda, precisaba tanto la insuficiencia de medios personales como la capacidad de la encomendada por contar con la “infraestructura y organización adecuada para tales proyecto”.

El riesgo derivado de estas contrataciones posteriores estriba en configurar a la encomendada como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado).

En el caso de la encomienda efectuada a EMVICESA, la dirección de obra ha sido designada por la empresa encomendada, EMVICESA, y no por la administración encomendante.

B) SISTEMAS PREVISTOS PARA EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LA ENCOMIENDA, SU IMPLEMENTACIÓN Y DESARROLLO

Los órganos encomendantes deben asegurar en los pliegos que hayan de regir la ejecución de las encomiendas los medios necesarios para conservar el poder de decisión sobre las vicisitudes que puedan sobrevenir en el curso de su ejecución.

Cuando la finalidad de las encomiendas es la consecución de un resultado concreto y perfectamente definido e identificable no se precisa necesariamente la definición de mecanismos específicos de control y seguimiento de su ejecución. En esta situación se encuentran las encomiendas mediante las cuales se encarga la ejecución de una obra, definida de forma precisa por un proyecto cuya aprobación se ha ajustado a la normativa aplicable; o aquellas cuya finalidad es la elaboración de informes específicos sobre una o varias materias cuyo contenido y alcance están perfectamente definidos en el encargo realizado. La encomiendas de resultado tienen un especial sistema de control similar al del contrato de obras, la emisión de memorias valoradas, certificaciones y actas, intervenidas por un director de obra, designado por el encomendante, al que se atribuye el control de la ejecución de la encomienda y cuya función, por mor del artículo 85 LRBRL, no puede ser objeto de encomienda a la propia entidad encomendada.

Cosa distinta es la prestación de servicios que, por su propia naturaleza (vigilancia, limpieza, seguridad) son de difícil verificación posterior. La supervisión permanente por parte del director de las obras en los casos de resultados concretos, reflejada en las certificaciones emitidas para la tramitación de las órdenes de pago, puede resultar suficiente para controlar que la ejecución de la encomienda se ajusta a lo establecido en su documento de formalización, pero ello resulta claramente insuficiente en los otros supuestos, por lo que la ulterior recepción de los resultados obtenidos, concluida la vigencia de la encomienda, garantizará que los mismos responden a los trabajos encargados pero no que los servicios han sido prestados¹⁰.

En estos casos, se suma la falta de definición de resultados tangibles y la dificultad que presenta su verificación de forma inequívoca a lo largo del tiempo, lo que exige la implementación de mecanismos o procedimientos de supervisión específicos que garanticen el cumplimiento de los trabajos encargados, tales como la planificación y realización de controles periódicos de las actividades debidamente documentados, controles de asistencia del personal, etc., circunstancia que en la mayor parte de los casos no se ha producido.

Con carácter general las Resoluciones y Pliegos que rigen las encomiendas examinadas contienen un sistema general de control de su ejecución con la mera remisión a un órgano o funcionario al que se atribuye la función o responsabilidad sobre la ejecución de la misma sin especificar un sistema concreto de control periódico de la actividad desarrollada.

Así por ejemplo, de la documentación remitida relativa a las encomiendas efectuadas a la empresa PROMESA no se desprende la realización de actividades dirigidas a la verificación de la actividad desarrollada en su ejecución ni existe documento acreditativo de la recepción de conformidad de las actividades encomendadas en el Proyecto Fhatima, sin perjuicio de que se hayan reintegrado los gastos que la empresa ha manifestado le han sido ocasionados por la ejecución de la encomienda.

En el caso de la encomienda para "la gestión del programa de ayudas contenidos en las bases reguladoras para la contratación en Planes de Inserción Laboral de desempleados en empresas Melillenses" la gerente de PROMESA tan solo ha presentado un resumen de la encomienda de gestión donde se indican las actuaciones llevadas a cabo, recogiendo el importe de la encomienda de gestión pagada, el comprometido y pendiente de pago, y el importe total a ingresar por la encomienda que asciende a 1.355.701,19 euros, ya que la misma no preveía la necesidad de presentar otra documentación. En todo caso, ni la ciudad ha realizado actuación alguna dirigida a supervisar el desarrollo y ejecución de la encomienda ni la empresa ha elevado a la Ciudad una previsión de las actuaciones a desarrollar en ejecución de la encomienda y de las ya desarrolladas, dado que en las escuetas resoluciones en que se formaliza tampoco contienen referencia alguna a estas cautelas.

¹⁰ Se han remitido diversas actas de la Comisión de Evaluación (de las solicitudes de ayudas) que se pronuncian sobre las mismas sin que haya referencia alguna al control sobre la actividad llevada a cabo por la empresa

C) VERIFICACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y RECEPCIÓN DEL OBJETO DE LA ENCOMIENDA Y LA LIQUIDACIÓN DE LA MISMA

En los casos de las encomiendas de gestión atribuidas a AMGEVICESA no se ha aportado documentación alguna que permita concretar las prestaciones a las que se extendía la encomienda ni relativa al cumplimiento de las labores de guardería, custodia y control que suponían la encomienda.

Por lo que se refiere a la ejecución de la encomienda realizada a EMVICESA, se ha remitido la recepción de conformidad de la primera fase de la Encomienda, consistente en la rehabilitación de las obras del Distrito 11 correspondientes a la barriada Juan XXIII-General Carvajal, efectuada en 2012 por la Consejera de Bienestar Social y de la que se desprende que la Dirección Técnica fue asumida por la propia empresa encomendada y no por la Ciudad Autónoma. En relación con las siguientes fases III y IV, la primera sigue en ejecución y la fase IV ha sido objeto de contratación durante el ejercicio 2015. Respecto a la ejecución de la Fase III, barriada Juan de Juanes se ha apreciado un notable retraso en la ejecución frente a la previsiones contenidas en la contratación llevada a cabo por la encomendada para dar satisfacción a la encomienda dado que de los 6 meses previstos inicialmente se ha pasado a superar los 13 meses sin que el importe de las 13 certificaciones emitidas alcance el 70% del importe contratado.

II.5.3. Gasto

El gasto correspondiente a la ejecución de los encargos realizados a AMGEVICESA ha sido soportado por la propia entidad, sin que sea posible precisar su importe dado que ni la empresa ni la Ciudad de Ceuta han aportado datos sobre el coste que supone la prestación de los servicios de custodia y control a los que se refieren las encomiendas a ella realizadas. En este mismo sentido cabe pronunciarse respecto de la ejecución de la encomienda realizada a EMVICESA, dado que las facturas son giradas a ella y por ella abonadas, pese a que la encomienda lo era para “gestionar la contratación”, sin que se aporte documentación alguna relativa al procedimiento seguido para resarcirle por esos gastos.

Por lo que se refiere al Proyecto Fhatima, consta la realización por la Ciudad Autónoma el 31 de diciembre de 2012, de un documento de ejecución presupuestaria (ADOP) por importe de 789.967 euros y su anotación contable en PROMESA el 19 de marzo de 2013. La transferencia responde al pago de una factura de la empresa de 8 de octubre y fecha de vencimiento de 17 de noviembre de 2012, según recoge el ADOP, lo que supone una notable dilación de los plazos de pago establecidos por la ley.

En el caso de la encomienda realizada a PROMESA para la ejecución del Proyecto Fhatima, se ha imputado a créditos del capítulo 6 “Inversiones reales”, erróneamente si se atiende a la verdadera naturaleza del gasto, dirigido a subvencionar la realización de actividades de formación de particulares y, por ello, carente de relación con los bienes y servicios municipales que pudieran justificar su condición de inversión.

II.6. OBSERVANCIA DE LA NORMATIVA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE HOMBRES Y MUJERES

Del examen de la documentación aportada no se desprende la presencia de actuaciones que pudieran suponer inobservancia de la normativa para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en todo aquello que pudiera tener relación con el objeto de la fiscalización.

III. CONCLUSIONES

1ª.- La práctica totalidad de las encomiendas han sido formalizadas por los encomendantes sin que conste referencia a la existencia de limitaciones con que atender las actividades de su competencia. (II.1).

2ª.- En ninguno de los expedientes relativos a la realización de servicios se incluye un estudio detallado y justificativo de las circunstancias que determinan la imposibilidad de que la administración encomendada lleve a cabo la actividad encomendada por sus propios medios (II.1 y II.2).

3ª.- El carácter recurrente de muchas encomiendas supone, además, una fuerte dependencia de los medios instrumentales, como se desprende de la existencia de encomiendas que vienen desarrollándose desde hace varios años, tales como las vinculadas con la ejecución de Fondos europeos (II.1)

4ª.- En ninguno de los expedientes examinados consta que la administración encomendada dispusiera, antes de tomar la decisión y aún después en la mayor parte de los casos, de informes o estudios acreditativos de la capacidad de la entidad encomendada para llevar a cabo el objeto de la encomienda, salvo las que derivan de los menores requisitos formales exigidos en la tramitación de la contratación llevada a cabo por entidades públicas sujetas al derecho privado o la habitualidad de la propia encomienda. (II.1 y II.2)

5ª.- Se ha constatado la existencia de cierta confusión entre las figuras de la encomienda de gestión “de carácter administrativo” regulada en el artículo 15 de la LRJPAC y la encomienda de gestión “a medios propios” regulada en los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP y de la LCSP. (II.1), lo que ha provocado, con carácter general, obviar los requisitos que impone el precepto citado del TRLCSP.

6ª.- En el caso de las encomiendas efectuadas a PROMESA y EMVICESA, su empleo supone alterar, de facto, la titularidad de la competencia mediante la sustitución de los órganos, en el ejercicio de las actividades que como tales les corresponden, por los medios propios. Además, se han encontrado casos en los que el objeto de los trabajos encomendados, en lugar de ser concreto, determinado, ceñido a tareas técnicas de apoyo o a la realización de actividades materiales complementarias a la actividad puramente administrativa, ha sido definido de forma tan genérica que ha resultado coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano, lo que ha dado lugar a la sustitución fáctica del órgano en el ejercicio de sus tareas propias por la entidad encomendada. (II.1)

7ª.- La excesiva vinculación de algunas encomiendas con el ejercicio de competencias administrativas propias de los órganos encomendantes ha supuesto que en ocasiones se hayan encomendado trabajos que llevaron aparejada la participación en el ejercicio de potestades públicas, lo que no se acomoda a nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta de que, con carácter general, los entes instrumentales han estado sujetos al derecho privado (singularmente las sociedades mercantiles estatales), y el Estatuto Básico del Empleado Público reserva en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de dichas potestades (II.1).

8ª.- Las encomiendas, como instrumentos generadores de gasto, requieren que el precio a satisfacer por los servicios prestados sea cierto. El cálculo del presupuesto de una encomienda debe responder, por tanto, a la aplicación de unos precios unitarios, en este caso las tarifas, referidos a los distintos componentes de la prestación, a las diferentes unidades que se entreguen o a las unidades de tiempo que se estimen necesarias para realizar los trabajos encargados. Sin embargo, el conjunto de las encomiendas examinadas, excluida la realizada por OBIMASA y parcialmente por EMVICESA, carecen de toda referencia a los precios que debe satisfacerse a la

empresa, como tampoco se conoce el estudio o proyecto que los precise más allá del importe presupuestado para la realización de la actividad. (II.4).

9ª.- Desde el punto de vista presupuestario, la mayoría de las encomiendas analizadas atribuidas a AMGEVICESA carecen de referencia a la concreta partida de la dotación presupuestaria que las financia (II.4).

En el caso de la encomienda realizada a PROMESA para la ejecución del Proyecto Fhatima, se ha imputado a créditos del capítulo 6 "Inversiones reales", erróneamente si se atiende a la verdadera naturaleza del gasto, dirigido a subvencionar la realización de actividades de formación de particulares y, por ello, carente de relación con los bienes y servicios municipales que pudieran justificar su condición de inversión (II.5).

10ª.- El carácter estructural y permanente de las encomiendas analizadas y la reiteración en el encargo, se asocian de manera especialmente acusada al riesgo de cesión, sin que el mismo pueda considerarse eliminado por la simple previsión formal de medidas que afectan fundamentalmente a aspectos de la relación entre la administración y el personal que ejecuta los trabajos, como puede ser que estos no se ejecuten en las dependencias del órgano encomendante -lo que en muchos casos no resulta posible-, que sólo reciban instrucciones del responsable de la encomienda designado por la entidad encomendada, que estén identificados inequívocamente como personal de esta entidad, etc. Al carácter recurrente de estas encomiendas se une el hecho de que, dada la naturaleza de las tareas a realizar, su eficacia depende en gran medida de la estabilidad del personal responsable de su ejecución, de tal forma que la experiencia y el conocimiento de las tareas a desarrollar son las que justifican el recurso a la encomienda (II.5.).

11ª.- Se ha observado en las encomiendas un componente plurianual que se manifiesta, sea en la naturaleza de la actividad a desarrollar y la falta de referencia a la duración o plazo durante el que este servicio se presta, o en que la Resolución le atribuya duraciones cercanas o superiores a los 2 años, sin que se indique en ningún caso circunstancia alguna que permita suponer el mantenimiento de aquellas que la justificaron durante todo el periodo ni la imposibilidad de adoptar en el futuro medidas organizativas, o de otra índole, que permitan adecuar los medios disponibles para llevar a cabo las actividades encomendadas (II.5).

12ª.- Con carácter general se observa una completa ausencia de previsiones específicas sobre el control de la actividad encomendada, salvo su mera remisión a un funcionario sin especificar sistemas de control periódicos de la actividad desarrollada. Esta cuestión resulta de la gran importancia cuando se trata de encomiendas de actividad y no de resultado, cuyo control a lo largo de la duración de la prestación exige un específico procedimiento para llevarla a cabo y documentarla (II.5).

IV. RECOMENDACIONES

Primera: Mejorar el régimen jurídico al que se sujeta la encomienda de gestión dotándola de una precisa regulación que garantice la adecuada justificación tanto de la carencia de medios personales y materiales en el ámbito de la organización Ciudad Autónoma para desarrollar las funciones que son objeto de la encomienda tomando en consideración el contenido de los artículos 11 y 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Segunda: Los Gobiernos de ambas Ciudades deberían incidir en la planificación de la organización administrativa, tomando en consideración el uso reiterado en el tiempo de la técnica de gestión que suponen las encomiendas para idénticos fines y el empobrecimiento que para la Administración de las Ciudades Autónomas puede suponer la traslación de las funciones que constituyen las prestaciones encomendadas.

Tercera: La separación y diferenciación entre la Administración encomendante y las encomendadas, y el de éstas y el personal de las empresas contratadas debe extremarse de

hecho, más allá de las meras formalidades en sus relaciones y, especialmente, respecto a cómo se articulan éstas entre el personal propio de la administración encomendante y el personal que ejecuta los trabajos de la entidad encomendada, a fin de evitar los riesgos derivados de la posible inclusión en supuestos de cesión de trabajadores.

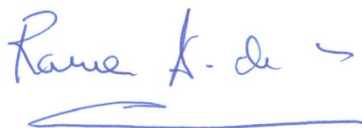
Cuarta: Los organismos y entidades encomendantes deben incorporar sistemas y procedimientos que permitan garantizar el control periódico de las prestaciones o actividades desarrolladas y su materialización documental, especialmente en aquellas encomiendas que impliquen la prestación de servicios de actividad o cuya materialidad o resultado no sea susceptible de ser mantenido, para facilitar su documentación y la justificación posterior de su realización.

Quinta: Las Resoluciones en las que se recojan los encargos deben incorporar cláusulas que precisen los sistemas de control de la ejecución y que de forma expresa vinculen el importe final de la encomienda a los costes que finalmente hubieran supuesto para el encomendado, limitando el riesgo de una posible falta de adecuación de los precios presupuestados inicialmente a su coste real.

Sexta: Que la Ciudad de Ceuta adopte las medidas pertinentes que garanticen y faciliten el control del cumplimiento de la publicación de las encomiendas de gestión en el seno del Portal de Transparencia.

Madrid, 30 de junio de 2016

EL PRESIDENTE



Ramón Álvarez de Miranda

A N E X O S

ÍNDICE DE ANEXOS

Nº Anexo	Descripción
1	Encomiendas de Gestión Ciudad Autónoma de Ceuta, ejercicio 2013
2	Encomiendas de Gestión Ciudad Autónoma de Melilla, ejercicio 2013

CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA

Encomiendas de Gestión

Ejercicio 2013

Nº de orden	Tipo	Entidad encomendante	Denominación de la Encomienda	Entidad encomendada	Fecha formaliz.	Fecha finaliz,	Presupuesto Encomienda
1	SERVICIOS	CONSEJERÍA DE FOMENTO	ENCOMIENDA ARI DISTRITO 11. GESTIÓN DE LA ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ÁREA DE REHABILITACIÓN URBANA DISTRITO 11 DE CEUTA, ASÍ COMO CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS Y OBRAS NECESARIAS	EMVICESA	29/05/2013	31/12/2013	5.700.959,00
2	SERVICIOS	OBRAS, INFRASTRUCT. Y MEDIO AMBIENTE DE CEUTA, S.A.U.	ACTUACIÓN DE MEJORA DE INFRAESTRUCTURAS DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS FORESTALES EN "ZONA DE ALTO RIESGO DE INCENDIO" Y MONTES CATALOGADOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA. FALSE II-ANUALIDAD 2013.	EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A. (TRAGSA)	26/04/2013	26/08/2013	25.000,00
3	SERVICIOS	VICEPRESIDENCIA 1ª CIUDAD. ÁREA DE MENORES	LABORES GUARDERÍA	AMGEVICESA	07/08/2012	31/12/2013	0,00
4	SERVICIOS	CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, GOBERNACIÓN Y EMPLEO	REALIZACIÓN DE OBRAS DE CUSTODIA Y CONTROL DEL ALMACÉN DE LA POLICÍA LOCAL.	AMGEVICESA	02/04/2012	31/12/2013	0,00
5	SERVICIOS	CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, GOBERNACIÓN Y EMPLEO	REALIZACIÓN DE LAS LABORES DE GUARDERÍA DE LAS INSTALACIONES DEPENDIENTES DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y MUJER.	AMGEVICESA	30/08/2012	31/12/2013	0,00
Total Presupuesto Encomienda							5.725.959,00
Número de Encomiendas							5

CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA

Encomiendas de Gestión

Ejercicio 2013

Nº de orden	Tipo	Entidad Encomendante	Entidad Encomendada	Objeto	Fecha formaliz.	Fecha finaliz.	Presupuesto Encomienda
1	SERVICIOS	CONSEJERIA DE ECONOMIA Y HACIENDA	PROYECTO MELILLA S.A	PROGRAMA OPERATIVO DE COOPERACION TRANSFRONTERIZA ESPAÑA-FRONTERAS EXTERIORES (POCTEFEX) PROYECTO FATHIMA.	13/07/2012	31/12/2013	789.967,00
2	SERVICIOS	CONSEJERIA DE ECONOMIA Y HACIENDA	PROYECTO MELILLA S.A	REGIMEN DE AYUDA CONTENIDO EN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONTRATACION EN PLANES DE INSERCCION LABORAL DE DES-EMPLEADOS EN EMPRESAS MELILLENSES.	28/11/2013	31/12/2014	2.100.000,00
TOTAL							2.889.967,00