

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 2/2008, de 27 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión o de ejecución.

I.- ANTECEDENTES.

El Consejero Delegado del Consejo de Administración de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“El Consejo de Administración de la Empresa de Gestión Medioambiental S.A., ha considerado necesario solicitar de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, un dictamen que aclare el régimen de encargos de ejecución y encomiendas de gestión, con arreglo a la vigente normativa de Administración de la Junta de Andalucía y la nueva Ley de Contratos del Sector público, que entrará en vigor el próximo 30 de abril, así como el sistema de financiación establecido en la Ley de Presupuestos.

EGMASA como ente instrumental de la Junta de Andalucía, recibe órdenes de ejecución con medios propios de actuaciones diversas, e igualmente recibe órdenes de gestión de actuaciones de competencia de la Junta de Andalucía. Ambos regímenes tienen importantes diferencias de materialización, fiscalización, de justificación de fondos y contabilidad financiera.

Por un lado, en el caso de encomiendas de gestión de actuaciones de la Junta de Andalucía, se ordena la ejecución a través de contratistas, que EGMASA contrata conforme a las normas de contratación pública, armonizadas y no armonizadas, de modo que justifica dichos gastos reales y un porcentaje como gastos de gestión, siendo este porcentaje el que es considerado dentro de la cifra de negocio de EGMASA, para su cuenta de resultado. Nos interesa aclarar las posibilidades de intervención de EGMASA, en un nivel no mayoritario y el modo de financiación y justificación de esta intervención.

Por otra parte, en el caso de encomiendas de ejecución de actuaciones, se nos ordena la realización con medios propios. En este caso último, EGMASA actúa como empresario principal, facturando EGMASA las correspondientes tarifas, siendo la totalidad del importe de dichas tarifas ingresos de la empresa para su cuenta de resultados. Nos interesa aclarar en este caso, los límites de la colaboración privada en obras, servicios y suministros realizados a través de EGMASA,.

Les adjuntamos una nota elaborada por nuestra asesoría jurídica, a efecto meramente ilustrativo, en la medida en que con la misma puedan clarificarse las situaciones que describimos para facilitar el dictamen de esa Comisión consultiva.

Argumentos para la petición de informe a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía sobre encargos de ejecución con medios



propios y encomiendas de gestión a entes instrumentales: el artículo 4,1-n) en relación con el artículo 24,6, de la Ley de Contratos del Sector Público.

O.- OBJETO DE ESTA NOTA

- Se pretende en primer lugar provocar un informe sobre la naturaleza jurídica de la relación instrumental entre las Administraciones públicas y sus empresas públicas, a la luz de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía y la Ley de contratos del Sector público.
- En segundo lugar se pretende un pronunciamiento sobre los límites a la utilización de empresarios colaboradores, en el marco de la ejecución de actuaciones con medios propios “ in house providing”
- Se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, que se pronuncie en relación con las conclusiones que se incluyen al final del escrito y cuantas otras cuestiones se deriven de los argumentos y se estime conveniente un pronunciamiento del órgano consultivo.

1.- ANTECEDENTES

- Desde la creación de TRAGSA en 1977, han ido proliferando los entes instrumentales de las Administraciones públicas, sobre todo con motivo del desarrollo de las Autonomías.
- En Andalucía, además de la utilización de TRAGSA como ente instrumental, de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1096/1984, de 4 de abril, de traspasos de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de conservación de la naturaleza (B.O.E. 11-06-1984), en 1989 se crearon dos entes instrumentales de carácter societario para las funciones correspondientes a Agricultura y medio ambiente: GETISA (hoy DAPSA) y EGMASA. Ambos entes fueron creados a imagen y semejanza de TRAGSA y han guardado con la misma una evidente coincidencia en su régimen jurídico.
- El régimen jurídico de TRAGSA, DAPSA y EGMASA implican una relación obligatoria por parte de los entes instrumentales, en virtud de la cual, sin autonomía de la voluntad, deben realizar las actuaciones que les encomienden las Administraciones públicas. En este sentido, las normas que regulan a estos entes societarios, declaran que son medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración, a efectos de la ejecución por dichas Administraciones de obras, servicios y suministros de las cuales son medios propios y servicios técnicos, conforme prevé la normativa de contratos de las Administraciones públicas. Como contraprestación reciben el importe de unas tarifas calculadas para cubrir los costes reales, de modo que la acreditación de la ejecución de dichas unidades tarifadas es suficiente para el devengo del derecho a recibir el precio tasado.
- Las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, vienen regulando los modos de relación económica con los entes



instrumentales. Y en este sentido, han venido en los últimos años considerando que, además de las empresas de la Junta de Andalucía que tenían un régimen de medio propio instrumental en sus normas de creación, basado en tarifas, como hemos comentado, todas las empresas de la Junta de Andalucía de capital íntegramente público, eran igualmente entes instrumentales, si bien con un régimen de contraprestación distinto. Básicamente el régimen de compensación para encargos de ejecución o gestión de actuaciones de competencia de las Administraciones públicas se realizaría contra justificación de los gastos reales con una repercusión de hasta un 6% de costes generales.

- Conviene precisar que hasta la ley de presupuestos de 2007, las anteriores leyes de presupuestos venían a plantear una equivalencia entre los encargos de ejecución y la gestión de actuaciones de competencia de las Consejerías u Organismos Autónomos. Sin embargo la Ley de presupuestos para 2007, con motivo de un informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en trámite de elaboración de la Ley, alteró esa situación y empleó de manera rotunda la expresión “ encomiendas de gestión”, con consecuencias jurídicas, puesto que venía a plantear la equivalencia de dichas encomiendas con las establecidas en el artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común. Esta tesis, estuvo fundada en otro cambio normativo que se había producido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Concretamente el supuesto de exclusión de la normativa de contratos previsto en el artículo 3,1-I, introducido por el Real Decreto Ley 5/2005, con la posterior redacción dada por la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para 2007. Dichas modificaciones se introducen para trasladar al ordenamiento jurídico nacional, la doctrina “ in house providing”, sobre ejecución de actuaciones a través de instrumentos empresariales de las Administraciones pública.
- Lo anterior no ha modificado el régimen jurídico singular de empresas como EGMASA y DAPSA, el cual, con rango de ley, prevalece por el principio de especialidad y en su virtud han seguido todos estos años facturando conforme a tarifas.
- Ello, no obstante, no ha impedido que EGMASA esté trabajando con ambos regímenes: por un lado recibe órdenes de ejecución “clásicas”, para la ejecución con medios propios; y por otro recibe encomiendas de gestión, por la que contrata con terceros, certifica gastos reales y repercute los costes generales, conforme al régimen general de la Ley de presupuestos.
- En el terreno de la fiscalización del gasto, también se han producido algunas iniciativas para diferenciar encargos de ejecución y encomiendas de gestión. No obstante, debemos decir que aun cuando hace ya meses que se viene utilizando una guía específica, para las encomiendas de ejecución en el organismo autónomo Agencia Andaluza del Agua, lo cierto es que dicha guía,



salvo error, no está aprobada aún. Desde luego, en la actualidad no está publicada en las guías que constan en la Web de la Consejería de Hacienda.

- Llegados a este punto, conviene destacar que se han producido importantes cambios normativos que podrían estar poniendo en cuestión la equivalencia de los encargos de ejecución a entes instrumentales, para la ejecución con los propios medios de actuaciones de competencia de las Administraciones públicas y las encomiendas de gestión a las que se refiere la LRJPAC. Estos cambios son la nueva Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la nueva Ley de Contratos del Sector público.
- En cualquier caso, la dicotomía entre encargos de ejecución y encomiendas de gestión, al margen del régimen de justificación con tarifas representativas de los costes reales, o de justificación con costes reales mas costes corporativos, tiene interés desde la perspectiva de la colaboración de empresarios en la ejecución de dichas actuaciones.

Nos referimos al límite del 50% del importe de la obra previsto en la normativa de contratos para los supuestos de ejecución por la propia Administración, cuando dispone de fabricas, arsenales o servicios técnicos suficientemente aptos, que es el supuesto que ha sido tradicionalmente utilizado para la justificación de los entes instrumentales, con anterioridad a la doctrina referida “in house providing” y en defecto de normas específicas, que ahora ya están incorporadas a la legalidad vigente.

También nos referimos al límite de que la colaboración de los empresarios colaboradores no pueda superar en su conjunto los umbrales del Derecho armonizado en la Unión Europea para la contratación pública.

2.- ENCARGOS DE EJECUCIÓN O ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Según el artículo 67,2. Ley 8/1997, de 23 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Egmasa, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren, le encomienden: la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos públicos dependientes de ella, así como las Corporaciones Locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía.

¿Existe alguna diferencia real de régimen jurídico entre los trabajos que “ le encomienden” las Administraciones públicas a EGMASA y las encomiendas de gestión de la Ley de presupuestos para 2007, que se mantienen en el proyecto de Ley para 2008?



Desde la perspectiva de régimen jurídico es imprescindible remitirnos a la nueva Ley 9/2007, de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía de Andalucía.

Artículo 105. Encomienda de gestión por la Administración de la Junta de Andalucía.

1. 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 podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

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

3. La encomienda de gestión a agencias dependientes de una Consejería será autorizada por la persona titular de la misma. La encomienda de gestión a órganos o a entes públicos pertenecientes o dependientes de diferente Consejería o de distinta Administración Pública será autorizada por el Consejo de Gobierno.

4. En las encomiendas de gestión a órganos de la propia Administración de la Junta de Andalucía servirá de instrumento de formalización la resolución que las autorice. Cuando se trate de encomiendas realizadas a órganos no dependientes de la Junta de Andalucía deberá firmarse el correspondiente convenio.

5. El instrumento en el que se formalice la encomienda de gestión ha de contener, al menos, las siguientes determinaciones:

a) Actividad o actividades a que se refiera y objetivos a cumplir, en su caso.

b) Naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

c) Plazo de vigencia y supuestos en que proceda la finalización anticipada de la encomienda o su prórroga.

d) Mecanismos de control y evaluación del desarrollo de la actividad a que se refiera y, en su caso, del cumplimiento de los objetivos señalados.

El instrumento en el que se formalice la encomienda de gestión ha de ser publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Artículo 106. Encomienda de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz. Las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

Las sociedades y fundaciones tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo.



Antes de cualquier otra consideración, es imprescindible recordar que la nueva Ley de la Administración de la Junta de Andalucía se encuadra en el proceso de la llamada segunda modernización de Andalucía, que el Gobierno Andaluz está planteando como elemento de impulso de nuevas políticas, sobre la base de una nueva Administración. La lectura del documento de políticas y estrategias en su apartado 3.4 *reinventar las administraciones públicas y agilizar el gobierno del territorio para dar un mejor servicio a la ciudadanía*, en el cual se inspira la Ley, como se deduce de su exposición de motivos, debe ayudarnos a interpretar la voluntad del Gobierno y del legislador, sobre la posición que deben asumir los entes instrumentales.

Pues bien, de la lectura de ambos preceptos deducimos lo siguiente:

- La equivalencia del artículo 105, con el artículo 15 de la LRJPAC
- La traslación al ámbito de la normativa autonómica de la doctrina *in house providing*, a la que ya hemos hecho referencia, en el artículo 106.

Resulta necesario ya acudir a la regulación de la relación entre Administraciones públicas e instrumentos en la nueva Ley de Contratos del Sector público que entrará en vigor en mayo de 2008.

Señala al respecto dicha Ley lo siguiente:

Artículo 4. Negocios y contratos excluidos.

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Artículo 24. Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo



al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

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

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán 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.

Conviene destacar que el precepto prevé que la colaboración de empresarios no podrá en su conjunto superar los umbrales de la contratación armonizada.

Y por otra parte, en el caso de obras, no se podrá superar el 50%. Nada se dice acerca de un límite similar en la fabricación de bienes muebles y en la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

Luego nos referiremos a todo ello, porque en este momento nos interesa poner de manifiesto que la Ley de Contratos del Sector Público no distingue supuestamente entre encargos de ejecución y encomiendas de gestión. Sencillamente traslada al derecho interno la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señalando los requisitos que debe tener el ente instrumental para poder ser utilizado, sin que la relación esté sometida a la normativa de contratos. Tales requisitos no son otros que tratarse de una entidad pública o de capital íntegramente público si es societaria, estar controlada dicha entidad de forma análoga a los servicios internos de la Administración; y realizar la parte esencial de la actividad con los entes que la controlan.

El tema del control aún está siendo controvertido, con motivo de una Sentencia prejudicial dictada sobre TRAGSA y las Comunidades Autónomas, porque parece que no bastará, como señala la nueva Ley, con que la norma que regule al ente, de creación o estatutaria, señale la obligación de ejecutar las actuaciones que determinados entes le encomienden, sino que la fuente del control no puede ser solo legal, debiendo existir participación accionarial en el caso de sociedades. En este punto estaremos pendientes de la Sentencia que deberá dictar el Tribunal Supremo en breve.

En todo caso, el régimen legal está realizado a imagen y semejanza del régimen jurídico de TRAGSA y por ende de EGMASA y DAPSA, "hermanos autonómicos" de aquel. Y habla de encomiendas de gestión, esto es, órdenes unilaterales de



ejecución obligatoria y tarifas para compensar. No hay contrato propiamente dicho, porque no hay autonomía de la voluntad y sin consentimiento no podemos hablar de relaciones contractuales, sino más bien de relaciones propias de una organización, porque, en suma, el control es análogo.

Las encomiendas de gestión a las que se refiere el artículo 15 de la LRJPAC, entre entes públicos, no parte de una relación obligatoria, sino del acuerdo. Y son las relaciones entre Administraciones públicas y entes mercantiles instrumentales las que entran en el terreno de la subordinación, sin perjuicio del derecho a ser compensado con costes reales, incluido el sistema de tarifas, como la Ley quiere dejar zanjado.

No obstante, no deja de sorprendernos que la Ley autonómica haya diferenciado el régimen de encomiendas a entes públicos o privados, cuando dicha naturaleza jurídica es indiferente en la doctrina legal europea y la normativa básica del Estado.

En todo caso, la lógica confusión sobre el régimen de las encomiendas de gestión de la LRJPAC, provocada por la terminología utilizada y, sobre todo, por la falta de referencias normativas, sería lógico finalizarla, al menos en el caso de los entes instrumentales de Derecho privado, sociedades mercantiles y fundaciones, al amparo de la nueva normativa autonómica sobre Administración de la Junta de Andalucía. Si esto es así, ¿no podríamos ya entender que el porcentaje de hasta el 6% al que se refiere la Ley de Presupuestos en su artículo 25,6, no es sino una tarifa de servicios de gestión de una actuación realizada a través de los propios medios o a través de terceros?

Por otra parte, si observamos el tenor literal de dicho precepto, ¿hay alguna parte del mismo que se oponga a las tarifas? Lo que señala el artículo es que *b) La determinación del importe de la actuación, que deberá representar el coste real de realización de la misma, se efectuará según valoración económica definida en el proyecto correspondiente o del presupuesto técnico de actuación.*

Sobre dicho coste real debe repercutirse hasta el 6% de los costes generales, según se dispone a continuación en el mismo precepto. También eso nos recuerda al sistema de tarifas, porque en definitiva si vemos las tarifas por antonomasia, las de TRAGSA aprobadas por comisión interministerial, podemos comprobar que sobre los precios tarifados se repercute un 4% de costes corporativos.

Y sin embargo, el sistema de la Ley de Presupuestos, como al principio se ha manifestado, en la experiencia de EGMASA ha supuesto en la práctica una dualidad de regímenes. Por un lado el de tarifas para encargos de ejecución de actuaciones, fiscalizadas mediante AD con motivo del encargo; y por otro el de encomiendas de Aguas, que en la actualidad se está fiscalizando con un A para una encomienda que provoca la licitación de las actuaciones por contrata y un D cuando se dispone de una propuesta de adjudicación. EGMASA en el caso de estas encomiendas no ejecuta las actuaciones con medios propios, porque el contenido de la encomienda propiamente dicho es la gestión de la actuación a través de terceros, de modo que lo que realiza EGMASA para la Agencia Andaluza del Agua, en estos casos, es



gestionarle la contratación de las actuaciones y llevar la gerencia técnica de la actuación con el contratista adjudicatario.

¿Debemos entonces entender que la actuación en último término referida es una encomienda de gestión distinta de aquella que ordena la ejecución con medios propios? Volvemos a la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía y nuevamente debemos poner de manifiesto que tan solo se prevé para los entes privados como EGMASA una encomienda de gestión consistente en una orden unilateral para realizar una actuación de competencia de las Administraciones públicas de las que la sociedad es medio instrumental.

Pues bien, si ambos tipos de actuación que se encomienda fueran, como se defiende, un mismo sistema, lógico sería una misma manera de fiscalización, mediante un AD a favor del ente instrumental, puesto que el beneficiario es conocido, sin perjuicio de que en fase de liquidación, debiera justificarse con las facturas de terceros si se hubiera realizado mediante contrata.

Y no conviene dejar de tener en cuenta las especiales dificultades de aplicación del sistema de fiscalización del documento contable D, cuando se conozca la propuesta de adjudicación. Al respecto conviene tener en consideración que no sería posible la adjudicación provisional antes de constar la fiscalización del crédito, por cuanto con la nueva Ley dicha adjudicación provisional no queda condicionada sino al resultado del periodo de recursos, de forma que la adjudicación definitiva es reglada en cuanto al tiempo en que debe ser dictada. Quiere decir ello que habría que contemplar en los pliegos el tiempo necesario para fiscalizar el crédito, antes de la Adjudicación provisional, que salvo mención en contrario es de dos meses desde la apertura de las ofertas, que a su vez deben abrirse en un plazo máximo de un mes desde la finalización del periodo de licitación. O sea, que si como en la práctica ocurre, se tardan meses en fiscalizar la propuesta de adjudicación, tendremos que exigir que la vigencia de las ofertas sea amplia, manteniendo el tramite de contratación en largos periodos, con mantenimiento de las garantías provisionales que se hayan exigido potestativamente, según la nueva Ley.

LA CONTRATACIÓN CON EMPRESARIOS COLABORADORES EN LOS ENTES INSTRUMENTALES. DELIMITACIÓN CON LA REALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES MEDIANTE UN CONTRATO CON TERCEROS.

De conformidad con las disposiciones que hemos comentado hasta ahora, resulta que los entes instrumentales privados reciben instrucciones de ejecución obligatoria para ejecutar actuaciones, en relación con las cuales deben ser compensados por los costes reales, esencialmente mediante un sistema de tarifas. Para la ejecución de tales trabajos la entidad instrumental puede contratar con empresarios colaboradores. Y esta contratación puede ser en distinto grado, esto es, en un porcentaje mayor o menor sobre el importe total de la actuación encomendada. Por otra parte, la contratación debe producirse respetando las normas de armonización europea, y en cualquier caso los principios de los tratados europeos, según se deduce de los criterios interpretativos de la Comisión europea para los contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas armonizadoras.



Desde esta perspectiva europea de contratación pública, igual da si la contratación la hace la Administración o sus entes instrumentales, puesto que a los efectos de las normas de Derecho europeo, ambos son poderes adjudicadores y por igual están sujetos a normas de contratación pública. De esta forma, que el grado de utilización de empresarios colaboradores sea mayor o menor tan solo influirá, desde la perspectiva europea en cómo se deban justificar los gastos incurridos.

Sin embargo estarían conviviendo dos sistemas de ejecución, bajo un mismo régimen legal: el supuesto en que la empresa instrumental ejecuta la actividad como empresario principal y utiliza empresarios colaboradores; y el otro sistema a partir del cual el ente instrumental contrata la actuación en su mayor parte o en su totalidad con un tercero, que es en este caso el empresario principal. Debe ponerse de manifiesto que ésta no es tan solo una cuestión relacionada con el límite de la contratación con terceros colaboradores o contratistas de la obra, servicio o suministro.

El tema tiene, por ejemplo, mucha relevancia con las responsabilidades que ocupa el ente instrumental en el proceso de la obra de construcción y edificación: como promotor o como promotor-constructor. Porque diferentes son las responsabilidades, según EGMASA asuma la posición de promotor contratando a un contratista de obras la ejecución de la actuación, siendo éste el que subcontrata unidades de ejecución, en su caso; o la posición de promotor ejecutor principal, en cuyo caso utiliza empresarios colaboradores, que funcionan como si de subcontratistas se trataran a los efectos de dicha legislación de prevención de riesgos laborales.

¿Que dice la Ley? Las únicas referencias a limitaciones de contratación con empresarios colaboradores las encontramos en la normativa sobre contratación de las Administraciones públicas. En el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, se dispone en su artículo 152,4 que en el supuesto de que la Administración disponga de medios propios a los que se refiere la letra a) del apartado 1 del mismo precepto, *no podrá sobrepasarse en la contratación con colaboradores el 50 % del importe total del proyecto*. Pero también dice en relación con la totalidad de las obras ejecutadas por la propia Administración que el contrato será especial y no de obras típico, porque sencillamente la actuación está a cargo de la Administración y no se produce una traslación al contratista del riesgo y ventura sobre la ejecución. En definitiva, los empresarios colaboradores no son los empresarios contratistas principales, sino que actúan, con las salvedades sobre la naturaleza del negocio jurídico, como subcontratistas que ocupan una posición secundaria y responden cada uno de ellos de la parte en la que intervengan, conforme a las estipulaciones pactadas.

También prevé la Ley vigente la fabricación de bienes muebles por la propia Administración. En su artículo 194 la Ley dispone distintos casos para proceder a la fabricación de bienes muebles por la propia Administración, si bien no se produce ninguna limitación para la contratación de empresarios colaboradores, ni siquiera en el caso previsto en la letra a) del apartado 1 de dicho precepto, relativo al supuesto de disponer de medios propios.



En los dos casos anteriores se produce una limitación absoluta: el importe global de la colaboración no puede exceder de los umbrales de armonización de contratos establecida por la normativa europea.

Conviene precisar que tanto en obras, como en la fabricación de suministros, en el supuesto de disponer de medios propios, indica la Ley que el sistema obligatoriamente deberá ser la ejecución con dichos medios. Lógica previsión porque otra cosa sería caer en la ineficiencia de los recursos públicos. Pero esta previsión tiene un distinto significado en la Administración y en los entes instrumentales, porque éstos últimos por su carácter empresarial tienen capacidad para dotarse ágilmente de dichos medios, con lo que resultaría que la disposición de medios podría estar produciéndose, como de hecho ocurre en no pocos casos, con motivo del propio encargo o encomienda de gestión. A ello nos referiremos mas adelante.

Por último, ninguna previsión hay en la normativa vigente en materia de servicios, aunque si estimamos que sería aplicable de modo análogo a obras y fabricación de bienes muebles, la limitación en términos absolutos, en el sentido de que la parte que deban ejecutar los colaboradores no exceda del umbral europeo.

La nueva Ley de Contratos del Sector público también trata la cuestión. A diferencia de la vigente Ley, introduce también la posibilidad de servicios en colaboración con empresarios particulares. Lógicamente, aun cuando la Ley habla de la realización de servicios con la colaboración de empresarios particulares, al referirse a la Administración, debe preverse la posibilidad de encargos de ejecución o encomiendas a entes instrumentales que tengan por objeto un servicio y que sea el mismo ejecutado íntegramente por la entidad instrumental, sin necesidad de intervención de empresario colaborador. La Ley establece el límite absoluto de la colaboración al disponer que *“su importe”* no excederá el umbral de la contratación europea

En cuanto a obras y fabricación de bienes muebles, guarda gran similitud con la vigente normativa, estableciendo el límite absoluto para la ejecución por la propia Administración de obras, suministros o servicios, cuando la colaboración con los empresarios particulares en su conjunto supere los umbrales económicos de armonización de contratos. E igualmente mantiene el límite del 50% de la colaboración de empresarios en la ejecución de obras, cuando la causa sea la disposición de medios propios.

Ahora bien, la nueva Ley plantea ya de una forma definitiva en el artículo de la ejecución de actuaciones por la propia Administración, la intervención de entidades instrumentales.

Y en tal sentido, señala el artículo 24 de la nueva Ley que *“6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos ...”* Así pues, la intervención se prevé conforme a lo establecido en dicho artículo. Mas concretamente, debemos entender que la intervención se produce considerando *Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en*



cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución. Por tal motivo, le resultaría en principio de aplicación, en cuanto a las obras se refiere, la limitación del 50% para la colaboración de empresarios particulares. Nada se dice sobre la fabricación de bienes muebles o sobre los servicios. ¿Quiere decir esto que, en suministros y servicios, los entes instrumentales podrán acudir a la colaboración empresarial sin límite porcentual? Para responder a esta pregunta a nuestro juicio debemos interpretar conjuntamente lo establecido en el apartado 4 de dicho artículo en relación con la letra a) del apartado primero de dicho precepto legal.

Dice el referido apartado 4 que *Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración.* Esto es, como ya hemos dicho, el ente instrumental deberá asumir una posición de empresario principal, ejecutor de la actividad. La disponibilidad real de medios a la que alude el apartado a) tendrá que ver con aquellos de los que el ente instrumental disponga efectivamente o deba disponer para la ejecución de la actuación encomendada, por lo que en principio sería posible encomendar a un ente un servicio para el cual deba dotarse de medios, al no disponer de ellos en el momento de la orden de ejecución. Téngase en cuenta que esa orden es en sí misma ejecutiva, puesto que el ente no tiene autonomía de la voluntad en la relación con las Administraciones públicas de las que es medio propio instrumental y servicio técnico. Ello no quita que en la relación instrumental debiera sujetarse la propia Administración a las bases presupuestarias (PAIF) o contratos programas, en el marco de la definición que se viene haciendo con motivo del proceso de “agencialización”, fruto de la *segunda modernización de Andalucía*.

Sin embargo, la inexistencia de un límite de porcentaje para la contratación con empresarios colaboradores en suministros o servicios, nos plantea la duda sobre el momento en el cual verdaderamente la actuación encomendada ha sido contratada a un tercero bajo su riesgo y ventura, de modo que el ente instrumental pasa a gestionar la actuación en lugar de ejecutarla. Este es el meollo de la cuestión, puesto que aquí empiezan a aparecer importantes preguntas:

- a) ¿Qué ocurre si el montante total de contratos con los empresarios colaboradores, en una ejecución de obras a través de un ente instrumental, supera el 50%? Los aprovisionamientos para la ejecución de la obra, ¿deben entenderse incluidos en el límite, en la medida en que no supongan “subcontratación” de unidades de ejecución, trasladando el riesgo y la ventura sobre las mismas?
- b) ¿Puede el ente instrumental privado que ha recibido una encomienda de ejecutar un servicio, contratarlo a terceros, en todo o en una parte sustancial, bien porque no tenga medios reales para ejecutarlo, no estimándose la conveniencia de adquirirlos o contratarlos, o porque, sencillamente, tenga los medios de que dispone comprometidos en otras actuaciones?



- c) En los casos en que no ejecute la parte principal de la actividad, ¿cual debería ser el medio de compensación de los costes reales?
- d) ¿Puede, como de hecho ocurre, consistir la prestación que se encomienda a un ente instrumental público, la gestión de una actuación que deberá ser contratada a terceros? En este caso, ¿podría ejecutar el ente instrumental una parte no sustancial de esa actuación, por disponer de medios, contratando el resto a un contratista?

Antes de intentar dar una propuesta de solución a las preguntas formuladas, conviene detenerse en analizar las posibilidades desde la perspectiva de la normativa armonizada, en materia del objeto del contrato y su fraccionamiento.

¿Cuál es la razón para el límite establecido en la Ley en vigor y en la futura Ley, ya publicada, para prohibir la ejecución por la propia Administración, cuando el conjunto de la colaboración de empresarios sea superior a los umbrales? No se nos ocurre otra que la imposibilidad de fraccionar los contratos de modo que se incumplan las previsiones sobre procedimientos de selección y adjudicación de los contratistas. Lo cierto, sin embargo, es que la directiva 2004/18/CE, que en este como en otros aspectos la Ley de Contratos del Sector público traslada literalmente, lo que señala en su artículo 9 es que 3. *No podrá fraccionarse ningún proyecto de obra ni ningún proyecto de compra tendente a obtener una determinada cantidad de suministros y/o de servicios con vistas a sustraerlo a la aplicación de la presente Directiva.*

Para evitar el fraccionamiento ordena la normativa armonizada que se sumen todas las fracciones y que a cada una de ellas se aplique la norma que corresponda al conjunto. Con la salvedad de lotes o fracciones de pequeña cuantía, a cuyo efecto se dispone que: *No obstante, los poderes adjudicadores podrán establecer excepciones a esta aplicación respecto de lotes cuyo valor estimado sin incluir el IVA sea inferior a 80.000 EUR en el caso de los servicios y a 1.000.000 EUR en el caso de las obras, siempre que el importe acumulado de dichos lotes no sobrepase el 20% del valor acumulado de la totalidad de los lotes.*

Por otra parte, enlazando con el objeto del contrato, el artículo 74 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, además de lo señalado sobre lotes, establece que:

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.



Esta exigencia es desde luego aplicable a los contratos regulados por la Ley. ¿Es aplicable también a los contratos con empresarios colaboradores? Recordemos que la ley los califica de *contratos administrativos especiales*, porque no constituyen contratos de obras, servicios o suministros. ¿Podría por tanto la Administración, cuando ejecuta con sus propios medios una obra, fraccionar por debajo de umbrales, incluso segmentando unidades funcionales? Piénsese en la posibilidad de contratar, por un lado, los suministros de materiales y, por otro, la colaboración de empresarios privados para ejecutar determinadas unidades de obra, con dichos aprovisionamientos de materiales de construcción. Sin embargo, la Ley es clara al impedir la ejecución de obras con la colaboración de empresarios, cuando ésta deba superar el 50% o bien en su conjunto supere la colaboración los umbrales armonizados. Siendo así, incluso se pueden dar situaciones curiosas, como por ejemplo una obra por importe total de cinco millones de euros, en la que se utilizara empresarios colaboradores para la ejecución de determinadas unidades de obra, de modo que algún aprovisionamiento de materiales superara el umbral de suministros, en cuyo caso, aun cuando la obra estuviera por debajo de umbrales, habría que licitar dicho suministro con arreglo a la normativa armonizada.

Sin perder de vista la anterior consideración, resultaría que cumpliendo las previsiones sobre fraccionamiento de los contratos, de manera que no se sustraigan las fracciones o lotes a las normas de contratación que les correspondan por razón de la cuantía, y se guarde la debida coherencia en la contratación, no tendría en pura teoría que existir un problema de límite para contar con empresarios colaboradores.

El límite del 50% en obras parece que fuera una reminiscencia de la doctrina liberal, según la cual debe ser excepcional que la Administración ejecute con sus propios medios actuaciones. Tal doctrina ha sobrevivido hasta nuestros días y postula la conveniencia de que la Administración realice sus fines a través de contratistas, a quienes traslada el riesgo y ventura de las operaciones. Por ello la legislación de contratos públicos, incluso la nueva Ley de Contratos públicos plantea como excepción la ejecución de actuaciones por la propia Administración.

Sin embargo, tanto la doctrina “in house providing”, como el proceso de Agencialización, viene a plantear la existencia de entes instrumentales de carácter empresarial, que intervienen mas decisivamente en la ejecución de las actuaciones, de modo que el liberalismo que hasta la fecha ha impregnado la normativa de contratos públicos, parece que encuentra en los entes instrumentales una vía alternativa para el desarrollo de los programas gubernamentales.

Por ello, podríamos realmente hacernos la pregunta clave en este momento: ¿realmente es aplicable el límite del 50% cuando se está realizando una actuación de obras a través de un ente instrumental o algún límite porcentual cuando se trata de servicios o suministros? Y de la misma manera, ¿es aplicable en los entes instrumentales un límite absoluto para la colaboración de empresarios particulares?



La respuesta considerando todos los factores analizados debería ser negativa. Lo cual no quita que el ente instrumental deba cumplir escrupulosamente las normas sobre supuestos en los que cabe el fraccionamiento del objeto del contrato y aplicación a las fracciones de las normas sobre contratación pública que sean aplicables al conjunto, cuando dicho conjunto supere la cuantía de armonización de contratos, una vez segregados, en su caso, los lotes de pequeña cuantía conforme a las propias normas armonizadoras.

Ahora bien, dependiendo de la colaboración con empresarios particulares, sería lógico establecer diferencias en cuando a la compensación. Si el riesgo y ventura de las operaciones se traslada a un contratista total o mayoritariamente, sería lógico que se compensara por costes reales incurridos y una remuneración por los costes generales o corporativos, que sería la tarifa del servicio. Conviene aclarar en todo caso si el ente instrumental podría cobrar por tarifas las unidades accesorias realizadas o si tendría que percibir los costes reales incurridos.

Por el contrario, cuando la intervención del ente instrumental fuera como empresario principal, con independencia del porcentaje de colaboración, se aplicaría globalmente el sistema de tarifas preestablecidas, al modo que las tienen aprobadas TRAGSA o EGMASA, las cuales son representativas de costes reales, pero dejan un cierto margen para el riesgo y ventura, al devengarse el derecho al cobro por la ejecución de las unidades tarifadas. La diferencia es que la actuación sigue a cargo de la Administración, a través del ente instrumental, que actúa como empresario principal, con los riesgos inherentes a dicha situación.

Lo anterior es coherente, a nuestro juicio, con el sistema de justificación de fondos europeos.

En definitiva, se aboga por entender que no existen límites en la colaboración de empresarios particulares, sino diferentes maneras de justificación de los fondos empleados en la ejecución del encargo o encomienda. Y puesto que el beneficiario de los fondos es el ente instrumental, lógico es la fiscalización de la disponibilidad del crédito con motivo del encargo o encomienda, sin que sea preciso fiscalizar los importes concretos de los contratos que van a ser firmados, sea cual sea el sistema de justificación. Ello es así porque si el sistema de justificación fuera a ser el de costes reales incurridos, se podría producir las minoraciones de crédito bien en la liquidación de la actuación, bien tan pronto como se conozca que parte del crédito no se prevé que deba ser dispuesto.

¿Debe la Administración resolver con motivo del encargo el sistema de realización y justificación? Nada lo impide. Pero esta situación resta flexibilidad a la actuación del ente instrumental. De hecho puede producir que el ente deba dotarse necesariamente de nuevos medios humanos y materiales, en situaciones de escasa planificación, con todo lo que ello puede suponer para la gestión empresarial. Mas parece que debiera darse la responsabilidad al ente empresarial para que en su órgano de administración tome las decisiones sobre desarrollo de la empresa, coordinando los distintos encargos y encomiendas recibidos de los distintos centros



directivos. Esta delegación es la que se recomienda en el informe de propuestas y estrategias para la segunda modernización, en el capítulo citado de reinventar las Administraciones públicas, ya que en dicho documento que ha servido de base a la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, se propugna una delegación responsable en los entes instrumentales para la ejecución de los programas, bajo la supervisión de la Administración nuclear, que es la que debe regular, programar, establecer los objetivos y evaluarlos.

PROPUESTA DE CONCLUSIONES SOBRE LAS QUE SE SOLICITA UN PRONUNCIAMIENTO DE LA COMISIÓN CONSULTIVA

1.- No existen encargos de ejecución y encomiendas de gestión como dos sistemas diferenciados. Ambas expresiones deben definir la *Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares*, mediante entes instrumentales, tal cual se regula en la normativa de contratos públicos.

2.- El encargo de ejecución o encomienda de gestión, referida a una actuación podrá provocar la ejecución de la obra con los medios humanos y materiales propios del ente instrumental y, en su caso, la colaboración de empresarios particulares, cualquiera que sea el porcentaje; o bien la contratación de la actuación en su conjunto a un tercero, en cuyo caso la intervención del ente instrumental se produce como servicio de gestión de la actuación.

3.- Como poder adjudicador, la empresa deberá cumplir con las disposiciones armonizadas de contratos públicos, en materia de fraccionamiento de contratos, aplicando las reglas establecidas para los lotes en los contratos superiores a umbrales.

4.- El sistema de justificación mas apropiado sería por tarifas representativas de los costes reales cuando el ente instrumental asuma la mayor parte del riesgo y ventura.

5.- Al contrario, cuando el riesgo y ventura se traslade a un contratista total o mayoritariamente, se produciría la justificación con los costes reales incurridos directamente en la prestación de terceros, mas la facturación del porcentaje de costes corporativos. El ente instrumental podrá percibir tarifas por las unidades realizadas con carácter accesorio facturando dichas tarifas, conjuntamente con el referido porcentaje o tarifa de gestión.

7.- El sistema de fiscalización general debería ser el de AD al tiempo del encargo o encomienda de gestión, con justificación de gastos según el sistema que corresponda.”

II. INFORME.

1.- Antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas hay que indicar que la petición de informe se redacta en términos muy amplios. Expresiones tales como “Nos interesa aclarar las posibilidades de intervención de EGMASA, en un nivel no mayoritario y el modo de financiación y justificación de esta intervención “ o que “Nos interesa aclarar en este caso, los límites de la colaboración privada en obras, servicios y suministros realizados a través de EGMASA”, adolecen de la suficiente concreción que, para la petición de informes, exige el artículo 82.2 de la



Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC)

No obstante, dado que la nota de la Asesoría Jurídica que se acompaña al escrito, se dice que a efectos meramente ilustrativo, concluye con una propuesta de conclusiones sobre las que se solicita el pronunciamiento de la Comisión Consultiva, habrá que entender que en definitiva son estas sobre las que ha de recaer el informe en cuestión.

2.- La primera cuestión que se plantea es la de si existen encargos de ejecución y encomiendas de gestión como dos sistemas diferenciados, y si ambas expresiones comprenden la “*Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares*”, mediante entes instrumentales, tal cual se regula en la normativa de contratos públicos.

Esta cuestión se puede tratar conjuntamente, dada su interrelación, con la planteada en segundo lugar referente a si el encargo de ejecución o encomienda de gestión, referida a una actuación podrá provocar la ejecución de la obra con los medios humanos y materiales propios del ente instrumental y, en su caso, la colaboración de empresarios particulares, cualquiera que sea el porcentaje; o bien la contratación de la actuación en su conjunto a un tercero, en cuyo caso la intervención del ente instrumental se produce como servicio de gestión de la actuación.

Para analizar la cuestión planteada habrá de tenerse en cuenta las distintas disposiciones que conforman el marco jurídico de los denominados encargos de ejecución o encomiendas de gestión, y que comprenden las siguientes:

De un lado el artículo 15 de la LRJAPyPAC que regula las encomiendas de gestión, con el carácter de norma general.

De otro la LCSP, que en su artículo 4.1.n) excluye los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue la realización de una determinada prestación 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; así como el artículo 24 que regula la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

Y por último las disposiciones de nuestra Comunidad Autónoma que inciden sobre esta cuestión, como son los artículos 105 y 106 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) que igualmente regulan dichas encomiendas, y el artículo 25 de las Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en las que anualmente se viene regulando aspectos relacionados con tal materia.



Prescindiendo de la terminología utilizada para denominar las figuras jurídicas que nos ocupa, se hace necesario examinar la naturaleza y contenido de las mismas a la vista de las disposiciones citadas.

El artículo 15 de la LRJAPyPAC, regula las encomiendas de gestión, que tienen por objeto la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios que se encomienda a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración mediante una forma paccionada, ya sea mediante acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes o mediante Convenio cuando se trate de Administraciones distintas.

Pero a los efectos que aquí interesa tal disposición, cede como norma de carácter general ante las disposiciones de la mencionada Ley que, como norma de carácter especial, prevalece ante la general, y en consecuencia no debe ser de aplicación cuando nos encontremos ante contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3 de la LCSP.

Por ello nos ceñiremos a la citada norma reguladora de los contratos, que es sobre la que tiene competencia esta Comisión Consultiva.

La LCSP regula dos figuras jurídicas perfectamente diferenciadas, una, regulada en el artículo 4.1.n) que se configura como negocio jurídico excluido de la LCSP, y otra, la ejecución de obras y servicios y fabricación de bienes muebles regulada en el artículo 24, figura esta segunda que, a diferencia de la anterior, sí que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley.

La ejecución empleando exclusivamente medios propios constituye un **negocio jurídico excluido** del ámbito de aplicación de la LCSP de acuerdo con lo establecido en su artículo 4.1.n) siempre que se encargue a una entidad que conforme a lo establecido en el artículo 24.6 de la LCSP tenga atribuida la condición de medio propio.

El citado artículo 24.6 dispone que, para que los entes, organismos y entidades del sector público sean considerados medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, han de concurrir los siguientes requisitos: realizar la parte esencial de su actividad con tales poderes adjudicadores y que estos tengan sobre los medios propios un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios.

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.



Son estas dos características, la ejecución obligatoria y la fijación de la retribución mediante tarifas, que tipifican el citado control, y la realización de la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador, las que configuran a la relación de naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

Se trataría de la aplicación de la doctrina “*in house providing*” acuñada por la jurisprudencia comunitaria y consistente en que “*Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.*” (STSJ. Teckal. C-107/98. 18-11-1999).

Por su parte la sentencia Stadt Halle. C-26/03. 11-1-2005 que reitera la doctrina sentada en la sentencia Teckal declaraba que:

“48. Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. “

De lo expuesto hasta ahora se deduce que el poder adjudicador que realice el encargo deberá ser uno de los incluidos en el artículo 3.3 de la LCSP.

En suma, conforme a la doctrina de “*in house providing*” establecida por el TJCE en las sentencias parcialmente transcritas, quedan sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en la



Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora, en el sentido que la Directiva atribuye al término, y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones.

Sin embargo, no quedarán sujetos a la normativa comunitaria sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, aquellas relaciones de colaboración que, aún reuniendo esas características en cuanto a su objeto, carácter oneroso y forma escrita, se celebren entre una entidad adjudicadora y una persona que, aún siendo jurídicamente diferente de aquella, se encuentre bajo el pleno control de esa entidad adjudicadora y realice respecto de ella la parte esencial de su actividad, como dice literalmente el TJCE, *“a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlen”*, circunstancias que configuran la situación económico-jurídica denominada *“in house providing”* en el marco de la cual el contratista, aun cuando formalmente ostente personalidad jurídica propia e independiente de la del contratante que le encarga la ejecución de las prestaciones contractuales, en realidad no es otra cosa que un medio instrumental del contratante, completamente dependiente de él y sin una verdadera capacidad decisorio autónoma, lo que excluye la naturaleza contractual y convierte en instrumental la relación jurídica entre estas partes.

Al referirse, en este primer inciso del artículo 4.1.n) de la LCSP, a la realización de una determinada prestación, sin hacer distinción alguna entre los distintos tipos de contratos, el encargo podrá recaer sobre cualquiera de los tipos de contratos incluidos dentro del ámbito objetivo de la LCSP.

Pero si en el primer inciso del artículo 4.1.n) que venimos comentando habla de *“negocios jurídicos”* entre una entidad y un medio propio, en el siguiente inciso ya se refiere a los *“contratos”* que este medio propio pueda celebrar para la realización del encargo, los cuales quedarán sometidos a la LCSP en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos.

Es decir en la cadena de relaciones encomendante-medio propio-contratista, pueden confluir un negocio jurídico excluido de la LCSP y un contrato sometido a la LCSP.

La cita de que los contratos que celebre el medio propio están sometidos a la LCSP parece innecesaria, porque si tal medio propio reúne las condiciones para estar incluido dentro del ámbito subjetivo del artículo 3 de la LCSP le será lógicamente aplicable la LCSP en los términos que se establecen en la misma en razón de la naturaleza de la entidad y del tipo y cuantía de los contratos que celebre.



Pero es que además si el medio propio es a su vez una Administración, en los términos contenidos en el artículo 3.2 de la LCSP, podría situarse en una primera posición a los efectos de realizar los encargos previstos en el artículo 24 LCSP con las consecuencias que se derivan de la utilización de la figura jurídica que en este artículo se regula.

Continúa el art. 4.1.n) de la LCSP disponiendo que en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Entrando en el **análisis del artículo 24** de la LCSP hay que indicar que el órgano que efectúe la ejecución de las obras, fabricación de bienes muebles o ejecución de servicios deber ser una Administración en el sentido del artículo 3.2 de la LCSP, y ello se deduce tanto por el texto del título del artículo 24 de la LCSP como de su apartado 1 referido a la ejecución de las obras, como de su apartado 2 referente a la fabricación de bienes muebles, pues todos ellos se refieren a actuaciones de la Administración; y si bien, el apartado 3 que trata de ejecución de servicios, no contempla expresamente a la Administración, es cierto que el apartado 4 indica que todos estos contratos estarán a cargo de los servicios de la Administración.

Es decir el sistema de ejecución de los contratos contemplados en el artículo 24 está previsto exclusivamente para aquellos sujetos que tengan la consideración de Administración Pública y no para aquellos otros que aún perteneciendo al sector público no lo sean, y esto se confirma en el apartado 4 en el que califica a estos contratos, cuando la ejecución se haga con empresarios colaboradores, como de carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, puesto que si fueran realizados por sujetos del sector público que no son Administración Pública serían contratos privados.

A estos efectos basta recordar el artículo 20 de la LCSP que establece que tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Sin embargo el apartado 6 cuando define los medios propios los refiere a los poderes adjudicadores sin hacer distinción entre los que sean Administración Pública o no, redacción que puede tener su justificación en que también se refiere al artículo 4.1.n) en el que como ya se dijo se incluyen todos los poderes adjudicadores.

La ejecución de estos contratos podrá realizarse empleado exclusivamente medios propios, en estos casos podrán ser tanto mediante servicios no personificados como personificados, estos últimos son los que se regulan en el



apartado 6 cuyas características ya se analizaron y que se incluyen dentro de la figura "In house providing".

También podrá llevarse a cabo estos contratos con la colaboración de empresarios particulares, siempre que el importe de la parte a cargo de estos sea inferior a los umbrales para que los contratos queden sujetos al Derecho comunitario.

La primera cuestión que resalta de la regulación legal es que a tales empresarios no se les denomina contratistas sino colaboradores, de lo que se deduce que como tales colaboradores no asumen el riesgo y ventura en la ejecución del contrato puesto que éste está a cargo del órgano gestor de la Administración; y que en consecuencia sólo ejecutan parte del contrato, de manera que la Administración ha de realizar otra parte con sus medios propios.

Como se ha dicho estas colaboraciones tienen un límite, su importe debe ser inferior a los umbrales establecidos para la sujeción de los contratos al Derecho comunitario.

Cuando es la Administración la que realiza la ejecución materialmente por si misma, no existe propiamente contrato alguno, en estas circunstancias no se le fija límite cuantitativo alguno, pues la Directiva es inaplicable cuanto no hay contrato. En cambio, en el momento en que se contrata la colaboración de empresarios particulares, cualquiera que sea su régimen, en ese momento se cae en la órbita de la Directiva en cuanto a competencias y publicidad, a menos que el contrato esté por debajo del límite cuantitativo comunitario.

Por consiguiente, no existe ningún obstáculo desde la perspectiva estrictamente comunitaria a que empresarios particulares colaboren con la Administración superando los umbrales comunitarios; lo único que exigirá el Derecho comunitario es que en ese caso los contratos de colaboración se someterán a sus prescripciones.

No se podrían eludir dichas prescripciones con el argumento de que los contratos de colaboración no son en realidad contratos, por la asunción de la responsabilidad en su ejecución por la Administración y no por el colaborador. El argumento, válido para el Derecho interno, no sirve para explicar que los contratos de colaboración quedan fuera de la Directiva.

Se debe hacer una aclaración respecto de los suministros o aprovisionamientos necesarios para la ejecución de las obras, en este sentido el artículo 175 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que los contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios que sean precisos para la ejecución de obras directamente por la Administración se adjudicarán con sujeción a las reglas generales establecidas en la Ley para la adjudicación del respectivo tipo de contrato, de lo que resulta que tales contratos



quedan fuera del régimen jurídico contenido en el artículo 24, no siendo por tanto aplicables los límites cuantitativos que allí se indican.

Con respecto a los límites de los umbrales comunitarios contenidos en el artículo 24 de la LCSP, la redacción de la disposición deja ahora claro, en relación con la legislación anterior, que dichos límites, inferior a 5.150.000 € para la ejecución de obras, e inferiores a las cantidades señaladas en los artículos 15 y 16 para la fabricación de bienes muebles y la realización de servicios respectivamente, se refieren exclusivamente a la parte a cargo de los empresarios colaboradores, sin embargo se plantea ahora la duda de si tal límite es por el total que se encarga a los colaboradores o por la parte que asuma independientemente cada uno de ellos.

Pues bien, si para el Derecho comunitario es irrelevante la parte que ejecute materialmente la Administración, puesto que en este caso no existe contrato alguno, si lo es la parte que se licite y que pueda ser contratada por los empresarios, por ello, dado que al estar la ejecución a cargo del órgano gestor de la Administración, el límite del umbral comunitario citado será aplicable a la totalidad encargada a los empresarios colaboradores, sin ser posible la aplicación individual de los citados umbrales por cada uno de ellos, lo que elimina toda posibilidad de fraccionamiento, y para el caso de adjudicación por lotes se habrán de respetar las disposiciones establecidas al efecto.

El segundo límite es para los supuestos de obras incluidos en las letras a) que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, etc., y b) que igualmente tenga elementos auxiliares que supongan una economía superior al 5 por ciento del presupuesto. En tales supuestos la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por ciento del importe total del proyecto, límite razonable si se piensa que es la Administración la encargada de ejecutar el contrato y que sólo para los casos en que se exigiese equipos o medios de los que careciese sería posible su contratación con empresarios, lo cual resulta conforme con el carácter subordinado o secundario de la colaboración. No obstante, dicha limitación no se ha previsto para la fabricación de bienes muebles y realización de servicios.

En este sentido es significativo que se fije un límite a esa colaboración en los supuestos de encargos que se realicen a las sociedades del grupo TRAGSA, en cuanto que de acuerdo con el segundo párrafo del apartado 6 de la disposición adicional trigésima de la LCSP, dicha colaboración deberá ser inferior al 50 por ciento del importe total del proyecto, suministro o servicio.

En relación con los servicios, si bien la ley no hace mención expresa a su realización con sus medios propios, lógicamente hay que entender que no existe ningún impedimento para ello.

Dado que la posición que puede ocupar la Administración, los medios propios y las empresas colaboradas, puede ser diversa y que las limitaciones establecidas en el artículo 24 de la LCSP pueden operar de diferente forma según los casos, conviene examinar los distintos supuestos que se pueden plantear:



a) Que la Administración utilice materialmente sus propios servicios no personificados.

En estos casos la Administración asume directamente el papel principal en la ejecución de las obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios, no existiendo contrato alguno, salvo los de los posibles suministros o aprovisionamientos a que antes se ha aludido, por lo que no opera limitación alguna.

b) Que la Administración utilice sus medios propios, mediante entes, organismos, o entidades como medios instrumentales y estos realicen la ejecución materialmente con sus propios medios.

En estos casos, supuesto que tales entes instrumentales cumplan los requisitos contemplados en el apartado 6 del artículo 24 de la LCSP, nos encontraríamos en las mismas circunstancias que el apartado anterior en cuanto a la inexistencia de contrato.

c) Que la Administración utilice sus medios propios, ya sea mediante servicios no personificados o entes instrumentales, junto con empresas colaboradoras.

A la parte realizada materialmente por la Administración por sus propios servicios o mediante entes instrumentales se le aplicarían las consideraciones expuestas en las letras a) y b) anteriores, y a la parte ejecutada por empresas colaboradas el límite de los umbrales comunitarios al conjunto de todas ellas, y en los casos de ejecución de obras de las letras a) y b) del artículo 24.1 el límite del 50 por ciento del importe del total del proyecto tal como se indica en su apartado 4.

d) Que la Administración utilice sus medios propios, mediante entes, organismos, o entidades como medios instrumentales, y estos al no disponer de medios para realizar materialmente la ejecución tengan que contratar a terceros.

La cuestión aquí es dilucidar el papel que desempeña el ente instrumental cuando encarga a su vez la totalidad de las actuaciones a terceros, porque en realidad el ente no realiza la obra, fabrica los bienes muebles o realiza el servicio materialmente con sus medios, se limita a tramitar un procedimiento de contratación del que resultaría adjudicatario un empresario que es el que realmente lleva a cabo el encargo.

En estos casos no es posible utilizar la figura del empresario colaborador puesto que como ya se dijo éste sólo asume la ejecución de una parte, y en el presente supuesto el medio propio contrata la totalidad con un tercero.

Por lo que estos encargos habrán que reconducirse a través del artículo 4.1.n) de la LCSP en el que el medio propio podrá contratar la totalidad de la prestación con terceros, aplicándoseles, dependiendo de que el medio propio sea una Administración o no, las reglas a tal efecto establecidas en la LCSP.



Llegado a este punto parece conveniente establecer las **diferencias** fundamentales entre los regímenes contenidos en el artículo 4.1.n) y en el 24.

El régimen contenido en el **artículo 4.1.n)** presenta las siguientes características:

- El encargo puede hacerlo cualquier ente del sector público que sea poder adjudicador.
- El encargo puede tener por objeto cualquier prestación incluida dentro del ámbito de la LCSP.
- En la contratación con terceros éstos pueden asumir la ejecución de la totalidad de la prestación.
- Los contratos con terceros tendrán la calificación jurídica que se derive de la naturaleza del contrato de acuerdo con los distintos tipos previstos en la LCSP.
- El riesgo y ventura de los contratos celebrados con terceros recaerá en estos.

Las características que presenta el régimen del **artículo 24** son las siguientes:

- El encargo sólo lo puede hacer una Administración Pública en el sentido previsto en el artículo 3.2 de la LCSP.
- Las prestaciones que pueden tener por objeto el encargo son exclusivamente la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la ejecución de servicios.
- Los empresarios colaborados sólo pueden ejecutar una parte de la prestación.
- Los contratos celebrados con las empresas colaboradoras tienen el carácter de administrativos especial.
- El riesgo y ventura en la ejecución del contrato recae en la Administración, ya que la ejecución estará a cargo de sus servicios.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso particular planteado en la consulta, resulta que **EGMASA** de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la LCSP es una sociedad mercantil que tiene la consideración de entidad perteneciente al sector público, es un poder adjudicador pero no es Administración Pública y sus contratos tienen el carácter de privados.

Por su parte el artículo 7.4 del Decreto 17/1989, de 7 febrero, de constitución de EGMASA, en la redacción dada por el Decreto 117/1998, de 9 de junio, dispone que:

“4. En las actuaciones en que EGMASA actúe como medio propio de la Administración, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 153 y 195 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, si la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles por EGMASA se verifica con la colaboración de empresarios particulares, el importe de ésta será inferior a 799.882.917 pesetas con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o inferior al importe señalado en el artículo 178.2 de la referida Ley, cuando se trate de la



fabricación de bienes muebles. Lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, será de aplicación a lo dispuesto en el presente apartado.”

Este artículo se remite a los entonces vigentes artículos 153 y 195 de la Ley 13/1995, con redacción similar a la contenida en el actual artículo 24 de la LCSP, y a cuyo cumplimiento se sujeta, previendo la posibilidad de que la Administración encargue actuaciones a EGMASA o a empresarios colaboradores tal como disponen las disposiciones citadas.

Por tanto EGMASA como medio propio de la Administración podrá recibir encargos tanto por el sistema previsto en el artículo 4.1.n) como en el artículo 24 de la LCSP, aplicándosele el régimen jurídico analizado con anterioridad según los casos.

Ahora bien, dado que EGMASA no tiene la consideración legal, según la LCSP, de Administración Pública, sus contratos no pueden revestir el carácter de administrativos, ni puede utilizar ella directamente, para la contratación con terceros mediante empresarios colaboradores, el procedimiento previsto en el artículo 24, sino que tendrá que efectuar las contrataciones siguiendo las normas previstas en los artículos 174 y 175 para los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

Por lo tanto no podrán darse las cuestiones que se plantean en el escrito de consulta sobre las relaciones con empresarios colaboradores y la aplicación de las limitaciones cuantitativas tanto referidas a los umbrales comunitarios como al porcentaje máximo en los contratos de obras, al no poder aplicar directamente el artículo 24 de la LCSP.

Por lo que se refiere a la aplicación directa del artículo 4.1.n) de la LCSP, EGMASA podrá utilizarlo respecto de las entidades que puedan considerarse medio propio suyo, a las que podrá ordenar los correspondientes encargos.

En definitiva las contrataciones que realice EGMASA con terceros, ya deriven de un encargo realizado a través del artículo 4.1.n) o del artículo 24, siempre se tramitarán por los procedimientos previstos en los artículos 174 y 175 de la LCSP.

3.- Veamos ahora la incidencia que la regulación de nuestra Comunidad Autónoma tiene sobre las cuestiones antes expuestas.

El artículo **105 de la LAJA** dedicado a la encomienda de gestión por la Administración de la Junta de Andalucía tiene una redacción similar a la del artículo 15 de la LRJAPyPAC.

Así, la definición del objeto de tales encomiendas es exactamente igual: la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios; así como su justificación por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos



idóneos para su desempeño; la no cesión de la titularidad de la competencia; la necesidad de su publicación en un Boletín oficial.

No obstante se puede observar una diferencia, pues mientras en la LRJAPyPAC parece exigir un acuerdo o convenio entre las partes para formalizar la encomienda, en la LAJA tal convenio se exige en las encomiendas de gestión realizada a órganos no dependientes de la Junta de Andalucía, pero cuando se trate de encomiendas a órganos de la propia Administración de la Junta de Andalucía servirá de instrumento de formalización la resolución que las autorice, aproximándose más a una orden que a un acuerdo, según dispone su apartado 4.

Lo expuesto evidencia que en la LAJA se ha querido adecuar a las peculiaridades de nuestra Comunidad Autónoma las prescripciones que con carácter básico se contienen en el artículo 15 de la LRJAPyPAC.

Pero como se dijo al principio tales preceptos tiene un carácter general que ceden ante la especial regulación contractual.

El artículo **106 de la LAJA** regula las encomiendas de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz, y en este precepto ya se encuentra una regulación afín a la legislación de contratos.

De momento el objeto de estas encomiendas puede ser “la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios”, prestaciones todas ellas que pueden encuadrarse dentro de las que contempla el artículo 24 de la LCSP, es decir, ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o ejecución de servicios.

Utiliza la misma definición de medio propio que la que se contiene en el artículo 24 de la LCSP, es decir el ejercicio de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios y realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

También tiene carácter obligatorio la ejecución de la prestación, ya que la misma deviene de una orden.

El capital o aportación constitutiva debe ser igualmente en su totalidad de titularidad pública.

Todas estas notas nos lleva a concluir que el artículo 106 de la LAJA ha querido regular determinadas cuestiones referente a la figura contenida en el artículo **24.6** de la LCSP adaptándolas a las peculiaridades propias de nuestra Comunidad Autónoma.

No obstante en el plano subjetivo se deben analizar algunas cuestiones por su relación con el artículo 3 de la LCSP.



Respecto a los órganos que pueden ordenar las encomiendas, el artículo 106 de la LAJA se refiere expresamente a las Consejerías y sus agencias, sin hacer distinción entre estas últimas, por lo que se hace necesario realizar algunas puntualizaciones con relación a si tales agencias pueden directamente realizar los encargos previstos en el artículo 24 de la LCSP.

Con respecto a las agencias administrativas previstas en el artículo 65 y las agencias de régimen especial previstas en el artículo 71 de la LAJA al tener la consideración de Administración Pública de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.2 de la LCSP podrán aplicar el régimen previsto en el artículo 24 de la LCSP.

Si la agencia que realiza el encargo se trata de una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68 de la LAJA, las cuales no se consideran Administración Pública, y puesto que el apartado 1 del artículo 24 que reserva la realización de los encargos a la Administración Pública no es básico, pudiera entenderse que se ha producido una regulación específica en la materia por nuestra Comunidad Autónoma, desplazando la regulación estatal, de manera que tales agencias aunque asimiladas a las empresas públicas estatales, y no siendo por tanto Administración Pública, podrían realizar los referidos encargos, pero la cuestión es que no se ha regulado en su totalidad el procedimiento previsto en el artículo 24 y los contratos que se realicen con empresarios colaboradores son contratos administrativos, mientras que los contratos que celebren las agencias públicas empresariales tienen el carácter de privados, por tal razón resulta inaplicable por estas agencias las normas previstas en el artículo 24 de la LCSP para la contratación de empresarios colaboradores.

Ahora bien cuando el encargo se realice de conformidad con el artículo 4.1.n) de la LCSP ya no se producirán tales limitaciones, rigiendo el régimen jurídico analizado anteriormente al comentar este artículo.

En cuanto a las entidades que pueden recibir las órdenes de encomiendas de gestión el artículo 106 de la LAJA se refiere exclusivamente a las sociedades mercantiles y fundaciones, las cuales tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía. Pero esto no puede llevar a la conclusión de que son éstas entidades las que exclusivamente pueden recibir tales encargos, porque nos llevaría al absurdo de que se habría producido una restricción en nuestra Comunidad Autónoma respecto de la utilización del concepto de medio propio acuñado por la jurisprudencia comunitaria, limitándolo sólo a tales entidades. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, como se desarrollará más tarde, las encomiendas de gestión en la Comunidad Autónoma de Andalucía también se encuentran reguladas en el artículo 25.1.d) y 6 de la Ley 24/2007, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008, teniendo este último precepto como ámbito subjetivo de aplicación a las empresas de la Junta de Andalucía, es decir, no sólo las sociedades mercantiles previstas en el citado artículo 106 de la LAJA, sino también a las entidades de derecho público, de conformidad con el artículo 6.1 de la Ley General de la Hacienda Pública. Resulta de todo ello la necesidad, por tanto, de efectuar una



interpretación conjunta, sistemática e integradora de ambos preceptos del ordenamiento jurídico autonómico.

De lo expuesto resulta que las previsiones en este aspecto contenidas en el artículo 106 de la LAJA ya han sido cumplidas respecto a EGMASA, puesto que ya el artículo 7 del Decreto 17/1989, de 17 de febrero, de su constitución, la consideraba como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración.

4.- Por último veamos en que afecta, a la materia que venimos analizando, las sucesivas regulaciones que se vienen introduciendo en las leyes de los Presupuestos de nuestra Comunidad Autónoma con vigencia anual.

El artículo 25 de la Ley del Presupuesto para el año 2008, regula el régimen de financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía con cargo a aportaciones de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos.

Disponiendo en su apartado 1 que:

“1. La financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía, con cargo a aportaciones del Presupuesto, podrá realizarse a través de los siguientes instrumentos:

- a) Transferencias de financiación, de explotación o de capital.*
- b) Transferencias con asignación nominativa, financiadas con Fondos Europeos u otras transferencias finalistas.*
- c) Subvenciones.*
- d) Encomiendas de gestión de actuaciones de competencia de las Consejerías u Organismos Autónomos.*
- e) Realización de obras o servicios por administración que les sean encomendados cuando actúen como medio propio de la Administración.*
- f) Ejecución de contratos de los que puedan resultar adjudicatarias.*
- g) Ingresos que puedan percibir por cualquier otro medio.”*

El apartado 6 se refiere a las condiciones y trámites que se han de seguir para que estas empresas puedan gestionar actuaciones de competencia de las Consejerías u Organismo Autónomos.

Esta gestión de actuaciones se formalizará a través de encomiendas de gestión por las personas titulares de la Consejerías y de la presidencia o dirección de los Organismos Autónomos

A continuación se regulan cuestiones referentes a la determinación del importe de las actuaciones, pago, anticipos o imputaciones de gastos generales.

En cuanto a las entidades que pueden ordenar las encomiendas se refiere a las Consejerías y a los Organismos Autónomos, estando previsto para estos últimos su conversión en agencias administrativas de acuerdo con la disposición transitoria única apartado 2 a) de la LAJA.



En cuanto a la forma de estas encomiendas de gestión la letra a) del apartado 6 dispone que se formalizará por las personas titulares de la Consejerías y de la presidencia o dirección de los Organismos Autónomos, pero sin aclarar nada más al respecto.

El resto de este apartado 6 se refiere a cuestiones tales como cálculo del importe de la actuación, pagos, anticipos o imputación de gastos generales, todas ellas referidas a la financiación de estas actuaciones.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley del Presupuesto para 2008 este artículo 25 también se aplica a la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y a la Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental.

Este precepto reproduce una regulación muy similar a la que las últimas leyes del Presupuesto han dedicado a esta misma materia. Tal regulación ha tenido como objeto, en su apartado 6, los encargos de ejecución que las distintas Consejerías hacían a las empresas de la Junta de Andalucía sobre prestaciones de naturaleza contractual, pero fuera del ámbito de la regulación de la contratación pública. Esta regulación ha sido similar a la que hacían otras Comunidades Autónomas sobre la misma realidad y venían a constituir lo que algún autor doctrinal ha denominado como las “encomiendas de gestión apócrifas”, siendo las verdaderas encomiendas de gestión las que reguló el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 3.1.l).

Todas estas regulaciones venían a contemplar aquellos supuestos que han venido a quedar incluidos, con su misma justificación y relevancia y con sus mismos requisitos, en la teoría comunitaria “in house providing” que dio lugar, de manera clara, a la figura de las encomiendas de gestión reguladas, por primera vez en la legislación contractual estatal, en el artículo 3.1.l) ya citado, y posteriormente, en el artículo 4.1.n) de la LCSP.

De lo expuesto se deduce que, si la regulación del artículo 25.6 de la Ley del Presupuesto tiene una relación clara es, no con las actuaciones por la propia Administración (artículo 24 LCSP), sino con el artículo 4.1.n) de la LCSP y, como consecuencia de lo visto anteriormente, con el artículo 106 de la LAJA. Estos tres preceptos contemplan negocios jurídicos mediante los que un poder adjudicador encarga a un medio propio una determinada prestación, estando tal negocio fuera del ámbito de la directiva europea de contratación y, por tanto, al margen de la Ley de Contratos del Sector Público. De todo ello resulta claro que las regulaciones contenidas, tanto en el artículo 106 de la LAJA, como en el artículo 25.6 de la Ley del Presupuesto para 2008, son perfectamente asimilables o identificables con la regulación contenida en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP.

5.- La tercera cuestión que se plantea es la de si, como poder adjudicador, EGMASA deberá cumplir con las disposiciones armonizadas de contratos públicos,



en materia de fraccionamiento de contratos, aplicando las reglas establecidas para los lotes en los contratos superiores a los umbrales.

La cuestión planteada queda resuelta en el segundo inciso del artículo 4.1. n) de la LCSP al disponer que “los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.”.

En particular, el artículo 74.2 de la LCSP, transposición del artículo 9.3 de la Directiva 2004/18/CE, prohíbe fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Por su parte el artículo 76.7 en relación con el 74.3 de la LCSP, prevén la posibilidad de adjudicación por lotes, para cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, en los que se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes. Para cada tipo de contrato de obras, suministro y servicios, los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 contienen las normas reguladoras de la acumulación de lotes cuando superen los umbrales comunitarios.

Los preceptos citados en los dos párrafos anteriores se incluyen en el Libro I de la LCSP dedicado a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, y por tanto aplicables a todo el sector público incluidos los entes instrumentales a que nos referimos, cuestión que se refuerza por el contenido del artículo 74.1 de la LCSP al indicar que el objeto de los contratos del sector público será determinado.

Estas disposiciones son aplicables a los entes instrumentales en cuanto poderes adjudicadores tanto en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada como no sujetos a ella, al no existir diferenciación alguna al respecto en la legislación de contratos.

6.- Las cuestiones cuatro y cinco se pueden agrupar para su examen, y se refieren a si el sistema de justificación más apropiado sería por tarifas representativas de los costes reales cuando el ente instrumental asuma la mayor parte del riesgo y ventura, y si al contrario, cuando el riesgo y ventura se traslade a un contratista total o mayoritariamente, se produciría la justificación con los costes reales incurridos directamente en la prestación de terceros, más la facturación del porcentaje de costes corporativos. El ente instrumental podrá percibir tarifas por las



unidades realizadas con carácter accesorio facturando dichas tarifas, conjuntamente con el referido porcentaje o tarifa de gestión.

Volviendo nuevamente a la cuestión de las terminologías utilizadas, la cuestión no es que se establezca expresamente una tarifa o un porcentaje determinado, sino que la retribución que percibe el ente instrumental considerado medio propio se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa, tal como indica el segundo párrafo del artículo 24.6 de la LCSP.

Cuestión aparte será la forma de cálculo de esas tarifas en atención a los posibles supuestos que se puedan presentar y sobre la que la legislación de contratos no contiene disposición alguna.

En el caso de que sea el ente instrumental el que con sus propios medios realice la totalidad de las actuaciones, su retribución será como ya se ha dicho la fijada mediante tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa.

Pero cuando el ente instrumental contrate a su vez con terceros la ejecución, en estos casos existe una actividad de gestión por parte del ente instrumental, no comprensiva de la ejecución material del encargo sino de la selección del empresario, pues bien, también en estos supuestos será la entidad pública de la que dependa la que deberá determinar las tarifas correspondientes a estas gestiones.

Por último hay que indicar que, como ya se ha dicho con anterioridad, con vigencia exclusiva para el año 2008, el artículo 25.6 de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008, en relación con las encomiendas de gestión a empresas de la Junta de Andalucía contiene algunas previsiones en relación con la determinación del importe de la actuación y la imputación de los gastos generales y corporativos, que en su caso habrán de ser tenidas en cuenta para la fijación de las tarifas por la entidad pública correspondiente.

No corresponde a esta Comisión entrar en otros detalles sobre la composición de las referidas tarifas dado que la legislación de contratos no contiene precepto alguno al respecto.

7.- La última cuestión planteada es la de si el sistema de fiscalización general debería ser el de AD al tiempo del encargo o encomienda de gestión, con justificación de gastos según el sistema que corresponda.

El segundo párrafo, de carácter no básico, del apartado 3 del artículo 93 de la LCSP, al regular el contenido del expediente de contratación indica que al mismo se incorporará la fiscalización previa en los términos que fija la legislación estatal.

En nuestra Comunidad Autónoma tal legislación está comprendida en el Decreto 149/1988, de 5 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía en el que en su artículo 4 y siguientes se



regula la fiscalización previa del reconocimiento de obligaciones o gastos y la Orden de 7 de junio de 1995 por la que se regula la contabilidad pública de la Junta de Andalucía en la que en su artículo 16 se clasifican los distintos documentos contables de gestión.

Pero tales cuestiones quedan fuera del ámbito de la contratación administrativa sobre cuya materia ejerce la función consultiva esta Comisión.

III.- CONCLUSIÓN

1.- Los sistemas regulados en los artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP constituyen figuras jurídicas distintas con un régimen jurídico para cada una de ellas en los términos expuestos en este Informe.

2.- A EGMASA se le podrán encargar encomiendas de gestión por los sistemas previstos en los artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP

3.- EGMASA no puede utilizar directamente el sistema previsto en el artículo 24 de la LCSP al no ser Administración Pública ni ser los contratos que celebre de carácter administrativo.

4.- Las contrataciones que realice EGMASA con terceros, ya deriven de un encargo realizado a través del artículo 4.1.n) o del artículo 24, siempre se tramitarán por los procedimientos previstos en los artículos 174 y 175 de la LCSP.

5.- Los entes instrumentales deberán respetar, en las contrataciones que realicen con terceros, las disposiciones que prohíben el fraccionamiento de los contratos así como las establecidas para la adjudicación por lotes.

6.- Corresponde a las entidades públicas de las que dependan los entes instrumentales aprobar las tarifas para la retribución de las encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria. No corresponde a esta Comisión entrar en otros detalles sobre la composición de las referidas tarifas dado que la legislación de contratos no contiene precepto alguno al respecto.

7.- Las cuestiones relativas a la fiscalización de los documentos contables quedan fuera del ámbito de la contratación administrativa sobre cuya materia ejerce la función consultiva esta Comisión.

Es todo cuanto se ha de informar.

