

Una nueva visión sobre las encomiendas de gestión y los contratos públicos

Una vez más la Comisión Nacional de la Competencia muestra su afición por la contratación pública realizando un profundo estudio sobre la cada vez más utilizada técnica de la encomienda de gestión, emitiendo unas conclusiones y recomendaciones que constituyen una relevante aportación al ámbito de los negocios jurídicos públicos.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Tras un extenso y riguroso análisis de los medios propios y las encomiendas de gestión la todavía denominada Comisión Nacional de la Competencia (que dará paso en breve a la ya intitulada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) concluye que las encomiendas son instrumentos administrativos y pueden, en ocasiones, resultar pertinentes.

Sin embargo, el empleo de este instrumento, que entiende "*inherentemente restrictivo de la competencia*", sólo puede realizarse justificando tanto el correcto otorgamiento de la condición de medio propio a una entidad pública como el recurso a la encomienda de gestión en cada caso concreto.

Entendemos del mayor interés transcribir las relevantes recomendaciones que se efectúan para reducir el impacto negativo sobre la competencia que pueden tener las encomiendas de gestión que realizan las Administraciones Públicas a los medios propios, siempre con el objetivo de contribuir a mejorar la calidad de las decisiones públicas y a incentivar, de forma favorable a la competencia, una utilización más eficiente de los recursos presupuestarios en los procesos de aprovisionamiento de bienes y servicios en todas las esferas administrativas. Solo así sería reforzado el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos que deben regir el aprovisionamiento público, contribuyendo a mejorar la competitividad de la economía española y los objetivos generales de crecimiento y empleo.

La CNC estima que todo aquello que no vaya en dicha línea puede resultar atentatorio contra la competencia. Y de ahí su necesario examen sistemático, para lo que se dividen las citadas recomendaciones en cuatro bloques:

- I) propuestas de revisión y evaluación de la situación actual de los medios propios;
- II) propuestas de modificación de la normativa reguladora de los contratos del sector público;
- III) incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones administrativas en las encomiendas de gestión e
- IV) instrumentos de publicidad, control y centralización de la información.

Vayamos con un muy sucinto análisis de las mismas:

Primera. Procede la revisión y evaluación en todas las Administraciones Públicas de la situación de sus respectivos medios propios.

La CNC recomienda a cada Poder Adjudicador, en el marco de la normativa actual, la reevaluación del carácter de medio propio de sus entidades instrumentales actuales o futuras asegurando que cada entidad instrumental cumple, en la práctica y en sus Estatutos, los requisitos del verdadero carácter de medio propio indicados.

De lo contrario, procede eliminar la consideración administrativa de medio propio, sea de manera general o en relación con determinados poderes adjudicadores. Junto a ello hay que asegurar que el medio propio cumple los criterios de necesidad y proporcionalidad y que, en la práctica y en los estatutos, se aseguran la transparencia y la rendición de cuentas de cada uno de sus medios propios. Simultáneamente se debe garantizar que el otorgamiento ex novo del carácter de medio propio a una entidad instrumental, sea en su creación o con posterioridad a ella, se sujeta a las recomendaciones.

Segunda. Modificaciones de la normativa reguladora de los contratos del sector público.

En opinión de la CNC, la regulación actualmente contenida en el TRLCSP no exige suficientemente la justificación de la necesidad y la proporcionalidad de la existencia de estos instrumentos, por lo que dicho ejercicio debería realizarse con carácter de urgencia, con independencia de los plazos de transposición de las futuras Directivas comunitarias y la posible modificación de la normativa nacional recogida en la recomendación segunda de este informe. Por ejemplo, en el ámbito de la AGE, el actual proceso de racionalización de las Administraciones Públicas que está desarrollando el Gobierno podría proporcionar un marco adecuado para ello.

El proceso de reforma de las Directivas europeas de contratación pública, que afecta igualmente a las encomiendas de gestión o contratos *in-house*, junto a la necesidad de incrementar la competencia y la eficiencia de las Administraciones Públicas en España, configuran un contexto nacional y comunitario favorable para mejorar la regulación de estos instrumentos administrativos.

Se recomienda por ello al Gobierno, en ejercicio de su iniciativa legislativa y en su caso de su potestad reglamentaria, y al Legislador, que propicien una serie de cambios normativos destinados a favorecer la competencia regulando de la manera indicada a continuación a) los medios propios; b) el concepto de encomienda de gestión; c) la decisión de realizar una encomienda; d) la manera en que ésta es ejecutada y e) la delimitación regulatoria de los contratos públicos.

La incorporación de estas recomendaciones en el TRLCSP 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 en su caso pueda existir por parte de las Comunidades Autónomas, que debería ir en línea con las recomendaciones que se formulan.

Simultáneamente se incluyen una extensa serie de recomendaciones de modificaciones normativas sobre los medios propios sobre extremos como el denominado "control análogo", la parte esencial de la actividad y las competencias del medio propio para recibir encomiendas. Y sigue a ello un extenso catálogo de recomendaciones de modificaciones normativas sobre el propio concepto de encomienda de gestión, sobre la decisión de los poderes adjudicadores de realizar una encomienda de gestión y sobre la manera en que las partes de una encomienda de gestión la desarrollan.

Junto a otra importante serie de consideraciones, debe señalarse como muy meritorio resaltar por la CNC que la mera existencia de un medio propio no puede bastar para fundamentar el acudir a una encomienda, en línea con lo exigido para las entidades del sector público empresarial por el Real Decreto 1373/2009 de 28 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y los propios principios subyacentes a la contratación pública.

Tercera. Incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones relativas a encomiendas de gestión.

La CNC recomienda a los Poderes Adjudicadores de las diversas Administraciones Públicas que asuman e incorporen inmediatamente, como buenas prácticas, las medidas favorecedoras de la competencia señaladas en la recomendación segunda, estimando que los poderes adjudicadores están capacitados para aplicarlas voluntariamente, sin necesidad de desarrollo normativo, incorporándolas a su acervo práctico jurídico-económico.

Y todo ello debe ser entendido sin perjuicio del momento en que las propuestas de modificación normativas de la recomendación segunda se incorporen a la legislación nacional de contratos públicos. Concluye añadiendo que esta decisión debería también someterse a una evaluación de la necesidad y proporcionalidad, tras una nueva memoria de análisis de impacto en el sentido indicado anteriormente.

Cuarta. Instrumentos de publicidad, control y centralización de la información.

Aprecia finalmente la CNC que la necesidad de conceder publicidad a las encomiendas es una propuesta expresada en su Informe de Posición sobre el entonces Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno (Proyecto de la Ley de Transparencia), valorando positivamente que el Proyecto de la Ley de Transparencia introduzca como obligatoria la publicidad de las encomiendas.

Considera que el conocimiento de dichas actuaciones es fundamental desde el punto de vista de la competencia, para lo que entiende necesario tener mayores garantías de publicidad, reforzar los controles internos y externos sobre medios propios y encomiendas de gestión y centralizar la información (utilizando para ello las distintas Plataformas Electrónicas de Contratación (en la AGE, la Plataforma de Contratación del Estado) o por cualesquiera otros medios que permitan tal centralización.