

Análisis sobre los 'medios propios' de las Administraciones Públicas

Las encomiendas de gestión afectan a la competencia

XAVIER GIL PECHARROMÁN

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) recomienda al Gobierno que propicie una serie de cambios normativos destinados a favorecer la competencia. Entre otras medidas aconseja al Ejecutivo que regule los medios propios; el concepto de encomienda de gestión; la decisión de realizar la encomienda; y la manera en que ésta es ejecutada y la delimitación regulatoria de los contratos públicos.

Así, consta en su informe *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, sobre un método de actuación institucional que ha triplicado en los últimos seis años el número de entidades públicas que reciben la consideración de *medio propio*, esto es, que prestan servicios o suministran bienes por encargo a organismos públicos. En 2012 existían 155 entidades, 37 de ellas estatales y 118 autonómicas.

Las consideraciones de la CNC tienen como punto de partida que la eliminación de trabas injustificadas entiende que puede contribuir a la potenciación de diversos sectores económicos, especialmente aquellos especializados en ofertar sus productos o servicios al sector público para su aprovisionamiento. Además, desde un punto de vista más general, también facilitaría la propia adecuación estructural del sector público y el crecimiento económico, al permitir una asignación más eficiente de los recursos limitados, públicos y privados.

La encomienda de gestión permite a la Administración, por razones de eficacia o cuando no posea los medios técnicos idóneos, el desempeño de una actividad a un colectivo sin que se produzca una alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén. Sin embargo, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia que en las encomiendas de gestión no existen tensiones competitivas al encargarse directamente al medio propio.

En su informe sobre las medidas que el Gobierno debe adoptar para la reforma de la Administración pública, la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (Cora) afirma que en la mayoría de los casos, existe una coherencia razonable entre las necesidades cubiertas por las encomiendas de gestión y la esencia de este instituto. No obstante, matiza que la experiencia demuestra que, en ocasiones, esta figura no se ha utilizado estrictamente para lo que determina su naturaleza, desvirtuándose, en cierta medida, el objetivo propio de la misma.

El número de las encomiendas de gestión celebradas va creciendo año a año: de 9 en 2006 a 50 en 2007, lo que implica un incremento del 389 por ciento; de 70 en 2008 a 162 en 2009, es decir, un crecimiento del 232 por ciento; 215 en 2010; en 2011, 299 y en 2012, 491; llegando a la fecha del presente informe con 48 encomiendas de gestión encargadas en 2013. Todas ellas suman 1.366. El mayor número se encargan a organismos, entidades y sociedades del propio grupo del Ministerio encomendante -Grupo Tragsa, Inecoe Isdefe, respectivamente- y sólo esporádicamente se formalizan con organismos o entidades ajenos.

De acuerdo con la información facilitada por cada Departamento ministerial, el mayor número de ellas se sitúa en el grupo de asistencia y apoyo técnico; seguido a notable distancia por la

La eliminación de trabas injustificadas puede contribuir a la potenciación de diversos sectores económicos

Permite a la Administración el desempeño de una actividad a un colectivo sin alteración de la titularidad de la competencia



ejecución de obras; la elaboración de estudios, informes e investigación y los servicios.

En cuanto al tipo de encomiendas, los organismos, entes y sociedades encomendados están altamente especializados, ya que disponen de unos medios técnicos adecuados y de personal capacitado, que les permiten facilitar el apoyo técnico que precisan Ministerios y otros organismos cuya actividad está, generalmente, más orientada a la gestión administrativa.

La falta de concurrencia de competidores que resulta de estos procedimientos ha motivado que las autoridades de competencia, y en particular la española, hayan analizado en el pasado y de forma puntual este instrumento, principalmente al analizar la aplicación de la normativa sancionadora de defensa de la competencia. La principal característica de las encomiendas es su carácter directo, ya que se sustraen de los procedimientos de licitación pública, y por tanto de la concurrencia, que de acuerdo con la normativa debe regir, preferentemente, la provisión de bienes y servicios.

La Cora también alegaba que en cuanto al correcto uso de la encomienda, que ha sido el cauce inadecuado para cubrir necesidades de personal, provocando costes adicionales e indeseados que perjudican los intereses de la Administración; y, en otras ocasiones, para evitar los procedimientos de contratación, aun cuando la sustitución que se hace del encomendante como órgano contratante por el encomendado no le

exima de someterse a las condiciones impuestas por la normativa contractual vigente, sobre el respeto a los principios de publicidad, concurrencia e igualdad.

Las encomiendas más proclives a ser utilizadas con las finalidades apuntadas son: gestión de servicios públicos, servicios y, precisamente, las relacionadas con uno de los epígrafes que revelan las prestaciones más solicitadas por los encomendantes, asistencia y apoyo técnico. No obstante, en atención a la naturaleza interna de la relación entre las entidades públicas participantes en una encomienda estas actuaciones fueron resueltas mediante el archivo o sobreseimiento de las mismas, y confirmadas por sus consiguientes revisiones jurisdiccionales.

En la misma línea, la CNC dice que debido a los efectos restrictivos de la competencia comentados, deben examinarse cuidadosamente las razones que justifican la utilización de encomiendas a *medios propios* por parte de las distintas Administraciones. Las razones aducidas para crear medios propios y asignarles encomiendas de gestión están generalmente relacionadas con la eficiencia y eficacia administrativas.

(CONTINÚA)

CNC recomienda examinar cuidadosamente las razones que justifican la utilización de encomiendas a medios propios

La norma no exige suficientemente la justificación de la necesidad y la proporcionalidad de cada encomienda

Se debe determinar, con criterios favorables a la competencia, el porcentaje de actividad mínimo ha de realizar anualmente

Recomienda reducir normativamente la posibilidad de renovación automática en encomiendas sujetas a un plazo

Se deben justificar adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad al utilizar este mecanismo. El análisis de necesidad se refiere a la vinculación del objetivo perseguido al instrumento utilizado. El de proporcionalidad, al coste-beneficio para el interés general derivado de esta medida. La importancia actual del instrumento de las encomiendas de gestión como técnica de aprovisionamiento de las Administraciones recomienda este análisis de su justificación y efectos desde la óptica de la competencia.

Cambios normativos propuestos

En opinión de la CNC, la regulación actualmente contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) no exige suficientemente la justificación de la necesidad y la proporcionalidad de la existencia del *medio propio* ni de cada encomienda de gestión como instrumento de aprovisionamiento. Por ello, en el presente informe, la CNC recomienda al Gobierno y al Legislador, que propicien cambios normativos para favorecer la competencia regulando los *medios propios*; el concepto de encomienda; la decisión de realizar una encomienda; la manera en que se ejecutada y la delimitación regulatoria de los contratos públicos.

La incorporación de estas recomendaciones en el TRLCSPP o la norma que la suceda implicaría su aplicación con carácter básico al régimen de aprovisionamiento del resto de Administraciones, autonómicas y locales. Ello sin perjuicio del desarrollo normativo que pueda existir por parte de las comunidades autónomas. Se recomienda introducir una definición explícita de *control análogo*, de forma que el control del *medio propio* por la Administración matriz se manifieste efectivamente en la capacidad del poder adjudicador para ejercer una "influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad jurídica controlada", dice la CNC.

También, se aconseja que se determine, con criterios favorables a la competencia, el porcentaje de actividad mínimo que el medio propio debe realizar anualmente para su correspondiente poder adjudicador, así como que las normas estatutarias de los medios propios, existentes o futuros, recojan obligatoriamente una delimitación precisa, detallada y cerrada de las competencias a ejercer por el ente instrumental.

El extenso informe de la CNC se alecciona al Gobierno a establecer un concepto de encomienda de gestión suficientemente descriptivo del objeto regulado de realización de obras y de aprovisionamiento de bienes o servicios. Además, en paralelo, que se proceda al establecimiento de un concepto de convenio de colaboración, tanto entre entidades de derecho público como de derecho privado o entre ambos tipos de entidades, que recoja suficientemente la finalidad colaborativa y no onerosa y de aprovisionamiento que debe regirlos. En defecto de tal fin común y del reparto equitativo de riesgos y cargas económicas, la relación sólo podrá ser un contrato o bien, en caso de concurrir los presupuestos para ello, una encomienda de gestión a un *medio propio*.

Por otra lado, se aboga porque se incremente la exigencia normativa de que el órgano de contratación justifique cada encomienda frente a la celebración de un contrato, considerando su impacto sobre la competencia efectiva en el mercado y que la contraprestación por la encomienda se oriente estrictamente a sufragar los costes originados como consecuencia de la prestación y que el *medio propio* no debe obtener ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores.

Se estima preciso, del mismo modo, que se limite explícitamente la posibilidad de subcontratación de los *medios propios*, de forma que el medio propio ejecute al menos la mayor parte de la prestación encomendada, así como la posibilidad de que los poderes adjudicadores constituyan *encomiendas marco* a circunstancias absolutamente justificadas.

Se proponen también limitaciones regulatorias a la celebración de encomiendas de objeto exclusivamente genérico. El objeto de la misma debe quedar perfectamente definido, sin realizar habilitaciones genéricas y se debe evitar que el poder adjudicador amplíe el contenido original de la encomienda a casos excepcionales, similares a los establecidos para la modificación del contrato público.

Finalmente, la CNC recomienda reducir normativamente la posibilidad de renovación automática en encomiendas que se sujeten a un plazo determinado. Considera que se deben evitar las situaciones que, en forma de ventajas del incumbente, propicien la sucesiva renovación automática de encomiendas con idéntico objeto, ya que las circunstancias que motivaron acudir a esta figura pueden haber cambiado a lo largo del tiempo y ante cada decisión de este tipo debe igualmente acudirse a un análisis de impacto.

En el caso de la contratación, la propuesta habla de favorecer normativamente el recurso a la contratación pública, facilitando el cumplimiento y la agilidad de los trámites para el órgano de contratación, de forma respetuosa con los necesarios controles internos y externos, y favorecer normativamente la utilización de contratos con procedimientos abiertos.

Buenas prácticas y publicidad

La CNC recomienda a los poderes adjudicadores de las diversas Administraciones públicas que asuman e incorporen como buenas prácticas, las medidas favorecedoras de la competencia. Los poderes adjudicadores están capacitados para aplicarlas voluntariamente, sin necesidad de desarrollo normativo, incorporándolas a su acervo jurídico-económico.

Las Administraciones encomendantes y a los medios propios deberían incrementar la publicidad sobre las encomiendas de gestión. Entre otros datos, deberían estar disponibles en las correspondientes plataformas electrónicas de contratación -en la AGE, la Plataforma de Contratación del Estado- la identificación exacta de la encomienda con un número de expediente codificado, el poder adjudicador encomendante y el medio propio en cuestión que la ejecutará.

Dos ejemplos ministeriales sobre la contratación realizada

FOMENTO Y AGRICULTURA

Las licitaciones realizadas por los Ministerios de Fomento y Agricultura (para el periodo 2006-2011) inferiores a 200.000 euros suponen más de la mitad de contratos; destacando Fomento cuya totalidad de la muestra de contratos de consultoría son inferiores y Agricultura con el 85,3 por ciento. En los 'medios propios', la proporción de encomiendas menor de 200.000 euros, a excepción del caso de Ineco, no llega en ningún caso al 30 por ciento. Por el contrario, facturaciones superiores a 200.000 euros son, en términos generales, porcentualmente superiores en encomiendas del medio propio que en contratos del Ministerio. Adicionalmente la diferencia es especialmente destacable en la proporción de encargos por encima del millón de euros. En las encomiendas de la muestra, suponen el 55 por ciento del número total para Red.es e Ineco; el 43,6 por ciento para Isdefe; el 1,9 por ciento de Ineco y el 26,6 por ciento de las encomiendas de Tragsa. Los datos indican que el peso económico, el tamaño y la complejidad técnica y temporal del encargo incidiría en la decisión de los poderes adjudicadores de encomiendas frente a operadores privados.