

---

## Su información

### 1. ¿En calidad de qué o en representación de quién participa en esta consulta pública?

Entidad privada

### 2. Seleccione el ámbito de interés

Administración General del Estado, Comunidad Autónoma, Entidades locales

### 3. Breve justificación del interés del particular o de la Institución a la que representa (máximo 4.000 caracteres)

La Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (ASEJA), se ve muy afectada por los encargos a medios propios que se realizan en los ámbitos de actuación de las inversiones en nuestros sistemas ecológicos, tanto en el ámbito urbano como rural y forestal. Sobre todo los encargos a TRAGSA suponen eliminar del libre mercado y de la competencia las posibles licitaciones que se producirían. Cada vez el ámbito de actuación de los medios propios es mayor, y se acaban convirtiendo medios propios de facto de todas las entidades públicas de nuestro país, no solo la AGE, las Comunidades Autónomas, las diputaciones, los cabildos insulares

## Bloque I: Valoración general

### Valoración general: Convenios

#### 1. ¿Cuáles son las razones que motivan la celebración de los convenios entre entidades del sector público?

En nuestra opinión las razones que actualmente los motivan es la Comodidad de ciertas Administraciones que en vez de licitar prefieren celebrar un convenio con otra administración que tiene medios propios para ejecutar los trabajos.

#### 2. ¿Cuáles son las razones que motivan la celebración de los convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

En nuestra opinión las razones que actualmente los motivan es la Comodidad de ciertas Administraciones que en vez de licitar prefieren celebrar un convenio con otra administración que tiene medios propios para ejecutar los trabajos.

3. ¿Considera que se celebran convenios que debieran haber sido tramitados como contratos sujetos a la normativa de contratos del sector público?

5

4. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la celebración de estos convenios entre entidades del sector público?

0

5. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la celebración de estos convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

0

6. ¿Considera que los convenios pueden planificarse con el resto de formas de aprovisionamiento público (encargos a medios propios y contratos públicos)?

5

7. ¿Considera que en términos generales se realiza una interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para utilizar la figura de los convenios entre entidades del sector público?

1

8. ¿Considera que en términos generales se realiza una interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para utilizar la figura de los convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

1

9. ¿Considera que se cumplen las exigencias de publicidad de los convenios?

0

## Valoración general: encargos a medios propios

11. ¿Cuáles son las razones que motivan crear o atribuir la condición de medio propio a una entidad instrumental?

Deberían de ser los previstos legalmente, sobre todo la urgencia, la eficacia... pero muchas veces es la lentitud e ineficacia de ciertos poderes adjudicadores que prefieren acudir a encargos para evitarse una licitación, los estudios que requieren, etc...

La comodidad es muy habitual que sea de facto la auténtica razón.

12. ¿Cuáles son las razones más habituales para utilizar la figura de un encargo a un medio propio?

Urgencia, Agilidad, Licitaciones previas desiertas, Otros

### Otros

Comodidad para la administración y razones puramente políticas

13. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la realización de encargos a medios propios?

0

14. ¿Considera que se cumplen las exigencias de publicidad de los listados de medios propios existentes y de formalización de los encargos?

0

15. ¿Considera que los encargos a medios propios pueden ser objeto de la planificación, como los contratos públicos?

5

16. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Existe un oscurantismo general en los encargos, que son publicados muchas veces sin tiempo de poder recurrirlos y sin ningún tipo de información que los respalde. TRAGSA por ejemplo solo accedió a publicarlos, sin ningún detalle justificativo, tras una sentencia de la Audiencia Nacional (recurso 16/2017) ante una reclamación de ASEJA ante el Consejo de Transparencia y se publican a mes vencido por lo que no existe posibilidad alguna de control. No existe asimismo una publicación en Portales de Contratación de los encargos que se realizan que permitan su control.

## **Bloque II: Marco normativo**

### **Marco normativo: convenios**

**17. ¿Considera que la regulación actual diferencia con claridad la figura del convenio entre entidades del sector público y la del contrato público?**

1

**18. ¿Considera necesario introducir mejoras en la regulación aplicable a los convenios entre entidades del sector público?**

5

### **¿Sobre qué aspectos?**

**Seleccione una o varias opciones**

Mejoras de publicidad ex ante, Refuerzo de la motivación de su utilización, Mejoras de publicidad ex post

**19. ¿Considera que la regulación actual diferencia con claridad la figura del convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado y la del contrato público?**

1

**20. ¿Considera necesario introducir mejoras en la regulación aplicable a los convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?**

5

### **¿Sobre qué aspectos?**

**Seleccione una o varias opciones**

Mejoras de publicidad ex ante, Refuerzo de la motivación de su utilización, Mejoras de publicidad ex post

### **Marco normativo: encargos a medios propios**

**22. ¿Considera que los requisitos que la regulación actual impone a las entidades del sector público para acudir a sus medios propios son adecuados?**

0

### **En caso negativo ¿Sobre qué aspectos debería incidir la mejora regulatoria?**

**Seleccione una o varias opciones**

Memoria justificativa, Publicidad, Requisito control análogo, Requisito control análogo conjunto, Verificación de que el medio propio cuenta con los medios materiales y personales suficientes y apropiados, Incumplimiento requisitos y pérdida sobrevenida de la condición de medio propio, Delimitación en el objeto social del medio propio, Otros

## Otros

Justificar la Eficacia de cada encargo respecto a acudir a la licitación pública

**23. ¿Considera que los requisitos que la regulación actual impone a las entidades del sector público para realizar los encargos a sus medios propios son adecuados?**

0

## En caso negativo ¿Sobre qué aspectos debería incidir la mejora regulatoria?

### Seleccione una o varias opciones

Memoria justificativa, Publicidad, Adecuación del objeto social del medio propio y la prestación objeto del encargo, Verificación de que el medio propio cuenta con los medios materiales y personales suficientes y apropiados, Los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido

**24. ¿Considera que es necesario regular requisitos adicionales para acudir a la figura de los encargos a medios propios?**

5

## En caso afirmativo ¿Sobre qué aspectos?

### seleccione una o varias opciones

Análisis o estudio de mercado a incluir en la memoria justificativa , Reglas para determinar la duración de los encargos, Límites a la subcontratación de los encargos, Reglas para las modificaciones de los encargos, Nulidad del encargo por falta de publicidad del mismo, Otros

## Otros

Justificación del control análogo al menos en los medios propios de 2 o mas entidades

**25. ¿Considera conveniente que entre los requisitos exigibles deba incluirse expresamente una memoria justificativa de la eficiencia del recurso del encargo frente a las opciones de contratación pública?**

5

**En caso afirmativo, ¿Qué aspectos deben tenerse en cuenta para verificar que un encargo es la opción más eficiente frente a las licitaciones públicas?**

Debería realizarse un estudio comparativo entre el coste de acudir al encargo, en base a las tarifas publicadas y las licitaciones públicas (sin IVA).

Deberían de compararse los costes de personal del medio propio vs. costes de convenio colectivo aplicable

Deberían compararse las Tarifas publicadas vs. precios de referencia de licitaciones semejantes

Debería posibilitarse un sistema por el cual se posibilite la presentación de ofertas condicionadas por los licitadores, de tal forma que pudiese verificarse que es mas eficaz, al menos económicamente, acudir al encargo. Por ejemplo si se decide realizar un encargo, ofrecer un plazo al mercado para que puedan ofertar (provisionalmente o de forma condicionada) la obra o servicio encargado y así poder verificar que el encargo es la opción más eficiente; al menos en actuaciones que no sean declaradas urgentes.

**26. ¿Considera que en la actualidad existen mecanismos de control efectivos sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos para acudir a la figura de los encargos a los medios propios?**

3

**27. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)**

Hay una serie de problemáticas muy habituales en el actual sistema de encargos a medios propios. En concreto en los encargos a medios propios pertenecientes a dos o más administraciones. Es muy habitual que haya una única administración que disponga de una mayoría del capital social y por lo tanto del poder decisorio real; pero se posibilita (bien en los Estatutos bien en decisiones posteriores) que otras administraciones puedan tener una

participación residual en el capital social del medio propio y que (junto con otras muchas administraciones) participen a través de un representante en alguno de los comités creados en el medio propio. De esta forma parece que se cumplen dos criterios contemplados actualmente en el artículo 32 de la Ley de Contratos del sector Público. No creemos que pueda ser considerado “control análogo” el que tiene una administración sobre un medio propio de otra administración por tener 1 acción.

Pero de facto se está produciendo una proliferación de creación de medios propios con dichas características, así determinadas diputaciones provinciales crean un medio propio y dan entrada a ayuntamientos o una comunidad autónoma crea un medio propio y da entrada a entidades locales.

Creemos que para que un medio propio pueda ser considerado medio propio de 2 o más administraciones ninguna de ellas debería tener por sí sola control sobre dicho medio. Dicha idea es el origen de cualquier control “mancomunado” o “conjunto”. El actual sistema es perverso porque permite el control análogo solidario (de la administración mayoritaria) y mancomunado (de la administración mayoritaria junto a la residual). La realidad de nuestro país es que una mayoría de los medios propios están controlados de facto por una única administración que es lo que establecen sus estatutos es la posibilidad de que sea medio propio de otras administraciones.

El cuestionamiento del control análogo por una entidad minoritaria ha sido ya establecida por la sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Cataluña en su sentencia 5240/2020 ante un encargo por parte de un Ayuntamiento a la empresa SUMAR. Dicha empresa está participada en un 51,10% por la Diputación de Girona, mas un 19,96% en Autocartera y el Ayuntamiento que realizó el encargo no llegaba ni al 0,5% del capital social.

Proponemos realizar una modificación legal del artículo 32 de la LCSP en el sentido de establecer realmente lo que es el control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, en línea con lo señalado anteriormente. Si un medio propio tiene a un accionista o socio con mas del 50% del capital, no puede ser considerado nunca medio propio de 2 o mas poderes adjudicadores.

Algunos representantes de medios propios defienden que tienen establecido pactos de tal forma que se les permita acceso a los órganos de decisión; pero realmente cuando se analiza en detalle cada uno de estos casos se concluye que tal acceso a los órganos de decisión es una mera ficción jurídica pues en cualquier momento el socio mayoritario podría cambiar los estatutos.

Pongamos el ejemplo de TRAGSA, en donde la Administración General tiene más del 99% del capital social, y el Cabildo de la Gomera tiene 1 acción que es el 0.0034% del capital. ¿Cómo puede defenderse que el Cabildo tenga control análogo sobre TRAGSA?

Por otra parte TRAGSA dispone de una regulación “ad hoc” lo cual creemos que no tiene sentido jurídico alguno pues lo que supone de facto es ir eliminando con una norma de rango de ley cualquier posible problema que se haya generado en la actuación de TRAGSA; por ejemplo se ha ampliado el objeto social para evitar impugnaciones, se ha ampliado el número de entidades de las cuales es medio propio igualmente para evitar recursos y reclamaciones, ... Proponemos eliminar la DA 24 de la LCSP que regula la actividad de TRAGSA y que se vea sometida al control general de cualquier medio propio

## **Bloque III: Problemas específicos**

### **Convenios y afectación a la competencia**

**28. ¿Considera que la utilización de la figura del convenio entre entidades del sector público puede tener impacto sobre la competencia**

5

**29. ¿Considera que la utilización de la figura del convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado puede tener impacto sobre la competencia?**

5

**30. ¿Considera que el mero cumplimiento de los requisitos existentes para utilizar el instrumento del convenio es suficiente para salvaguardar la competencia?**

0

**31. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia**

que puede comportar la decisión de acudir a un convenio entre entidades del sector público?

5

32. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un convenio convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?

5

## Encargos a medios propios y afectación a la competencia

34. ¿Considera que la utilización de la figura del encargo a los medios propios puede tener impacto sobre la competencia en el mercado del aprovisionamiento público?

5

35. ¿Considera que la utilización de la figura del encargo a los medios propios puede tener impacto sobre la competencia en los mercados distinto al del aprovisionamiento público?

5

36. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un encargo a un medio propio?

5

37. ¿Considera que el mero cumplimiento de los requisitos existentes para utilizar la figura del encargo al medio propio es suficiente para salvaguardar la competencia?

0

38. ¿Considera necesario que la Administración analice la estructura competitiva (oferta-demanda) del mercado tanto a la hora de crear nuevos medios propios como de realizar encargos a éstos?

5

39. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Existe una tendencia a considerar que una vez se ha creado un medio propio ya esté, por definición, es más eficaz que acudir a licitaciones y por lo tanto se obvia realizar estudio y justificación en cada encargo

Proponemos reflejar en nuestra actual legislación la doctrina consolidada del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 20 de noviembre de 2018 de tal forma que quede claramente establecido que hay que proceder a justificar la eficacia del medio propio tanto en su creación o Constitución como en cada uno de los encargos que se realizan.

Insistir en la propuesta realizada con anterioridad de prever un sistema de licitación provisional o condicionada, de tal forma que la administración que quiera realizar un encargo propio se vea obligada (salvo en caso de urgencia acreditada) a posibilitar que el mercado pueda ofertar sus servicios y así poder realmente justificar dicha mayor eficacia. Si no existe esta comparativa la realidad nos muestra que acudir a los medios propios es una mera forma de evitar la necesaria competencia y acudir de una forma (eso sí muy rápida) al el medio propio lleve a cabo las actuaciones

## IV. Envío de la respuesta

**Nombre completo del particular o de la institución representada (se publicará junto a la respuesta)**

Asociacion de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde-ASEJA

