



## **INFORME DE “FISCALIZACIÓN DE LA ADAPTACIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS EXISTENTES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL ESTATAL NO FINANCIERO A LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO Y DE LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO”, APROBADO POR EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN SU SESIÓN DE 31 DE MARZO DE 2022**

La fiscalización se ha llevado a cabo por iniciativa del propio Tribunal de Cuentas y se configura como una fiscalización de cumplimiento y horizontal.

El objetivo general ha consistido en analizar el grado de observancia, por parte de las entidades fiscalizadas, de los requisitos exigidos en la normativa que resulta de aplicación en relación con su condición de medio propio y en relación con los encargos que les han sido formalmente encomendados en el periodo fiscalizado. Además, se ha analizado el cumplimiento de las obligaciones de rendición de las relaciones anuales de los encargos correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019, de acuerdo con la Instrucción General aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 28 de junio de 2018.

### **Ámbito subjetivo y temporal**

El ámbito subjetivo de la fiscalización está constituido por todas las entidades pertenecientes al sector empresarial estatal no financiero que, a 31 de diciembre de 2018, ostentaban la condición de medio propio personificado y, dentro de este mismo ámbito, las entidades de las que dependen y los poderes adjudicadores o entidades a los que sirven.

En cuanto al ámbito temporal, este comprende desde la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018, hasta el 31 de diciembre de 2019, sin perjuicio de haber extendido las verificaciones a periodos anteriores o posteriores en la medida en la que se ha considerado necesario.

En el ámbito empresarial estatal no financiero se ha identificado la existencia de 21 entidades que, a 31 de diciembre de 2018, ostentaban la condición de medio propio personificado. A partir de la entrada en vigor de la LCSP y hasta el 31 de diciembre de 2019 se han formalizado un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros.

### **Conclusiones**

#### **1.- CUMPLIMIENTO POR LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LOS ARTÍCULOS 32 Y 33 DE LA LCSP Y POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LRJSP.**

1.- Todos los medios propios personificados analizados ostentan tal condición respecto a varios poderes adjudicadores, excepto Valencia Plataforma Intermodal y Logística, S.A, S.M.E., M.P. (Valencia PIL), motivo por el que se hace referencia con carácter general a los artículos que regulan este supuesto.

2.- Todas las entidades analizadas cumplen el requisito previsto en el artículo 32.2. apartado c) de la LCSP, siendo la totalidad de su capital o patrimonio de titularidad pública.

3.- En términos generales, todas las entidades analizadas cumplen con el requisito de control efectivo previsto en el artículo 32, apartados 2 y 4 de la LCSP. No obstante, se han detectado incidencias en las siguientes entidades:



- a) EMFESA: La Entidad ha de terminar de tramitar las modificaciones estatutarias correspondientes y que ADIF-AV forme parte de su accionariado, participe en la toma de decisiones y en la determinación de sus objetivos estratégicos.
- b) FNMT-RCM: Cumple con el requisito de control efectivo por parte de la AGE y sus entidades dependientes, pero no por parte de los poderes adjudicadores pertenecientes al sector público autonómico y local, respecto de los que ha adquirido la condición de medio propio personificado en la Disposición Final séptima del Real Decreto-Ley 11/2020, por lo que deberá garantizar su participación en la toma de decisiones.
- c) ISDEFE: La Entidad no ha remitido al Tribunal de Cuentas un documento que permita verificar el control efectivo por parte de la AGE y de sus entidades dependientes, como las Autoridades Portuarias o ENAIRE, que durante el periodo fiscalizado le realizaron encargos.
- d) EMGRISA: La Entidad solo ha acreditado el requisito de control efectivo por parte del Grupo SEPI y, teniendo en cuenta que ostenta la condición de medio propio de la AGE y de sus entidades dependientes y que en su capital participan como socios minoritarios otras entidades dependientes de otros Ministerios distintos al de Hacienda y Función Pública que pueden conferirle encargos, debería contar con una representación directa o indirecta de estas entidades en su Consejo de Administración, de manera que se garantice la unidad de decisión.

4.- El artículo 32 de la LCSP exige que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por aquellos. La Abogacía General del Estado y la IGAE aprobaron el 22 de marzo de 2019 una Circular conjunta sobre la determinación de criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por el artículo 32 de la LCSP para su aplicación en tanto no exista un desarrollo reglamentario. En esta Circular se precisa que el indicador a tener en cuenta para acreditar el requisito de actividad ha de estar asociado a la actividad realizada por el medio propio en el ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador o por otras personas jurídicas controladas por aquel. Con carácter general, en la Circular conjunta no se consideran parte del 80 % que constituye la actividad esencial del medio propio aquellas actividades que hayan sido realizadas en ejecución de su objeto social y sin la cobertura formal de un encargo, salvo las realizadas por imposición unilateral y con una compensación basada en los costes.

Sin embargo, cabe poner en cuestión el criterio defendido en la Circular conjunta. En primer lugar, porque ni la Directiva 2014/24/UE ni la LCSP, al referirse al requisito de actividad, apelan a la figura del encargo, sino que emplean el término genérico "cometidos". Y en segundo lugar, porque la figura del encargo se encuadra dentro de la doctrina "in house providing", cuyo origen se encuentra en la Sentencia Teckal (STJCE 18/11/99) y la jurisprudencia europea ha determinado como objetivo fundamental de esta doctrina evitar que entidades que operaban en el mercado compitiendo con otras empresas obviarán la observancia de la normativa de contratación; por ello, exigen que la actividad de los medios propios esté destinada principalmente a los entes territoriales que los controlan y que su actuación dentro del mercado tenga un carácter meramente residual, sin exigir requisitos adicionales en cuanto a la forma jurídica que ha de revestir la actividad que el medio propio realiza respecto a las entidades que le pueden conferir encargos.

En consecuencia, para analizar el cumplimiento del requisito de actividad, el Tribunal de Cuentas ha estimado más adecuado tomar en consideración el indicador seleccionado por cada entidad respecto a las actividades realizadas para los poderes adjudicadores que les pueden conferir encargos o para entidades controladas por aquellos en general y el porcentaje que este representa



respecto de su actividad total, con independencia de si el indicador se aplica sobre actividades que son consecuencia de la mera ejecución de su objeto social o sobre actividades ejecutadas bajo la cobertura formal de un encargo.

Finalmente, en relación con las tarifas, la LCSP exige sean aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio y que se calculen de manera que representen los costes reales de realización.

5.- Los resultados obtenidos en la verificación del cumplimiento del requisito de actividad y en lo relativo a las tarifas son los siguientes:

a) DEZF: La parte esencial de la actividad de DEZF es de carácter doméstico y se realiza en beneficio del poder adjudicador que lo controla y de aquellos otros poderes adjudicadores controlados por el mismo, por lo que debería entenderse cumplido el requisito de actividad. Sin embargo, en el Informe emitido por la IGAE con fecha 12 de febrero de 2020, en aplicación del artículo 86 de la LRJSP, sobre la memoria justificativa presentada por la Entidad, no se consideró acreditado tal requisito por incluir en el cómputo del 80 % actividades que no obedecen a instrucciones unilaterales del poder adjudicador, no se retribuyen en base a tarifas y, en ocasiones, corresponden a contratos de naturaleza patrimonial que se rigen por su normativa específica. La opinión desfavorable de la IGAE, por las razones ya expuestas, no es compartida por este Tribunal. La Entidad no ha acreditado el cumplimiento del requisito de actividad en las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En cuanto a las tarifas, la entidad de la que depende ha aprobado las correspondientes a un encargo, pero no se acredita que sus importes responden a los costes reales de ejecución.

b) EMFESA: El Tribunal no ha contado con datos que permitan verificar el requisito de actividad; tampoco se ha acreditado el cumplimiento de este requisito en sus cuentas anuales ni consta que haya sido verificado por el auditor. No obstante, EMFESA está pendiente de una modificación en sus Estatutos que lo declare medio propio personificado de ADIF y ADIF-AV y de formalizar los cambios en el accionariado y los relativos a la aprobación de las tarifas.

En relación con las tarifas, la Entidad ha acompañado la documentación de los expedientes de encargo en los que ADIF establece la compensación con IVA incluido. Cabe recordar que la Disposición Final décima de la LCSP modificó el artículo 7.8.c) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, estableciendo la no sujeción al IVA de los servicios prestados en virtud de los encargos realizados por poderes adjudicadores a medios propios personificados, en los términos del artículo 32 de la LCSP. Por ello, las compensaciones tarifarias no deberían incluir este concepto.

c) EMGRISA: Se considera cumplido el requisito de actividad con las salvedades que, en relación con el control efectivo, se exponen en la conclusión nº 3 anterior. En los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019 no se hace ninguna referencia a la verificación del cumplimiento de este requisito. No obstante, en el trámite de alegaciones la Entidad ha remitido un informe complementario a la auditoría de las cuentas anuales de 2019, donde sí se especifican estos extremos.

En cuanto a las tarifas, la Entidad aplica unas tarifas aprobadas por SEPI, entidad pública de la que depende, el 8 de octubre de 2015. De acuerdo con la información remitida, estas tarifas no parece que se basen exclusivamente en costes reales, sino que se les suman otros conceptos para que



estén en consonancia con los precios de mercado, lo que no se ajusta al artículo 32 de la LCSP, por lo que deberían ser actualizadas.

d) FNMT-RCM: La Entidad ha optado por una justificación del requisito de actividad basado en proyecciones de negocio durante el periodo 2019-2021, utilizando el indicador de la cifra de negocio, basándose en la reorganización de su actividad por la constitución de una Sociedad, Imprenta de Billetes, S.A. (IMBISA), en el ejercicio 2015, que ha asumido una de sus actividades de la que se deriva, no obstante, un porcentaje pequeño de la facturación por la impresión de billete. Sin embargo, del informe remitido por la Entidad se desprende que las proyecciones de negocio no se justifican por la segregación de parte de su actividad, sino por el hecho de que determinados negocios jurídicos que actualmente tienen la forma jurídica de convenio pasarán a formalizarse como encargos que reúnan los requisitos del artículo 32 de la LCSP, lo que, de acuerdo con el análisis realizado sobre las exigencias legales para dar cumplimiento al requisito de actividad, no sería necesario. Cabe destacar que en la aplicación del indicador “cifra de negocios”, en ningún momento se discrimina sobre las actividades que se desarrollan bajo la cobertura formal de un encargo o son de cumplimiento obligatorio y con compensación de costes, como exige la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y la IGAE de 22 de marzo de 2019 y, aun así, el Informe emitido por la IGAE fue favorable, lo que puede resultar contradictorio.

La FNMT-RCM utiliza tarifas aprobadas por el Ministerio de Hacienda en ejercicios anteriores; algunas de ellas se remontan al ejercicio 2009, las anteriores a diciembre de 2011 no cuentan con memoria económica y, además, las aprobadas con posterioridad a mayo de 2012 incluyen, de acuerdo con sus Estatutos, un porcentaje de beneficio industrial. Todo ello hace necesario una actualización de las tarifas que respete los límites establecidos en el artículo 32 de la LCSP.

e) INECO: La Sociedad ha justificado el requisito de actividad utilizando el indicador de dedicación en horas de trabajo imputadas a proyectos a favor de sus poderes adjudicadores y de las entidades contratantes a las que sirve como empresa asociada, figura prevista en la actualmente derogada Ley 31/2007 reguladora de los procedimientos de contratación en los denominados sectores excluidos. La actividad de INECO como empresa asociada no aporta información suficiente si no se acompaña de los datos que acreditan que la influencia dominante bajo la que se encuentran estas entidades contratantes la ostentan directa o indirectamente los poderes adjudicadores respecto de los cuales INECO tiene la condición de medio propio. No obstante, en la práctica, las entidades para las que INECO actuaba como empresa asociada eran poderes adjudicadores dependientes del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, por lo que, desde esta perspectiva, se trataría de entidades controladas por los poderes adjudicadores que controlan y pueden conferir encargos al medio propio. Por otra parte, en la aplicación del citado indicador no se discrimina sobre las actividades que se desarrollan bajo la cobertura formal de un encargo o son de cumplimiento obligatorio y con compensación de costes y aquellas otras con otra cobertura formal, como exige la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019; aun así, el Informe emitido por la IGAE fue favorable, lo que puede resultar contradictorio. En el trámite de alegaciones INECO ha aportado un informe de auditoría en el que se verifica su actividad como medio propio durante el periodo 2016-2018.

En cuanto a las tarifas, no se ha dispuesto de datos suficientes que acrediten que las tarifas se ajustan a los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP, más allá de su aprobación por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado.

f) ISDEFE: La Entidad ha acreditado el cumplimiento del requisito de actividad atendiendo al indicador de ingresos. El cumplimiento de este requisito figura acreditado en las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019 y se encuentra verificado por el auditor.



En cuanto a las tarifas, la Entidad ha rendido los análisis de costes y compensación por aplicación de tarifas correspondientes a los ejercicios 2017 y 2018. Con carácter general, los costes fueron superiores a las compensaciones recibidas, por lo que las tarifas no se ajustan en su totalidad a costes reales. ISDEFE debería actualizar los cálculos para que no se den diferencias negativas que tenga que asumir la Sociedad.

g) MERCASA: La Sociedad ha remitido un informe justificativo del cumplimiento del requisito de actividad utilizando dos indicadores distintos: el coste/hora del personal y el valor patrimonial de la inversión mantenida en la Red de Mercas. Teniendo en cuenta estos indicadores, puede afirmarse que MERCASA cumple con el requisito de actividad para ser considerada medio propio de la AGE, al destinar la parte esencial de su actividad a cometidos de interés público de los poderes adjudicadores que la controlan y pueden conferirle encargos y ser residual la parte de actividad en la que participa libremente en el mercado. No obstante, la información remitida no se encuentra desglosada por años con referencia a las cifras correspondientes a los tres ejercicios anteriores, no existe en la memoria de las cuentas del 2018, ni en las del 2019, la justificación del requisito de actividad, ni se realiza mención alguna en los informes de auditoría correspondientes. MERCASA debería subsanar estas deficiencias para ajustarse a los términos del artículo 32 de la LCSP.

En cuanto a las tarifas, la Entidad ha remitido unas para gastos de personal aprobadas por SEPI el 25 de febrero 2011. Sin embargo, no consta ningún dato económico que permita analizar la base del cálculo de las citadas tarifas.

h) MERCALGECIRAS: La Entidad ha acreditado debidamente el requisito de actividad utilizando como indicador la cifra del volumen global de negocio aplicado a la actividad relacionada con los mercados mayoristas. Sin embargo, no aparece este requisito acreditado en las cuentas anuales del periodo fiscalizado ni ha sido verificado por el auditor externo.

Tampoco consta la existencia de tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende.

i) MERCABADAJOZ: La Entidad ha acreditado debidamente el requisito de actividad utilizando como indicador la cifra del volumen global de negocio aplicado a la actividad relacionada con los mercados mayoristas. Sin embargo, no aparece este requisito acreditado en las cuentas anuales del periodo fiscalizado ni ha sido verificado por el auditor externo. Tampoco consta la existencia de tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende.

j) SEGIPSA: Según lo acreditado en las cuentas de 2018 y en las de 2019, utilizando el indicador de cifra de negocios SEGIPSA cumpliría con el requisito de actividad; no obstante, no se realiza ninguna mención específica ni en el informe de auditoría a las cuentas de 2018 ni en el de las cuentas de 2019, sobre la verificación del citado requisito. En el informe de la IGAE de 18 de marzo de 2020, emitido en aplicación del artículo 86 de la LRJSP, que fue favorable, se sugería la supresión de los arrendamientos del cálculo del 80 % por tratarse de negocios jurídicos patrimoniales no sometidos a la legislación de contratos, un criterio que este Tribunal no puede compartir al no tratarse de una exigencia reflejada en el artículo 32 de la LCSP en los términos reflejados en el Informe.

En las memorias rendidas a este Tribunal, en las que se calculan los costes para la determinación de las tarifas, se incluye, dentro de los costes externos, un epígrafe de "imprevistos" que en algunos casos se establece como un porcentaje del resto de gastos estimados y, en otros, se fija a tanto alzado. Como ya manifestó este Tribunal de Cuentas en la Moción a la Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión





por las Administraciones Públicas (nº 1198), estas estimaciones deberían tener la consideración de “gastos a justificar”.

k) SEGITTUR: La Entidad ha remitido al Tribunal de Cuentas la memoria justificativa de la condición de medio propio presentada ante la IGAE, a los efectos contemplados en el artículo 86.3 de la LRJSP, conforme a la Instrucción de 6 de julio de 2017 y, por tanto, en base a lo establecido en el derogado TRLCSP y no en la LCSP. De acuerdo con la información contenida en sus cuentas anuales, atendiendo a su volumen de negocio puede concluirse que la Entidad cumple el requisito de actividad, si bien, aunque existe una mención expresa en los informes de auditoría externa, ha incumplido la obligación de acreditarlo en la memoria que acompaña a las cuentas anuales.

La Entidad ha remitido al Tribunal de Cuentas las tarifas aprobadas para el ejercicio 2015 por Resolución del Secretario de Estado de Turismo, en fecha 20 de agosto de 2015, y una propuesta de aprobación de tarifas fechada en 2019. En ambos casos existe un margen de desviaciones, imprevistos y rentabilidad, en aplicación de lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por lo que procede volver a hacer referencia a la “Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas”, aprobada por el Tribunal de Cuentas el 22 de diciembre de 2008”, en la que se estima que esos márgenes deberían tener la consideración de “gastos a justificar”. No obstante, el 30 de septiembre de 2021, el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el Informe de Fiscalización de la actividad de impulso de la competitividad del sector turístico realizada por la Sociedad Mercantil Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S.A., M.P. (SEGITTUR) en los ejercicios 2019 y 2020, en el que se recoge que, en todas las actividades que ejecutó SEGITTUR por encargo en los ejercicios 2019 y 2020 se obtuvieron pérdidas, porque las tarifas no cubrieron los costes del personal de las categorías profesionales superiores, desde jefe de proyecto a directores de departamento.

l) SENASA: Utiliza para acreditar el requisito de actividad esencial el indicador de horas/hombre imputable a proyectos facturables a los poderes adjudicadores que la controlan, cálculo que ha incluido en la memoria justificativa de la condición de medio propio remitida a la IGAE de mayo de 2019. Debe considerarse válida la acreditación del requisito de actividad. No obstante, en el Informe presentado a la IGAE no se desglosa entre los proyectos realizados en ejecución de un encargo y los que no, y, aun así, ha obtenido un pronunciamiento favorable de la IGAE sobre su condición de medio propio, lo que no es acorde con el criterio establecido por la IGAE y la Abogacía del Estado en la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019. Acredita el requisito de actividad en las cuentas anuales de los ejercicios 2018 y 2019, pero de los informes de auditoría correspondientes no se desprende que se haya verificado el cumplimiento de este requisito.

Las tarifas vigentes fueron aprobadas por Resolución de 18 de julio de 2018 por la Subsecretaría de Hacienda a propuesta de la Dirección General de Patrimonio del Estado. La Entidad ha aportado una memoria económica en la que se detalla la forma de cálculo de las tarifas, en las que se incluye un porcentaje establecido a tanto alzado por contingencias de un 8 %, y además, se prevé un 5 % adicional por los gastos asociados a la tramitación, formalización y ejecución, márgenes que deberían tener la condición de gastos a justificar, según se motivó en la “Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas”, aprobada por el Tribunal de Cuentas el 22 de diciembre de 2008”.

m) TRAGSA y TRAGSATEC: Atendiendo a la cifra de negocios que figura en las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019, se considera cumplido el requisito de actividad,



aunque faltaría su acreditación en la memoria de las cuentas anuales y su revisión por el auditor externo.

Por otra parte, las Entidades han acreditado el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en relación con la determinación y aprobación de las tarifas por parte del Grupo empresarial al que pertenecen.

n) VALENCIA PIL: La Sociedad ha acreditado que realiza la parte esencial de su actividad para la Autoridad Portuaria de Valencia, utilizando como indicador los gastos de explotación. Sin embargo, en las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019 no se justifica el cumplimiento del requisito durante los tres últimos ejercicios, sino solo en relación con el ejercicio anterior; y en los informes de auditoría correspondientes no se realiza ninguna mención al respecto.

Según ha informado la Entidad, las tarifas fueron aprobadas por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia en sesión celebrada el 22 de julio de 2016; sin embargo, no ha aportado el Acuerdo, sino el único encargo que está ejecutando para la Autoridad Portuaria. Por otra parte, no ha remitido una memoria económica con datos que permitieran analizar el cálculo de los importes fijados.

6.- Los requisitos relacionados con los Estatutos del medio propio se encuentran regulados en el artículo 32 de la LCSP, apartado 2, letra d), al que a su vez se remite el apartado 4, letra c). Este artículo exige que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en los Estatutos o actos de creación del medio propio, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: La conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y la verificación por la entidad pública de que depende de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos. Además, se exige la determinación en los Estatutos o actos de creación de los poderes adjudicadores respecto de los cuáles tiene tal condición y del régimen jurídico y administrativo de los encargos que se pueden conferir. Asimismo, se ha de establecer la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio.

La forma de cumplimiento de estos requisitos, en tanto no exista desarrollo reglamentario, ha sido precisada para el sector público estatal en el Informe 403/2018 de la Abogacía General del Estado.

En el análisis realizado del cumplimiento de estos requisitos se han detectado las siguientes incidencias destacables:

a) DEZF: Ha remitido la conformidad expresa del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz, aunque referida a un encargo y no de carácter general. No se tiene constancia de la conformidad expresa dada por el resto de las sociedades pertenecientes al Grupo que también le pueden conferir encargos. La verificación de que cuenta con medios personales y materiales suficientes se ha realizado en relación con un encargo cuyo contenido no parece estar incluido dentro de su objeto social.

b) EMFESA: Se encuentra en tramitación la modificación de sus estatutos.

c) EMGRISA: No ha remitido la autorización expresa de algunas entidades que le confirieron encargos durante el periodo 2018-2019, según el detalle que se refleja en el cuerpo del Informe.

d) FNMT-RCM: No ha remitido autorización expresa de todas las entidades que pueden conferirle encargos con personalidad jurídica diferenciada, según el detalle que se refleja en el cuerpo del Informe. Únicamente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en representación de la AGE.



e) INECO: En relación con la verificación por la entidad pública de la que depende el medio propio de que cuenta con los medios personales y materiales apropiados, la Entidad ha remitido la declaración firmada por el Director General de ENAIRE, fechada el 12 de julio de 2018. ENAIRE es el accionista con mayor participación en el capital social de INECO, con un 45,85 % de las acciones. No obstante, no ostenta la condición de socio mayoritario, por lo que sería más correcto que la declaración de suficiencia de medios hubiera sido emitida por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

f) ISDEFE: La Entidad no ha remitido autorización expresa de todas las entidades que pueden conferirle encargos con personalidad jurídica diferenciada, según el detalle que se refleja en el cuerpo del Informe.

g) MERCASA, MERCALGECIRAS Y MERCABADAJEZ: Ninguna de las Entidades ha remitido a este Tribunal la conformidad expresa de los poderes adjudicadores que pueden conferirle encargos ni la verificación por parte de la entidad pública de la que dependen de que cuentan con los medios materiales y personales adecuados. En cuanto a MERCALGECIRAS, no consta en sus Estatutos la prohibición de acudir a las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores que le pueden conferir encargos, ni se hace referencia en ellos al régimen jurídico de los encargos. Además, se siguen remitiendo al derogado TRLCSP de 2011. Estas dos últimas incidencias también se han apreciado en los Estatutos de MERCABADAJEZ.

h) SEGIPSA: No ha remitido la autorización expresa de un número significativo de entidades que le confirieron encargos durante el periodo 2018-2019, según el detalle que se refleja en el cuerpo del Informe.

i) SEGITTUR: En sus Estatutos no se hace referencia al régimen jurídico de los encargos, se sigue utilizando el término de encomiendas y se remiten a la Ley 30/2007, lo que evidencia su necesidad de actualización. Según la información rendida por la Entidad, se encuentra en tramitación la actualización de sus Estatutos.

j) TRAGSA Y TRAGSATEC: No han remitido a este Tribunal acreditación de la verificación por parte de SEPI, como entidad pública de la que depende, de que el Grupo cuenta con los medios personales y materiales apropiados, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2. de la Disposición final vigésima cuarta de la LCSP.

7.- El artículo 32, apartado 6, letra a) de la LCSP establece que el medio propio debe publicar en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores ostenta tal condición 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.

Todas las Entidades hacen referencia en la Plataforma de Contratación a cualquier actividad incluida en su objeto social, sin especificar los sectores concretos en los que pueden realizar encargos, como exige el artículo 32 de la LCSP. Por otra parte, el Grupo MERCASA no incluye ninguna de las menciones exigidas por este artículo.

8.- De acuerdo con el artículo 33 de la LCSP, tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos los requisitos siguientes: a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 32.2.a) de la LCSP. b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública, y c) Que más del 80 % de





las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

Atendiendo a lo establecido en sus estatutos, se configuran como medios propios, tanto de poderes adjudicadores como de entidades que no tienen tal consideración: EMGRISA, MERCASA, ISDEFE y FNMT-CRM.

En el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la LCSP se han detectado las siguientes incidencias destacables:

a) EMGRISA: No se cumple el requisito de control efectivo respecto de RENFE OPERADORA, que no pertenece al Grupo SEPI y es socio minoritario, Entidad que, para dar cumplimiento al artículo 33 de la LCSP, debería encontrarse representada en el Consejo de Administración, bien directamente o bien a través de algún representante de su Ministerio de tutela.

b) ISDEFE: La Entidad no ha rendido a este Tribunal información suficiente que permita verificar el cumplimiento del requisito de control efectivo.

9.- El artículo 86 de la LRJSP exige que los medios propios personificados dispongan de medios suficientes e idóneos y que sean una opción más eficiente que la contratación pública y resulten sostenibles y eficaces, aplicando criterios de rentabilidad económica, o bien, resulten necesarios por razones de seguridad pública o de urgencia. Durante el periodo fiscalizado, el apartado 3 del citado artículo exigía que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico se acompañase una memoria justificativa que acreditase estos extremos, que debería ser informada por la IGAE.

La Resolución de 16 de mayo de 2019 de la IGAE, por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del Informe a emitir por el citado órgano en virtud de este mandato legal consideró, atendiendo a la exposición de motivos de la LRJSP, que la memoria justificativa y su revisión por la IGAE eran exigibles, tanto a los medios propios que se creasen en el futuro como a los ya existentes. Se precisó, además, que en la memoria deberían acreditarse también el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 32 y 33 de la LCSP.

En definitiva, durante el periodo fiscalizado (años 2018 y 2019) era exigible la elaboración de la memoria justificativa y su revisión por la IGAE a todos los medios propios personificados. Esta obligación, sin embargo, a partir de la entrada en vigor el 1 de enero de 2021 de la modificación introducida por la Disposición Final trigésima cuarta de la Ley 11/2020, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 2021, quedó reducida al ámbito de los de nueva creación.

De los medios propios analizados, han sido 10 los que han considerado aplicable la exigencia de memoria justificativa y su revisión por la IGAE a todos los medios propios existentes conforme a la Instrucción de 16 de mayo de 2019. De ellos, SENASA, SEGIPSA, FNMT-RCM e INECO, presentaron la memoria justificativa a la IGAE y obtuvieron informe favorable; DEZF obtuvo un informe desfavorable de la IGAE; EMFESA y EMGRISA se encontraban pendientes de la emisión del Informe por parte de la IGAE; y el Grupo MERCASA todavía no había presentado la memoria justificativa. En relación con estas 10 Entidades, cabe destacar lo siguiente:

a) Ninguna de las entidades que han obtenido informe favorable de la IGAE respecto de su condición de medio propio discriminan, en los datos presentados para la justificación del requisito de actividad, entre la actividad llevada a cabo para sus poderes adjudicadores bajo la forma jurídica de un



encargo y aquellas otras que responden a otra forma jurídica, como exige la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019.

b) Los motivos por los que DEZF ha obtenido un informe desfavorable de la IGAE son compartidos por este Tribunal, con excepción de la referida al cumplimiento del requisito de actividad por las razones que se exponen en el Apartado II.1.2. del presente Informe.

c) En cuanto al Grupo MERCASA, como motivo de la falta de presentación de la memoria ante la IGAE, la Sociedad matriz afirma que estaba trabajando para clarificar los criterios por los que debía ser reafirmado como medio propio, ante el carácter restrictivo que estaba aplicando la IGAE, señalando en su escrito remitido al Tribunal el marco de inseguridad jurídica creado y la necesidad, para clarificar la nueva normativa, de nuevas instrucciones y dictámenes a emitir por la IGAE y la Abogacía General del Estado.

El resto de los medios propios personificados (TRAGSA, TRAGSATEC, ISDEFE, VALENCIA PIL y SEGITTUR) han presentado la memoria justificativa de su condición de medio propio conforme a la Instrucción anterior de 6 de julio de 2017 y, por tanto, según los requisitos exigidos en el derogado TRLCSP. Todos ellos habían obtenido informe favorable de la IGAE, excepto SEGITTUR, que lo obtuvo desfavorable, y VALENCIA PIL, que estaba pendiente de su emisión por la IGAE. Tanto TRAGSA como ISDEFE han defendido ante este Tribunal la falta de necesidad de presentación de la memoria justificativa según la Instrucción de 16 de mayo de 2019, al haber obtenido informe favorable de la IGAE a la memoria presentada conforme a la Instrucción anterior; sin embargo, los argumentos expuestos no son compartidos por el Tribunal de Cuentas, atendiendo al régimen jurídico aplicable durante el periodo fiscalizado, además de otras consideraciones que se realizan en el texto del presente Informe. (Subapartado II.3.).

10.- Existen una serie de entidades que ostentaban la condición de medio propio y que, durante el periodo fiscalizado, han considerado que la han perdido y han modificado sus estatutos o estaban en trámites de hacerlo. Estas Entidades son las siguientes:

a) Aparcamientos Subterráneos de Vigo, S.L.U., M.P.: La Entidad ha informado que, ante la escasez de medios para la correcta gestión de los aparcamientos, se acordó la eliminación de su condición de medio propio en sus Estatutos. La citada modificación se produjo el 5 de marzo de 2020. En la memoria de las cuentas anuales de 2019, ya aparece suprimida su denominación como medio propio. No consta la realización de ningún encargo durante el periodo fiscalizado.

b) ENRESA: A pesar de que la Ley de Energía Nuclear 25/1964, en su artículo 38 bis, encomienda a esta Entidad la gestión del servicio público de la gestión de los residuos radiactivos, de acuerdo con el Plan General de Residuos Radiactivos aprobado por el Gobierno, es decir, de que su actividad esencial se desarrolla al margen del mercado libre, la Junta General de 28 de junio de 2019 acordó suprimir su condición de medio propio de sus Estatutos sociales, lo que se elevó a público el siguiente 11 de julio, actuación que no es acorde con el carácter puramente instrumental de la Sociedad. En las cuentas anuales de 2019 su denominación ya aparece modificada.

c) CORREOS TELECOM, S.A.: La Entidad informó a este Tribunal que estaba en proceso de estudio si, conforme a los criterios establecidos por la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado y de la AGE, mantiene o no la condición de medio propio. En la memoria de las cuentas anuales de 2019 se pone de manifiesto esta circunstancia y con fecha 20 de junio de 2020 el accionista único de la Sociedad (CORREOS) adoptó el acuerdo de modificar sus Estatutos y suprimir su condición de medio propio.



Si bien no existe información sobre su condición de medio propio, ni de los encargos realizados en la Plataforma de Contratación del Estado, sí consta en la Plataforma de rendición de contratos del Tribunal de Cuentas que ha formalizado 2 encargos durante el ejercicio 2019.

d) La Gerencia Urbanística Port Vell, M.P.: Según ha manifestado la Sociedad, tras la interpretación realizada en la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019 sobre el requisito de actividad, considera que ya no cumpliría tal requisito, ni el requisito de suficiencia de medios al carecer del personal suficiente; además, nunca ha actuado como medio propio. Con fecha 26 de febrero de 2020 ha modificado sus Estatutos para eliminar de ellos su consideración de medio propio.

e) En relación con IDEA: Seguía figurando en sus Estatutos su condición como medio propio, aunque, según ha manifestado en escrito de 25 de febrero de 2020, la decisión definitiva sobre la pérdida de su condición de medio propio no se ha adoptado todavía porque está asociada al debate de un plan de estrategia de la actividad de la Entidad. No ha realizado ningún encargo durante el periodo fiscalizado.

f) En cuanto a SOC. ALETAS: Se encuentra pendiente de disolución desde 2018.

## **2.- OBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN RELACIÓN CON LOS ENCARGOS RECIBIDOS DURANTE LOS EJERCICIOS 2018 Y 2019 POR LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.**

11.- Establece el artículo 32.6 de la LCSP, que los encargos deben cumplir fundamentalmente con los siguientes requisitos:

- El encargo debe ser objeto de formalización y publicación en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos en el artículo 63.6 de la LCSP (aquellos cuyo importe supere los 50.000 euros, IVA excluido y, para aquellos de cuantía superior a 5.000 euros, se requiere publicación trimestral).
- Los poderes adjudicadores pertenecientes al sector público estatal necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo sea igual o superior a 12 millones de euros, así como de las modificaciones acordadas en los citados encargos cuando superen el 20 % del importe del encargo.
- El importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50 % de la cuantía del encargo, aunque esta regla general se somete a determinadas excepciones.

En el análisis del cumplimiento de los requisitos que afectan a los encargos se han detectado las siguientes incidencias destacables:

a) ISDEFE: En 3 de los 7 encargos analizados se incluyen cláusulas propias de negocios jurídicos bilaterales, como, por ejemplo, la suspensión del contrato por mutuo acuerdo o la resolución de controversias de común acuerdo por las partes.

En cuanto a las subcontrataciones, en ninguno de los encargos analizados se supera el máximo del 50 % de subcontratación sobre el importe del encargo. No obstante, se ha detectado que la información relativa a, al menos, 42 de los 69 contratos formalizados con terceros no ha sido rendida al Tribunal de Cuentas en los términos establecidos por la Instrucción General aprobada por el Pleno del Tribunal el 28 de junio de 2018, lo que supone un incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo 335 de la LCSP.



b) TRAGSA: La Entidad no hace referencia a las tarifas a aplicar en 13 encargos de los 27 analizados, lo que supone un 48,15 % del total. En 19 de los 27 encargos analizados constan cláusulas propias de los contratos, como la resolución de controversias por mutuo acuerdo, el establecimiento de penalidades por parte del que realiza el encargo, la suspensión del encargo por mutuo acuerdo o la aceptación y conformidad previa del encargo por parte de TRAGSA.

En relación con la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público de los listados trimestrales de encargos realizados por ADIF y ADIF-AV a TRAGSA, en lugar de publicar la tarifa aplicable como exige el artículo 63.6 de la LCSP, estas dos Entidades especifican el importe del encargo, sin IVA. Por su parte, Sociedad Mercantil Estatal de Infraestructuras Agrarias, S.A. (SEIASA) no publica los encargos realizados a TRAGSA de manera diferenciada en el perfil del contratante, sino que los publica en el apartado de licitaciones, definiendo el proceso de contratación como “negociado sin publicidad”.

En 16 de los encargos analizados, las subcontrataciones superan el 50 % del importe del encargo y en otros 6, el 100 % del citado importe, cumpliéndose el límite establecido en el artículo 32.7. b) de la LCSP únicamente en 11 de los encargos.

TRAGSA considera que dichas contrataciones responden a suministros o servicios auxiliares o instrumentales que quedarían excluidos del cómputo para el límite del 50 % según lo establecido en el artículo 32.7 de la LCSP. Sin embargo, con carácter general TRAGSA no ha remitido información lo suficientemente detallada como para poder contrastar tal afirmación. En el texto del Informe se analizan expedientes concretos de los que se ha dispuesto de datos suficientes como para alcanzar algunas conclusiones.

Por último, se ha detectado que la información de, al menos, 48 contratos formalizados con terceros, no ha sido rendida al Tribunal de Cuentas en los términos establecidos por la Instrucción General del 28 de junio de 2018, incumplándose con ello el artículo 335 de la LCSP.

c) TRAGSATEC: En relación con las tarifas, solo en un encargo de los 5 analizados se hace referencia a la Resolución que las aprueba.

De los 17 contratos formalizados con terceros para la ejecución de los encargos analizados, únicamente la información relativa a 1 no ha sido remitida al Tribunal de Cuentas en los términos establecidos en la Instrucción General de 28 de junio de 2018.

d) INECO: En relación con los documentos de formalización de los encargos realizados por ADIF, en 4 expedientes de los 31 analizados no se hace referencia alguna a las tarifas aplicadas. Por otra parte, 14 de estos encargos participan de la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos bilaterales, en los que se incluyen cláusulas que requieren el mutuo acuerdo en determinados casos, como la suspensión de los trabajos o la resolución de las controversias. Lo mismo ocurre en 19 de los 21 encargos analizados realizados por ADIF-AV.

Con respecto a los listados trimestrales de encargos que han de publicarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en los encargos realizados por ADIF, ADIF-AV y ENAIRE, en lugar de publicarse las tarifas aplicables, como exige el artículo 63.6 de la LCSP, se indica el importe del encargo, sin IVA.

Analizada la rendición al Tribunal de Cuentas de los contratos formalizados con terceros por importe superior a 5.000 euros (99 contratos) para la ejecución de encargos, se han identificado 24 cuya información no ha sido rendida en los términos establecidos en la Instrucción General de 28 de junio de 2018, lo que supone un incumplimiento del artículo 335 de la LCSP.



e) SEGIPSA: En los 2 encargos realizados por ADIF-AV no consta en base a qué tarifas se ha determinado el presupuesto del encargo. En 3 de los 14 encargos analizados se incluyen cláusulas que requieren el mutuo acuerdo de las partes, como la resolución de controversias o la suspensión, lo que no se ajusta a las características de unilateralidad que han de presidir los encargos. En relación con la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, solo se encuentran publicados 4 de los encargos analizados.

Todos los contratos celebrados con terceros, salvo 3, figuran en la relación anual de contratos remitida por SEGIPSA al Tribunal de Cuentas en los términos previstos en la Instrucción General de 28 de junio de 2018.

### **3.- CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE RENDICIÓN RECOGIDAS EN LA INSTRUCCIÓN GENERAL APROBADA EL 28 DE JUNIO DE 2018 EN LO RELATIVO A LAS RELACIONES ANUALES CORRESPONDIENTES A LOS EJERCICIOS 2018 Y 2019 DE LOS ENCARGOS EFECTUADOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.**

12.- Respecto al ejercicio 2018, las entidades que han realizado encargos han remitido información a través de la Plataforma de rendición del Tribunal de Cuentas sobre 443 encargos realizados a 12 medios propios. Estos medios propios, a su vez, han informado al Tribunal de Cuentas durante los trabajos de fiscalización sobre la realización de 414 encargos, es decir, 29 encargos menos. De los 414 encargos informados por los medios propios, 389 encargos coinciden con la información rendida en la Plataforma del TCu por las entidades que los han realizado, lo que supone un 93,96% de coincidencia sobre el total, todo ello según el detalle que consta en el cuerpo del Informe.

Por lo que se refiere a los encargos formalizados en el ejercicio 2019, 39 poderes adjudicadores y no adjudicadores han remitido información a través de la Plataforma del Tribunal de Cuentas sobre 465 encargos realizados a 11 medios propios personificados. Los medios propios, a su vez, han comunicado durante los trabajos de fiscalización la realización de 398 encargos, es decir, 67 encargos menos. De los 398 encargos comunicados por los medios propios, los datos remitidos correspondientes a solo 346 de esos encargos coinciden con los rendidos por los poderes adjudicadores y no adjudicadores que los han realizado a la Plataforma del Tribunal, lo que supone un 86,93 % de coincidencia sobre el total. Todo ello según el detalle que consta en el cuerpo del Informe.

#### **Recomendaciones**

1.- Se considera necesario dotar de desarrollo reglamentario a los preceptos que la LCSP dedica a los medios propios, precisando los términos y el modo en que las entidades han de cumplir los requisitos exigidos para adquirir tal condición, especialmente en lo referido al requisito de actividad, cuya definición legal está originando diferencias de criterio y confusión en torno a su cumplimiento.

Y, en tanto este desarrollo reglamentario no se produzca, se considera conveniente que la IGAE y la Abogacía General del Estado adapten en mayor medida los criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad a las particularidades del sector público empresarial estatal y a la doctrina “in house providing”, de manera que atiendan a la actividad esencial de una entidad y a su repercusión en el mercado, cualquiera que sea su causa o forma jurídica, y garanticen que la actuación del medio propio no perjudica el principio de libre competencia.

2.- La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, suprimió la obligación de reflejar en las cuentas anuales la justificación del cumplimiento del requisito de





actividad y su revisión por el auditor externo; además, restringió la obligación de realizar una memoria justificativa de la condición de medio propio personificado al ámbito de los de nueva creación, todo ello con efectos desde el 1 de enero de 2021. No obstante, teniendo en cuenta que el incumplimiento de las condiciones establecidas legalmente deviene en la pérdida de la condición de medio propio personificado, la IGAE debería incluir la verificación del cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 32 y 33 de la LCSP en el control de eficacia de los medios propios que ha de realizar en aplicación del artículo 86.2 de la LRJSP.

3.- En el ámbito del sector público empresarial estatal no financiero, las entidades que realizan encargos a medios propios personificados deben mostrar mayor diligencia en la consignación de datos a incluir en las relaciones anuales de encargos que han de rendirse al Tribunal de Cuentas, evitando errores que dificultan las tareas fiscalizadoras de esta Institución.