



Recurso nº 590/2022 C.A. Principado de Asturias 33/2022

Resolución nº 696/2022

Pleno del Tribunal

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 16 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. Joel García Fernández, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCION ASPROCON (CAC-ASPROCON), contra la Resolución de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica del Principado de Asturias de fecha 8 de abril de 2022, por la que se resuelve encargar la ejecución del *“Proyecto de rehabilitación del espacio natural y restauración de pasivos ambientales afectado por la unidad de producción Área Noreste de Tormaleo (Ibias) y su adecuación para los usos finales del suelo previstos”* a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. en su condición de medio propio personificado y servicio técnico del Principado de Asturias, expediente CONP/2022/738; el Pleno del Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 11 de marzo de 2022 la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica del Gobierno del Principado de Asturias acordó la iniciación de la tramitación del expediente de encargo para la ejecución del *“Proyecto de rehabilitación del espacio natural y restauración de pasivos ambientales afectado por la unidad de producción Área Noreste de Tormaleo (Ibias) y su adecuación para los usos finales del suelo previstos”*, expediente CONP/2022/738.

Este encargo va a ser financiado con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Segundo. El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en su reunión de fecha 8 de abril de 2022 autorizó un gasto por importe de CUARENTA Y OCHO MILLONES



CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL, DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (48.462.275,70 €).

La ejecución del presente encargo se financiará con cargo a la aplicación presupuestaria 13.03.741G.630.001 (MRR) de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias de acuerdo con distribución en cinco anualidades, 2022 a 2026.

Tercero. Por Resolución de 8 de abril de 2022 de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, se acuerda encargar la ejecución del Proyecto de rehabilitación del espacio natural y restauración de pasivos ambientales afectado por la unidad de producción Área Noreste de Tormaleo (Ibias) y su adecuación para los usos finales del suelo previstos, a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (en lo sucesivo, TRAGSA) en su condición de medio propio personificado y servicio técnico del Principado de Asturias, conforme al proyecto aprobado y con el documento de formalización que se anexa a dicha resolución.

Cuarto. El 20 de abril de 2022 se publica la Resolución del encargo en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, a continuación, el día 22 se publica en el perfil del contratante.

Quinto. Disconforme la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCION ASPROCON (CAC-ASPROCON) con la Resolución de encargo del proyecto a favor de TRAGSA, con fecha 11 de mayo de 2022 presenta en sede electrónica recurso especial contra el encargo a medio propio, TRAGSA, instando su anulación.

Sexto. Se ha recibido el expediente del encargo y el informe del órgano de contratación, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Séptimo. En fecha 18 de mayo de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 20 de mayo de 2022 se presentan alegaciones por la entidad TRAGSA, exponiendo el cumplimiento de todos los



requisitos legales de este medio propio, también del Principado de Asturias, para la ejecución del proyecto encargado.

Octavo. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Además, y dada la financiación del encargo con Fondos Europeos NextGeneration-UE, se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto–Ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del R.D.-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Sección 1ª del Tribunal dictó acuerdo de 26 de mayo de 2022 acordando declarar que *prima facie* no apreciaba causa de inadmisibilidad del recurso, sin perjuicio de lo que se acuerde en la resolución de éste y denegar la solicitud medida cautelar consistente en suspender la ejecución del encargo, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP, 22.1. 1º del RPERMC y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29/10/2021).

Segundo. La recurrente, la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCION ASPROCON (CAC-ASPROCON) goza de legitimación corporativa o difusa para la defensa



de los intereses del sector de la construcción ex artículo 48 in fine de la LCSP según el cual:

“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Según se desprende de sus Estatutos, la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN-ASPROCON es una confederación de empresarios del sector de la construcción, cuyo fin consiste en el fomento, cooperación y defensa de los intereses generales de las empresas asociadas (artículos 2 y 3). Siendo ello así, debe apreciarse en ella interés legítimo, en los términos del precepto transcrito, para impugnar las condiciones en las que se ha de llevar a cabo un encargo a un medio propio, que puede implicar una restricción de la concurrencia de las empresas del sector que ella representa, debiendo recordarse que la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, reconoce en su artículo 1 como finalidad propia de asociaciones de trabajadores y empresarios *“la defensa de sus intereses respectivos”*.

Abundando en estos términos, hemos de recordar que, sobre el concepto de *“interés legítimo”*, el Tribunal Constitucional, en sentencia 47/1990, ya advirtió de que incluía *“el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular, no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines”*, insistiendo en esta idea la STC 252/2000, de 30 de octubre al afirmar que *“cuando exista este interés profesional o económico existirá, a su vez, el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual, como ya se ha explicado, se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido”* y concluyendo la STC 45/2004, de 23 de marzo, que *“a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales”*.



En lógico corolario con tales razonamientos, y sin pretender una cita exhaustiva de los múltiples pronunciamientos del citado Tribunal, las SSTC 73/2006, 52/2007, 218/2009 entre otras, han reconocido la legitimación de entidades asociativas para impugnar actos que afectaban a los intereses de sus asociados.

Finalmente, debemos señalar que esta ha sido la doctrina mantenida por este Tribunal, que ha apreciado en reiteradas ocasiones la legitimación para interponer el recurso especial a asociaciones representativas de intereses del sector profesional al que se refería la licitación, dada la literalidad del inciso final del artículo 48 de la LCSP (vid Resoluciones nº 46/2022, de 14 de enero y nº 1935/2021, de 29 de diciembre en las que se delimitan en sentido positivo y negativo los requisitos para reconocer legitimación a asociaciones empresariales).

Tercero. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de ser impugnado en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 de la LCSP, último párrafo que determina:

“Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación (...) los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios”.

El importe del encargo es superior a 3 millones de euros, además de impugnarse su acuerdo de formalización a un medio propio, por considerar la recurrente que no cumple los requisitos legales (artículo 44.2 e) de la LCSP).

Téngase en cuenta a efectos de la consideración anterior, que la regla segunda del documento de formalización del encargo, señala que las prestaciones del encargo son las propias del contrato de obras.

Cuarto. Para analizar si el recurso se ha interpuesto en plazo, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 50 de la LCSP, no el artículo 58 del RDL 36/2020.

En efecto, conforme tiene establecido este Tribunal (Acuerdo de Pleno de 27 de abril de 2022), la aplicación del plazo de diez días naturales, que señala el artículo 58.1 del RDL 36/2020, para interponer el recurso, exige que el acto recurrido sea el de adjudicación,



además de haberse dictado éste en el curso de la licitación de un contrato que vaya a financiarse con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Atendido lo anterior, al dirigirse el recurso que nos ocupa contra un encargo, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 50 de la LCSP y no el artículo 58 del citado RDL 36/2020.

El artículo 50 de la LCSP establece:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

[...]

f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la presente Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante”.

La formalización del encargo fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de abril de 2022 por lo que el día inicial “*dies a quo*” comenzó el 25 de abril (pues y los días 23 y 24 eran inhábiles) y su fin “*dies ad quem*”, alcanzaba hasta el 13 de mayo, por lo que, presentado el 11 de mayo, se trata de un recurso en plazo.

Quinto. A juicio de la representación de la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCION ASPROCON (CAC-ASPROCON) existen varios argumentos para reputar que el encargo a TRAGSA es contrario a Derecho y por ende, ha de ser anulado para que el proyecto objeto del mismo, pase a la contratación externa de las empresas del sector.

1. A modo de prólogo, CAC-ASPROCON realiza un juicio de valor sobre el uso de los medios propios por parte de las Administraciones Públicas en general y de los poderes adjudicadores en particular, lo cual en su opinión resulta:

“(...) manifiestamente lesiva para los mercados, para la libre competencia y para la economía en general pues, y más en un contexto como el que actualmente estamos



viviendo, se cercenan, las expectativas y las posibilidades de recuperación que tanto se pregonan en las Exposiciones de Motivos de toda la normativa sectorial que se ha venido publicando a resultas de la pandemia”.

Y finaliza su prólogo con la siguiente conclusión:

“(…) esta obra que se adjudica viene en colisionar con los principios más esenciales de la libre concurrencia en el sentido de resultar esta un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía”.

2. Sobre la falta de justificación para acudir a la figura del medio propio. En esta alegación CAC-ASPROCON invoca la ausencia de motivación de la Consejería competente del Gobierno del Principado de Asturias para acudir a un “*mecanismo excepcional*” como es el recurso a un medio propio y por ello, manifiesta que entra en colisión de manera flagrante con la Directiva 2014/2014/UE y con los preceptos tanto de la LCSP como de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Se argumenta lo siguiente:

“Y ello, por cuanto en el caso que nos ocupa, era perfectamente posible, eficiente y equitativo, acudir a la licitación de un contrato de proyecto y obra mediante procedimiento abierto y en su caso, trámite de urgencia, caso de ser necesario. Sin embargo, sin una mínima motivación y nula motivación se prescinde del procedimiento legalmente establecido, hurtando a las empresas del ramo de la construcción, entre las que se incluyen las asociadas a la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN-ASPROCÓN, concurrir y participar en igualdad de condiciones y garantizando el principio de libre competencia en el concurso y adjudicación de unas obras tan importantes, optando la Administración por encargar las obras a sus propios medios técnicos personificados en la entidad TRAGSA, que se coloca en una posición de absoluto privilegio con respecto a las demás entidades que concurren en el mercado de la construcción, obteniendo la adjudicación directa de unas obras por importe de más de cuarenta y ocho millones de euros”.



La ausencia de la motivación de acudir al medio propio y no a la licitación pública y, por ende, con concurrencia competitiva la centra la confederación impugnante en los siguientes hitos:

a) El sistema de encargo directo a TRAGSA vulnera la finalidad prevista en el Plan de Ayudas aprobado por el Real Decreto 341/2021, de 18 de mayo, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la restauración ambiental de zonas afectadas por la transición energética en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia correspondiente a proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón, con un perjuicio irreparable al sector de la construcción. En las consideraciones de ASPROCON:

“Ello significa que, entre los objetivos del plan de ayudas, del que dimana el presente expediente y Resolución, está la creación de empleo. Pues bien, el encargo directo a un medio propio como es TRAGSA vulnera de manera palmaria la finalidad de las ayudas concedidas. Si no se permite a las empresas del sector privado intervenir mediante un procedimiento abierto, se pone en serio peligro la propia continuidad de su actividad, privándolas de una inyección de ingresos que permitiría su subsistencia y el mantenimiento y creación de nuevos puestos de trabajo, esto es, lo contrario de lo que se persigue con la concesión de estas ayudas. A sensu contrario se va a conseguir exactamente lo contrario, la extinción de numerosos puestos de trabajo pues si en una comunidad como la que tenemos la fortuna de habitar en la que la crisis se ha cebado especialmente dejando el tejido empresarial escuálido ante la falta de proyectos que dinamicen su economía se prescinde de suculentas adjudicaciones como la que nos ocupa para que se ejecuten por los propios medios de la administración se produce un efecto colapso en el sector privado que amenaza más que seriamente los empleos del mismo.

De este modo, el encargo directo a medio propio en el supuesto analizado, desnaturaliza la finalidad de las ayudas otorgadas en el RD 341/2021, erigiéndose en causa de nulidad de la Resolución de 8 de abril de 2022. Para que se permita la ejecución mediante el encargo a medios propios será necesario que esté justificado y amparado en la ley, no que la administración, por comodidad y en su beneficio, acuda como regla a lo que es o debería ser la excepción. Existen supuestos tasados



en los que se podría acudir a tales medios, pero no sucede así en el caso de la actuación de Tornaleo (Ibias) en el que tal mecanismo carece de justificación”.

b) Inexistencia de razones de urgencia, invocadas por el poder adjudicador. En esta argumentación ASPROCON estima que desde el mes de marzo 2022 (fecha de inicio del expediente de encargo del proyecto) hasta el mes de diciembre de 2022 (fecha tope para que España opte al reembolso de las ayudas europeas) media el tiempo suficiente para poner en marcha la licitación por procedimiento abierto y el inicio de la ejecución de las obras. En este sentido, advierte su recurso que:

“La resolución impugnada debería justificar de forma clara y contundente que, mediante el procedimiento abierto, con o sin declaración de urgencia, no se podrían cumplir los plazos exigidos. Pues bien, la resolución guarda completo silencio sobre esta trascendental cuestión, no incluyendo razonamiento alguno acerca de la imposibilidad de la tramitación de la adjudicación del contrato por un procedimiento abierto. Algo que deslegitima y anula su decisión, por cuanto de nada sirve que se nos diga que el procedimiento de encargo directo a medio propio serviría para cumplir los plazos si no se acredita que el procedimiento ordinario impediría cumplir tales objetivos. Y no lo hace porque sencillamente no es cierto, tal y como hemos expuesto”.

En opinión de la confederación no está justificada la situación real de urgencia máxime si se trata de obras que tienen previsto un plazo de ejecución de cuatro años y recordando además que existe la tramitación de urgencia de los expedientes de licitación con contracción de gasto con cargo a los Fondos del Mecanismo de Recuperación, Transformación y Resiliencia por mor del artículo 50 del Real Decreto-Ley 36/2020.

c) El aseguramiento de las condiciones de seguridad minera y ambiental por parte de TRAGSA y la existencia de otras empresas privadas de sector de la construcción que pueden cumplir las exigencias de la ejecución del proyecto en forma y en plazo. En este alegato, la confederación reitera la improcedencia de acudir al encargo directo al medio propio y así matiza que:

“En ningún momento se prueba ni se informa con datos concretos y precisos, más allá de generalidades, que TRAGSA, por comparación con otras empresas del



sector privado, tenga una superior capacidad para contratar recursos humanos y materiales necesarios. Tal tesis no se sostiene, existiendo empresas en el Principado de Asturias y a nivel nacional de gran peso que permitirían la contratación ágil de personal (si es que no cuentan con ella ya en sus equipos) así como el despliegue de medios materiales requeridos. Lo que ocurre es que no interesa hacer esa comparativa.

La solvencia técnica indicada se pone en directa relación en dicho epígrafe con el cumplimiento de los ítems temporales, por lo que este argumento se reconduce al primero, la urgencia. Todo se justifica en la urgencia, que ya hemos visto no puede ser la excusa para acudir a esta vía. La solvencia en estas materias: seguridad minera y ambiental, es denominador común en muchas empresas acreditadas en el sector, que cuentan con suficientes recursos humanos y técnicos, perfectamente objetivables a través de los mecanismos que regula la LCSP, para acometer las obras en plazo y forma”.

3. Sobre la excepcionalidad de acudir a la “*encomienda de gestión*” (sic) y vulneración de los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa. En este argumentario pretende la confederación que ha destruido los motivos de urgencia pasar ahora a destruir la “*eficiencia e idoneidad*” del medio propio y se vuelve a insistir en la excepcionalidad de esta figura frente a la regla general que ha de ser la contratación pública con cita expresa de un informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado el nº 29/18 de 5 de abril recordando la doctrina de las contrataciones “*in house*” como una excepción a los principios de igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia y publicada, así como a las libertades comunitarias (trae a colación sentencias del Tribunal Supremo que se apoyan en fallos del TJUE, así como informes del Tribunal de Cuentas de 2015 sobre la excepcionalidad de las encomiendas).

Con cita literal del artículo 86 de la LRJSP, ASPROCON subraya que la Consejería de Industria no ha aportado elemento de juicio alguno para justificar la eficiencia y la idoneidad para acudir al medio propio y manifiesta que:

“No existe ningún informe que haya comprobado, ni que TRAGSA dispone de medios suficientes e idóneos para realizar las obras del citado proyecto, ni el objeto social de TRAGSA, ni la rentabilidad económica del encargo directo ni la urgencia,



cuando se tardan, además, más de cuatro meses en tramitar el encargo a medio propio.

Por lo tanto, a la vista de lo alegado en estos apartados, y de la inexistencia de informes en relación a la idoneidad del encargo directo a medio propio, procede declarar la nulidad del encargo efectuado al incumplir de manera flagrante la normativa en materia de contratación pública”.

4. Sobre TRAGSA y su objeto social. Esta alegación se centra en que la actividad encargada al medio propio TRAGSA, excede con creces de su objeto social. Tras la transcripción literal de la Disposición Adicional 24ª de la LCSP y del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, de régimen jurídico de TRAGSA, la defensa de ASPROCON advierte la falta de adecuación de los trabajos objeto del encargo con el objeto social y con las funciones de TRAGSA lo que acarrea un vicio de nulidad por falta de capacidad del medio propio ex artículo 66 de la LCSP.

Apoya su tesis en la Resolución de este Tribunal nº 120/2019, de 18 de febrero y otra del Tribunal de Castilla y León, la nº 61/2019 para pedir *“la nulidad de la encomienda por la falta de adecuación del objeto social del medio propio con las obras objeto de encomienda”*.

5. Sobre el incumplimiento por parte de la LCSP de la Directiva 2014/24/UE sobre los encargos a los medios propios. Aquí ASPROCON expone los requisitos para la legalidad del encargo a la luz de la normativa europea y así: que exista el control análogo, que la entidad proveedora o medio propio la parte esencial de su actividad proceda de los entes que la controlan, que su recurso sea excepcional y de interpretación estricta, que exista una titularidad sobre el medio propio (influencia determinante) y la suficiencia del medio propio (límites a la subcontratación).

A renglón seguido, la recurrente transcribe el artículo 32.4 de la LCSP para concluir que su redacción va en contra de la Directiva 2014/24/UE.

Pasando al caso concreto de TRAGSA y el control conjunto de los poderes adjudicadores sobre el medio propio, la impugnante refleja la distribución de acciones de esta mercantil y su régimen estatutario para la composición de los órganos de gobierno para concluir que:



“Con todos los datos anteriores vemos que se pervierte el concepto de “control análogo” o “control conjunto análogo” cuando a una Administración se le adjudica una acción equivalente a 0.0034% del capital social de un medio propio, en concreto de TRAGSA, y en los Estatutos de TRAGSA se contemple que, con ese 0.0034% puede realizarle encargos con independencia de su objeto social o de los fines de la administración encomendada.

La LCSP desvirtúa los conceptos reales de “medio propio” y de “control análogo” pues en ningún caso la directiva 2014/24/UE establece que estos conceptos se puedan definir “por establecerlo así los estatutos o por el sólo hecho de poder conferir encomiendas” o por sustituir el concepto de “control análogo” por “control conjunto análogo”.

Esto supone, por lo tanto, una vulneración de la Directiva 2014/24/UE y de la doctrina del TJUE que no permite que sociedades públicas creadas por una Administración determinada realicen encargos de otras Administraciones simplemente por contemplarlo así los estatutos del Medio Propio, y más aún si la Administración que realiza el encargo ni siquiera alcance el 0.01% del capital social del medio propio y que estatutariamente le sea imposible ninguna toma de decisión en el seno de la empresa”.

6. Sobre la vulneración del artículo 11 de la LRJSP y la nulidad de la encomienda (sic). Tras la cita literal del artículo 11 de la LRJSP que exige que las encomiendas de gestión se formalicen mediante una resolución que ha de ser publicada para su eficacia en el BOE y en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia según la Administración a la que pertenezca el órgano encomendante expresa que la actuación es nula de pleno Derecho pues *“las encomiendas de gestión no pueden tener por objeto una prestación de un contrato regulado en la LCSP como es el contrato de proyecto y obra”.*

Por todo ello, la confederación recurrente suplica a este Tribunal que se anule el encargo dado a TRAGSA ante el incumplimiento fragante de los requisitos legales exigidos en la LRJSP y en la LCSP.

Sexto. Por su parte el poder adjudicador del encargo, la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica del Gobierno del Principado de Asturias se opone a las tesis



anulatorias mediante un informe remitido a este Tribunal de fecha 17 de mayo de 2022 suscrito por la Jefa del Servicio de Asuntos Generales, en el que tras unas consideraciones previas sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales y su consideración de medio propio cuyo test de evaluación al abrigo del artículo 86 de la LRJSP ya fueron revisados por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). Ello implica que para cada uno de los encargos singulares no pueden verse bajo la lupa del artículo 86 de la norma citada sino desde el artículo 32 de la LCSP.

A continuación, el informe del poder adjudicador pasa a refutar cada uno de los argumentos de la confederación ASPROCON y así:

1. En contra del prólogo de la recurrente, opone el informe las potestades de auto organización ex artículo 31 de la LCSP de tal suerte que:

“En definitiva, la justificación encargo por encargo, de que la utilización de este instrumento es preferible, por ventajosa, sobre el contrato resultaría coherente si no existiese la exigencia de que se constate, al tiempo de la declaración de medio propio de una determinada entidad y como exigencia básica para ello, que su configuración como tal y de forma global (para una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos comprendidos en su objeto) es más eficaz que la utilización de la contratación: existiendo tal exigencia, y esto es precisamente lo que establece el artículo 86 LRJSP, carece de sentido la justificación de la conveniencia de cada encargo sobre el contrato”.

2. En contra de la falta de justificación para acudir a la figura del encargo a medio propio. La argumentación del informe del órgano de contratación viene a contradecir así cada una de las partes impugnatorias de esta alegación empleadas por la confederación impugnante.

a) El sistema de encargo directo acordado en la Resolución vulnera la finalidad prevista en el plan de ayudas aprobado por el RD 341/2021 de 18 de mayo, causando un perjuicio irreparable al sector de la construcción. La Consejería repara al respecto que:

“Como ya hemos señalado no existe obligación de justificar la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado. Con independencia de ello, el propio RD 341/2021 hace referencia a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan



concertar la ejecución a través de encargo a medios propios. Del hecho de que se admita expresamente esta posibilidad para la ejecución de los proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón resulta necesariamente que se considera un mecanismo adecuado en el contexto en el que se admite.

En rigor, la consideración del interés público, que recoge el preámbulo del RD 341/2021 está relacionado con la aplicación a estas ayudas a través de un régimen de concesión directa a las comunidades autónomas beneficiarias (Castilla León, Aragón y Principado de Asturias) de conformidad con los artículos 22.2 c) y 28 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al estar acreditadas razones de interés público, económico y eminentemente social.

Si bien la buena salud de las empresas constructoras, tanto las agrupadas en la CAC-ASCROPON, como las no asociadas, es un asunto importante en el contexto económico que vivimos, no es éste el fin específico que persigue el RD 341/2021, como recoge el artículo 1 del mismo (...).

Es decir, no se identifica de forma directa el interés público que subyace en la puesta en juego de un conjunto de ayudas derivadas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR, en lo que sigue), con la recuperación de las empresas constructoras asociadas a CAC-ASPROCON, sino con la modalidad de subvención que articula el Ministerio en el RD 341/2021.

Con esta idea equivocada, señala la recurrente que el encargo directo a medio propio en el supuesto analizado, desnaturaliza la finalidad de las ayudas otorgadas en el RD 341/2021, erigiéndose en causa de nulidad de la Resolución de 8 de abril de 2022.

En primer lugar, como ya se ha indicado, el propio RD341/2021 recoge la opción de ejecución mediante encargos a medios propios en diversos puntos de su articulado. Sin necesidad de entrar en una relación exhaustiva, en su Artículo 3. Beneficiarios, recoge:

2. Las comunidades autónomas podrán concertar con terceros la ejecución total o parcial de los proyectos de restauración mediante los procedimientos de licitación



correspondientes o proceder a su **ejecución total o parcial a través de encargos a medios propios**.

Es decir, el legislador tiene muy en cuenta la posible utilización de encargos a medios propios. Si hubiera entendido que la utilización de este instrumento pudiera desnaturalizar la finalidad de las ayudas otorgadas en el RD 341/2021, hubiera establecido las limitaciones o condiciones pertinentes; pero no la hace así, sino que, por el contrario, establece de forma explícita la posibilidad de ejecutar los proyectos subvencionados mediante encargos a medios propios.”

Tras un larga contra argumentación sobre la opción por el medio propio trae a colación la propia norma, el Real Decreto –Ley 36/2020 que para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia **que** también legitima acudir a los medios propios (artículo 55).

b) Inexistencia de razones de urgencia invocadas por el poder adjudicador. En contra de los cálculos temporales expuestos en el recurso que privan de eficacia a las hipotéticas razones de urgencia, el órgano de contratación expresa que:

“Por tanto, no resulta necesario acreditar razones de urgencia para justificar el recurso al encargo, al contrario de lo que afirma la recurrente. El artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en el LCSP (artículo 32), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia o de la urgencia de cada encargo individualizado, sin que sus preceptos hayan sido invocados por la recurrente. De hecho, dicha justificación no se encuentra entre la información a suministrar preceptivamente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público conforme al artículo 63.6 LCSP, precisamente porque tal justificación no es exigible en cada encargo individualizado”.

En otro de los pasajes de este informe del órgano de contratación matiza que:



“Hemos de señalar que se confunde el plazo del Proyecto con la urgencia del inicio. Precisamente el plazo de cuatro años y la tardía formalización del Convenio, el 22 de octubre de 2021, es el origen de la urgencia de su adjudicación. Y tampoco es el 31 de mayo de 2026 la fecha de finalización de las obras. En tal fecha han de estar certificadas las obras, y todos sabemos, y más las empresas constructoras, que una vez finalizadas las obras existen una serie de operaciones como son las mediciones finales, preparación de relaciones valoradas y certificaciones que se han de realizar, en este caso sobre una superficie de 430 hectáreas, con un montante de más de 48 M€, que nos llevan directamente a la fecha del 31 de mayo de 2026”.

Y continúa:

“Justificamos la eficacia de este encargo particular en relación con la urgencia, obviamente en función de la reducción del tiempo que se requiere para lograr el objetivo del inicio de las obras para dar cumplimiento a los Objetivos recogidos en el Convenio y no tiene relación con la cualificación, ni con la especialización, ni con calificación de las empresas privadas, de las que no dudamos, sino con la urgente necesidad de poner en marcha las obras comprometidas, como se expone en los puntos anteriores.

Entendemos, para cerrar la contestación a estas argumentaciones que la herramienta del encargo a medio propio es la más eficaz para reducir el tiempo de tramitación en la formalización de una obra, lo cual es indiscutible. De hecho, la tramitación no ha llegado al mes, desde su inicio hasta la formalización del encargo. No tiene sustento afirmar que la contratación por un procedimiento abierto para un contrato de obras SARA es más eficaz desde este punto de vista, ya que dicho procedimiento bien llevado y sin contratiempos no sería en ningún caso inferior a seis meses, sin márgenes de retrasos ni de imprevistos en cada una de las fases del procedimiento.

Reiterar que la urgencia viene determinada por la necesidad de cumplir unos Objetivos que nos impone el Convenio suscrito por esta Administración y el ITJ, O.A. y que no se refiere al plazo de ejecución de la obra, vinculado a su vez con el



objetivo de mantenimiento de un determinado número de puestos de trabajo durante el período convenido de cuatro años”.

c) El aseguramiento de las condiciones de seguridad minera y ambiental por parte de TRAGSA y la existencia de otras empresas privadas de sector de la construcción que pueden cumplir las exigencias de la ejecución del proyecto en forma y en plazo.

En contra de la recurrente, la Consejería señala que este argumento está yermo, pues no se señalan qué empresas del sector realizan actividades similares para la Administración Pública de manera solvente y cualificada a unos precios más competitivos que TRAGSA. Aclara el órgano de contratación que:

“En cuanto a los antecedentes a que se refiere la Resolución de adjudicación de realizar un encargo, que prueban o dan fe de forma indudable de las condiciones de seguridad de las cortas, debe señalarse lo siguiente: en particular, en el Área Noreste de Tormaleo, la existencia de las acumulaciones de aguas en las antiguas cortas mineras vienen siendo motivo de preocupación para la Dirección General de Energía, Minería y Reactivación, desde el año 2016, cuando fue necesario ejecutar un proyecto de emergencia para la construcción de un aliviadero que permitiera mantener bajo control el nivel aguas embalsadas en la corta minera de La Campa; el abandono de las cortas, derivado de la entrada en concurso de acreedores de la empresa titular, ha provocado la masiva rotura de taludes, cuya estabilización requiere actuaciones sin más demora de la que se acumula; o la recuperación de los regímenes hidrológicos y de los estándares de calidad de las aguas, por citar los asuntos de mayor relevancia.

Estas circunstancias determinan la necesidad de actuar lo antes posible, dado el potencial de riesgo creciente que se muestra en las áreas que serán objeto de rehabilitación ambiental. La alternativa de no acudir al encargo pondría en juego tanto la ejecución del proyecto de recuperación ambiental, como la creación de empleo a corto que ya ha sido prefijada, así como los proyectos nuevos usos que se pretenden implantar”.

3. En contra de la consideración de la encomienda de gestión como un régimen excepcional y de la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia que rigen la



contratación administrativa. La afirmación de la “excepcionalidad” en el empleo de los medios propios es corregida por el informe del órgano de contratación que la analiza como una opción más bajo sus potestades de auto-organización y el informe corrige la tesis de la recurrente con el siguiente tenor:

“Desde este punto de vista, el recurso al encargo a medios propios se muestra sin duda como el más eficaz para garantizar el avance del proyecto y la estabilidad presupuestaria que se cita como uno de los objetos de la LCSP; es cierto, a base de sacrificar la libre concurrencia..., por mor de asegurar en Asturias la puesta en juego de unos recursos muy necesarios.

Pero todavía presentaremos dos argumentos para contestar a este punto. Por un lado, la pérdida casi segura de los fondos MRR referidos dejaría en peor situación a las asociadas de CAC-ASPROCON y a las no asociadas, ya que el proyecto se quedaría sin ejecutar.

De esta manera, mediante el encargo, TRAGSA se encuentra licitando ya en este momento, y con sujeción a la LCSP, más de 10 M€ y, como es sabido, con un límite de subcontratación del 50%, al que posiblemente se acercará, lo que pondrá al alcance de las empresas oportunidades para adjudicarse contratos.

Añadiremos, además, que el Proyecto, no solo alcanza la restauración de los terrenos, sino que está orientado, de acuerdo con lo previsto para estos fondos MRR, a la rehabilitación ambiental de las áreas afectadas y la adecuación de la restauración para la implantación de nuevos usos sostenibles con el objeto de fijar población y crear empleo estable en áreas especialmente afectadas por los cierres de la minería energética.

(...)

Por lo expuesto, entendemos justificado que el encargo formalizado reúne las condiciones necesarias y óptimas para el fin que persigue, que va más allá de la propia ejecución de las obras. La alternativa de no acudir al encargo pone en juego tanto la ejecución del proyecto de recuperación ambiental, como la creación de



empleo a corto que ya ha sido prefijada y como los proyectos nuevos usos que se pretenden implantar”.

4. En contra de lo expresado sobre lo encargado y la idoneidad del objeto social del medio propio elegido, TRAGSA, se vuelve a transcribir el tenor literal de la Disposición Adicional 24ª de la LCSP, donde se subraya la actividad social de esta mercantil en todo lo relacionado con el desarrollo rural, conservación del medio natural y medioambiental y el mejor uso y gestión de los recursos naturales. Aquí el informe del órgano de contratación con descripción del objeto del encargo contemplado en la Resolución de 8 de abril de 2022 (objeto de este recurso especial) afirma la existencia de una afinidad absoluta entre lo encargado y el objeto social y advierte:

“Si como parece ser la recurrente señala sin esfuerzo que el Proyecto se puede reducir en coste más del 20% debería de saber también que la adecuación a nuevos usos del Área de Tormaleo está orientada en gran parte a la introducción posterior de diversos cultivos y actividades lúdicas en entornos naturales y la integración paisajística de las zonas afectadas. De gran importancia y clara relación con la conservación y protección del medio natural y medioambiental, es la recuperación de los sistemas hidrológicos alterados en clara relación con la estabilidad de los terrenos, la revegetación, y la remodelación topográfica orientada a la introducción de cultivos autóctonos.

En cuanto a la suficiencia de medios personales y materiales de TRAGSA para ejecutar encargos conforme a su objeto social ya ha sido informada favorablemente por la IGAE, órgano legalmente competente para dictaminar al respecto. Consta además en el expediente “certificado de disponibilidad de medios humanos y materiales.

Tragsa puede subcontratar prestaciones parciales que no excedan del 50% de la cuantía del encargo, sin que por ello pueda presumirse que carece de medios suficientes para su ejecución, debiendo TRAGSA seleccionar a los subcontratistas con sujeción a la LCSP, dado su carácter de poder adjudicador.

Precisamente esta subcontratación supone una gran oportunidad para el sector privado asturiano, generando actividad económica y creación de empleo. Alega la



recurrente que incorporar excedentes mineros es una “utopía manifiesta y es desconocer la realidad de la zona”. En este sentido debe recordarse que se estima una generación de 74 empleos a jornada completa para cada uno de los 4 años de duración de la obra y que si bien los excedentes mineros tienen preferencia para su contratación no excluyen en absoluto la contratación de otras personas.

Por lo expuesto, entendemos esta alegación no tiene fundamento y se solicita su total desestimación”.

5. En contra de la falta de adecuación de la transposición de la Directiva 2014/24/UE en la LCSP debido a la escasa participación del Principado de Asturias en el capital social de la mercantil estatal (0,0034%) y sobre la escasa participación en la toma de decisiones de sus órganos de gobierno, por lo que se alega la infracción de la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE en lo referente al “*control conjunto*”.

Precisamente la cuestión de TRAGSA, tal y como esgrime el informe del órgano de contratación fue revisada por el TJUE que concluyó que, TRAGSA puede ser medio propio de varios entes territoriales que controlan una empresa y el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto. Por otro lado, en el informe el órgano de contratación deja constancia de que:

“Además, la participación real de las Comunidades Autónomas en el funcionamiento de TRAGSA es superior a la que corresponde a su participación en el capital social: se confiere trámite de audiencia a la Comunidades Autónomas en el procedimiento de elaboración de las normas de régimen jurídico de TRAGSA, en los últimos años se han llevado a cabo diversas modificaciones estatutarias para reforzar el control de TRAGSA por parte de todos los accionistas, con independencia de su porcentaje de participación, y se ha incrementado la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo.

En cualquier caso, no resulta este el procedimiento adecuado para plantear un eventual incumplimiento de la normativa comunitaria, que en su caso debería plantearse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.



6. En contra de la vulneración del artículo 11 de la LRJSP como causa de nulidad de la encomienda, el informe del órgano de contratación acrisola que no nos hallamos ante una encomienda de gestión administrativa de dicho precepto que prohíbe que su objeto sea el propio de las prestaciones contractuales, sino que nos hallamos ante un encargo a medios propios personificados regulado en el artículo 32 de la LCSP y pasando al análisis del párrafo 4º de este precepto de la LCSP, concluye el informe que concurren todos los requisitos legales para el encargo al medio propio, sin que exista vicio ni de nulidad ni de anulabilidad.

Por último, el informe del órgano de contratación cierra la defensa de la legalidad de la Resolución del encargo sobre la insistencia de la recurrente de la falta de concurrencia de los presupuestos del artículo 86 de la LRJSP y concluye así:

“El artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en el LCSP (artículo 32), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia o de la urgencia de cada encargo individualizado, sin que sus preceptos hayan sido invocados por la recurrente”.

Séptimo. TRAGSA presenta escrito de alegaciones al recurso, contestando a cada uno de los motivos, para solicitar su desestimación íntegra, invocando en resumen la consideración de medio propio que tiene reconocida ex lege y además el informe emitido por la IGAE sobre la concurrencia en su caso concreto de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP. Señala además que la sociedad tiene su objeto social adecuado a las actividades objeto del encargo y sobre la adecuación de la legislación española a la normativa comunitaria cita las sentencias y auto más reciente emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el particular.

Octavo. Expuestas las posiciones de las partes, hemos de comenzar, subrayando que la función de este órgano se ha de limitar a revisar la formalización de los encargos a medios propios, desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico (artículos 44.2 e) y 57.2 de la LCSP), correspondiendo, en consecuencia, a este Tribunal comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder



realizar los encargos y teniendo en cuenta exclusivamente los motivos de impugnación expresamente identificados en el recurso, en aplicación del principio de congruencia.

Atendido lo anterior, los motivos del recurso son los siguientes:

Primero. Falta de justificación para acudir a la figura de encargo a medio propio.

Segundo. La encomienda de gestión es un régimen excepcional. Vulneración de los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa.

Tercero. Inadecuación del objeto social de TRAGSA para ejecutar el encargo conferido.

Cuarto. La LCSP incumple la Directiva 2014/24/CE.

Quinto. Vulneración del artículo 11 de la LRJSP, Nulidad de la encomienda.

Sexto. No se controla la eficiencia de la encomienda.

Analizaremos por separado cada uno de ellos, si bien por razones de eficiencia comenzaremos por el segundo motivo, pues nos exige analizar el régimen jurídico de los medios propios y de los encargos en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Noveno. Sostiene la recurrente en el segundo de los motivos de su recurso que la encomienda de gestión es un régimen excepcional y que con la realizada por el Principado de Asturias a favor de TRAGSA, se vulneran los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa.

El recurso confunde encomienda de gestión con encargo, dos figuras jurídicas con límites perfilados con mayor precisión en la LRJSP. Sin perjuicio de que entremos con mayor detalle en este tema, al analizar la vulneración del artículo 11 de la LRJSP, que se denuncia como motivo quinto, a efectos del que nos ocupa, consideraremos que lo que en realidad cuestiona es el encargo a TRAGSA, como medio propio destinataria del encargo, pues se cita expresamente el artículo 86 de la LRJSP que regula los medios propios.

Centrada así la cuestión, el recurso ataca el encargo señalando que su elección ha de ser realizada con carácter excepcional, frente a la regla general que ha de ser la contratación pública, cuyos principios han de prevalecer frente a aquella. Partiendo de dicho



razonamiento, considera que no se ha motivado en esta ocasión el recurso al encargo: *“solo una exquisita motivación se podría entender que se renuncie a los principios de publicidad, concurrencia y eficiente utilización de los fondos públicos utilizados en la realización de obras públicas”*. Cita en su apoyo los artículos 1 de la LCSP y 3 y 86 de la LRJSP y cierra su motivación, señalando que la ausencia de informes justificativos de este encargo, conduce a la declaración de su nulidad.

Pues bien, este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la LRJSP.

Los motivos para llegar a dicha conclusión son los siguientes:

- I. El encargo a medios propios es una manifestación de la potestad de auto organización de las Administraciones Públicas, indicada en el artículo 31 de la LCSP que señala lo siguiente:

“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:

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.”

Este precepto tiene su origen en el apartado 1 del artículo 12 y en el considerando 5 ambos de la Directiva 2014/24/UE, los cuales han sido transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico interno en los artículos 31, 32 y 33 de la LCSP. Estos preceptos permiten a un poder adjudicador asignar a otra persona jurídica de Derecho público o privado la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro, quedando este excluido del ámbito



de aplicación de la Directiva, siempre que se cumplan todas y cada una de las condiciones que en ellos se establecen, en función de la relación jurídica concreta.

Por consiguiente, la decisión de realizar este tipo de ejecución directa, está vinculada primero a la adecuada creación o consideración de una entidad como medio propio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP y en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP. En segundo lugar, se exige que el encargo cumpla una serie de requisitos y condiciones determinantes de su plena validez que se establecen en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP. En el caso de TRAGSA es, además, necesario tener en cuenta el contenido de lo dispuesto en la DA 23ª de la LCSP.

En ese contexto, los encargos son una opción lícita y en ese sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, las resoluciones más recientes, en concreto, el Auto del TJUE (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020, partiendo de su “*sentencia Irgita*” de 3 de octubre de 2019, C-258/18) analiza la adecuación a Derecho Comunitario, Directiva 2014/24, de una legislación nacional que supedita la celebración de una operación interna (encargo en nuestro Derecho) a la demostración de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a esa figura. Al hacerlo, en dichos considerandos se establece que el artículo 12 de la Directiva faculta a los Estados miembros a excluir una operación del ámbito de aplicación de la Directiva, de la contratación pública y esa decisión implica literalmente una libertad de elección; la Directiva no obliga así a recurrir a un procedimiento de contratación pública ni les obliga a realizar una operación interna:

«31 Como el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia de 3 de octubre de 2019, Irgita (C-285/18, en lo sucesivo, «sentencia Irgita», EU:C:2019:829), apartado 41, la Directiva 2014/24 tiene por objeto, como se expone en su considerando 1, coordinar los procedimientos de contratación nacionales por encima de determinado valor.

32 Del apartado 43 de la sentencia Irgita se desprende que el artículo 12, apartado 1, de esta Directiva, relativo a las operaciones internas, y que se limita, por lo tanto, a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna, solo tiene el efecto de facultar a los Estados



miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

33 Por consiguiente, esta disposición no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 (sentencia Irgita, apartado 44).

34 La libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios mediante la que los poderes adjudicadores subvendrán a sus propias necesidades se deriva también del considerando 5 de la Directiva 2014/24, que establece que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva» y confirma, de este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la citada Directiva (sentencia Irgita, apartado 45).»

En ese mismo sentido nos hemos pronunciado, entre otras, en nuestra Resolución nº 1106/2019.

Partiendo de esa premisa, la Administración Pública puede libremente decidir acudir al encargo a un medio propio o a la contratación pública. Ningún reproche ni connotación negativa merece la elección, siempre que esta se haga reuniendo los requisitos exigibles para ello, que, a continuación, expondremos.

II. La regulación del medio propio se establece actualmente en los artículos 86 de la LRJSP y 32 (apartados 2, 3 y 4) de la LCSP y, además, en el caso de TRAGSA es preciso tener en cuenta lo dispuesto en la DA 24ª de la LCSP.

El artículo 86 de la LRJSP aborda la creación o la consideración de una entidad como medio propio. Su redacción vigente establece:



“1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”.

3. En el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.”

El apartado 1 de este artículo, establece que las entidades del sector público institucional “podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos” de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder



adjudicador, cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, remisión que ahora debe entenderse referida al artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Para ello, conforme a su apartado segundo es preciso acreditar que:

“(...) además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de su actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.”

La clave está en que dicho artículo, como comenzábamos señalando, no regula los encargos sino la adquisición de la condición de medio propio por parte de una entidad, en el momento de su creación o con posterioridad.

Solo así tiene sentido, la exigencia de que la condición de medio propio forme parte de su denominación social y que forme parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos; comprobación que para los medios propios estatales es exclusivamente competencia de la Intervención General de la Administración del Estado y no de la entidad que realiza el encargo.

La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), al realizar el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, es quien debe valorar, si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.



La IGAE realiza ese control (o debiera realizarse) en el momento de creación del medio propio o en un momento ulterior, si la adquisición de dicha condición se produce con posterioridad al momento de creación del ente. Asimismo, el control ha de realizarse periódicamente e incluso en coordinación con la auditoría privada externa cuando esta resulte preceptiva, en los términos que establece la Nota Técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de medio propio en la auditoría de cuentas.

La citada Nota Técnica 1/2021 establece los criterios del control al medio propio “*en funcionamiento*” tras la modificación de los apartados 2 y 5 del artículo 32 de la LCSP, llevada a cabo por la Disposición final 40ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre.

En efecto, pese a la supresión legal del mecanismo de control del medio propio que suponía la obligatoria mención en la Memoria de los requisitos del artículo 32 de la LCSP y de las consecuencias en caso de incumplimiento, la Nota Técnica citada precisa cómo han de reflejarse los incumplimientos en las auditorías. Las consecuencias legales serán ya las propias del incumplimiento de una norma imperativa, ante la redacción de los apartados 2 y 4 del artículo 32 de la LCSP y la doctrina que sobre la cuestión establece la reciente sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20.

III. La interpretación anterior se refuerza tras la modificación del apartado 3 del artículo 86 por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

En efecto, el vigente artículo 86.3 de la LRJSP establece que cuando se cree un nuevo medio propio, la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos se ha de realizar por la Intervención General del Estado, debiendo quedar reflejado en la memoria justificativa de la referida creación (sin mención alguna obviamente a ningún encargo concreto) que es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o que resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, en ese momento, y no para cada uno de los encargos que se hagan a quien ya tiene la condición de medio propio.



- IV. Ítem más, a la misma conclusión llegamos con base en lo dispuesto en el Preámbulo V de la Ley 40/2015 y nos hemos pronunciado en nuestra Resolución nº 120/2019.

En el preámbulo de la Ley 40/2015 se señalaba expresamente (la negrita y el subrayado son nuestros):

*“Se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa de contratos del sector público. Como novedad, **la creación de un medio propio o su declaración** como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio. Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo «MP», para mayor seguridad jurídica. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación.”*

En nuestra Resolución nº 1106/2019, de 7 de octubre ya decíamos que:

“Este Tribunal, en Resolución 1156/2018, de 17 de diciembre, ya ha sentado que “Por lo tanto la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige como requisitos que concurren razones de eficacia, o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto, estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP.”



En consonancia con lo expuesto, el informe sobre la eficacia y eficiencia de la “encomienda de gestión encargada a TRAGSA” de 16 de noviembre de 2018 que obra en el expediente remitido como documento número 15 ha de reputarse con una mera eficacia explicativa, dado que la figura que nos ocupa tiene naturaleza de encargo en los términos previamente aludidos. El informe ha de ser contemplado desde el prisma de los encargos a medios propios, pese al error de denominación de la figura que nos ocupa en dicho informe, y no el de las encomiendas de gestión del artículo 11 de la LRJSP, cuya formalización si requiere la justificación de la eficacia de la misma”.

- V. A idéntica conclusión llegamos con base en lo dispuesto en los artículos 44.1 e), 39 y 40 de la LCSP.

El artículo 44.1 e) de la LCSP, al identificar al encargo como acto susceptible de recurso especial, señala que es la formalización de los mismos sin cumplir los requisitos legales.

A continuación, el artículo 39 identifica como motivos comunes de nulidad para toda actuación impugnada los enumerados en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 40 como motivos para la anulabilidad de los encargos el incumplimiento de los requisitos señalados en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP.

Atendido lo anterior, la infracción del artículo 86 de la LRJSP no puede encuadrarse en los motivos de nulidad o anulabilidad del encargo, de forma que el cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP debe concurrir en el medio propio y no en el encargo.

- VI. El análisis anterior y las conclusiones serían aplicables a cualquier medio propio. En el caso que nos ocupa, es preciso además tener en cuenta que TRAGSA, a diferencia de otros entes instrumentales, tiene la condición de medio propio personificado reconocida en una norma con rango de ley, concretamente en la citada Disposición Adicional 24ª de la LCSP, condicionándose únicamente los encargos que reciba al cumplimiento de los requisitos del punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, exclusivamente, sin referencia alguna al artículo 86 de la LRJSP, ni a la necesidad de justificar la realización del encargo.



VII. El criterio que se ha expuesto confirma la posición defendida en anteriores resoluciones de este Tribunal, siendo la más reciente la 1106/2019, tras las modificaciones legislativas que se han comentado.

Es, además, el criterio defendido por la IGAE en la Nota Técnica 1/2021, anteriormente citada y en las Resoluciones de ese centro directivo que en ella se citan.

Finalmente, ese el criterio defendido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en sus dictámenes más recientes; por todos el 52/2021 (R-361/2021).

Por todo ello, las consideraciones de la recurrente sobre la necesidad de apreciar y motivar en cada encargo el cumplimiento de los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP, han de ser rechazadas, pues no se puede exigir el cumplimiento de estos requisitos en cada uno de los encargos, es decir que se acredite la eficacia, la eficiencia o la urgencia, sino que los mismos han de cumplirse por el medio propio personificado de manera general para obtener dicha condición, sin perjuicio de que se le someta a un control periódico para verificar que sigue cumpliendo con ellos. Razones por las cuales el motivo debe ser desestimado.

Décimo. En cuanto al primer motivo de recurso, en el que se denuncia la falta de justificación para acudir a la figura de encargo a medio propio.

Tres causas son invocadas por la confederación recurrente para explicar, que no se ha justificado debidamente el uso del encargo al medio propio:

a) El sistema de encargo directo acordado en la Resolución vulnera la finalidad prevista en el plan de ayudas aprobado por el RD 341/2021 de 18 de mayo, causando un perjuicio irreparable al sector de la construcción.

b) Inexistencia de razones de urgencia invocadas por el poder adjudicador. En contra de los cálculos temporales expuestos en el recurso que privan de eficacia a las hipotéticas razones de urgencia, y



c) El aseguramiento de las condiciones de seguridad minera y ambiental por parte de TRAGSA y la existencia de otras empresas privadas de sector de la construcción que pueden cumplir las exigencias de la ejecución del proyecto en forma y en plazo.

Sobre si el sistema de encargo directo acordado en la resolución vulnera la finalidad prevista en el plan de ayudas aprobado por el RD 341/2021, de 18 de mayo, hemos de contraponer en primer término el artículo 55 del Real Decreto-Ley 36/2020 que permite acudir para la ejecución de los fondos europeos del Mecanismo para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, al encargo a los medios propios siempre que cumplan las prescripciones legales de los artículos 32 y 33 de la LCSP.

Además, el artículo 3.2 del Real Decreto 341/2021, de 18 de mayo, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la restauración ambiental de zonas afectadas por la transición energética en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia correspondiente a proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón dispone que:

“Las comunidades autónomas podrán concertar con terceros la ejecución total o parcial de los proyectos de restauración mediante los procedimientos de licitación correspondientes o proceder a su ejecución total o parcial a través de encargos a medios propios”.

Estos dos preceptos, el del Real Decreto Ley 36/2020 y el del Real Decreto 341/2021 legitiman la ejecución de los proyectos, bien sea total o bien parcialmente a través de encargos a medios propios.

Sobre la inexistencia de razones de urgencia (pese a que el Principado de Asturias ha motivado la existencia de las mismas para la realización del encargo), como ya hemos señalado en el Fundamento de Derecho anterior, la concurrencia de las circunstancias que se señalan en las letras a) o b) del apartado segundo del artículo 86 de la LRJSP, solo se exigen en el momento de la declaración de que una entidad es medio propio, al tiempo de su creación o con posterioridad a esta, sin necesidad de acreditar su concurrencia en cada encargo.



Sobre el aseguramiento de las condiciones de seguridad minera y ambiental por parte de TRAGSA y la existencia de otras empresas privadas de sector de la construcción que pueden cumplir las exigencias de la ejecución del proyecto en forma y en plazo, debemos recordar que, como comenzábamos diciendo, el encargo a medios propios es una opción del poder adjudicador, quien solo debe acreditar que concurren los requisitos legalmente exigibles para ello.

Los encargos a medios propios se regulan con carácter general en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP:

“6. Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación



del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo.

7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiriera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.



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

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital.

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.”

La infracción por el encargo que nos ocupa de los requisitos que enumeran los citados apartados 6 y 7 del artículo 32, habrían conducido a su anulación con base en lo señalado en el artículo 40 de la LCSP.

La recurrente nada dice al respecto, fundando su oposición al encargo en la existencia de empresas privadas del sector de la construcción y en la necesidad de acreditar en el encargo la concurrencia de las circunstancias señaladas en el artículo 86.2 de la LRJSP.

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la LCSP, la existencia de empresas del sector privado capaces de ejecutar las obras objeto de encargo no impide que el Principado de Asturias acuda a la figura del encargo a un medio propio. Téngase en cuenta



que, como hemos razonado en el Fundamento de Derecho anterior, el encargo se configura como una manifestación de la potestad auto de organización y como una alternativa a la contratación pública, tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE.

Sobre la justificación al realizar el encargo de que concurre urgencia/emergencia o que es una opción más eficiente que la contratación pública, resultando sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, reiteramos aquí las consideraciones realizadas en el Fundamento de Derecho anterior, que nos conducían a señalar que este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, que, además, exige la comprobación, en ese momento, que se trata de una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz (artículo 86.2 a) LRJSP), dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 de la LRJSP.

Por todo ello, procede desestimar este motivo de recurso.

Undécimo. Inadecuación del objeto social de TRAGSA para ejecutar el encargo conferido.

Sostiene la recurrente que el objeto social de TRAGSA no le habilita para ejecutar las prestaciones que son objeto del encargo.

Tanto el artículo 86.2 de la LRJSP como el artículo 32.2.d) 2º de la LCSP se refieren a la ejecución de encargos por medios propios personificados “*de conformidad con su objeto social*”.

Las funciones de TRAGSA aparecen legalmente delimitadas en la disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP, cuyo apartado primero dispone lo siguiente:

“La «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSATEC), 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, con arreglo a lo establecido en esta disposición.”

Este apartado es desarrollado en esa misma Disposición Adicional, en los apartados 4 y 5 que señalan textualmente:

“4. TRAGSA y su filial TRAGSATEC prestarán, por encargo de las entidades del sector público de los que son medios propios personificados, las siguientes funciones:

- a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales. Igualmente podrán llevar a cabo la realización de todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*
- b) La actividad agrícola, ganadera, animal, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.*
- c) La promoción, investigación, desarrollo, innovación, y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.*
- d) La fabricación y comercialización de bienes muebles para el cumplimiento de sus funciones.*
- e) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente.*



- f) La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales, y de equipamientos de núcleos rurales, del desarrollo de sistemas informáticos, sistemas de información frente a emergencias y otros análogos, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.*
- g) La planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de servicios ganaderos, veterinarios, de seguridad y sanidad animal y alimentaria.*
- h) La recogida, transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos, subproductos y residuos de origen animal, vegetal y mineral.*
- i) El mantenimiento, el desarrollo, la innovación y la adaptación de equipos y sistemas informáticos que den soporte a las diferentes administraciones.*
- 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.*

TRAGSA y su filial TRAGSATEC también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa.

Asimismo, TRAGSA y su filial TRAGSATEC estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados, en 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; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información



pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.

5. TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional.”

Por su parte, el artículo 2 de los estatutos sociales de TRAGSA dedicados al objeto social tiene la misma redacción que la Disposición Adicional 24ª de la LCSP, si bien se incluye una matización en el apartado j) en los términos que se indican a continuación:

“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, independiente-mente de su ámbito territorial o de la tipología de la actuación, en los siguientes supuestos:

- Procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos, por no haberse presentado ninguna oferta o por ser irregulares las presentadas.*
- 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.”*

La redacción de este apartado determina que TRAGSA pueda ejecutar actuaciones (obras o servicios), que no están incluidas en el ámbito agrícola, ganadero, forestal, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio rural y medioambiental, de acuicultura y pesca, y para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, siempre que la Administración hubiera declarado desierto un procedimiento de licitación con el mismo objeto, bien por no haberse presentado ninguna oferta, o porque las presentadas fueran irregulares, o cuando se haya iniciado un procedimiento de resolución de un contrato, de forma que el objeto del mismo se concluya por TRAGSA.



Es por ello que, con base en la Disposición Adicional 24ª de la LCSP y en el artículo 2 de los estatutos sociales, las actuaciones a ejecutar por TRAGSA pueden sistematizarse de la siguiente forma:

En cuanto a las obras en:

- 1) Obras de carácter agrícola, ganadero, forestal, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio rural y medioambiental, de acuicultura y pesca, y las necesarias para el mejor uso y gestión de los recursos naturales.
- 2) Obras encaminadas a la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en los ámbitos agrícola, ganadero, forestal, pesquero y medioambiental que se mencionan en el inciso anterior.
- 3) Obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español que esté situado en el medio rural.
- 4) Obras objeto de procedimientos de licitación hayan quedado desiertos, así como cuando, adjudicado y formalizado el contrato, deba procederse a su resolución por incumplimiento del contratista, sin que, en estos supuestos deban estar referidas a los referidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.
- 5) Obras que sean necesarias para evitar daños a las personas, bienes o medioambiente, sin que, en estos supuestos deban estar referidas a los referidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.

Dentro de los supuestos señalados en esta clasificación, merecen especial atención, las actuaciones que deben entenderse incluidas dentro del concepto de desarrollo rural, así como los supuestos en los que TRAGSA puede ejecutar obras en núcleo urbano, con carácter urgente, para la protección de las personas, de los bienes o del medio ambiente.

En cuanto a los servicios que TRAGSA puede ejecutar se pueden clasificar en:

- 1) Servicios en los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.
- 2) Servicios de investigación, desarrollo, innovación y promoción, referidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, pesquero (incluida la acuicultura) y medioambiental.



- 3) Apoyo y lucha contra incendios forestales.
- 4) Servicios ganaderos, veterinarios y de seguridad y de sanidad animal, sanidad vegetal y sanidad alimentaria.
- 5) Servicios objeto de procedimientos de licitación hayan quedado desiertos, así como cuando, adjudicado y formalizado el contrato, debe procederse a su resolución por incumplimiento del contratista,
- 6) Servicios que sean necesarios para la protección de las personas, bienes, y medio ambiente, en los mismos términos expuestos para las obras.
- 7) Servicios de mantenimiento, desarrollo, innovación y adaptación de equipos y sistemas que den soportes a las diferentes Administraciones.

Del análisis de la Disposición Adicional 24ª de la LCSP y del artículo 2 de los estatutos sociales de TRAGSA, resulta evidente que la ejecución del proyecto de rehabilitación del espacio natural y restauración de pasivos ambientales afectado por la unidad de producción Área Noreste de Tormaleo (Ibias) y su adecuación para los usos finales del suelo previstos, es una actuación medioambiental, que se incluye en los sectores de actividad desarrollados por TRAGSA y en su objeto social.

En efecto, la Resolución de la Consejería de Industria, Empleo y promoción Económica del Principado de Asturias acuerda encargar a TRAGSA la ejecución del Proyecto de Rehabilitación del espacio natural y restauración de pasivos ambientales afectado por la unidad de producción Área Noroeste de Tormaleo (Ibias) y su adecuación para los usos finales del suelo previstos. Dicha resolución precisa como actuaciones proyectadas la rehabilitación de una superficie de 430Has., el aseguramiento de la estabilidad final del suelo, el aseguramiento de la estabilidad química de las aguas y recuperación del sistema hidrológico afectado, así como la recuperación de la cubierta vegetal e integración del espacio intervenido en el paisaje.

A continuación, la regla segunda del documento de formalización del encargo señala que constituye el objeto del encargo: prestaciones propias del contrato de obras.

Finalmente, la Memoria del Proyecto de Rehabilitación en su apartado 1.1 Objeto del proyecto señala como medidas a implementar aquellas que logren:

- Asegurar la estabilidad física del suelo



- Garantizar la estabilidad química de las aguas
- Recuperar la cubierta vegetal y la integración del espacio intervenido en el paisaje que la rodea
- Recuperar los suelos ocupados por la actividad minera para nuevos usos
- Proteger el entorno
- Reducir la contaminación en general y en particular por polvo y emisiones en las áreas exteriores

Por todo ello, consideramos que el objeto del encargo puede ser ejecutado por TRAGSA, dentro de sus funciones de “conservación y protección del medio natural y medioambiental”. Ello ha de entenderse, con independencia de que concurra o no una situación de urgencia, ya que el mismo se ejecuta en aplicación de la Disposición Adicional 24ª, apartado 4, letra a) y no al amparo de la letra j), que es la que precisa para su aplicación *“la urgencia o de emergencia, o que se trate de actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente”*.

Razones todas ellas que conducen a desestimar el motivo.

Duodécimo. La LCSP incumple la Directiva 2014/24/CE.

Los encargos a medios propios regulados en el artículo 32 de la LCSP (con los precedentes que constituyeron el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en la redacción dada por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP), y el artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)), trae causa del Derecho Comunitario, siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la que definió inicialmente las notas características de esta figura, que se incorporaron a las Directivas Comunitarias y, de éstas, al Derecho interno de los Estados miembros (por todas sentencia del TJUE, Sala cuarta de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20 y las que en ella se citan).



El artículo 32.2 de la LCSP desarrolla los requisitos a los que, con carácter general, se supeditan los encargos conferidos por poderes adjudicadores a medios propios personificados, consistentes en:

- 1) Control directo o indirecto del poder adjudicador que puede conferir encargos sobre el medio propio, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, y plasmado en la existencia de una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas;
- 2) Realización de más del 80 por ciento de la actividad del medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, estableciendo el artículo 32.2.b) reglas aplicables para el cálculo de dicho porcentaje.
- 3) Cuando el medio propio sea una personificación jurídica privada, exigencia de que todo su capital o patrimonio sea de titularidad pública.
- 4) Requisitos formales exigidos, con carácter adicional, por el legislador español: i) reconocimiento de la condición de medio propio en los estatutos o normas de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio, y previa verificación por la entidad de la que el medio propio dependa de que éste dispone de medios personales o materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social (esto último, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)); ii) inclusión de determinado contenido en los estatutos sociales del medio propio (concretamente, determinación del poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, régimen jurídico y administrativo de los encargos, y establecimiento de la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que el medio propio dependa, sin perjuicio de la posibilidad de que se le encargue la ejecución las prestaciones correspondientes a licitaciones que hubieran quedado desiertas).

Pues bien, el artículo 32 de la LCSP regula en su apartado 4, los encargos realizados a un ente que tiene la condición de medio propio con relación a varios poderes adjudicadores, estableciendo lo siguiente:



“4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

(...)

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

(...)

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d)”.



El precepto incorpora la regulación contenida en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo apartado 3 se refiere expresamente al control conjunto análogo, en términos coincidentes con los del artículo 32.4 de la LCSP:

“3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control en el sentido del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;

b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,



ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.”

En dicho contexto, la recurrente cuestiona la aplicación del requisito del control en el concreto caso de TRAGSA y el concepto de medio propio.

Comenzando por el requisito de medio propio, la recurrente señala que en modo alguno dicho carácter puede detentarse con base en unos estatutos sociales y vuelve a cuestionar que se tenga dicha condición sin acreditar que se tengan medios propios suficientes y que se realiza la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan.

TRAGSA tiene la condición de medio propio reconocida por Ley, la Disposición adicional 24ª de la LCSP así lo establece. Además, la IGAE emitió el informe favorable previsto en el reiteradamente citado artículo 86.3 de la LRJSP con fecha 13 de noviembre de 2017, relativo a los requisitos para ser medio propio.

Para rematar el argumento, ya la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 (C-295/05) aborda la cuestión al analizar el control conjunto de los poderes adjudicadores, resolviendo en sentido favorable a TRAGSA, incluso con la legislación previa a la Ley 9/2017.

A continuación, sobre el requisito del control, la recurrente señala como prueba de la ausencia del control conjunto la ínfima participación en el capital social que detenta la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y, en consecuencia, su incapacidad para ejercer dicho control, pues por sí sola no puede proponer asuntos en el orden del día del Consejo ni impugnar sus acuerdos; tampoco puede proponerlos para su inclusión en el orden del día de la Junta General. Señala asimismo o parece inferirse de su razonamiento que por sí sola no es decisiva para la adopción de acuerdos, dado que se exige mayoría simple.

A la vista de lo anterior cabe comenzar señalando que el control exigido por las Directivas comunitarias no es el pretendido por la recurrente.



En efecto, tal y como se desprende de la cita del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE el control ha de ser, en primer lugar, conjunto con otros poderes adjudicadores, no exclusivo ni individual. Dicho control exige, además, según la propia Directiva: el ejercicio conjunto de influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas; ostentar representación en los órganos decisorios del medio propio, para lo cual un representante puede asumir la representación de varios o todos los poderes adjudicadores; el medio propio no puede perseguir intereses contrarios a los que detenten los poderes adjudicadores.

A la vista de lo anterior, se evidencia que la Directiva no exige que el poder adjudicador deba por sí solo tener un control por encima de su participación social, como parece pretender la recurrente. Esta defiende que en TRAGSA no existe el control conjunto que reclama la Directiva, identificando el control que ejerce el poder adjudicador con el control que ejerce el accionista en una sociedad anónima. Interpretación que ni es la pretendida por la Directiva, como acabamos de explicar, ni podría jamás serlo porque entraría en contradicción con el Derecho de sociedades, al vulnerar el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los socios.

Por el contrario, el esquema definido legal y estatutariamente para TRAGSA es acorde y atiende a los requisitos señalados por el derecho comunitario, entre ellos, el control conjunto de los poderes adjudicadores sobre las decisiones estratégicas de la compañía, y al mismo tiempo es respetuosa con el derecho de sociedades.

Las razones para la afirmación anterior son las siguientes:

- La participación en el capital social de TRAGSA mediante la adquisición de acciones, es *conditio sine qua non* para tener la condición de poder adjudicador con relación a TRAGSA ex Disposición Adicional 24ª de la LCSP.

A continuación, como consecuencia, los órganos decisorios de TRAGSA están compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. En el caso de la Junta General de accionistas, dada la condición de accionista de cada poder adjudicador.



Resulta ilustrativo de dicho control la convocatoria de la Junta General Ordinaria que actualmente publica la sede electrónica de la compañía, de la cual destacamos lo siguiente (el subrayado es nuestro):

*«El Consejo de Administración de la Sociedad Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P., (en acrónimo, TRAGSA) por unanimidad de los Consejeros, presentes y representados, acuerda convocar Junta General Ordinaria de Accionistas de la Sociedad Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P., a celebrar en la sede social, sita en Madrid, C/ Maldonado, 58, (C.P. 28006), **el próximo día 15 de junio de 2022, a las 12:30 horas, en primera convocatoria, y en el mismo lugar, el día 16 de junio de 2022, a las 12:30 horas, en segunda convocatoria**, aprobándose asimismo la inclusión en el orden del día, a someter a debate de la Junta, de los siguientes asuntos:*

ORDEN DEL DÍA

1.- Información por el Presidente del Consejo de Administración sobre la situación del Grupo TRAGSA.

2.- Cese, renovación y nombramiento de Consejeros, si procede.

3.- Examen y aprobación de las Cuentas Anuales y del Informe de Gestión correspondiente al ejercicio económico cerrado al 31 de diciembre de 2021.

4.- Examen y aprobación de las Cuentas Anuales Consolidadas y del Informe de Gestión de las Sociedades del Grupo, que incluye el estado de información no financiera, correspondiente al ejercicio económico cerrado al 31 de diciembre de 2021.

5.- Examen y aprobación, en su caso, del estado de información no financiera consolidada de las Sociedades del Grupo.

6.- Aplicación del resultado del ejercicio correspondiente al año 2021.

7.- Aprobación, si procede, de la gestión realizada por el Consejo de Administración durante el año 2021.



8.-Aprobación, si procede, de la retribución de los Administradores de la Sociedad en concepto de dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración, e indemnizaciones por los gastos de desplazamiento, en su caso.

9.-Informe sobre objetivos y decisiones relevantes en relación con la garantía del control conjunto de la empresa como medio propio de todos los accionistas.

10.-Análisis y modificación, en su caso, del Plan Anual de Responsabilidad Social Corporativa de 2022.

11.-Acuerdos complementarios encaminados a la ejecución de los anteriores acuerdos, autorización para protocolizar los mismos y, especialmente, para adaptarlos, si fuera preciso, a la calificación que efectúe el Registro Mercantil.

12.-Ruegos y preguntas.

13.-Lectura y, en su caso, aprobación del acta de la Junta.

De conformidad con lo establecido en el artículo 197 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

De acuerdo con el artículo 272 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, a partir de la presente convocatoria, los socios podrán examinar en el domicilio social y obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, la entrega o el envío del texto íntegro de los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta General Ordinaria de Accionistas y, en particular, las cuentas anuales de la Sociedad, el informe de gestión y el informe de la auditoría de las cuentas, correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2021; las cuentas anuales consolidadas, el informe de gestión consolidado, que incluye el estado de información no financiera, y el informe de auditoría de la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P., (en acrónimo, TRAGSA) y de sus



filiales, correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2021, formulados todos ellos por el Consejo de Administración en sesión celebrada con fecha de 7 de marzo de 2022; materias todas ellas que serán sometidas a la deliberación y aprobación de la Junta.

De conformidad con el artículo 39 de los estatutos sociales se permite la asistencia telemática a la Junta que se realizará de la siguiente manera:

1.- Los accionistas indicarán con, al menos, cinco días hábiles de antelación a la celebración de la Junta, su intención de participar de forma telemática, remitiendo dentro de dicho plazo al domicilio social, por correo postal o por email (organossocietarios@traqsa.es), el escrito de designación de la persona física que representará a cada una de las entidades, junto con la documentación acreditativa de su identidad, a efectos de que el día de la reunión, se verifique por el Secretario de la Junta la identidad de cada uno de los asistentes. Asimismo, remitirán al citado correo electrónico (organossocietarios@traqsa.es), la dirección de email en la que deseen que se les remita el enlace para conectarse por vía telemática, a través de la plataforma cisco webex.

2.- Los accionistas deberán conectarse al sistema telemático con 10 minutos de antelación a la celebración de la Junta, mediante videoconferencia.

3.- A fin de facilitar el desarrollo de la Junta, para la realización de comentarios y ejercitar el derecho de voto, los accionistas intervendrán, por orden decreciente, en función del número de acciones que posean. Los accionistas Comunidades Autónomas, Ciudades Autónomas, Diputaciones Forales, Consejos y Cabildos Insulares y Diputaciones Provinciales, al tener el mismo número de acciones, intervendrán por orden alfabético.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, los accionistas que vayan a asistir por medios telemáticos podrán remitir sus intervenciones y propuestas de acuerdos con anterioridad al momento de constitución de la Junta, sin perjuicio de su derecho a intervenir y a hacer propuestas en la misma Junta.



Las respuestas a los accionistas o sus representantes que, asistiendo telemáticamente, ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán durante la propia reunión o por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta.

Madrid, a 26 de abril de 2022. El Presidente del Consejo de Administración. D. Jesús Casas Grande.»

A resultas de la misma se identifican los asuntos sometidos a votación y cómo la aplicación de la regla de la mayoría simple para su aprobación, permite el control conjunto, esto es, que la agrupación de varios poderes adjudicadores incida en el resultado de la votación. Insistimos a estos efectos, cómo el control y la influencia que exige la normativa comunitaria pueden ejercerse conjuntamente por varios poderes adjudicadores sin exigirse que el control sea individual por cada uno de ellos.

- La intervención en el Consejo de Administración vía nombramiento de un representante de varios poderes adjudicadores.
- En su informe al recurso especial, el poder adjudicador remarca cómo se confiere trámite de audiencia a las Comunidades Autónomas en la elaboración de las normas de régimen jurídico de TRAGSA y que en los últimos años se han llevado a cabo diversas modificaciones estatutarias para reforzar el control de TRAGSA por parte de todos los accionistas, incrementándose su participación en el Consejo.
- Finalmente, esa influencia decisiva que se exige por el derecho comunitario se refleja en la obligatoriedad para TRAGSA de ejecutar los encargos recibidos, en su compensación conforme a las tarifas aprobadas, siguiendo el procedimiento especificado en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero y en las posibilidades de incluir en cada encargo las órdenes para su mejor ejecución conforme al artículo 2 bis de los Estatutos sociales.

Por último, debemos recordar que esta cuestión fue examinada en la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 (C-295/05), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en un procedimiento que se sustanciaba entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y TRAGSA.

Dicha sentencia recuerda que:



“(…) según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33)”

Y, bajo la anterior premisa, examina si concurre control conjunto en el caso de TRAGSA y, concretamente, si se incumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria cuando las Comunidades Autónomas son sólo titulares de una acción del capital social de TRAGSA, cuestión que resuelve en los siguientes términos:

“56. Por consiguiente, procede examinar si en el caso de Tragsa se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior.

57. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).

58. En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.



59. *A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.*

60. *En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.*

Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

62. *En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).*

63. *En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.*

64. *En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos*



requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.

65. Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.”

Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha hecho eco y acogido el criterio sentado por el TJUE, al resolver la cuestión prejudicial, en su sentencia de 8 de junio de 2020 (nº Rec. 1873/2016) y el propio TJUE ha mantenido su doctrina en su sentencia de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20.

Procede, por todo lo expuesto, desestimar este motivo de recurso, al considerar que la legislación española vigente no es contraria a la Directiva 2014/24/UE.

Decimotercero. Vulneración del artículo 11 de la LRJSP. Nulidad de la encomienda.

La recurrente también alega el supuesto incumplimiento del artículo 11 de la LRJSP, concretamente de la previsión de que *“Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público”* ni siquiera por razones de urgencia.

Este motivo de recurso tampoco puede prosperar, pues confunde los encargos a medios propios personificados de la legislación de contratación pública, regulados en los artículos 32 y 33 de la LCSP y en el artículo 86 de la LRJSP, con las encomiendas de gestión administrativas, reguladas en el artículo 11 de la citada LRJSP (anterior artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común).

Esta cuestión ya se analizó en nuestra Resolución nº 120/2019.



En la legislación anterior a la LCSP, bajo la misma denominación “*encomienda de gestión*” se regulaban dos figuras jurídicas distintas. La encomienda de gestión del entonces vigente artículo 15 de la Ley 30/1992 (actual artículo 11 de la LRJSP), queda circunscrita a actuaciones que, por su contenido, sean ajenas a la legislación de contratación pública, mientras que la encomienda de gestión a que se referían los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP (actuales artículo 32 y 33 de la LCSP y artículo 86 de la LRJSP), actualmente encargo queda limitada a prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica.

La aludida distinción queda reflejada en la redacción del artículo 11.1 de la LRJSP que circunscribe la encomienda de gestión administrativa a las “*actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público*”, añadiendo en su párrafo segundo que “*las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta*”, lo que concuerda con el artículo 6.3 de la LCSP, con arreglo al cual “*quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público*”.

En definitiva, los encargos a medios propios que se consideran no se rigen por el artículo 11 de la LRJSP sino por el artículo 32 de la LCSP, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Decimocuarto. En el recurso también se alega la falta de justificación de la eficiencia del encargo conferido a TRAGSA, vinculada a la subcontratación.

Como reiteradamente hemos señalado a lo largo de esta Resolución, el artículo 86.2 de la LRJSP exige que para considerar a una entidad como medio propio y servicio técnico se acredite que el mismo dispone “*de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponde con su objeto social*”. En el mismo sentido se expresa el artículo 32.2.d) 2º de la LCSP, cuando supedita el reconocimiento de la condición de medio propio a la “*verificación por la entidad pública de la que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social*”.



El apartado 3 del artículo 86 añade que *“la declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior, y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado (...)”*, a cuyo efecto la IGAE aprobó el 6 de julio de 2017 la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRJSP.

TRAGSA se refiere en su escrito de alegaciones al informe emitido por la IGAE en aplicación del artículo 88.3 de la LRJSP.

Resumiendo, el control de eficiencia que la recurrente reclama existe en el caso de TRAGSA sin necesidad de que se acredite en cada caso concreto. Como reiteradamente hemos señalado, los requisitos del artículo 86 de la LRJSP han de concurrir y apreciarse en el medio propio por la entidad encargada de su fiscalización y no en cada encargo.

Item más, en el caso de TRAGSA la condición de medio propio viene dada *ex lege* y no solo por el informe ad hoc sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 86.3 de la LRJSP emitido por la IGAE.

Cuestión distinta es que el encargo y su ejecución deban respetar los requisitos establecidos en el artículo 32.6 de la LCSP y, además, en el caso de TRAGSA, en su Disposición adicional 24ª, en particular, el recurso a la subcontratación conforme a la legislación de contratos y sin superar el máximo del 50%, lo que significa, entre otras, cuestiones que como poder adjudicador, TRAGSA si recurre a ella debe hacerlo respetando los procedimientos y los principios de la Ley 9/2017. Consideraciones estas que nos llevan a calificar el recurso al encargo como procedimiento alternativo a la legislación de contratos, no excepcional.

Dado que la recurrente cuestiona la oportunidad de la subcontratación que contempla el encargo sin invocar motivos de ilegalidad de este, este Tribunal debe desestimar este último motivo de recurso y al hacerlo éste.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:



Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D. Joel García Fernández, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCION ASPROCON (CAC-ASPROCON), contra la Resolución de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica del Principado de Asturias de fecha 8 de abril de 2022, por la que se resuelve encargar la ejecución del “*Proyecto de rehabilitación del espacio natural y restauración de pasivos ambientales afectado por la unidad de producción Área Noreste de Tormaleo (Ibias) y su adecuación para los usos finales del suelo previstos*” a la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. en su condición de medio propio personificado y servicio técnico del Principado de Asturias, expediente CONP/2022/738.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.