

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Introducción2. Delimitación conceptual3. Régimen de los contratos que celebre la entidad que merezca la consideración de medio propio, en ejecución del encargo4. Procedimientos de auditoría en la entidad medio propio personificado5. Procedimientos de auditoría en la entidad que acuerda el encargo |
|---|

1. Introducción

En el libro primero 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 (LCSP), relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos (artículos 28 a 114), derivado de la jurisprudencia del Derecho de la Unión Europea, entre otras, la STJUE de 19 de abril de 2007 (asunto C-295/05) TRAGSA, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «**encargos a medios propios personificados**». Así, nos encontramos con los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

En la LCSP, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad. El cumplimiento efectivo de este último requisito debe quedar reflejado en la Memoria integrante de las cuentas anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

2. Delimitación conceptual

Hay que diferenciar entre el encargo a medios propios personificados, al que se refieren los artículos 32 y 33 de la LCSP (encargo), y la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El artículo 30 LCSP recoge la tradicional ejecución directa por la Administración pública con medios propios personificados. El artículo 31 distingue entre cooperación vertical y cooperación horizontal como diferentes técnicas jurídico-administrativas con base en su potestad organizativa. El régimen jurídico aplicable a la colaboración entre entes del sector público, previa celebración del correspondiente convenio, se regula en los artículos 6.1 y 31.1 b) LCSP. Y la regulación de los encargos a medios propios personificados se encuentra en los artículos 32 y 33 LCSP.

2.1 El encargo a medios propios personificados

Los encargos a medios propios personificados son una forma de cooperación pública de naturaleza instrumental y no contractual, si bien persiguen relaciones de contenido materialmente contractual, esto es, la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica.

Esta figura constituye una excepción a los principios que rigen la contratación pública recogidos en el artículo 1 LCSP de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores...y principio de integridad. Su utilización conlleva el estricto cumplimiento de unas exigencias legales, que han de interpretarse de manera restrictiva, especialmente por cuanto suponen una forma de adjudicación directa que podría perjudicar la libre competencia. Para que dicha excepción al ámbito de aplicación general de la LCSP resulte conforme a Derecho es necesario que las entidades encomendatarias cumplan una serie de requisitos, entre ellos que sean consideradas medios propios y servicios técnicos de la entidad que aprueba el encargo, la justificación suficiente del encargo y que el objeto del mismo se adecúe al objeto social de la encomendataria.¹

2.1.1 Requisitos de los encargos realizados por un poder adjudicador (artículo 32.2 de la LCSP)

Cuando el encargo lo realiza un poder adjudicador, hay que tener en cuenta la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- 1) Que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

Este requisito exige tener en cuenta los condicionantes siguientes:

- En todo caso, se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de

¹ En este sentido, cabe citar la Resolución nº 120/2019, de 18 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que anula un encargo efectuado a TRAGSA por la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat, por falta de justificación suficiente del encargo y por falta de adecuación del objeto del encargo con el objeto social de la encomendataria. De la citada Resolución se extrae lo siguiente:

- La administración autonómica acudió a esta figura excepcional de encargo a medios propios alegando que quedó desierto en un previo procedimiento de adjudicación mediante licitación pública referido a un contrato de servicios de redacción proyecto de obra y su dirección de obras, sin embargo, el objeto del posterior encargo consistía en un contrato mixto de servicios y de ejecución de obras por un importe muy superior, es decir, el objeto del previo contrato licitado que quedó desierto no coincidía con el objeto del posterior encargo.
- Tampoco se justificó suficientemente los motivos del encargo por "razones de seguridad pública" pues el TACRC reprocha la falta de entidad suficiente de los motivos alegados de "seguridad pública y de urgencia" de la actuación a acometer en el edificio en cuestión, lo que se podría haber solventado acudiendo a una licitación pública siguiendo los trámites del procedimiento de urgencia, negociado sin publicidad por razones de urgencia o, en su caso, de emergencia, ejecutando las actuaciones imprescindibles para evitar los daños derivados de riesgos inminentes.
- En cuanto al objeto social del medio propio TRAGSA concluye que solo cabe realizar una interpretación restrictiva del mismo y por tal motivo considera que si "el legislador ha querido establecer excepciones a dicho ámbito rural, lo ha hecho expresamente. Dicho de otro modo, la posibilidad de que TRAGSA ejecute obras en zonas o núcleos urbanos es un supuesto de tal singularidad y trascendencia (dada la vinculación legal de TRAGSA a las actuaciones en el entorno rural) que, de haber estado presente en la mente del legislador, debería haber sido recogido expresamente en la extensa y minuciosa relaciones de funciones de la disposición adicional cuarta de la LECSP, que ninguna mención expresa contiene al respecto".

creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que pueda realizar el encargo.

- La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.
 - Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.
- 2) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.
 - 3) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
 - 4) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de las condiciones que se señalan en el artículo 32.2.d), puntos 1º y 2º, de la LCSP.

El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos señalados, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución (artículo 32.5 LCSP).

Los encargos no tienen la consideración de contrato, y deberán cumplir las siguientes normas:

- 1) El medio propio deberá haber publicado su condición de medio propio personificado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o la que corresponda; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.
- 2) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o la que corresponda, en los supuestos previsto en el artículo 32.6 de la LCSP. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

Cabe destacar que al medio propio se le prohíbe concurrir a licitaciones del poder adjudicador que le pueda conferir los encargos.

Por otra parte, el artículo 9.1 a) de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, establece que deben publicarse en la página web del poder adjudicador los encargos a medios propios formalizados y sus prórrogas u otras variaciones.

2.1.2 Medios propios de dos o más poderes adjudicadores

El artículo 32.4 de la LCSP regula los requisitos necesarios que debe cumplir una persona jurídica, de derecho público o de derecho privado, para que tenga la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí. A tal efecto, adapta los requisitos enunciados en el apartado A) del presente documento a la situación de pluralidad de poderes adjudicadores que puede conferir encargos a un misma persona jurídica.

2.1.3 Requisitos de los encargos realizados por entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador (artículo 33.2 de la LCSP)

Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no sea poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- 1) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio², sobre el ente destinatario del mismo.
- 2) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.
- 3) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

Es de notar que, en el caso de los encargos realizados por poderes adjudicadores, se exige legalmente que la compensación sea tarifaria (artículo 32.1 LCSP), mientras que cuando se trata de encargos conferidos por entidades del sector público que no son poderes adjudicadores la expresión legal se limita a exigir una compensación (artículo 33.1 LCSP).

2.2 La encomienda de gestión

Las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 11 de la Ley 40/2015 tienen como ámbito propio aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de contratación pública y no guardan relación con ella. Es necesario que el acuerdo de encomienda de gestión sea publicado, como requisito de eficacia, en el Diario Oficial correspondiente.

El citado precepto describe la encomienda de gestión como un encargo para la realización de actividades materiales que recibe un tercero del órgano competente para llevarlas a cabo y motivado, exclusivamente, por la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias, que se resumen en la primera: la eficacia; pues la otra, la falta de los medios técnicos idóneos para llevar a cabo esas actividades materiales, podría subsumirse en aquélla. A continuación, el precepto vincula su distinta formalización –acuerdos, convenios– a la pertenencia de ambas partes a la misma o distinta Administración. En todo caso, cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la

² Art. 42.

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. A través de la encomienda de gestión, el órgano administrativo o entidad de derecho público competente atribuye a otro órgano o entidad de la misma naturaleza facultades para participar en el ejercicio de sus competencias realizando actividades de carácter material, técnico o de servicio. Por tanto, la encomienda, desde una perspectiva administrativa, no es sino una figura instrumental dirigida a facilitar la realización de determinadas y concretas actividades de gestión (materiales, técnicas o de servicios) necesarias para un mejor desarrollo de la competencia atribuida al órgano correspondiente.

2.3 Diferencia entre encargos a medios propios y encomiendas de gestión

A veces, puede ser problemático diferenciar los encargos a medios propios personificados de las encomiendas de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En relación con lo anterior, cabe destacar que dicho problema ya se planteaba cuando estaban en vigor la Ley 30/1992, que regulaba las encomiendas en su artículo 15, y la anterior Ley de Contratos del Sector Público. Para aclarar la cuestión, la Abogacía del Estado, en la Circular 6/2009, señaló que debía considerarse aplicable el art. 15 de la norma legal citada a las actuaciones que no sean materialmente contractuales, es decir, que no tengan por objeto la ejecución de obras, realización de suministros o prestación de servicios a cambio de una contraprestación dineraria³.

Por su parte, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Informe 6/2009, de fecha 30 de marzo de 2010, declaró que “el encargo de gestión regulado en los artículos 4.1 n y 24.6 de la LCSP es una relación de contenido materialmente contractual (ejecución de una obra, realización de un suministro o prestación de un servicio a cambio de un precio), pero que constituye una excepción a las reglas de las Directivas comunitarias en materia de contratación”.

Esta doctrina ha sido ratificada por la nueva LCSP, que prevé la existencia de una compensación a cambio de la ejecución del encargo (artículos 32.1 y 33.1 LCSP), en coherencia con lo dispuesto en el artículo 2.1 LCSP, que caracteriza con la nota de onerosidad los contratos sujetos a la misma que celebren las entidades del sector público.

Debe señalarse que el artículo 9.1 a) de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, requiere publicar en la página web de la entidad: *“Las encomiendas de gestión suscritas, y su texto íntegro. Cuando no sea posible publicarlas en su integridad por razones de confidencialidad, se indicará su objeto, presupuesto, duración, obligaciones,*

3 De la Circular 6/2009, de la Abogacía del Estado, sobre la interpretación del artículo 15 de la entonces vigente ley 30/1992, de 26 de noviembre, extraemos lo siguiente:

“Siendo el contenido o ámbito propio y exclusivo de la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP las relaciones materialmente contractuales, es decir, relaciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, ha de entenderse modificado por dichos preceptos legales el artículo 15 de la LRJ-PAC en el sentido de que, si bien este último precepto comprendía inicialmente, como se ha razonado, tanto actuaciones o actividades ajenas a la legislación de contratación pública como actuaciones o actividades constitutivas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios, tras la promulgación de la LCSP (y lo mismo podría decirse tras la reforma introducida en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo), el artículo 15 de la LRJ-PAC ha quedado limitado en su contenido a las actuaciones o actividades ajenas a la legislación sobre contratación pública, sin que, por tanto, las encomiendas de gestión a que se refiere este último precepto legal puedan tener por objeto actuaciones consistentes en la ejecución de obras, realización de suministros o prestación de servicios a cambio de una contraprestación dineraria, es decir, sin que puedan tener por objeto relaciones materialmente contractuales, y ello en razón de la doctrina de la *lex posterior* como principio rector de la resolución de conflictos entre normas jurídicas (...).”

y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación y su importe”.

2.4 El requisito de ejecución de la parte esencial de la actividad del medio propio en ejercicio de los cometidos conferidos por la entidad que confiere la encomienda

En relación con este requisito, ante la falta de un desarrollo reglamentario que clarifique su aplicación, se ha dictado la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la LCSP en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

A nivel normativo, hay que destacar las exigencias siguientes [artículos 31.2.b) y 33.2.c) de la LCSP]:

- Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.
- A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del 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.
- Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.
- El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas. La obligación de información se articula mediante su reflejo en una nota a incluir en la Memoria.

A partir de estas normas, la referida Circular contiene una interpretación, en esencia, de los siguientes aspectos:

- Las cuentas anuales elaboradas sobre el ejercicio 2018 serán las primeras en las que existe la obligatoriedad de revelar información en la memoria respecto al cumplimiento del requisito de actividad y, por ende, las primeras cuentas anuales sobre las que el auditor deberá verificar la misma.
- El requisito de la actividad ha de estar relacionado con acciones realizadas en virtud de los encargos (prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación), siendo justificable tener en cuenta aquellas otras que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico. Se excluirán para el cómputo del 80% las cantidades que deriven del ejercicio de la función pública atribuida a la entidad que ejecuta el encargo.

- Magnitudes a considerar en relación con el indicador seleccionado por el medio propio para medir la actividad:
 - Si el indicador elegido es el promedio del volumen global de negocios, es una expresión numérica que se deducirá de las cuentas anuales de la entidad. En el numerador del indicador deberá incluirse el importe correspondiente a los encargos recibidos. En el denominador del indicador deberán incluirse las ventas y otros ingresos de la actividad mercantil (contabilidad privada) o las ventas netas y prestaciones de servicios (contabilidad pública), las subvenciones a la explotación y aquellos otros ingresos de gestión ordinaria que guarden relación directa con la actividad de la entidad.
 - Si el indicador elegido toma la consideración de los gastos, deberán tenerse en cuenta los gastos soportados por los servicios prestados a la entidad que haya conferido el encargo, en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado.
 - Si se elige otro indicador alternativo de actividad: el auditor deberá analizar de manera concreta si el indicador elegido puede considerarse fiable y medible y, en última instancia, permite acreditar que el porcentaje del 80% es la parte esencial de la actividad que el medio propio realiza para el poder adjudicador.
- Fiabilidad y medición del indicador elegido: el indicador elegido por el medio propio debe ser fiable y razonable, cuantificable y contrastable y, en todo caso, en la valoración de la razonabilidad deberá atenderse a que el indicador elegido esté asociado a la actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, y no a resultados u otra magnitud. El cálculo debe estar soportado en los sistemas o registros contables y/o auxiliares que permitan validar el mismo.
- Temporalidad del indicador promedio: la ley determina la referencia a los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo. Sin embargo, más que un encargo específico, parece razonable tomar en consideración el momento temporal al que se refieren los estados financieros para considerar el promedio de los tres ejercicios anteriores.

3. Régimen de los contratos que celebre la entidad que merezca la consideración de medio propio, en ejecución del encargo

A los negocios jurídicos que los entes destinatarios celebren en ejecución del encargo, se les aplicarán distintas reglas, según se trate de encargos realizados por poderes adjudicadores o no.

3.1 Contratos en ejecución de encargos realizados por poderes adjudicadores

En el caso de los encargos realizados por poderes adjudicadores, se tendrán en cuenta las normas siguientes (artículo 32.7 LCSP modificado por Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado):

- 1) El contrato quedará sometido a la LCSP, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el título I del libro tercero de la LCSP.
- 2) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.

3.2 Contratos en ejecución de encargos realizados por entidades que no sean poderes adjudicadores

En el caso de encargos realizados por entidades que no sean poderes adjudicadores (artículo 33 LCSP), la LCSP no concreta el régimen aplicable a los negocios jurídicos que celebre el ente destinatario del encargo para llevar a cabo su ejecución.

Aunque la LCSP no lo dice expresamente, cabe sobreentender que el medio propio contratará de acuerdo con la normativa que le sea aplicable, en función de que merezca o no la consideración de poder adjudicador.

Tampoco dice la LCSP, en este caso, que el importe de las prestaciones que el medio propio personificado pueda contratar con terceros no deba exceder del 50 por ciento de la cuantía del encargo.

Ante este silencio legal, cabe señalar, en primer lugar, que el preámbulo de la LCSP se refiere de manera general a la exigencia de que el medio propio personificado cuente con medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en un Informe nº 65/07, de 29 de enero de 2009, da por supuesto que el medio propio deberá contar con medios idóneos para ejecutar el contrato. Así, para la Junta *“habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”*.

Asimismo, en la Guía sobre contratación pública y competencia, de la Comisión Nacional de la Competencia de 2011 (apartado 2.2), se advierte expresamente que *“dada la amplitud con la que se formulan los requisitos para ser medio propio, la encomienda puede convertirse en un instrumento para eludir la concurrencia en situaciones en que ésta podría asegurar una provisión satisfactoria de los bienes y servicios correspondientes a precios más baratos. Por tanto, para evitar extralimitaciones en el recurso a medios propios y minimizar este riesgo se recomienda: a) Valorar, con carácter previo, en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio, como a la hora de encargarle a los ya existentes encomiendas de gestión. Las encomiendas deberían evitarse cuando los bienes y servicios en cuestión puedan ser provistos en el mercado en la misma medida a precios inferiores como consecuencia de procesos competitivos. b) Valorar en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. Sin perjuicio de que esta posibilidad está reconocida en el TRLCSP, que contempla la extensión de la aplicación de determinados aspectos de la contratación pública a estas subcontrataciones, desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los*

recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por la encomienda y realizar la licitación de la prestación”.

Existen, por tanto, razones suficientes para entender que **el medio propio debe disponer de medios idóneos, personales y materiales, para ejecutar el encargo.**

Una vez sentado lo anterior, cabe preguntarse, de una manera más concreta, si resulta aplicable a los encargos realizados por entidades que no sean poderes adjudicadores el límite del 50% a la contratación con terceros que puede realizar el medio propio para ejecutar el encargo.

La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, pues –como señala la Abogacía General del Estado en su informe de 30 de mayo de 2018– *“la concreta limitación a la contratación con terceros de prestaciones parciales del encargo, prevista en el artículo 32.7.b) de la LCSP, parte de la premisa, consustancial a la noción del medio propio, de que éste dispone de medios materiales o personales suficientes y adecuados para ejecutar el encargo. Si la normativa aplicable (comunitaria y española) permite no convocar una licitación y, en su lugar, efectuar un encargo directo a un medio propio, obviando los principios de publicidad y concurrencia, ello es porque la Administración o entidad contratante dispone de un medio propio o servicio técnico ad hoc con el que puede (por disponer éste de medios materiales y personales adecuados e idóneos) satisfacer directamente las necesidades de interés general que subyacen en la contratación. Sería contrario no sólo a los principios de igualdad y concurrencia, sino también al propio concepto de medio propio adjudicar directamente un encargo a una entidad que, por carecer de medios personales y materiales suficientes para dar cumplimiento a los encargos que reciba, tenga que contratar la mayor parte de las prestaciones que conforman el encargo con terceros. Como se indicó en el informe de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 13/12, de 27 de diciembre de 2012, para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear la figura, a saber: que ese medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. En nuestro caso, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación, exigencia que, como ha quedado expuesto, ha positivado también el artículo 86.2 de la LRJSP”.*

Finalmente, cabe señalar, por lo que se refiere al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que no resulta aplicable a los encargos a medios propios realizados por entidades que no sean poderes adjudicadores la regla de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido prevista en el artículo 7.8º.C) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

4. Procedimientos de auditoría en la entidad medio propio personificado

4.1 Planificación

1. Memoria de planificación. Incluirá toda la información recopilada por el equipo de auditoría sobre la condición de medio propio de la entidad, el cumplimiento de los requisitos del artículo 32 de la LCSP (o del artículo 33, en su caso), y la actividad desarrollada durante el ejercicio objeto de fiscalización.
2. Solicitud a la entidad de toda la documentación necesaria para la fiscalización (ver apartado 4.2).
3. Solicitud a la entidad de la relación certificada de los encargos formalizados durante el ejercicio objeto de fiscalización.
4. Carta de manifestaciones. Incluir el siguiente texto: *“Se ha puesto a disposición de la Sindicatura de Comptes toda la documentación necesaria para evaluar la condición de medio propio y el cumplimiento de las prescripciones de los artículos 32 y 33 de la LCSP y que no hay riesgo (o si lo hay describirlo) de que pierda la condición de medio propio”.*

4.2 Ejecución de las pruebas de auditoría

5. Requisitos del medio propio. Comprobar que la entidad cumple todos los requisitos previstos en el apartado 2 del artículo 32 LCSP para ostentar la condición de medio propio:
 - a) Requisito de control análogo. Se entenderá cumplido si en los estatutos o norma de creación se establece que los encargos son de ejecución obligatoria.
 - b) Requisito de actividad esencial. Se verificará de acuerdo con las reglas contenidas en la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado⁴.
 - c) Requisito de capital público. Comprobar que la totalidad del capital o patrimonio es de titularidad pública. Verificar con los estatutos, norma de creación y cuentas anuales.
 - d) Requisito de condición de medio propio:
 - Figura en los estatutos o norma de creación.
 - Consta la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador.
 - Consta la verificación por la entidad de la que depende de que se dispone de los medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos. Existe un riesgo de que el ente instrumental, estando obligado a realizar los encargos, no cuente con los medios adecuados, abocándole a la subcontratación.
 - En cuanto a la forma de acreditar que el medio propio cuenta con medios materiales y necesarios para ejecutar el encargo, se tomarán como referencia las conclusiones provisionales del Informe de la Abogacía General del Estado de 30 de mayo de 2018⁵ y la Resolución de 16 de mayo de 2019 de la IGAE⁶:
 - ✓ El procedimiento de verificación se iniciará a solicitud de la entidad que pretenda ser considerada medio propio, que acompañará una memoria justificativa, a la que se atribuya la naturaleza de declaración responsable, y en la que se acreditará el cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP y 32 de la LCSP. El modelo de memoria y su contenido figuran en los anexos II y III de la Resolución de la IGAE.
 - ✓ Esa solicitud (declaración responsable) tiene que verificarse por la entidad pública de la que el medio propio vaya a depender o dependa.
 - Se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 86 de la Ley 40/2015 (LRJSP): opción más eficiente; razones de seguridad pública o de urgencia; memoria justificativa informada por la Intervención.
 - Se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (apartado 6.a) del artículo 32).
6. Encargos y contratos de ejecución. De la relación certificada de encargos formalizados, seleccionar una muestra significativa y comprobar para cada uno de ellos:
 - a) La formalización del encargo se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (apartado 6.b) del artículo 32) en los supuestos del artículo 63.6 (perfil de contratante).⁷

⁴ Accesible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1461/chk.43d6ee65bc193b380e9b53223c83b12c>

⁵ Accesible en: https://contratodeobras.com/images/Abogacia-AG_-informe-403_2018_interpretacion-32-y-33-LCSP.pdf

⁶ Accesible en: <http://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Resoluci%C3%B3n%20Instrucci%C3%B3n%20informe%20MP.pdf>

⁷ Los superiores a 50.000 euros. Los superiores a 5.000 euros al menos trimestralmente.

- b) Las prestaciones objeto del encargo están incluidas en el ámbito del objeto social del medio propio.
 - c) El encargo persigue relaciones de contenido materialmente contractual, a cambio de una contraprestación económica.
 - d) Se aplican las tarifas aprobadas por la entidad dominante, y que estas se calculan atendiendo a los costes reales (apartado 2.a) del artículo 32).
 - e) Si hay pagos anticipados, que se constituyen las garantías oportunas.
 - f) En caso de modificaciones del encargo, que están amparadas por informes jurídicos apropiados.
 - g) Los contratos celebrados para ejecutar el encargo se ajustan a la LCSP. Obtener la relación de los contratos que configuran el encargo y fiscalizar una muestra significativa.
 - h) Subcontratación. No puede exceder, salvo excepciones, del 50% (apartado 7.b) del artículo 32)⁸. Se comprobará a partir de la relación de los contratos que configuran el encargo.
 - i) Adecuada facturación de los encargos por el medio propio a la entidad encomendada.
 - j) Adecuada contabilización de la ejecución de los encargos y de sus contratos respectivos.
7. Encargos de entidades que no tengan la consideración de poder adjudicador. Se comprobará el cumplimiento de los requisitos del artículo 33 LCSP.

4.3 Informe

8. Para la fiscalización de cumplimiento, son aplicables las siguientes secciones del MFSC:
- MFSC-1731: Modelos y formatos de los informes de fiscalización
 - GPF-OCEX-4001: Las fiscalizaciones del cumplimiento de legalidad
 - GPF-OCEX-4320: Guía sobre la importancia relativa en las fiscalizaciones sobre el cumplimiento
 - GPF-OCEX-1735: Las recomendaciones y su seguimiento
9. En la auditoría financiera, se utilizará como referencia la *Nota Técnica de la ONA 1/2019 (apartado 4) sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas*⁹.

5. Procedimientos de auditoría en la entidad que acuerda el encargo

5.1 Planificación

1. Solicitud a la entidad de la relación certificada de los encargos formalizados durante el ejercicio objeto de fiscalización.
2. Comprobar la integridad de la relación facilitada por la entidad con ayuda de la contabilidad, el portal de transparencia y la plataforma de contratación.
3. Coordinar los procedimientos de auditoría con el equipo encargado de la fiscalización del medio propio, en su caso.

⁸ Este requisito, que se introdujo por las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, se justifica en la necesidad de que el medio propio disponga de medios suficientes y adecuados para ejecutar los encargos.

⁹ Accesible en: <http://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Paginas/NormasNotasTécnicas.aspx>

5.2 Ejecución de las pruebas de auditoría

4. Selección de la muestra. De la relación certificada de encargos formalizados en el ejercicio, seleccionar una muestra significativa y fundamentar los criterios de selección en el papel de trabajo.
5. Efectuar las siguientes comprobaciones sobre la muestra de encargos seleccionados:
 - a) Orden de inicio del expediente e informe de necesidad.
 - b) Informe del servicio jurídico y fiscalización de la Intervención.
 - c) Consideración de medio propio. Comprobar que la entidad cumple todos los requisitos previstos en el apartado 2 del artículo 32 LCSP para ostentar la condición de medio propio y se enumeran en el apartado 4.2 anterior. Coordinar, en su caso, con el equipo encargado de la fiscalización del medio propio.
 - d) En particular, comprobar que la memoria de las cuentas anuales del medio propio informa sobre el cumplimiento efectivo del requisito de actividad.
 - e) Las prestaciones objeto del encargo están incluidas en el ámbito del objeto social del medio propio.
 - f) El encargo persigue relaciones de contenido materialmente contractual, a cambio de una contraprestación económica.
 - g) Se aplican las tarifas aprobadas por la entidad dominante, y que estas se calculan atendiendo a los costes reales (apartado 2.a) del artículo 32).
 - h) La formalización del encargo se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (apartado 6.b) del artículo 32¹⁰, en los supuestos del artículo 63.6 (perfil de contratante)¹⁰. Y en la página web de la Entidad (artículo 9.1 d) de la ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana).
 - i) Si hay pagos anticipados, que se constituyen las garantías oportunas.
 - j) Adecuada facturación de los encargos por el medio propio a la entidad.
 - k) Adecuada contabilización de la ejecución de los encargos en la contabilidad presupuestaria y económico-patrimonial.
 - l) Adecuada ejecución del encargo. Acta de recepción.
 - m) En caso de modificaciones del encargo, que están amparadas por informes jurídicos apropiados.

5.3 Informe

6. Véase lo indicado en el apartado 4.3 de esta guía.

¹⁰ Los superiores a 50.000 euros. Los superiores a 5.000 euros al menos trimestralmente