



INFORME JURÍDICO SOBRE EL DIVERSOS ASPECTOS REFERIDOS AL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIBLES A LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS.

100/2018 DDLCN - OL

I. INTRODUCCIÓN

Por el Director de Servicios del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno la emisión de “*opinión legal no preceptiva*” sobre las siguientes cuestiones:

- “1.- Acreditación de que más del 80% 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.*
- 2.- Aplicación del límite relativo a que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50%.*
- 3.- Régimen jurídico aplicable a las prórrogas de los encargos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP”.*

Por ello, se emite el presente informe, en virtud de las funciones encomendadas al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, del que depende la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, por el artículo 5.2) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco; por el artículo 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de

determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos; así como en base a las competencias atribuidas a la citada Dirección, por el artículo 14.1 a) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

No obstante, es necesario aclarar que el presente informe se emite en tanto en cuanto la consulta va referida a los encargos y no a los contratos, a pesar de que algunos aspectos consultados son comunes a ambas figuras. En estos aspectos comunes consideramos que es inexcusable el informe de la Junta Asesora de Contratación Pública, como órgano consultivo específico en materia de contratación pública de las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

II.-ANÁLISIS.

Si bien el planteamiento de las cuestiones se hacen en general, se indica en varios puntos del escrito que se está pensando, al realizar la consulta, en la sociedad informática EJIE, sociedad adscrita al Departamento consultante, lo que nos hará centrarnos en ella a la hora de abordar el informe.

1.- Acreditación de que más del 80% 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.

El Derecho europeo, impulsado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha ido imponiendo condiciones cada vez más estrictas a la atribución por Administraciones y entidades públicas de los denominados encargos a «medios propios o servicios técnicos» (in-house providing en la terminología anglosajona), en tanto en cuanto permite excluir la aplicación de las normas que regulan la contratación pública y, con ellas, la libre competencia. Al recurrir a esta técnica, los poderes públicos pueden encomendar

determinadas tareas a sus medios propios, cuando se den ciertos requisitos, sin acudir al mercado para la provisión de las obras, servicios o suministros.

Las restricciones que ha ido imponiendo la jurisprudencia europea para que una entidad pueda ser considerada medio propio de un poder adjudicador han sido incorporadas a la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y, en su transposición, a la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público («LCSP» en adelante); como dice su exposición de motivos, *«en la ley, 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»*.

Interesa destacar que la LCSP introduce incluso algunas limitaciones no contenidas en la directiva, con lo que su regulación de los medios propios es mucho más limitativa de la contratación in-house que la hasta ahora contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP).

Entre las nuevas condiciones introducidas por la Ley de Contratos para que una entidad pueda calificarse de medio propio de un poder adjudicador, podemos destacar la siguiente:

El requisito de que el medio propio efectúe «la parte esencial» de su actividad con el ente o los entes que ejercen un control análogo se concreta ahora en un porcentaje, que es el previsto en la directiva: es necesario que *«más del 80 % de las actividades del medio propio se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo»*. De esta forma, el medio propio únicamente podrá prestar servicios hasta en un 20 % de su actividad con operadores privados.

Y la cuestión planteada en la consulta se refiere a la forma en que se debe acreditar por los entes destinatarios de los encargos que se formalicen durante el presente ejercicio y

el siguiente el porcentaje de actividades realizadas durante los años 2017 y 2018 respectivamente y si la certificación debiera ser objeto de verificación.

El propio artículo 32.2 b) LCSP implementando lo dispuesto en el artículo. 12. 5. de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, establece que:

“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”.

Como se comprueba de la lectura del transcrito texto legal, el cálculo del nivel de actividad se debe realizar teniendo en cuenta *“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”.

La LCSP, en su artículo 32. 2. b ya fija unos indicadores ante la no disponibilidad de los datos al afirmar que “*será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio*”. En el mismo sentido, se indica en el artículo 12. 5 in fine de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE indicando:

“Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.”

Por ello, en caso de que no conste el citado dato “*reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo*” dos son las cuestiones a analizar: la forma (i) de “demostrar” el cálculo del nivel de actividad y quien (ii) debe “demostrarlo”

i) La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), no contiene un procedimiento tipo aplicable a cualquier actividad de las Administraciones Públicas, sino que regula una serie de trámites básicos que rigen la sucesión de actos que han de desembocar en la resolución final. Y la prueba se sitúa dentro de la fase de la instrucción del procedimiento administrativo y tiene por objeto demostrar la realidad y la exactitud de los hechos. Al respecto la citada ley contiene el artículo 77.1 en el que la acreditación de los hechos relevantes se puede realizar por “*cualquier medio de prueba admisible en derecho*” para cuya valoración se remite a los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, deberá acudir en

ocasiones a los principios generales elaborados por la jurisprudencia, sin olvidar las diferencias que existen con los procesos judiciales, en los que los Tribunales asumen una posición de independencia y neutralidad no predicable de los órganos administrativos.

Pero es evidente que la acreditación exigida por la LCSP puede suplirse por otros medios equivalentes.

Y, contestando a la consulta planteada, conforme al art. 299 LEC, el documento o certificación que se cita en ella está admitida como medio de prueba.

ii) Respecto al órgano dentro de medio propio (suponiendo que la prueba venga del citado medio, ya que podría ser externa, por ejemplo de una auditoría) que debería emitir el citado certificado (o proporcionar otro medio de prueba), dado que el dato hay que extraerlos de las cuentas del mismo, hay que examinar dentro del ente destinatario, atendiendo a su estructura organizativa y a sus normas de organización, a quien le corresponde legal o estatutariamente la llevanza de la contabilidad.

En relación, a la posible verificación del contenido del citado certificado, una vez ya realizada la inspección o verificación de la contabilidad de una entidad, el citado certificado debe limitarse a trasladar, de forma exacta, el porcentaje de encargos del poder adjudicador siendo fruto de un mero cálculo matemático de los datos ya verificados por la auditoría. Por lo tanto, se considera innecesaria una nueva verificación.

2.- Aplicación del límite relativo a que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50%.

En este apartado, la primera de las cuestiones planteadas en la consulta se centra en la cuestión de si la limitación establecida en el art. 32.7 b) del 50% de la cuantía del encargo a las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no es exigible cuando no sean prestaciones parciales.

En el artículo 32.7 LCSP, que se enmarca en la línea de aumento de controles destinados a evitar el fraude en la utilización de medios propios, conviene destacar como novedad la introducción de una limitación a las “subcontrataciones” (por analogía, ya que no puede haber subcontratación de lo que no es contrato, véase la resolución 92/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales) de los encargos recibidos, destinada a evitar la utilización de la técnica del encargo a medio propio como especie de “*central de compras*” con menores trámites de control. El límite general básico a la “subcontratación” por parte de los medios propios para la realización de las prestaciones objeto de encargo consiste en que debe ceñirse a las prestaciones accesorias que no constituyan el objeto principal del encargo y estar restringida a un máximo del 50 por 100 del coste total del encargo (art. 32.7). Pero con importantes excepciones. Se trata de una limitación no prevista en las Directivas, y que resulta independiente del importe del encargo.

Ello, no obstante, la norma prevé diversas excepciones a este límite porcentual, por lo que, al final, rara vez será de aplicación. Centrándonos en el objeto de la consulta, según señala el artículo 32.7 b), párrafo segundo, la restricción expuesta no será aplicable en el supuesto de que se trate de **suministros o servicios auxiliares o instrumentales** que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

Este párrafo fue introducido por la modificación aprobada por la Ley 6/2018 de presupuestos generales del Estado para 2018 (DF 44.1) y cuya entrada en vigor ha sido el 5 de julio de 2018.

Dicha redacción se justificó en la enmienda 6927 ¹, a la que acudimos conforme al artículo 3.1 del Código Civil («*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*») presentada por el grupo nacionalistas vascos de la siguiente forma:

¹ <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SDocum/ArchCon/PresupGenerEstado/PGE2018>

“No queda definido el concepto de “prestaciones parciales” y por lo tanto no queda definido el alcance del límite de contratación con terceros en la aplicación de esta letra, pudiendo entenderse que abarca cualquier gasto incurrido para la prestación del servicio o la mera partición del encargo original sin aportación de valor añadido”.

Es decir, la enmienda pretendía dar contenido al concepto de “prestación parcial”, alejándolo de *“cualquier gasto incurrido para la prestación del servicio o la mera partición del encargo original”*.

Es evidente que lo que pretendía la enmienda es evitar el riesgo de fraudes de ley cuando estos contratos con terceros se hagan recurrentes.

Por lo tanto, atendiendo al texto de la norma modificada y de la justificación de la enmienda el concepto de prestación parcial queda definido en sentido negativo: Así, no son prestaciones parciales:

- los contratos de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

- cualquier gasto incurrido para la prestación del servicio ni la mera partición del encargo original sin aportación de valor añadido.

Siendo esto así, a tenor de la formulación literal de la consulta, la única respuesta posible es la de considerar que en el caso expuesto el recurso a la contratación con terceros es libre, de forma que el ente destinatario del encargo puede recurrir a la misma sin limitación alguna, aunque el mismo cuente con los medios personales y materiales para ejecutar el cometido que se le ha asignado, requisito este que no se exceptiona.

En definitiva, una vez el medio propio ha recibido el encargo de su/s poder/es adjudicador/es, aquel medio propio puede celebrar con terceros, para dar cumplimiento al encargo recibido, sin el límite porcentual del 50%, contratos de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la

prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

La segunda de las cuestiones planteadas se refiere, asimismo, a una nueva excepción introducida por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en su disposición final cuadragésima cuarta: Cuando se trate de contratos celebrados por 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.

Y la consulta es si en esta excepción es aplicable a *“todos los encargos confiados a EJI”* o *“sólo...a los que tengan por finalidad la de garantizar la compatibilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información”*.

Es cierto, tal y como se plantea en la consulta que parece que el texto literal del precepto está pensando en supuesto concretos de contratos que tengan la finalidad citada. Incluso el comienzo del artículo indica que son reglas aplicables a *“los negocios jurídicos de los entes destinatarios”* y a *“los contratos que celebren los medios propios”* y no tanto a los medios propios.

No obstante, dada la confusa redacción del párrafo, es conveniente examinar la intención del legislador (art. 3.1 C.C.). Por ello, hay que recordar que este párrafo también fue introducido por la modificación aprobada por la Ley 6/2018 de presupuestos generales del Estado para 2018 (DF 44.1) cuya redacción acoge la enmienda 6927 presentada por el grupo nacionalistas vascos, que se justificó afirmando que: *“La prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública requiere, dada su especialización técnica, la intervención de entes instrumentales que, actuando como medio propio, permita centralizar y supervisar la ejecución de tales encargos 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.”

Es evidente que en la enmienda se está especificando que es la intervención de los entes instrumentales y en concreto la centralización y supervisión en ellos de la ejecución de tales encargos la que tiene 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*”, no los encargos.

Como vemos, en esta cuestión, la consulta se refiere ya específicamente al caso de EJIE, por ello debe analizarse, teniendo en cuenta la normativa de aplicación a la citada sociedad, si esta conclusión es ratificada por la propia normativa reguladora de la actividad de EJIE. A este fin, se debe acudir al Decreto 35/1997, de 18 de febrero, por el que se regula la planificación, distribución de funciones y modalidades de gestión en materia de sistemas de información y telecomunicaciones en la Comunidad Autónoma, en cuya disposición adicional segunda se afirma:

*“La sociedad pública Eusko Jaurlaritzaren Informatika Elkartea-Sociedad Informática del Gobierno Vasco, S.A., se ocupará de la **prestación de servicios informáticos** de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos establecidos en sus normas de creación y funcionamiento, en el presente decreto y demás normativa de aplicación.”* (Disposición adicional segunda redactada por el número 2 del artículo único del Decreto 94/2009, 21 abril, de modificación del Decreto por el que se regula la planificación, organización, distribución de funciones y modalidades de gestión en materia de sistemas de información y telecomunicaciones, «B.O.P.V.» 6 mayo).

Por lo tanto, el siguiente paso a examinar es las características de los “términos establecidos en las normas de creación y funcionamiento (i) de EJIE y en el Decreto 35/1997 (ii):

(i) Pues bien, en primer lugar, la creación de la sociedad pública Eusko Jaurlaritzaren Informatika Elkarte-Sociedad Informática del Gobierno Vasco, S.A., adscrita al Departamento de Hacienda y Administración Pública, fue creada por el Decreto 60/1982, de 1 de febrero. Decreto que aprobó, así mismo, los estatutos sociales de la sociedad. En estos se especifica que el objeto de EJE es *“la prestación de servicios informáticos a la Administración central, periférica o institucional de la Comunidad Autónoma del País Vasco”* (art. 3.1 b) y *“la prestación a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de servicios de seguridad, técnicos y administrativos, en las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos”*. (Art. 3. 1 c)

(ii) En segundo lugar, el citado Decreto 35/1997, de 18 de febrero, establece que las actuaciones de la Administración en materia de sistemas de información y telecomunicaciones deberá adecuarse a los principios de *“comunicabilidad y compatibilidad”* (art. 2.1), la *“seguridad según el cual, el funcionamiento de las redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información deberán ser protegidos ante los posibles riesgos tanto si provienen de la acción humana como del medio físico o natural”*(art.2.3).

Además se especifica que *“en todo caso, Eusko Jaurlaritzaren Informatika Elkarte-Sociedad Informática del Gobierno Vasco, Sociedad Informática del Gobierno Vasco, S.A. se encargará de la explotación y de la ingeniería de sistemas en relación con servicios, programas y aplicaciones informáticas de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi”*.

Por lo tanto, poniendo en relación el contenido de la disposición adicional segunda y del artículo 2, ambos del citado decreto, se puede concluir que toda la actuación de la Administración en materia de sistemas de información y telecomunicaciones se debe ajustar a los principios citados, incluyendo, evidentemente los encargos a EJE y que a esta deben ser encargados la explotación e ingeniería de los servicios, programas y aplicaciones informáticas.

En definitiva, a la luz de la citada normativa, todos los encargos realizados por la Administración, como poder adjudicador, a EJIE, como medio propio, se realizan para que la actuación de la primera se adecúe a los principios establecidos en el Decreto 35/1997, de 18 de febrero, que son los mismos que en el art. 32.7 LCSP se citan.

Ahora bien, y sin ahondar en demasía en esta cuestión por no formar parte del objeto de este informe, conviene recordar el dato de que, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), será, en todo caso, poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la “forma jurídica” huir de las reglas de la contratación pública.

Así lo ha manifestado, en su Resolución 23/2015, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales al afirmar que *“una entidad no puede invocar la condición de medio propio y negar su naturaleza de poder adjudicador, y ello porque los requisitos del primero presuponen los del segundo, y en particular, presuponen la falta de mercantilidad”*

Y en el mismo sentido se ha pronunciado posteriormente el TJUE, de forma clara e indubitada en su sentencia de 5 de octubre de 2017, UAB LitSpecMet, donde afirma que *“una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste”*

En las Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 27 de abril de 2017 (asunto C 567/15) UAB “LitSpecMet”, se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la

configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que *“una sociedad cuya vinculación material y funcional con un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas, está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado el poder adjudicador”*

Si ponemos lo anterior en conexión con el requisito relativo a la necesidad de que el poder adjudicador, previo reconocimiento en los estatutos de la entidad destinataria del encargo en su condición de medio propio de aquel, verifique que el ente de que se trata cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo, en principio EJE parece que no tendría por qué recurrir a la contratación con terceros, opción esta que habría de ser excepcional y más precisamente en temas en los que se busca la confidencialidad y la seguridad. Parecería más coherente que, para garantizar esos principios, en esos supuestos el contrato lo licitara la entidad matriz y encargara a EJE solo las funciones de control y supervisión que los garanticen.

No obstante, siendo esto así, aunque la conclusión pueda parecer ilógica, a tenor de la literalidad de la normativa de aplicación y de los antecedentes legislativos, no podemos más que concluir que todos los encargos que sean realizados a EJE están exceptuados de la aplicación del límite del 50%: EJE dispone del recurso a la contratación con terceros sin límites.

3.- Régimen jurídico aplicable a las prórrogas de los encargos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Con la entrada en vigor de la LCSP se abre paso a una nueva regulación de los negocios *in-house*, contemplada de forma exclusiva y más desarrollada en su artículo 32, que se intitula *“encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados”*.

De esta forma, los encargos a los medios propios ya no se contemplan como un contrato excluido, sino como una figura específica de autoprovisión administrativa. Así, el artículo 32.1 de la Ley establece que:

“Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato”

Los encargos a medios propios personificados son instrumentos en virtud de los cuales una entidad ejecuta de forma directa (es decir, sin ceder la titularidad de la competencia) una prestación propia de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta, que puede ser de naturaleza pública o privada. 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.

Según señala el Tribunal de Cuentas: *“se trata de una forma de colaboración inter e intra administrativa, de perfiles difusos, que se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa”* (Tribunal de Cuentas, 22 de diciembre de 2016, “Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013”).

Así, la nueva LCSP, como hemos afirmado, ya no considera el encargo a medio propio un *“negocio excluido”*, sino que se refiere a tales encargos como *“sistemas de cooperación vertical”* (art. 31.1. *“Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual”*) utilizados por las entidades pertenecientes al sector público en ejercicio de la potestad de auto organización de que disponen.

Así, los encargos realizados por el órgano encomendante son el equivalente a la decisión estructural de reparto de funciones en el ámbito intraadministrativo (con el añadido de la alteridad). Es decir, los encargos son de obligado cumplimiento, teniendo el instrumento a través del cual se formalizan naturaleza de acto jurídico unilateral y no de acuerdo bilateral.

Siendo ello así, en principio, incluso podría plantearse hipotéticamente la innecesaridad de la renovación de la decisión: el encargo se da mientras no haya una decisión en contra.

Por ello, la prórroga de un encargo no supone una nueva relación jurídica, ni una nueva adjudicación, sino que nos encontramos ante una alteración de un elemento, la duración, de un encargo que se perfeccionó en su día con la resolución correspondiente de emisión del encargo. Otra cosa es que las condiciones económicas o de nivel de servicio se puedan modificar periódicamente. Por lo que, respondiendo a la consulta, la formalización de una prórroga no cambia nada del encargo anterior, es un mero trámite sin contenido sustancial modificador del encargo, por lo que cabría formalizar una prórroga conforme a la normativa anterior del TRLCSP.

Sentado lo anterior, que resuelve la consulta planteada si abordamos la cuestión desde la perspectiva de la LCSP se ratifica esta conclusión ya que, conforme a la Disposición transitoria primera, apartado 3 de la misma, ésta se aplicará a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor, especificando que deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental.

III.- CONCLUSIÓN.

Expuesto lo que antecede, por este Letrado, en respuesta a la consulta planteada, se manifiestan las siguientes conclusiones:

1.-En caso de no conste reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo la acreditación de que más del 80% de las actividades han sido confiados por el poder adjudicador, podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Entre ellos, es admisible (art. 299 LEC) un certificado emitido, en este caso, por quien, atendiendo a su estructura organizativa y a sus normas de organización, le corresponde legal o estatutariamente la llevanza de la contabilidad.

2.-En los casos consultados expuestos (suministros o servicios auxiliares o instrumentales y contratos de EJE), el recurso a la contratación con terceros no tiene la limitación del 50% establecido en el art. 37.2 LCSP.

3.- En tanto en cuanto, la formalización de una prórroga es un mero trámite sin contenido sustancial modificador del encargo, cabría formalizar una prórroga sin tener que aplicar los nuevos requisitos de la LCSP.

Este es el informe que emito y someto a otro mejor fundado en derecho.