

**INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REAL
DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA EL
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE
TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P.
(TRAGSA) Y DE SU FILIAL TECNOLOGÍAS Y
SERVICIOS AGRARIOS, S.A., S.M.E., M.P.
(TRAGSATEC)**

IPN/CNMC/031/24

17 de diciembre de 2024

www.cnmc.es

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) Y DE SU FILIAL TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSATEC)

Expediente nº: IPN/CNMC/031/24

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 17 de diciembre de 2024

Vista la solicitud de informe del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación sobre el proyecto de Real decreto de referencia, que se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 11 de octubre de 2024, en ejercicio de las competencias que le atribuyen el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el PLENO acuerda emitir el presente informe.

1. ANTECEDENTES

El Grupo TRAGSA está integrado por las sociedades mercantiles TRAGSA Y TRAGSATEC y su capital social es íntegramente público. La matriz, TRAGSA, se constituyó en 1977 con la finalidad de contribuir a la realización de los **objetivos de reforma y desarrollo agrario, forestal y de conservación de la naturaleza**, previstos en las disposiciones vigentes sobre la materia dictadas tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas¹. Por su parte, la filial, TRAGSATEC, fue creada en 1990 a partir de la División de Ingeniería de TRAGSA².

Este Grupo forma parte de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), y tiene la **condición de poder adjudicador y medio propio personificado de las entidades públicas que participan en su accionariado, en concreto** de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas, de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, de los cabildos y consejos insulares, de las diputaciones forales del País Vasco y de las diputaciones provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores.

El encargo a medio propio es un mecanismo por el cual una entidad del sector público realiza la ejecución de prestaciones de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, directamente a través de una entidad jurídica controlada por ella, que actúa como su medio propio personificado, sin que dicho encargo se considere un contrato.

En términos generales, **el régimen jurídico de los encargos** de los poderes adjudicadores a medios propios personificados y de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados, respectivamente, se establece en **los artículos 32 y 33 de la [Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público](#) (en adelante, LCSP) y en el artículo 86 de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público](#).**

En resumen, estas disposiciones contienen los requisitos que deben reunir los medios propios para tener tal consideración y, en consecuencia, estar en

¹ Conforme a los reales decretos 379/77 de 21 de enero, 1773/77 de 11 de julio, 424/84 de 8 de febrero y 1422/85 de 17 de julio y sus [Estatutos](#) vigentes (2018).

² [Estatutos vigentes](#) (2018).

disposición de recibir encargos (bienes, obras y servicios) por parte de las entidades del sector público que los controlan, recibiendo a cambio una compensación tarifaria.

Con carácter adicional y, en particular para el Grupo TRAGSA, **aquel régimen jurídico se complementa con la [disposición adicional 24ª de LCSP](#)** que establece que ambas entidades tienen por función, entre otras, la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, adaptación y mantenimiento de aplicaciones informáticas, control sanitario animal, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos. A su vez, el **[Real decreto 69/2019, de 15 de febrero de 2019](#) desarrolla el régimen jurídico, económico y administrativo de las empresas del Grupo en su condición de medio propio.**

Con posterioridad a la aprobación de este Real decreto 69/2019, se han introducido cambios legales en el marco regulatorio de aplicación a los medios propios (en los referidos artículos 32 y 33 de la LCSP y en el artículo 86.2 de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público](#))³ e igualmente se han realizado recomendaciones por parte de distintos órganos fiscalizadores externos que afectan directamente al régimen jurídico de estas entidades del Grupo TRAGSA.

Concretamente, el [Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas número 1558](#) (2024) relativo a la actividad de TRAGSA como medio propio en los ejercicios 2021 y 2022, publicado en marzo de 2024⁴, constata el **significativo incremento en la utilización de TRAGSA como medio propio tanto en número de encargos como en importe económico⁵, y advirtió que dichos encargos han ido distanciándose del tráfico ordinario mercantil para el que fue creada como medio propio personificado** (la consecución de los objetivos de reforma y desarrollo agrario, forestal y de conservación de la naturaleza).

³ En virtud de la disposición final cuadragésima de la [Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021](#). A su vez, mediante la disposición final quinta del [Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre](#), por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se modificó, entre otros preceptos, el artículo 32.7 de la LCSP.

⁴ Informe disponible en [https://www.tcu.es/es/sala-de-prensa/noticias/El-Tribunal-de-Cuentas-fiscaliza-la-actividad-de-TRAGSA-como-medio-propio-al-servicio-de-la-Administracion./](https://www.tcu.es/es/sala-de-prensa/noticias/El-Tribunal-de-Cuentas-fiscaliza-la-actividad-de-TRAGSA-como-medio-propio-al-servicio-de-la-Administracion/)

⁵ En 2022, recibió 1.671 encargos por valor de 1.649,9 millones de euros (en 2020 había recibido 1.096 encargos por 903,2 millones).

Añade el Tribunal que teniendo en cuenta el considerable número de medios propios con los que cuenta la Administración, no resulta ponderado el crecimiento de las actuaciones de TRAGSA en los diferentes ámbitos de actividad, teniendo en cuenta que se requiere la especialización en todos ellos. Por otro lado, el Tribunal recomienda que TRAGSA mejore en la aplicación de las normas, procedimientos y medidas analizados en este Informe; y en el control interno en los ámbitos de sus registros, contratación y sistemas de información. También considera que se debe intensificar y perfeccionar los sistemas de seguimiento y control de la contratación con terceros.

El PRD remitido para informe a esta CNMC tiene como finalidad, en aras del principio de seguridad jurídica, **adaptar el régimen jurídico de las empresas del Grupo a esas modificaciones legales y recomendaciones realizadas por distintos órganos fiscalizadores**⁶.

Debe remarcarse el peso del Grupo TRAGSA en términos tanto cualitativos como cuantitativos. El Tribunal de Cuentas ha fiscalizado los encargos ejecutados por TRAGSA durante los ejercicios 2021 y 2022 y ha constatado que en el 80% de los encargos analizados actuó en las áreas de medio ambiente, edificación y arquitectura, agua e infraestructuras y en un 8% lo hizo en situaciones de emergencia varias. Además, el 95% de las actividades que realiza TRAGSA provienen de los encargos de las administraciones y entidades del sector público, estatal, autonómico y local de los que es medio propio (siendo la Administración General del Estado y las CC.AA. las Administraciones que más aportaron a su cifra de negocios).

En los ejercicios analizados, TRAGSA recibió 1.370 y 1.671 encargos respectivamente por un importe total de más de 3.000 millones de euros, representando un sensible incremento respecto a ejercicios anteriores, tanto en número como en importe de encargos. En 2022 TRAGSA contó con 10.267 empleados (incremento del 17% respecto 2021) y la plantilla media de trabajadores temporales representó el 58,52 %⁷.

⁶ Aunque no se indica ni en el propio PRD ni en su correspondiente MAIN la referencia a esos pronunciamientos, se considera que son, además del referido Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas (2024), Sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia y Resoluciones de los Tribunales Administrativos de recursos Contractuales.

⁷ [Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas número 1558](#) relativo a la actividad de TRAGSA como medio propio en los ejercicios 2021 y 2022, publicado el 1 marzo de 2024.

Según sus cuentas anuales de 2023, el Grupo cuenta con más de 23.000 profesionales, alcanzó una cifra de negocio de 1.720 millones de euros, superando la de 2022 en un 31% y logrando un resultado consolidado en dicho ejercicio de 38,5 millones de euros, lo que supone un incremento del 41,5%. Entre los años 2018 y 2023, cincuenta nuevas administraciones, en su mayoría diputaciones provinciales, se han incorporado al accionariado del Grupo, lo que ha supuesto un mayor número de encargos y ha reforzado su presencia en todo el territorio, especialmente en las zonas rurales. Concretamente en 2023 realizó más de 6.000 actuaciones en distintos ámbitos y, fundamentalmente, el medio ambiente, la agricultura, el desarrollo rural o las emergencias⁸.

Adicionalmente, de acuerdo con el informe anual de supervisión más reciente de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), en 2023 se identificaron 4.192 encargos (incluyendo los de nueva suscripción y las modificaciones y prórrogas), representando en volumen económico de 4.093,54 millones de euros. Estos datos revelan un importante aumento de encargos en el periodo 2021-2023, tanto cuantitativa como cualitativamente: en número, el volumen de encargos llega casi a duplicarse y en términos económicos el crecimiento es aún mayor, alcanzando el 142%.⁹ Comparativamente, tanto TRAGSA como TRAGSATEC encabezan en número y en importe económico los encargos formalizados en 2023: TRAGSA, con 639, el 21,02% del total, seguida por TRAGSATEC, con 532 encargos, que representa un 17,50% del total. Entre ambas, en términos económicos representan el 42,92% del importe (sin impuestos) de los EMP en el año 2023, siendo los porcentajes en 2022 y 2021 muy similares.

La buena praxis en la utilización de los encargos a medios propios resulta especialmente relevante desde la óptica de los principios de buena regulación y promoción de la competencia. Por ello, esta CNMC ha estudiado en detalle su utilización en diversas actuaciones, destacando la [Guía sobre encargos a medios propios y convenios \(2021\)](#)¹⁰.

⁸ <https://www.sepi.es/es/sala-de-prensa/noticias/el-grupo-tragsa-alcanza-una-cifra-de-negocio-de-1720-millones-de-euros-en>

⁹ Informe Anual de Supervisión 2024 OIRESCON_ [VI. LA PUBLICIDAD DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS \(hacienda.gob.es\)](#)

¹⁰ Puede consultarse también los siguientes documentos: la [Guía sobre Contratación Pública y competencia \(2011\)](#), el [Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión](#):

2. CONTENIDO

El PRD contiene una parte expositiva de diecisiete artículos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una disposición final.

El artículo 1 (Objeto) desarrolla el régimen jurídico, económico y administrativo de TRAGSA y TRAGSATEC en su condición de medio propio personificado y servicio técnico. Para el resto de las actuaciones se regirán por las normas generales de las sociedades mercantiles. A los efectos de la LCSP ambas entidades tienen la consideración de poder adjudicador.

El artículo 2 (ámbito de aplicación) relaciona las entidades del sector público de las que son medio propio TAGSA y TRAGSATEC. Estas administraciones públicas deberán participar en el capital social de TRAGSA y formarán parte de *la Comisión para la Determinación de las Tarifas TRAGSA* y de *la Comisión de Control Conjunto de los Poderes Adjudicadores*. Se añade que TRAGSA y TRAGSATEC no podrán participar en las licitaciones públicas convocados por las entidades del sector público de las que sea medio propio personificado. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.

El artículo 3 (control conjunto) regula la *Comisión de Control Conjunto de los Poderes Adjudicadores de TRAGSA*, adscrita al Consejo de Administración de TRAGSA¹¹ para garantizar el ejercicio del control conjunto. Esta Comisión llevará a cabo un seguimiento general de la actividad de TRAGSA en su condición de medio propio y sus consideraciones han de ser tenidas en cuenta por el Consejo de Administración. Esta Comisión está compuesta por 10 miembros que representan a las distintas administraciones territoriales por el plazo de 1 año.

El artículo 4 (objeto de los encargos) determina que los trabajos y actividades a encargar a TRAGSA y TRAGSATEC deben encontrarse dentro del marco

[Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia](#) (2013), el [Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público \(2015\)](#), y las [Recomendaciones a los poderes públicos \(2021\)](#). También en ámbito sancionador la Resolución CNMC S/0007/19 [Medios propios](#).

¹¹ Creada en 2020. Su composición, funciones y forma de actuación se contemplan en el reglamento interno del Consejo de Administración de TRAGSA. A través de esta Comisión se prevé garantizar el ejercicio del control conjunto por todos los poderes adjudicadores de los que el Grupo TRAGSA es medio propio, teniendo participación las Administraciones Territoriales independientemente de que su participación en el capital social sea minoritaria ([Nota de prensa](#)).

funcional (recogidos en la DA 24^a apartados 1, 4 y 5 de la LCSP) y de su objeto social. Concretamente se prevé la adecuación de los encargos de obras al objeto social de TRAGSA ateniendo a la finalidad (agrícola, ganadera, forestal de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, o el mejor uso y gestión de los recursos naturales, o el apoyo a la cooperación española en el ámbito internacional) con independencia de su ubicación. Asimismo, se incluye expresamente que, en ningún caso, podrán realizarse encargos que supongan una traslación del ejercicio de potestades públicas.

El artículo 5 (régimen jurídico) recuerda que las relaciones con las entidades de las que son medios propios tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encargos. Los encargos de urgencia o de emergencia por motivo de catástrofes o calamidades serán ejecutados con carácter obligatorio y prioritario. La urgencia debe justificarse en una necesidad inaplazable o que sea preciso acelerar por razones de interés público y, en todo caso, se considerará incurso en urgencia (obras y servicios): a) procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos (sin ofertas o por ser irregulares) y b) contratos respecto de los que se haya incoado un procedimiento de resolución por causas no imputables a la Administración. En cuanto a las situaciones de emergencia (las que requieran actuación inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan un grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional, o de cualquier otra causa que así se declare de manera motivada) se formalizará el encargo al mes desde su declaración.

El artículo 6 (relaciones de cooperación con otras administraciones públicas) se considera que TRAGSA y TRAGSATEC, en su condición de medios propios podrán ser aportadas por las AA.PP. en sus relaciones de cooperación con otras entidades del sector público a través de la figura del convenio (ex artículos 47- 49 de la Ley 40/2015).

El artículo 7 (régimen económico) indica que las compensaciones por la realización de las obras, trabajos, asistencias técnicas, consultorías, suministros y prestación de servicios vienen determinadas por el importe del presupuesto (se entiende que sirve de justificante de los costes reales totales soportados) o por el importe satisfecho en caso de contratación parcial a terceros de la actuación. Se agregará el IVA u otras tasas o impuestos, en su caso, aplicables.

El artículo 8 (tarifas) señala que se calcularán de manera que representen los costes reales totales, incluyendo éstos tanto los costes directos como indirectos, y los gastos generales. Los artículos 9 y 10 regulan la Comisión para la

determinación de tarifas: se regula su composición, competencias y funcionamiento. Está adscrita al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación e integrada por representantes del capital social de TRAGSA.

El artículo 11 (preparación y formalización del encargo) prevé que las actuaciones que les sean encargadas a TRAGSA o a TRAGSATEC se definan en proyectos, memorias, pliegos u otros documentos técnicos y valoradas en su correspondiente presupuesto. En todo caso, y antes de la ejecución de cualquier actuación (salvo en las declaradas de emergencia), el encargo deberá ser objeto de formalización y publicarse en la Plataforma de Contratación correspondiente (ex artículo 63.6 de la LCSP).

El artículo 12 (ejecución y abono del encargo) prevé con carácter general el pago en 30 días desde la aprobación de la certificación o recepción que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate. Todo ello, sin perjuicio de que puedan percibir anticipos por las operaciones preparatorias, así como abonos a cuenta por los materiales acopiados, o por instalaciones y equipos.

El artículo 13 (encargos en el exterior) prevé actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional, de forma que podrán colaborar con organismos internacionales de cooperación.

El artículo 14 (encargos para la construcción o la explotación de infraestructuras agrarias y medioambientales) prevé que se pueda encargar la participación de las citadas sociedades en la financiación de dichas actuaciones.

El artículo 15 (contratación con terceros) establece que, en la ejecución de los encargos, TRAGSA y TRAGSATEC puedan contratar prestaciones parciales con terceros, limitado, con carácter general, al 50 por ciento del importe total del encargo, salvo excepciones como por razones de urgencia, seguridad o por la naturaleza de la prestación que requiere mayor control en la ejecución. Igualmente se excluyen de ese límite, los suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal.

El artículo 16 (encargos que realicen entidades del sector público que no sean poder adjudicador) señala que, a grandes rasgos, se les aplica el régimen de retribución, publicidad, comunicación, ejecución y abono y contratación parcial con terceros.

El artículo 17 (decisiones relevantes) se indica que se adoptan por parte de la Junta General de accionistas de TRAGSA, entendiéndose por tales las que sean necesarias para garantizar el control conjunto de TRAGSA y TRAGSATEC como

medio propio de todos los accionistas, y aquellas otras de alcance general que puedan afectar a todos los accionistas.

Finalmente, se prevé la derogación del RD 69/2019, de 15 de febrero y la entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E.

3. VALORACIÓN

3.1. Observaciones generales

Esta Comisión ha venido recordando que, sin cuestionar que existan objetivos de interés público que pueden justificar la realización de encargos a medios propios (razones de agilidad, flexibilidad, control), no puede perderse de vista que su uso inadecuado puede conllevar riesgos en términos de competencia.

Estos riesgos no solo derivan de una potencial pérdida de eficiencia respecto a los fondos públicos empleados, sino también de la reducción del tamaño del mercado de la contratación pública por la posible expulsión de oferentes y del fortalecimiento de la posición competitiva de ciertas entidades.

En la anteriormente citada [Guía de la CNMC sobre encargos a medios propios y convenios \(2021\)](#) ya se ofrecían orientaciones a las entidades públicas para que el recurso a la figura del encargo, que implica la renuncia a los principios de concurrencia y competencia sobre los que se asienta la legislación de contratos del sector público, se realice sin afectar de forma injustificada al principio de libre competencia¹².

¹² Véanse: STJUE de 3.10.2019, asunto C-285/18 Irgita: “La libertad de que disponen los Estados miembros en cuanto a la elección de la modalidad de gestión que consideran más adecuada para la ejecución de obras o la prestación de servicios no puede, sin embargo, ser ilimitada. Por el contrario, debe ejercerse respetando las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia” (ap. 48); y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 septiembre de 2018 (FD 9º): “En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”.

En concreto, la Guía plantea que debe asegurarse un cumplimiento estricto de los requisitos legales particulares establecidos al efecto (requisitos de la LCSP y LRSJP), pero también de los principios de buena regulación y administración (eficiencia¹³, necesidad, proporcionalidad, no discriminación, neutralidad competitiva¹⁴....) aplicables de forma general a los entes públicos.

Si este planteamiento es válido para el conjunto de administraciones y medios propios en nuestro país, todavía lo es más para el caso de las entidades del Grupo TRAGSA, dado el papel tan relevante que este juega, tanto cuantitativa como cualitativamente, en el sector específico de los encargos a medios propios.

Sin perjuicio de ser consciente de que la utilización del Grupo TRAGSA no es algo que afecte exclusivamente a la administración general del Estado, sino al conjunto de las administraciones públicas integrantes del territorio nacional (basta con ver quiénes son los accionistas del Grupo), desde esta Comisión se invita al Ministerio proponente de este PRD a que asuma una función de liderazgo respecto a las cautelas que sería recomendable plantearse para una utilización adecuada de la figura sobre la base de las recomendaciones recogidas en la Guía.

En este sentido, cabe recordar la necesaria acreditación de la eficiencia o bien de las motivaciones vinculadas a la seguridad o la urgencia (puede verse a este respecto el apartado 3.2.3 igualmente) que deben preceder a la decisión de acudir a un encargo¹⁵ para satisfacer una necesidad pública. Esto es, conforme

¹³ Se dan pautas para que, en el ejercicio del margen de discrecionalidad de los gestores públicos, opten por aquellos instrumentos (contratos vs encargos) que mejor resuelvan la necesidad pública demandada en términos de eficiencia (mejor relación coste-beneficio).

¹⁴ Recomendación del Consejo de la OCDE sobre neutralidad competitiva de 31 de mayo de 2021 ([OECD/LEGAL/0462](#)).

¹⁵ Ver la [Resolución 41/2019 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía](#): "Es necesario justificar en cada encargo que el mismo resulta más eficiente que el recurso a la contratación pública, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86 [de la Ley 40/2015]" e [Informe 3/2022, de 27 de julio de 2022](#), de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía: sobre la necesidad de justificar el cumplimiento de eficiencia en los encargos que se formalicen con TRAGSA y su filial TRAGSATEC. También, sin ánimo exhaustivo, la Resolución 23/2020, de 22 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, STSJ Cataluña Sentencia de 17 de septiembre de 2021; Circular 2/2018, de 8 de marzo de 2018, de la Intervención General de la C.A. de Aragón, en relación con los Encargos de Ejecución a Medios Propios; Acuerdo 75/2017, de 4 de julio del Tribunal Administrativo de

a los principios de buena regulación y administración, los poderes públicos han de valorar el impacto de su actuación y elegir la forma de aprovisionamiento más beneficiosa desde la óptica del interés general¹⁶.

A mayor abundamiento, el Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre TRAGSA antes referido recomienda expresamente que: *“Al servicio del control de eficacia previsto en el artículo 86.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, y al objeto de valorar si la opción de realizar encargos a TRAGSA resulta más eficiente que la contratación pública, se recomienda a esta Entidad que, respecto de cada uno de los encargos que reciba, elabore un informe acerca de su disponibilidad de medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones correspondientes en el plazo de ejecución requerido, especificando, en su caso, las necesidades de subcontratación, con valoración de los costes reales del conjunto de actuaciones necesarias, trasladando copia de dicho informe al correspondiente poder adjudicador”*¹⁷.

Contratos de Aragón; la Resolución 61/2019, de 22 de mayo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

¹⁶ Véase apartado 4.2.2.6. Justificación del encargo de la [Guía CNMC sobre encargos a medios propios y convenios](#). En esta línea se ha pronunciado el TS ([Sentencia de 20 de septiembre de 2018](#)). *“La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público exige por tanto motivar con una razón económica (y por ello cuantificable) o con una razón de interés general el recurrir a esta técnica. En esta necesidad de motivación del encargo se encuentra además implícita la necesaria delimitación de su objeto”* Y añade que *“En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión) “en todo caso el uso de medios propios ha de ser restrictivo, toda vez que ello supone eludir la concurrencia de licitadores, y buena prueba de ello es el actual art. 86.2 de la Ley 40/2015, y los proyectos de Ley de contratación pública actualmente en tramitación, en los que se aumentan las exigencias para el uso de estos medios para garantizar que esté justificado y no atente a los principios de libre competencia” (FD 9º). Igualmente, apunta, entre otras, la referida [Sentencia del Tribunal de Justicia de Asturias de 22 de marzo de 2024](#), que anula un encargo a TRAGSA para la construcción del edificio de ensayos de una banda de música y coral, porque considera que los requisitos del artículo 86.2 a) y b) de la LRJSP han de exigirse con ocasión de la realización de cada encargo. En el supuesto analizado, el órgano de contratación demandado no realizó el preceptivo informe de eficiencia previo al encargo, ni tan siquiera una Memoria justificativa del mismo, por lo que el Tribunal apreció que la ausencia de este requisito motiva la anulación del encargo en cuestión (FD 7º)*

¹⁷ Pág. 66.

Teniendo en cuenta lo anterior y, recordando que la carga de la prueba de la acreditación de justificación que motive el recurso a los encargos recae sobre la entidad del sector público que pretende beneficiarse de este instrumento, **se recomienda que el PRD refuerce este deber de motivación que justifique cada encargo incluyendo las consideraciones referidas, realizando una comparación rigurosa de las ventajas e inconvenientes respecto a los distintos instrumentos de aprovisionamiento existentes.**

Adicionalmente, se han detectado ciertos aspectos susceptibles de mejora, que pasamos a exponer en el siguiente apartado.

3.2. Observaciones particulares

3.2.1 Ámbito de aplicación (artículo 2)

El apartado cuarto del artículo 2 del PRD delimita el ámbito de aplicación y expresamente determina que las entidades del grupo:

“[...] no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las entidades del sector público de las que sea medio propio personificado. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública (disposición adicional vigesimocuarta, apartado 6, de la Ley 9/2017¹⁸, de 8 de noviembre), en los términos desarrollados en el artículo 5”.

El PRD contempla por lo tanto la posibilidad de realizar un encargo en los casos en los que las licitaciones hayan quedado desiertas.

En estos supuestos, se recomienda que, en primer lugar, se evalúen los motivos que han podido influir en ese resultado y plantear, en su caso, modificaciones en la preparación y diseño de una nueva licitación que favorezcan la concurrencia y la competencia. Por tanto, desde la óptica de los principios de buena regulación y administración, ante el fracaso de licitaciones públicas, la posibilidad de acudir a la figura del encargo debe

¹⁸ Tenor literal: “6. TRAGSA y su filial TRAGSATEC no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las entidades del sector público de las que sea medio propio personificado. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.”.

contemplarse como último recurso y priorizarse el uso de alternativas garantes de la concurrencia.

Todo ello sin perjuicio de que, si existen sospechas de que la no concurrencia de licitadores se deba a la existencia de potenciales indicios de colusión, esta información sea puesta en conocimiento de la autoridad de competencia pertinente, principalmente a través de las vías del artículo 132 y 150 de la LCSP.

Adicionalmente, debe recordarse la **importancia de optar siempre como primera opción por los procedimientos de concurrencia competitiva**, incluso en los casos en los que en los casos previos se haya tenido que acudir al encargo por haber quedado desierta la licitación.

3.2.2 Objeto de los encargos (artículo 4)

El apartado primero del artículo 4 del PRD regula el objeto de los encargos a TRAGSA y TRASATEC señalando:

“1. Las entidades señaladas en el artículo 2.1 podrán conferir encargos a TRAGSA o a su filial TRAGSATEC sobre los trabajos y actividades que, encontrándose dentro del marco funcional definido en cualquiera de los apartados 1, 4 y 5 de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en el objeto social de las mismas, precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como los que resulten complementarios o accesorios, de acuerdo con el régimen establecido en este real decreto. A estos efectos, es la finalidad agrícola, ganadera, forestal de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, o el mejor uso y gestión de los recursos naturales, o el apoyo a la cooperación española en el ámbito internacional la que determina la adecuación de un encargo de obra al objeto social de TRAGSA, con independencia de su ubicación”.

Esta CNMC ha remarcado la importancia de que el objeto social de los medios propios delimite de forma precisa sus funciones y las actividades que pueden ser objeto de encargo, evitando aproximaciones genéricas que no permitan acotar la especialización del medio propio en actividades específicas, así como ser coherente respecto a su disponibilidad de medios personales y técnicos¹⁹.

En este sentido, se realizan las siguientes observaciones:

¹⁹ Véase la [Guía CNMC encargos a medios propios y convenios](#), pág. 29 y ss.

En primer lugar, en el artículo 4.1 se hace referencia a la posibilidad de realizar encargos que se adecúen al objeto y funciones atribuidas a TRAGSA y añade *“así como los que resulten complementarios o accesorios de acuerdo con el régimen establecido en este real decreto”*.

Se recomienda que dicha redacción se revise para ajustarla a lo recogido en la DA 24ª j) de la LCSP (*“La realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia, o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente”*) de forma que no se amplíe el mismo por el régimen que pudiera contemplarse en el PRD.

En segundo lugar, en relación con la adecuación de los encargos de obras a TRAGSA según su ámbito funcional y no territorial (es decir, con independencia de la ubicación de la obra o del servicio a realizar), la posición de esta Comisión sería igualmente recomendar que el texto del PRD no se expanda más allá de lo que recoge la propia LCSP por estos motivos:

- porque sin poner en cuestión que, al menos conceptualmente, puede que una actuación a realizar en un entorno urbano pueda perseguir el objetivo de la protección del medio agrícola, ganadero, forestal o el de tipo ambiental, de acuerdo con su objeto social, TRAGSA podría no tener la especialización para actuar en dicho entorno, existiendo además múltiples operadores que podrían prestar dicho servicio en el mercado.
- porque no parece que sea un asunto tan pacífico doctrinal ni jurisprudencialmente como señala la MAIN²⁰ para justificar esta extensión relativa a los encargos de obras.

Por estas razones, se recomienda reconsiderar dicha previsión para su correcto encaje en el concreto objeto social de TRAGSA.

²⁰ Según la MAIN: *“en el artículo 4.1, último párrafo, en relación con el objeto de los encargos a realizar a las empresas del Grupo TRAGSA, se determina que la actividad a desarrollar al amparo de los mismos, se puede ejecutar, con independencia de su localización, siempre y cuando esté incluida en su objeto social, recogándose, de este modo, en el presente real decreto el parecer de los distintos órganos consultivos, jurisdiccionales y tribunales administrativos de contratos respecto a que la actuación de TRAGSA viene determinada por su ámbito funcional y no territorial”*. Sin embargo, la MAIN no aporta informe o resolución alguna este respecto.

En tercer lugar, se prohíbe que los encargos “supongan una traslación del ejercicio de potestades públicas, no entendiéndose como tales las actuaciones de TRAGSA o TRAGSATEC que puedan considerarse tareas de carácter meramente auxiliar o de contenido estrictamente técnico, siempre que el órgano administrativo se reserve el control y la decisión que ponga fin a los procedimientos administrativos”.

Debe tenerse en cuenta en este sentido la [Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2024](#), que puntualiza que²¹:

“en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tenga la consideración de medio propio de la Administración. Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos, sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, reservándose el órgano

²¹ “En definitiva, no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias, una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de “medio propio de la administración”. Es más, el encargo para reforzar con su personal y medios técnicos las carencias puntuales que pueda tener una Administración pública constituye la razón de ser de un “medio propio”, en cuanto dispone de una infraestructura suficiente e idónea para realizar prestaciones en el sector de actividad de que se trate en su objeto social, por tratarse de una opción más eficiente que la contratación pública o por concurrir razones de urgencia que exijan la necesidad de disponer de los servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico (artículo 86.2 de la Ley 40/2015). De hecho, la STS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019), invocada por la sentencia impugnada, admite expresamente esta posibilidad al afirmar que “como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a entidades públicas empresariales” y añade “sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello, al auxilio de entidades públicas empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicha auxilio o asistencia”. Y esta colaboración, debe añadirse, no solo puede estar referida a trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios” (FDº 3). (Subrayado es nuestro).

administrativo el control y la decisión que ponga fin al procedimiento.” (FD 4º).

Por tanto, **se recomienda que la redacción de esta previsión incluya, en línea con la sentencia referida, que tal colaboración debe establecerse ante supuestos puntuales y, por tanto, en circunstancias extraordinarias, cuando la Administración no posea los medios materiales o técnicos necesarios para el desempeño de sus competencias.**

3.2.3 Encargos en situaciones de urgencia y emergencia (artículo 5)

El artículo 5 desarrolla el régimen jurídico aplicable a los encargos y, en particular, a los realizados por motivos de urgencia y emergencia. Sobre esta disposición cabe realizar dos observaciones.

En primer lugar, en cuanto a las previsiones del artículo 5.2 del PRD sobre los **encargos de urgencia que se justifiquen en una necesidad inaplazable o que sea preciso acelerar por razones de interés público**, se especifican dos supuestos en los que se presumen dicha urgencia²²: *“a) Procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos, por no haberse presentado ninguna oferta, o por ser irregulares las presentadas y b) Contratos respecto de los que se haya incoado un procedimiento de resolución por causas no imputables a la Administración.”.*

Cabe puntualizar que esta Comisión ya se ha manifestado sobre la motivación de los encargos por razones de urgencia para señalar que no debe basarse en la mera conveniencia de obtener una reducción de plazos, una mayor comodidad en la gestión o una deficiencia estructural de recursos disponibles. Igualmente, dicha urgencia no debe alegarse de forma sistemática y recurrente y, cuando no se deba a hechos imprevistos, deben conducir a mejoras en la planificación de las necesidades.

²² El artículo 2 (objeto) apartado j) de los [Estatutos de TRAGSA](#) establece: *“j) La realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia, o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente. En relación con cualquier obra o servicio, se considerará la vía de urgencia, independientemente de su ámbito territorial o de la tipología de la actuación, en los siguientes supuestos: a) Procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos, por no haberse presentado ninguna oferta o por ser irregulares las presentadas; b) Contratos respecto de los que por un incumplimiento del contratista –cuando esta situación de incumplimiento se constate fundadamente- se haya incoado un procedimiento de resolución.”*

Además, esta CNMC insiste en que cuando se aleguen motivos de urgencia, el ente público debe concretar en qué medida espera poder acortar los plazos bajo la técnica de encargos y bajo la normativa de contratación pública, teniendo en cuenta la posibilidad de una tramitación anticipada del expediente (la LCSP permite que el expediente pueda sujetarse al procedimiento de urgencia y, excepcionalmente, al de emergencia o, en su caso, al procedimiento negociado sin publicidad por razones de urgencia), y debe acreditar que el ahorro previsto de plazos es fundamental desde la óptica de razones imperiosas de interés general. Adicionalmente, en estos casos, el contenido del encargo debería circunscribirse a las actuaciones cuya inminencia resulta imprescindible, recomendándose que el resto de las actuaciones vinculadas al proceso ordinario de aprovisionamiento a través de procedimientos de concurrencia competitiva²³.

Por su parte, en relación con el supuesto a) del artículo 5 del PRD, tal y como se expuesto anteriormente, **se recomienda que el órgano de contratación evalúe, en primer lugar, las posibles causas por las que el procedimiento de licitación ha resultado desierto y no descarte automáticamente otras alternativas más procompetitivas, incluso considerando las opciones de tramitación acelerada que la LCSP prevé.**

En igual sentido, respecto de la urgencia derivada de una resolución previa por motivos no imputables a la administración (artículo 5. 2b) del PRD), **se recomienda no descartar de forma automática el recurso a otras opciones procompetitivas que, en función de las circunstancias de cada caso pudieran ser efectivas, como convocar una nueva licitación con concurrencia competitiva.**

Estas recomendaciones cobran especial relevancia teniendo en cuenta que, en los supuestos de urgencia y emergencia debidamente motivados, el objeto de los encargos puede incluir actuaciones que no encajen en el objeto social de TRAGSA.

En segundo lugar, el citado artículo 5 recoge en su apartado tercero lo siguiente respecto a las situaciones de emergencia:

“3. En las situaciones de emergencia, en las que las administraciones públicas deban actuar de manera inmediata, a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan un grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional, o de cualquier otra causa

²³ Véase, [Guía de la CNMC](#) págs. 53-56.

que así se declare de manera motivada por la Administración competente, podrán disponer o movilizar directamente de los medios de TRAGSA y de su filial TRAGSATEC que se requieran [...]

A este respecto, la DA 24ª de la LCSP incluye de forma muy general y amplia las funciones de TRAGSA, ya que contempla tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.

Por ello, el añadido que se contempla en el artículo 5.3 relativo a *“cualquier otra causa que así se declare de manera motivada por la Administración competente”* **puede ser susceptible de una interpretación expansiva que le lleve a ser aplicado a situaciones que no tendrían un vínculo claro con situaciones de emergencia, por lo que se aconseja su replanteamiento.**

3.2.4 Régimen económico y tarifas (artículo 7)

En el artículo 7 del PRD se describe el régimen de compensaciones aplicable por los encargos de obras, trabajos, asistencias técnicas, consultorías, suministros y prestación de servicios, en términos similares a los establecidos en el Real decreto de 2019 vigente.

En esencia, cuando la ejecución del encargo es realizada directamente por TRAGSA o TRAGSATEC, la compensación será el resultado de agregar al presupuesto (costes directos totales referidos a la aplicación de las tarifas a las unidades ejecutadas) la parte correspondiente a costes indirectos y gastos generales y, en su caso, el IVA u otro impuesto aplicable.

Particularmente, en el apartado 5 sobre la actualización de precios de las tarifas con la finalidad compensar el IVA que soporta TRAGSA en sus operaciones con terceros -y que no es deducible en los encargos que recibe de las Administraciones Públicas que, por no estar sujetos a este impuesto (o su equivalente en Canarias, Ceuta y Melilla)- determina que: *“cuando el objeto del encargo, a tenor de lo que se establece en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea considerado prestación de servicios y en consecuencia este impuesto o su equivalente no resulten deducibles, los precios simples de las tarifas se incrementarán con los coeficientes para la actualización de dichos precios que estén vigentes a la formalización del*

encargo, aprobados por Acuerdo de la Comisión para la Determinación de Tarifas. Estos coeficientes también se aplicarán a las unidades valoradas mediante precios de usuario específicos por no disponer de tarifa aprobada”.

Por otro lado, el artículo 7.4 del PRD, prevé para los supuestos en los que no hay predeterminada una tarifa que: *“su coste podrá valorarse a partir de una composición con precios de otras unidades preexistentes con tarifas aprobadas”.* *De no ser posible, “su coste será el que figure en el presupuesto aprobado por la Administración, siendo los costes así determinados válidos exclusivamente para la actuación concreta a que se refiera el encargo, teniendo desde ese mismo momento igual tratamiento que las unidades preexistentes con tarifas aprobadas. Al objeto de garantizar el principio de moderación de costes derivado de la incorporación de precios de usuario específicos, éstos deberán ser justificados de acuerdo con la mejor relación calidad-precio”.*

Se recomienda que el PRD recoja expresamente estas consideraciones: por un lado, que las tarifas deben ajustarse a precios de mercado, conforme a los costes de un operador eficientemente gestionado; por otro, que se debe evitar que la compensación que se reciba por el medio propio pudiera suponerle una ventaja económica asimilable a una ayuda pública en la medida en que no pueda asimilarse a la compensación económica que recibiría un operador en condiciones de mercado²⁴.

3.2.5 Publicidad (artículo 11)

El artículo 11 prevé la publicación del documento de formalización del encargo de conformidad con el artículo 63.6 de la LCSP que establece que la publicación en el perfil del contratante, si superan los 50.000 euros (IVA excluido) y los de importe superior a 5.000 euros al menos trimestralmente con, como mínimo, la siguiente información: objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio). El documento de formalización incluye la duración establecida para la ejecución del encargo.

Esta CNMC recomienda que, además de las obligaciones determinadas en la LCSP sobre la publicidad de la formalización, **sean objeto de publicación igualmente el resto de los documentos que obran en el expediente** (memorias justificativas, pliegos o documentación técnica), así como las

²⁴ Véase apartado 4.2.2.3. Tarifas, de la [Guía de la CNMC](#), págs.46 y ss.

modificaciones y subcontrataciones²⁵ que, en su caso, se produzcan durante la ejecución de los encargos²⁶.

Igualmente, **se recomienda que el PRD prevea un plazo breve para la publicación de la formalización de los encargos, ante la ausencia de previsión de la LCSP**²⁷. Esta transparencia no solo es necesaria para rendir cuentas y favorecer la toma de decisiones de otras administraciones (por ejemplo, a la hora de realizar el análisis de eficiencia para la determinación de recurrir a un encargo a o aun contrato) sino que también debe evitar entorpecer el ejercicio de los mecanismos de control y defensa, a través del derecho a interponer el recurso especial en materia de contratación por la atribución del encargo²⁸.

3.2.6 Contratación con terceros (artículo 15)

El artículo 15 del PRD prevé la contratación con terceras de prestaciones parciales de los encargos, limitado con carácter general al 50% del importe total del encargo. Este límite no es aplicable si el encargo se basa en *razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de esta o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución*.

Esta CNMC ha remarcado que el medio propio debe contar con medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social para que sea una verdadera entidad instrumental especializada en la prestación de determinados bienes y servicios a las entidades que le demandan el encargo.

En caso de que el medio propio carezca de los medios necesarios para su objeto social, existe el riesgo de que el cumplimiento de los encargos que se le atribuyan se realice fundamentalmente a través de la contratación de terceros o

²⁵ Previsto en el artículo 8.1b) de [la Ley 19/2013, de 9 de diciembre](#), de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

²⁶ Véase apartado 4.2.2.2. Publicidad y transparencia de los encargos de la [Guía de la CNMC](#), págs.44 y ss.

²⁷ La LCSP no prevé un plazo para la publicación de encargos superiores a los 50.000 €, y sí se establece una publicidad trimestral para los superiores a 5.000 €.

²⁸ Artículo 44.2 e) de la LCSP.

de la contratación temporal de trabajadores por parte de aquel (tal y como se ha puesto de manifiesto en el Informe del Tribunal de Cuentas²⁹).

En este sentido, para evitar que a través de la contratación de terceros para la ejecución parcial de los encargos convierta al medio propio en un mero intermediario, **se recomienda que se verifique, en primer lugar, que el medio propio cuenta con los medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones objeto del encargo en el plazo de ejecución requerido, en línea con el análisis de eficiencias ya apuntado. Esta verificación puede hacerse incluyendo en el PRD la obligación para el medio propio de realizar un estudio determinando las unidades a contratar con terceros, previo al encargo formal**³⁰.

En segundo lugar, en caso de recurrirse a la contratación con terceros de prestaciones parciales del encargo, debe abordarse de manera excepcional, para prestaciones accesorias o marginales y, en todos los casos, quedar debidamente motivado y ser objeto de publicación³¹.

Adicionalmente, de cara a la justificación del encargo a un determinado medio propio como opción más eficiente para satisfacer a una necesidad pública, la **CNMC ha destacado que los medios para el desarrollo de la actividad del medio propio son también determinantes de la eficiencia que este puede alcanzar**. Así, una infraestimación de los medios necesarios para que el medio propio lleve a cabo su actividad puede conducir erróneamente a la conclusión de

²⁹ “El número medio de empleados en el ejercicio 2022 fue de 10.267, con un incremento del 17 % respecto del ejercicio 2021, en el que el número medio de empleados fue de 8.770, frente a los 8.364 del año 2020 y un incremento del 4,9 %. La plantilla media de trabajadores temporales representó el 58,52 % de la plantilla media en 2022 y el 56,50 % en 2021, frente al 54,50 % del ejercicio 2020.” (pág. 14).

³⁰ “Al objeto de verificar si TRAGSA cuenta con los medios propios suficientes para ejecutar los encargos, se ha analizado si el personal que ha realizado las actuaciones tiene la condición de fijo o temporal. En el 27 % de los expedientes de la muestra, que se relacionan en el ANEXO XXIX, se ha observado que más del 70 % del importe de los encargos fue ejecutado con personal temporal.” (pág. 46 del Informe del Tribunal de Cuentas) y “La necesidad de contar con personal temporal en una proporción tan elevada pone en cuestión la consideración de que TRAGSA esté dotada de recursos personales suficientes para la realización del incremento exponencial de encargos que está recibiendo, al ser considerado medio propio personificado de una pluralidad de entidades públicas, cada vez más creciente. Así, del total de 85 expedientes analizados, solamente consta que TRAGSA ha certificado que tiene medios suficientes para realizar las tareas que se le encomiendan, en los 2 siguientes (...).” (pág. 47).

³¹ Véase Guía CNMC encargos a medios propios y convenios pág. 27 y ss.

que el medio propio es más eficiente que el mercado. Por ello, el requisito de que el medio propio sea más eficiente que la contratación pública comporta también un condicionante de sostenibilidad y eficacia³².

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, **llama la atención el enfoque de la MAIN que acompaña al PRD al señalar que:** *“La aplicación del proyecto de real decreto no supone incremento del gasto público, pero sí podría suponer un ahorro del gasto público, en función del tipo de obras o servicios que se encargaran a TRAGSA y TRAGSATEC. Este ahorro devendría de las actuaciones que TRAGSA y TRAGSATEC subcontrataran con terceros cuando el precio de adjudicación fuera inferior al precio base de licitación, ya que sería este precio de adjudicación el que finalmente financiara la Administración”³³.*

Así pues, insistimos que, por razones de eficiencia e idoneidad, a la hora de analizar los mecanismos de aprovisionamiento para satisfacer necesidades públicas, debe tenerse en consideración lo que el mercado es capaz de proveer en términos de precio, cantidad, calidad, velocidad, regularidad, o seguridad de suministro, entre otros.

En esta línea, teniendo en consideración que el artículo 32.7 de la LCSP establece sobre la limitación general a la contratación de terceros de la ejecución parcial del encargo del 50% que: *“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”, se recomienda que se explicita en el PRD la excepcionalidad de estos supuestos y que la justificación de que concurren aquellas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente.*

Finalmente, se recomienda que se especifique en el PRD el régimen jurídico aplicable a estos contratos con terceros a celebrar por TRAGSA y TRAGSATEC como poderes adjudicadores que son. En este sentido, le son de aplicación los principios generales de la contratación pública y deben velar

³² Artículo 86.2 de la LRJSP.

³³ Pág. 15 de la MAIN. Subrayado es nuestro.

porque sus licitaciones sean lo más eficientes en términos de calidad-precio. Por ello, se aconseja que se estudie el mercado con carácter previo a la convocatoria de cara a diseñar adecuadamente el procedimiento de adjudicación en el sentido de que se facilite la concurrencia y que las condiciones establecidas en los pliegos favorezcan la competencia entre licitadores, como máxima garantía de eficiencia en la gestión de los fondos públicos.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El proyecto normativo analizado tiene como finalidad adaptar el régimen jurídico de TRAGSA y TRAGSATEC a diversas modificaciones legales y recomendaciones realizadas por distintos órganos fiscalizadores que afectan a su funcionamiento como medios propios y servicios técnicos.

Esta Comisión, a través de una Guía elaborada al efecto, ya planteaba que debe asegurarse un cumplimiento estricto de los requisitos legales particulares establecidos, pero también de los principios de buena regulación y administración aplicables de forma general a los entes públicos.

Desde esta Comisión se invita al Ministerio proponente de este PRD a que asuma una función de liderazgo respecto a las cautelas que sería recomendable plantearse para una utilización adecuada de la figura sobre la base de las recomendaciones recogidas en la Guía realizada por la CNMC. Ello debería llevar a que se refuerce el deber de motivación que justifique cada encargo, realizando una comparación rigurosa de las ventajas e inconvenientes respecto a los distintos instrumentos de aprovisionamiento existentes.

Adicionalmente, se realizan una serie de recomendaciones de mejora:

- Ante el fracaso en licitaciones previas, evitar acudir directamente a la figura del encargo y explorar alternativas más procompetitivas como el planteamiento de nuevas licitaciones con modificaciones en su diseño.
- Ajustarse a la literalidad de lo recogido en la LCSP respecto a las finalidades y funciones recogidas en el objeto social del Grupo TRAGSA. Se debe evitar una interpretación expansiva del ámbito funcional frente al territorial, así como reforzar la excepcionalidad de que se pueda encargar el ejercicio de potestades públicas.

- Respecto a los encargos de urgencia, se recomienda no descartar de forma automática el recurso a otras opciones procompetitivas. De igual modo, respecto a los encargos vinculados a situaciones de emergencia, se aconseja ajustarse a la literalidad de la LCSP al respecto.
- Revisar el régimen aplicable al cálculo de las retribuciones para adecuarlas a precios efectivos de mercado, evitando que la compensación pudiera suponerle una ventaja económica asimilable a una ayuda pública.
- Fijar un plazo breve para la publicación de la formalización de los encargos e incluir otros documentos como las memorias justificativas, pliegos, etc.
- Explicitar la excepcionalidad de la contratación con terceros de parte de las prestaciones del encargo, además de su necesaria motivación y publicación.