

CIRCULAR 2/2018, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, EN RELACIÓN CON LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN A MEDIOS PROPIOS

Con la aprobación Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), cuya entrada en vigor se espera a partir del próximo 9 de marzo, se ha modificado de manera significativa la regulación del llamado medio propio de la Administración, reforzando las exigencias que deben cumplir estas entidades.

A su vez, también se han alterado alguno de los requisitos que en la norma anterior se establecían para poder llevar a cabo encargos a estos medios propios, requisitos que deben concurrir para que en la contratación pública y por aplicación de la doctrina sobre la contratación in-house, la licitación pública no sea obligatoria. El objetivo de la norma no es otro que evitar adjudicaciones directas a dichos medios propios que puedan menoscabar el principio de libre competencia.

La Intervención General emitió la Circular 2/2017 con el fin fundamental de ordenar el procedimiento de tramitación de los encargos de ejecución y tratar diversas cuestiones que habían sido objeto de controversia de manera que, por una parte, el centro gestor tuviera claras las pautas a seguir y los criterios de este centro directivo en relación a los encargos de ejecución y por otra, se procuraba la actuación homogénea en el ejercicio de la función interventora por parte de todas las Intervenciones Delegadas.

Sin embargo, los cambios normativos en el régimen jurídico de los encargos una vez entre en vigor la nueva ley 9/2017 obligan a realizar un ejercicio de revisión recogiendo de nuevo las cuestiones que afectan a estas operaciones, por lo que se ha estimado oportuno emitir una nueva circular quedando sin efecto, como es lógico, la publicada en el año 2017 en el momento en el que quede derogada la normativa a la que hace referencia.

1.- CONCEPTO DE ENCARGO Y REGULACIÓN JURÍDICA

El encargo de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, denominado habitualmente “encargo de ejecución” o simplemente “encargo”, es un negocio jurídico que tiene su amparo en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), cuya entrada en vigor está prevista para el día 9 de marzo de 2018.

La norma excluye de su ámbito de aplicación los encargos que realice un poder adjudicador a una entidad que tenga la condición de medio propio, aunque el contenido del encargo sea la efectiva contratación de obras, suministros y servicios por lo que se trata de una excepción a la aplicación de la normativa general en materia de contratación pública.

En esta misma materia, conviene recordar que la disposición adicional decimotercera del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, regula los encargos de ejecución a empresas públicas y los define de la siguiente manera:

“Decimotercera.- Encargos de ejecución a empresas públicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ley califica los encargos como un sistema de «cooperación pública vertical» de las entidades del sector público, que se añade a las posibilidades de «cooperación pública horizontal» entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios de colaboración.

Una de las novedades de la Ley reside en la posibilidad de que el medio propio realice encargos al poder adjudicador que la controla, así como a otra persona jurídica controlada, directamente o indirectamente, por ese poder adjudicador. La única exigencia en este caso es que no exista capital privado en la persona jurídica a la que se realiza el encargo.

Otras variaciones importantes que recoge la nueva Ley en relación con los encargos de ejecución son:

- a) la posibilidad de interponer el recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos contra la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales
- b) la obligación de publicar en el perfil del contratante la formalización de los encargos a medios propios de importe superior a 50.000 euros y la publicación, al menos trimestral, de todos los de importe superior a 5.000 euros. En la información a publicar se debe incluir, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.

1.1.- El medio propio

Puede ser medio propio de un poder adjudicador cualquier persona jurídica, ya sea de derecho público o de derecho privado, que cumpla todos los requisitos que el artículo 32 de la LCSP exige:

- que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que se tiene sobre sus propios servicios. La Ley entiende que concurre este requisito cuando el poder adjudicador «ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada», esto es, una dirección efectiva de sus asuntos. En la práctica, los encargos deben ser de ejecución obligatoria para el medio propio por así establecerlo los estatutos -o el acto de su creación- de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.
- ha de realizar la parte esencial de su actividad para la Administración de la que es medio propio de modo que, al menos el 80 por ciento de sus actividades se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo o por otras personas jurídicas controladas por éste. A sensu contrario, solo el 20% de su actividad se puede llevar a cabo con operadores privados en el mercado.
- en el caso de sociedades u otras personas jurídicas de carácter privado, su capital o patrimonio debe ser íntegramente público.
- la condición de medio propio respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación,

previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.
- b) Verificación de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

En el caso de que una entidad sea medio propio de varios poderes adjudicadores, los requisitos expuestos anteriormente han de cumplirse respecto de todos los poderes adjudicadores. En especial, en los órganos decisorios del medio propio deben estar representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo una persona representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos. La ley además exige que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos

1.2. Tarifas

La Ley establece que la retribución por las prestaciones objeto de los encargos se ha de fijar por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen. Aunque no se trata de un nuevo precepto, lo cierto es que en nuestra Administración no hay casi medios propios que cuenten con tarifas aprobadas. Por ello, se hace imprescindible que se aprueben a la mayor brevedad, teniendo en cuenta que han de reflejar los costes reales de realización del encargo por el medio propio (tanto directos como indirectos) sin que se puedan añadir otros conceptos tales como el beneficio industrial.

2.- REGIMEN DE FISCALIZACIÓN

Los expedientes de encargos de ejecución no se encuentran incluidos en el Acuerdo del Gobierno de Aragón, de 27 de mayo de 2014, por el que se determinan los expedientes a los que resulta de aplicación el régimen especial de intervención previa de requisitos esenciales por lo que su régimen de fiscalización es previa plena.

Al tratarse de un negocio excluido de la Ley de Contratos del Sector Público, no procede la exención de fiscalización previa, únicamente prevista para los contratos menores.

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

3.- CONTENIDO DEL EXPEDIENTE PARA SU FISCALIZACIÓN PREVIA

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

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

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

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

Hay que señalar que, como ya ha indicado en diversas ocasiones este Centro, la determinación del órgano que tiene atribuida la competencia para llevar a cabo una actuación es un factor fundamental en la elección de la figura jurídica del encargo de ejecución, por lo que es necesario que las competencias estén perfectamente delimitadas en las normas organizativas que las distribuyan o en sus normas de creación, de modo que no se produzcan dudas acerca de la titularidad o atribución de una función.

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

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

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

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

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

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

3.3.1 El objeto del encargo:

- a) Ha de expresarse claramente, indicando la actividad o actividades que se encarguen y evitando expresiones de carácter general. Deberá ser concreto, preciso y determinado de forma que se pueda identificar fácilmente la prestación a realizar.
- b) Puede ser objeto de un encargo cualquier prestación propia de los contratos administrativos. En este sentido hay que apuntar que a pesar de que el artículo 32 de la LCSP incluye los suministros como un posible objeto de encargo, en la actualidad nuestra Comunidad Autónoma no dispone de medios propios que fabriquen ningún tipo de bien, por lo que no será posible encargar dicha prestación. Por otra parte, se recuerda que la norma autonómica que se ha citado anteriormente impide que se encargue a un medio propio la contratación de un suministro, es decir, la mera licitación del suministro. Esto último no significa que la entidad pública que realiza el encargo no pueda aprovisionarse de ningún suministro para llevar a cabo la prestación, sino que el objeto del encargo, en sí mismo, no debe consistir en la contratación de un suministro.
- c) Por otra parte, ninguna norma de carácter general impide que haya múltiples objetos en un único encargo, siempre que estén incluidos en el ámbito de actuación de la entidad pública y no sean incompatibles entre sí.
- d) En ningún caso la ejecución del encargo podrá suponer el ejercicio de potestades administrativas. Ello es así porque el propio Estatuto Básico del Empleado Público reserva a los funcionarios públicos el “ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”. Uno de los matices que ha señalado la jurisprudencia para interpretar a qué funciones se refiere la norma cuando menciona que implican “el ejercicio de potestades públicas o de autoridad” es que tengan efectos jurídicos concretos sobre terceros, esto es, que tengan una “directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho”. Es por ello, que existen ciertas funciones que en ningún caso deben ser objeto de contratación externa (la potestad reglamentaria, la potestad sancionadora, la inspección tributaria, por poner algunos ejemplos) si bien siempre es posible que se encarguen actividades meramente auxiliares, de apoyo logístico, informático o técnicas para colaborar o asistir a los funcionarios en el ejercicio de estas funciones.

3.3.2 Condiciones del encargo

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

- a) Plazo de realización de la prestación y posibilidad de prórroga. El inicio de la prestación siempre ha de producirse una vez formalizado el encargo. En cuanto a la prórroga, ésta deberá realizarse antes de que finalice el plazo de ejecución y habrá de ser autorizada por el mismo órgano que autorizó el encargo.
- b) Posibilidad de modificación del encargo. Durante el plazo de vigencia del encargo, éste podrá modificarse por causas de interés público y siempre que se justifique que con dicha modificación el encargo se realiza de forma más eficaz y eficiente. Cualquier modificación deberá ser previamente fiscalizada y autorizada por el órgano que lo autorizó inicialmente.
- c) Régimen de pagos y anticipos. En el encargo se ha de prever la periodicidad para realizar los pagos que, con carácter general deberán producirse conforme a la prestación efectivamente realizada. En el caso de los encargos a empresas públicas, podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad.
- d) Comprobación material de la inversión. En el caso de que el objeto del encargo consista en la realización de una obra o un bien de carácter inmovilizado, el documento del encargo deberá incluir la necesidad de realizar el acto de comprobación de la inversión, en los mismos términos y condiciones que los contratos administrativos.
- e) Designación del Director del encargo. En el documento del encargo se ha de designar al Director del encargo, funcionario del correspondiente departamento que será el encargado de dirigir, supervisar y vigilar que la ejecución del trabajo se realice según lo previsto en los pliegos o memorias y de acuerdo con el interés de la Administración. Asume la función de representante de la Administración sin perjuicio de que pueda ser asistido por otro personal público que colabore en las tareas de Dirección.

3.3.3. Memoria técnica o prescripciones técnicas:

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

Hay que tener en cuenta que el adecuado seguimiento y control de la ejecución del encargo no es posible si no se dispone de unas concretas prescripciones técnicas que permitan determinar si el trabajo se ha llevado a cabo de manera satisfactoria conforme a lo exigido en el momento de su formalización.

3.3.4. Valoración económica

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

La valoración se ha de realizar mediante la aplicación de **tarifas** aprobadas por la entidad de la que dependa, basándose en los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio o, en su defecto, por referencia a los costes reales de realización de la prestación en la parte contratada con medios externos. Esto supone que ya en el presupuesto se deben incluir todos los costes, directos o indirectos, que va a soportar el medio propio sin que se pueda permitir la inclusión de epígrafes de beneficio o de costes generales adicionales.

En este documento se ha de indicar si el medio propio necesita contratar prestaciones parciales con terceros y, en su caso, la correspondiente valoración económica. El importe de estas contrataciones no podrá exceder del 50 por ciento de la cuantía del encargo excepto en los siguientes casos:

- a) Contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios.
- b) Cuando la gestión de un servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin o mediante una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

3.4.- Documentos de aprobación del gasto y el encargo

- Propuesta de orden del titular del Departamento (u órgano en el que tenga delegada la competencia) por la que se aprueba el gasto y el encargo.
- Además de esta Orden, en caso de que su ejecución comprometa presupuesto de años posteriores, se debe incluir autorización del gasto plurianual o tramitación anticipada.
- En caso de que el encargo requiera la autorización del Gobierno, propuesta de acuerdo del Gobierno (cuando deba autorizar el gasto plurianual el Gobierno, se puede incluir en la misma propuesta dicha autorización)

3.5.- Documento contable en fase de propuesta.

El documento contable del ejercicio corriente es el modo de acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto. En el caso de los encargos de ejecución, al autorizar y comprometer el crédito en un solo acto, debe utilizarse el documento AD (autorización disposición de crédito)

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

4.- **ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA SER MEDIO PROPIO**

Como se ha explicado en el apartado 1.1, para ser medio propio de un poder adjudicador se han de cumplir todos los requisitos que se establecen en el artículo 32 de la Ley. Por ello, con

carácter previo a la tramitación de cualquier encargo se deberá acreditar el cumplimiento de los mismos.

La verificación del cumplimiento de los requisitos se realizará en la Intervención Delegada del Departamento al que se encuentra adscrito el medio propio y para ello se deberá enviar por correo electrónico la siguiente documentación relativa al medio propio:

4.1.- Estatutos de la entidad en los que queden determinadas, al menos, las siguientes cuestiones:

- a) poder/es adjudicador/es respecto del cual (o de los cuales) tiene esa condición
- b) mención expresa de la obligación de ejecutar los encargos que éstos realicen de manera unilateral
- c) el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir.
- d) la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

4. 2.- Memoria de las Cuentas Anuales del ejercicio 2017 en la que se refleje que se cumple el porcentaje mínimo de actividades que el medio propio lleva a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

En el caso de que las cuentas del año 2017 hayan sido verificadas por el auditor, se enviará también el informe de auditoría. En caso de que la entidad no haya sometido sus cuentas a auditoría financiera, deberá enviar un certificado del responsable financiero de la entidad en el que se indique el volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

El cumplimiento de este requisito en ejercicios posteriores se comprobará de oficio en la Intervención General, antes del 30 de junio respecto de las cuentas del ejercicio inmediatamente anterior, en el momento de la rendición de cuentas de cada una de las entidades.

4.3.- En el caso de sociedades mercantiles u otras personas jurídicas privadas, la acreditación de que el capital o patrimonio sea íntegramente público se efectuará de oficio por la Intervención General mediante la consulta de datos en el Inventario de Entes de la Comunidad Autónoma.

4.4.- Por último, se recuerda que, para poder llevar a cabo encargos, el medio propio debe disponer de tarifas, aprobadas por la Entidad Pública de la que depende (en nuestra Comunidad Autónoma se aprueban por el Gobierno de Aragón), por lo que se deberá acreditar la existencia y aprobación de las mismas.

5.- OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN

5.1.- La cesión ilegal de trabajadores:

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

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

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

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

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

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

- Por una parte, el objeto del encargo debe ser la ejecución integral de una prestación (o varias) y ésta ha de ser autónoma con relación a la actividad de la Administración, es decir, se debe realizar de manera independiente del resto de la

actividad administrativa.

- En la medida de lo posible, los trabajadores del medio propio han de realizar su cometido en sus instalaciones propias. Esta circunstancia por sí misma no acredita que con el encargo se lleve a cabo una cesión ilegal de trabajadores; hay que tener en cuenta que, en algunas ocasiones, y dependiendo del contenido del encargo, es inevitable que sea necesario que los trabajadores del medio propio lleven a cabo su trabajo en dependencias de la Administración, pero ha de evitarse en aquellos casos en los que no es imprescindible.
- El encargo debe incluir la aportación de funciones de organización e iniciativa para garantizar el cumplimiento del mismo. La organización de los trabajadores y el modo de ejecutar la prestación deben ser siempre ejercidos por el medio propio, así como la determinación de vacaciones, jornada y horario.
- La Administración no puede ejercer ninguna tarea de dirección o control de manera directa sobre el trabajador del medio propio. El trabajador siempre debe estar fuera de la cadena de mando de la Administración y debe responder únicamente a la organización de su empresa. La interposición de la figura de un director del encargo o la existencia de un coordinador por parte del medio propio, si bien es condición necesaria, no es garantía de que se cumpla esta condición.
- No hay que confundir el incumplimiento de las cuestiones que se han puesto de manifiesto en los dos párrafos anteriores con las funciones que se deben encomendar al Director del encargo. Como se ha indicado anteriormente, este debe ser un funcionario del Departamento encargado de dirigir, supervisar y vigilar que la ejecución del servicio se realice según lo previsto en los pliegos y de acuerdo con el interés de la Administración. Como en el caso de la contratación administrativa, es el que recibe el programa de trabajo que facilita el medio propio, el que da las instrucciones al representante de la empresa y el que asume la función de representante de la Administración. Ello no obsta para que el Director pueda servirse de otros funcionarios que le ayuden en sus tareas y que puedan mantener relación o comunicación con los trabajadores del medio propio, siempre con el objeto de garantizar la adecuada ejecución de la prestación y sin apartarse de las tareas de dirección, control y supervisión que les corresponden.
- En todo caso y para evitar cualquier duda en ese sentido, no se fiscalizarán de conformidad encargos en los que se contrata personal emplazándose este personal en instalaciones de la Administración y realizando tareas o actividades iguales o similares a las que realizan los funcionarios públicos con quienes trabajan. De esta situación podría inferirse que el empleado del medio propio forma parte del organigrama o estructura de la Administración.

5.2.- El impuesto de valor añadido

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

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

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

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

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

- a) Telecomunicaciones.
- b) Distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía.
- c) Transportes de personas y bienes.
- d) Servicios portuarios y aeroportuarios y explotación de infraestructuras ferroviarias incluyendo, a estos efectos, las concesiones y autorizaciones exceptuadas de la no sujeción del Impuesto por el número 9.º siguiente.
- e) Obtención, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior.
- f) Intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos.
- g) Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial. h) Almacenaje y depósito.
- i) Las de oficinas comerciales de publicidad.
- j) Explotación de cantinas y comedores de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares.
- k) Las de agencias de viajes.
- l) Las comerciales o mercantiles de los Entes públicos de radio y televisión, incluidas las relativas a la cesión del uso de sus instalaciones. A estos efectos se considerarán comerciales o mercantiles en todo caso aquellas que generen o sean susceptibles de generar ingresos de publicidad no provenientes del sector público.
- m) Las de matadero.»

Por tanto, según la modificación introducida en el artículo 7. 8º de la Ley del IVA, los servicios prestados en virtud de encargos de ejecución (excepto cuando la encomienda tenga por objeto la realización de alguna de las actividades enumeradas en las letras a') a m') de ese mismo artículo) no estarán sujetos a dicho impuesto.

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

6.- ESPECIAL REFERENCIA A LA TRAMITACIÓN MASIVA DE EXPEDIENTES

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

Hay que tener en cuenta que una buena parte de los encargos se repiten de manera sistemática año tras año, por lo cual sería muy recomendable una planificación ordenada de todos ellos para encargar la actividad de manera global. También, en la medida de lo posible, sería adecuado replantear los plazos de ejecución de modo que tengan una vigencia superior al año.

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

LA INTERVENTORA GENERAL

Ana Gómez Barrionuevo

**SECRETARIOS GENERALES Y SECRETARIOS GENERALES TÉCNICOS DE LA
ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

**INTERVENTORES DELEGADOS Y JEFES DE SERVICIO DE LA INTERVENCIÓN
GENERAL**