

## **Informe 5/2022, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Requisitos para que una fundación privada de iniciativa pública pueda actuar como medio propio.**

### **I. ANTECEDENTES**

Por la Directora Gerente del Instituto Aragonés de Fomento se formula el 16 de septiembre de 2021 la siguiente consulta:

«De conformidad con los artículos 2, 3 y 6 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, previa sugerencia de la Oficina de Contratación Pública, se eleva a ese órgano consultivo solicitud de informe en relación con la materia que seguidamente se expone:

#### **ANTECEDENTES**

La Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinópolis es una fundación privada de iniciativa pública autonómica, constituida el 22 de julio de 1998, mediante escritura pública otorgada ante el notario de Zaragoza, D. José Luis Micó Arguile, bajo el número 1.066 de su protocolo.

En el artículo 7 de sus Estatutos se establece que son fines de la Fundación los siguientes:

- La gestión, con medios propios o concertados, del Conjunto Paleontológico de Teruel consistente en la explotación con fines turísticos y de ocio cultural de los yacimientos paleontológicos y antropológicos de la provincia y de todos aquellos servicios y atracciones complementarias que valoricen el conjunto.
- Promover la investigación de la paleontología en general y en la provincia de Teruel en particular, así como la conservación y divulgación de sus yacimientos y descubrimientos.

De acuerdo con el artículo 11 de los Estatutos, la Fundación estará regida por un Patronato que quedará compuesto por:

- El/la Consejero/a que tenga atribuidas las competencias en materia de Cultura.
- El/la Director/a General que tenga atribuidas las competencias en materia de Patrimonio Cultural.
- El/la Director/a Gerente del Instituto Aragonés de Fomento.
- Una persona designada por la Universidad de Zaragoza.
- Una persona designada por la Sociedad Española de Paleontología.
- Una persona designada por la Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico, S.A.
- Tres personas designadas por el Instituto Aragonés de Fomento.



En cuanto a la dotación fundacional, se informa que la dotación fundacional inicial fue de 200 millones de pesetas, y que la dotación actual es de 2.624.579,80 euros (aportados íntegramente por el Instituto Aragonés de Fomento).

Se señala asimismo que, según consta en el certificado expedido por la Secretaria del Gobierno de Aragón, el Gobierno de Aragón en su reunión celebrada el día 15 de julio de 2020 acordó atribuir al Departamento de Educación, Cultura y Deporte la tutela de la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel-Dinópolis (hasta esa fecha estaba tutelada por el Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial).

El Instituto Aragonés de Fomento (en adelante IAF) tiene que contratar este año 2021, y previsiblemente también en los ejercicios posteriores, la realización de réplicas de dinosaurios para el territorio de Dinópolis en Teruel y su instalación.

Existe la peculiaridad en este caso, de que es la Fundación quien conoce perfectamente las prescripciones técnicas que las reproducciones de dinosaurios deben tener, tanto por su labor de investigación y divulgación, como porque es un referente en la materia, y el IAF únicamente podría facilitar las prescripciones generales.

Siendo la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinópolis la entidad que desarrolla la actividad investigadora de la paleontología en general y en la provincia de Teruel en particular, así como la conservación y divulgación de sus yacimientos y descubrimientos; y teniendo en cuenta que dicha Fundación conoce las especificaciones técnicas que deben tener las reproducciones, se plantea si siendo una fundación privada de iniciativa pública autonómica, puede ser medio propio del IAF, que pueda realizar los trabajos referidos.

El artículo 32 de 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 (en adelante LCSP) regula los encargos a los medios propios personificados conferidos por los poderes adjudicadores.

En este artículo se establece que los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, y establece los requisitos que debe cumplir la persona jurídica para ser medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público.

Además de la LCSP, en la Comunidad Autónoma de Aragón regula la materia de los encargos de ejecución la Disposición Adicional Decimotercera del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado por el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 julio, del Gobierno de Aragón, que establece: "Encargos de ejecución a empresas públicas.

1. Las empresas públicas cuyo capital pertenezca íntegramente a la Administración de la Comunidad Autónoma, directamente o a través de sus organismos públicos, en el marco de sus estatutos y objeto social, podrán gestionar actuaciones de competencia de los Departamentos u organismos públicos de la Administración autonómica, que serán financiadas con cargo a los créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias, de acuerdo con las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizarán a través de encargos de ejecución por los titulares de los Departamentos y los presidentes o directores de los organismos públicos correspondientes, en los que figurarán los compromisos y obligaciones que asumiere la empresa, así como las condiciones en que se realiza el encargo.

b) La determinación del importe de la actuación se efectuará según valoración económica definida en el proyecto correspondiente o en el presupuesto técnico de actuación. En ningún caso podrá ser objeto de encargo de ejecución la contratación de suministros.

c) El pago se efectuará con la periodicidad establecida en el encargo de ejecución y conforme a la actuación efectivamente realizada. No obstante, podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad correspondiente a cada encargo de ejecución, de acuerdo con lo establecido en la letra b) de este apartado.



d) Los gastos generales y corporativos de la empresa podrán ser imputados al coste de las actuaciones encargadas hasta un máximo del cinco con cinco por ciento de dicho coste.

e) En las actuaciones financiadas con fondos provenientes de la Unión Europea, deberá asegurarse la elegibilidad de estos gastos, de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

2. Las empresas definidas en el apartado anterior no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de los contratos convocados por la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la que son medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador, podrá encargarse a la empresa la ejecución de la actividad objeto de licitación pública”.

El artículo 57 de la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón, que entrará en vigor el próximo día 2 de octubre de 2021, establece sobre los encargos de ejecución a medios propios:

1. “Conforme a la normativa de contratos del sector público, las entidades que integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón podrán encargar la ejecución de prestaciones propias de un contrato público a quienes ostenten la condición de medios propios de acuerdo a dicha legislación. Igualmente, esos medios propios podrán realizar encargos tanto a la Administración de la que dependan como a otros medios propios que dependan de la misma.

2. Los encargos de importe superior a tres millones de euros requerirán autorización previa del Gobierno de Aragón.

3. A efectos de lo dispuesto en la normativa de contratos del sector público los medios propios tendrán la condición de poder adjudicador cuando así resulte de la misma.

4. Los medios propios percibirán por la realización del encargo el importe de los costes directos e indirectos en que hubieren incurrido, mediante la aplicación del sistema de tarifas, cuyo procedimiento se establecerá reglamentariamente.

5. Los encargos se formalizarán por quienes sean titulares de los departamentos y de las presidencias o direcciones de los organismos públicos y, en los demás supuestos, por el órgano competente de la entidad de que se trate. En dichos encargos figurarán los compromisos y obligaciones asumidas, así como las condiciones de realización.

6. El procedimiento para la realización de encargos de ejecución a medios propios se determinará reglamentariamente, siendo trámite esencial del mismo la publicación de la resolución por la que se acuerde el encargo en el Perfil de Contratante de la Comunidad Autónoma de Aragón.

7. El pago se efectuará conforme a lo que se acuerde en el encargo de ejecución atendiendo a la actuación efectivamente realizada. Podrá efectuarse un anticipo de hasta el diez por ciento de la primera anualidad correspondiente a cada encargo de ejecución.

No obstante, por razones de eficacia y eficiencia en la gestión presupuestaria, cuando la actuación se financie total o parcialmente con fondos finalistas, previa autorización del Gobierno de Aragón, el encargo de ejecución podrá prever el reconocimiento de la obligación de pago de forma anticipada de la totalidad del coste de la actuación o, en su caso, de la totalidad del importe del coste financiado con fondos finalistas, estableciendo en tal caso las garantías y medidas precisas de seguimiento, control y liquidación al término de la ejecución.

No se exigirán garantías a las entidades integrantes del sector público autonómico, ni cuando la normativa reguladora del gasto de que se trate así lo establezca”.

Sobre el cumplimiento de los requisitos señalados por el artículo 32 de la LCSP y por la Disposición Adicional Decimotercera del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 julio, del Gobierno de Aragón, para que la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinópolis pueda ser medio propio personificado del IAF, se suscitan las siguientes cuestiones:



1) Cumplimiento del primer requisito (que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. En todo caso se entenderá que los encargos de ejecución realizados por el IAF a la Fundación son de ejecución obligatoria para ésta por venir así recogido en los Estatutos).

Respecto a este requisito, la influencia decisiva del IAF sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas de la Fundación, queda patente a la vista de cuál es el Departamento de tutela de la Fundación, de la cuantía de las transferencias realizadas anualmente por el IAF, y de la composición del Patronato.

Sobre la necesidad de que la consideración de medio propio esté recogida en los Estatutos, deberán modificarse los Estatutos de la Fundación en este sentido, previos los trámites necesarios, y previa verificación por el Instituto de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Así mismo el IAF deberán aprobar tarifas para la realización de los encargos, que, salvo mejor criterio, podrían ser calculadas por precio de hora de trabajo.

Salvo opinión en contrario, parece que este requisito puede ser cumplido si se modifican los Estatutos de la Fundación y se aprueban tarifas de la forma referida.

2) Segundo requisito exigido por la LCSP (que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo sea por los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo).

El artículo 32 de la LCSP regula la forma de calcular el 80% exigido, y al efecto dice

“A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”.

Ante las dudas surgidas respecto a la forma de cómputo de este requisito de actividad, la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios establece pautas al objeto de clarificar los aspectos que ofrecen dudas de interpretación.

Entre dichas pautas, en primer lugar, señala que los indicadores de cálculo deben interpretarse de forma restrictiva, y entre otros, establece que, con carácter general no se considerarán parte de la actividad aquellas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo. Dice asimismo respecto a los indicadores elegidos que:

- Si el indicador elegido es el promedio del volumen global de negocio, no se incluirán en el numerador las siguientes magnitudes que consten en el estado que refleje el resultado económico patrimonial obtenido por la entidad en el ejercicio:

a. Ingresos derivados del ejercicio de una potestad administrativa o función pública legalmente encomendada al organismo público, incluidos los derivados de la aplicación de normas jurídicas.

b. Ingresos de naturaleza tributaria.

c. Aquellas partidas de ingresos ajenos o no vinculados al objeto de la actividad del poder adjudicador.

d. Transferencias corrientes o de capital para financiar la actividad del ente con independencia de su instrumentación jurídica, salvo que pueda demostrarse que parte de dicha financiación vía transferencia está vinculada de forma directa con encargos recibidos del poder adjudicador.



e. Ingresos derivados de la actividad subvencional. Asimismo, se excluirán de la cifra del volumen global de negocios las siguientes partidas, en tanto que considerándose magnitudes de naturaleza económica patrimonial que formarán parte de la cuenta de resultados, no guardan relación directa con la actividad propiamente dicha por los encargos conferidos: a. Trabajos realizados por la entidad para su inmovilizado. b. Excesos de provisiones. c. Resultados por enajenaciones de inmovilizado.

- Si el indicador elegido son los gastos, deben considerarse aquellos que tengan una relación directa con la actividad que el medio propio desempeña como consecuencia de los encargos.

- La Ley permite acreditar el cumplimiento mediante la elección de otro indicador fiable y medible que permita comprobar que el porcentaje del 80% es la parte esencial de la actividad que el medio propio realiza para el poder adjudicador.

Por otra parte, respecto al cumplimiento de este requisito la respuesta de la Oficina de Contratación Pública que se menciona más adelante, en base al análisis realizado, plantea la posibilidad de analizar otra interpretación sobre la necesidad de reconocer la atribución de tareas fuera de la cobertura del encargo.

En la actualidad aproximadamente la mitad de los ingresos de la Fundación son la suma de los ingresos obtenidos por subvenciones de explotación, fundamentalmente del IAF, y el importe que la Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico de Teruel, S.A. abona anualmente a la Fundación como consecuencia de lo estipulado en la cláusula quinta del contrato de arrendamiento suscrito entre el IAF y la Sociedad Gestora, cuya redacción es la siguiente: “El Instituto Aragonés de Fomento ha creado la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel al objeto de mantener y desarrollar los contenidos técnicos-paleontológicos del Conjunto Paleontológico de Teruel. A estos efectos, la Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico de Teruel se obliga a tener un contrato de servicios con dicha Fundación que incluya la asistencia y el mantenimiento técnico-paleontológico del complejo en exclusividad”.

Se adjuntan las Cuentas Anuales de 2020, que son las últimas aprobadas, para constatar lo antedicho.

Dinópolis combina una parte de ocio, desarrollada por la Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico de Teruel, S.A., y una parte de investigación, desarrollada por la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel. Ello hace que inherentemente deban estar vinculadas las actuaciones que se realicen, siendo el motivo por el que la Sociedad Gestora, por mandato del IAF, necesariamente debe anualmente contribuir económicamente a la realización de las actividades de la Fundación, y es por lo que se considera que esos importes abonados deben tenerse en cuenta para el cómputo del 80%.

En cuanto a las resoluciones por las que se aprueban las transferencias de financiación del IAF a la Fundación, aunque no se especifica que deben destinarse al desarrollo de actividades para el cumplimiento de los fines de la Fundación, realmente es lo que sucede, ya que se conceden para hacer frente a los gastos corrientes derivados de su gestión. Si para que la Fundación sea considerada medio propio, esa Junta Consultiva considera aconsejable que dichas resoluciones recojan que las transferencias se aprueben para destinarlas a las labores propias de investigación y divulgación de la paleontología, en adelante dichas resoluciones serán redactadas en ese sentido.

Concluyendo, entre las transferencias realizadas por el IAF para que la Fundación las destine a las labores de investigación/divulgación, los importes que la Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico de Teruel, S.A. abona a la Fundación por pacto alcanzado con el IAF, los importes que aporta el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, y los encargos que IAF haga a la Fundación para la realización de réplicas o realización de estudios e informes, en principio, se aproximará significativamente al 80% de los ingresos obtenidos por ésta en la realización de sus actividades.

3) Tercer requisito exigido para tener la consideración de medio propio (que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública).

Se considera que este requisito se cumple, ya que el 100% de la dotación fundacional ha sido aportada por el IAF.



4) Cuarto requisito (que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 LCSP).

Previa aprobación del Patronato, los Estatutos podrían ser modificados para incluir la condición de medio propio personificado determinando el contenido exigido por la LCSP.

5) Otra cuestión a tener en cuenta es que, la LCSP excluye de su ámbito de aplicación los encargos que realice un poder adjudicador a un medio propio, independientemente de que la contratación sea de una obra, de un servicio o de un suministro; sin embargo la Disposición Adicional Decimotercera del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, establece en la letra b) del punto 1, que “en ningún caso podrá ser objeto de encargo de ejecución la contratación de suministros”. Teniendo en cuenta que el artículo 57 de la nueva Ley del Sector Público de Aragón ya no contempla esta limitación, y que entra en vigor el próximo día 2 de octubre de 2021, éste ya no sería un problema a tener en cuenta.

Ante las dudas de que la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinópolis pueda ser considerado medio propio del IAF, se formuló consulta general sobre esta cuestión a la Oficina de Contratación Pública (sin proporcionarle datos de cuentas anuales ni en consecuencia los importes aportados por el Gobierno de Aragón), siendo recibida la respuesta que se adjunta, en fecha 8 de septiembre de 2021.

En la respuesta de la Oficina de Contratación se sugiere, que dada la relevancia de la cuestión, se solicite informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en aras de una mayor seguridad jurídica y al objeto de fijar un criterio más firme dentro de la Comunidad Autónoma.

A la vista de todo lo anterior, se solicita a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que informe sobre si en base a lo expuesto, la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinópolis puede ser medio propio del IAF, y en su caso los trámites a realizar, quedando a su disposición para ampliar la información que precise para emitir el informe».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 28 de marzo de 2022, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

La Directora Gerente del Instituto Aragonés de Fomento es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, d) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, en el que se faculta al «órgano de dirección de los organismos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón».



## **II. Consideraciones generales.**

Es doctrina constante de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que no le corresponde informar sobre la corrección jurídica de concretos expedientes de contratación, fuera de aquellos casos en que la normativa aplicable expresamente lo establece, como puedan ser las prohibiciones de contratar. En consecuencia, no procede informar sobre la concreta circunstancia y régimen jurídico de la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinópolis y su posible calificación como medio propio del Instituto Aragonés de Fomento. No obstante, es de interés general reiterar la doctrina que éste y otros órganos consultivos han establecido sobre el marco jurídico, actualmente muy concreto, junto con la jurisprudencia recaída y la normativa aplicable a este tipo de relación jurídica.

## **III. Régimen de los medios propios en Derecho de la Unión Europea.**

La cuestión de los encargos a medios propios fue abordada en el artículo 12 de la vigente Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, con algo más de detalle que en las que la habían precedido. En términos generales, el precepto citado incorpora la jurisprudencia europea al respecto, que ha tenido un papel determinante ante la indefinición de las directivas anteriores. No obstante, concreta y eleva el nivel de exigencia respecto al volumen de actividad que el medio propio debe realizar para el poder adjudicador que realiza el encargo.

El primer requisito es un control por el poder adjudicador análogo al que ejerce sobre sus propios servicios sobre la persona jurídica de derecho público o privado receptora del encargo. Se considera que los poderes adjudicadores ostentan un control análogo si pueden realizar encargos de ejecución obligatoria conforme a instrucciones establecidas unilateralmente por el encomendante. Además, la retribución se fijará por referencia a tarifas aprobadas por el poder adjudicador. La Directiva de contratación precisa que ese control existe cuando el poder adjudicador « ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada ». Eso sí, puede ser un control indirecto: « dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador ».

En la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal, el Tribunal de Justicia estableció que la normativa de contratación se aplica « cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, entidad adjudicadora » (FJ 51). Existe una posible excepción: « sólo puede ser otra manera en



el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate *un control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice *la parte esencial de su actividad* con el ente o los entes que la controlan» (FJ 50).

La jurisprudencia ha ido depurando el concepto de control análogo requiriendo una total ausencia de autonomía de la voluntad de la entidad que recibe el encargo, que no debe tener la posibilidad de rechazarlo. De acuerdo con la Sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, Comisión c. Italia, son distintivas la facultad del poder adjudicador de nombrar a los miembros de los órganos directivos, orientar la actividad de la entidad, establecer los gastos de funcionamiento y la facultad de designar un funcionario propio para impulsar y controlar la acción de la entidad receptora del encargo (FJ 25).

La interpretación inicial, centrada en el control, fue extendiéndose a otros aspectos de la relación bilateral. La doctrina jurisprudencial fue resumida por el propio Tribunal de Justicia en la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto C-182/11, Econord SpA c. Comune di Cagno y otros, FJ 27:

«según reiterada jurisprudencia, existe un “control análogo” cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia Comisión/Italia, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia Coditel Brabant, apartado 46)”.

El segundo requisito establecido jurisprudencialmente es que una parte esencial de la actividad del ente, organismo o entidad debe realizarla para el poder adjudicador. La Sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo, declaró en el apartado 3 del fallo que «para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla [...] procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad».

La Directiva de contratación de 2014 precisó esa “parte esencial de la actividad”: más del ochenta por ciento de la actividad del medio propio debe corresponder a los cometidos confiados por el poder adjudicador o por personas jurídicas controladas por ese poder adjudicador. La base de cálculo de la actividad desarrollada se especifica en el art. 12.5.

Tercer requisito, no debe existir participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada. Según la Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C 26/03 Stadt Halle y RPL Lochau, ECLI:EU:C:2005:5, FJ 52: «en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”. Doctrina reiterada en las sentencias de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, Comisión contra Italia, ECLI: EU:C:2008:410; de 10



de septiembre de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa, ECLI:EU:C:2009:532; y de 29 de noviembre de 2012, asunto C-182/11, Econord SpA c. Comune di Cagno y otros, ECLI:EU:C:2012:758, de acuerdo con la cual la participación privada –aun minoritaria- en el capital de una sociedad la inhabilita como medio propio o servicio técnico susceptible de recibir encargos de un poder adjudicador.

Es distinto cuando la sociedad es participada solo por entes públicos, de acuerdo con las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Tragsa, ECLI:EU:C:2007:227 y de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA, ya citada.

En la Directiva se introdujo una excepción para «las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada». Es una excepción de aplicación restrictiva, que requiere Ley nacional y habilitación específica en los Tratados. En el considerando 32 de la Directiva se motiva la excepción:

«Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.

La excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores. Con todo, habida cuenta de las particulares características de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos, esto no se debe aplicar en casos en que la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria por una disposición de la legislación nacional acorde con los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta. Además, es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada. Por ello, cuando exista una participación de capital privado en el o los poderes adjudicadores controladores, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva, puesto que estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados.

Asimismo, es preciso aclarar que poderes adjudicadores, tales como organismos de Derecho público, que puedan tener una participación de capital privado, deben estar en condiciones de aprovecharse de la excepción por cooperación horizontal. Por consiguiente, cuando se cumplan todas las demás condiciones relativas a la cooperación horizontal, la excepción por cooperación horizontal debe aplicarse a dichos poderes adjudicadores cuando el contrato se celebre exclusivamente entre poderes adjudicadores».

La excepción se aplica a los “encargos invertidos”, realizados desde la entidad controlada al poder adjudicador (art. 12.2) y a los encargos a personas de derecho público o privado controladas conjuntamente por varios poderes adjudicadores (art. 12.3).



Lo que no se prevé expresamente en la Directiva es el juicio de idoneidad al que debieran someterse las personas jurídicas de derecho público o privado que reciben los encargos de ejecución de poderes adjudicadores.

#### **IV. Los medios propios en el Derecho interno.**

En la normativa española hay varios textos legales cuya regulación afecta a los medios propios. Puede citarse en este sentido el art. 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aunque no sea un precepto de carácter básico de acuerdo con la disposición final decimocuarta del mismo texto legal. Este precepto remite el concepto y requisitos de medios propios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, aunque también establece elementos relevantes. En primer lugar, la previsión de que un «medio propio y servicio técnico» debe «disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social» y además debe darse, alternativamente, una de dos circunstancias: que se trate de una «opción más eficiente que la contratación pública» o que concurren «razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios».

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, con aplicación exclusiva al sector público autonómico, el art. 57 de la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón también remite el concepto y requisitos de medio propio a la legislación de contratos del sector público y contempla expresamente el encargo directo (del poder adjudicador al medio propio), inverso (del medio propio a la Administración) y horizontal (a otros medios propios dependientes de la misma Administración). Se establece la compensación, que no retribución, por los costos asumidos por el medio propio para la ejecución del encargo (art. 57.4):

«Los medios propios percibirán por la realización del encargo el importe de los costes directos e indirectos en que hubieren incurrido, mediante la aplicación del sistema de tarifas, cuyo procedimiento se establecerá reglamentariamente».

El procedimiento para materializarlos deberá ser regulado reglamentariamente, aunque se establece directamente la competencia del consejero y la publicación en el Perfil de Contratante de la Comunidad Autónoma de Aragón. Se regula también la posibilidad de adelantar todo o parte del pago al medio propio, así como la exención de garantías, «ni cuando la normativa reguladora del gasto de que se trate así lo establezca» (art. 57.7 in fine).

En todo caso, la clave está en las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que regula la cuestión en los artículos 32, relativo a los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, y 33, encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.



Centrándonos en el primero de esos artículos, se establecen requisitos para la posible consideración de una persona jurídica pública o privada como medio propio de la Administración pública:

**Primero. Control directo o indirecto por el poder adjudicador y asunción únicamente de costes efectivos:**

«Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un *control*, directo o indirecto, *análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios* o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero *puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación*, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, *de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente* por el ente que puede realizar el encargo.

La compensación se establecerá *por referencia a tarifas* aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, *atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio* para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que *representen los costes reales de realización* de las unidades producidas directamente por el medio propio».

**Segundo. Realización de más del 80 por ciento de su actividad como medio propio del poder adjudicador que realiza el encargo:**

«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 el poder adjudicador* que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración *el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio* por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro *indicador alternativo de actividad que sea fiable*, y todo ello referido a los *tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo [...]*».

**Tercero. Naturaleza de ente de Derecho público o, de ser privado, capital o patrimonio íntegramente públicos:**

«Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública».

**Cuarto. Previsión expresa en su normativa reguladora e idoneidad de sus medios:**

«La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá *reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación*, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º *Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador* respecto del que vaya a ser medio propio.



2.º Verificación por la entidad pública de 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.*

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

Por tanto, la autonomía de funcionamiento, la realización de actividades en régimen de mercado que superen el 20 por ciento de su actividad total, la participación privada en su capital social o en la aportación de patrimonio, la falta de previsión en su destino como medio propio en su acto de creación o estatutos o la carencia de los medios personales y materiales idóneos impiden la consideración como medio propio, *bastando la concurrencia de cualquiera de las circunstancias anteriores* para que quede excluida la posibilidad de realizar encargos.

Como puede observarse, la única cuestión relativamente novedosa –aunque sea una concreción de los criterios jurisprudenciales- introducida por la Directiva de contratación de 2014 e incorporada al Derecho interno por medio de la Ley de contratos del público de 2017 es la cuantificación en el 80 por ciento de la dedicación que es preciso que el ente instrumental mantenga a la realización de encargos del poder adjudicador. A esta cuestión se refiere la «Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios»; documento relevante en atención a la cualificación de ambos órganos directivos. Como señala la Circular:

«... no ha de perderse de vista que el artículo 32.2.b) y el 33.2.c) de la LCSP regulan la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%. Como quiera que la voluntad del legislador ha sido la de establecer distintos indicadores de referencia a utilizar y que se produce una diversidad de circunstancias acreditativas, ha de partirse de la premisa de que éstos *deberán ser objeto de una interpretación restrictiva* y que, en todo caso, incumbe la justificación de su cumplimiento a quien quiera beneficiarse».

Con cita de la Sentencia de 11 de mayo de 2006, C-340/04, Carbotermo-Consorcio Alisei, se señala en la Circular lo siguiente:

«la actividad a tomar en consideración [a efectos del cómputo del 80 por ciento] será aquella que se realiza “en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados (...)” respecto de la totalidad de las actividades que realiza el medio propio».

Más adelante se precisa esta cuestión:

«El requisito de actividad implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80%, *se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.*



Por ello, el indicador de actividad ha de estar relacionado con acciones del poder adjudicador en relación con encargos (prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria)».

Es decir, el 80 por ciento de la actividad deberá realizarse en virtud de encargos realizados por el poder adjudicador respecto al que se actúa como medio propio. Ciertamente, esto puede tener excepciones, pero en la Circular éstas se aplican únicamente a los organismos públicos (es decir, organismos autónomos y entidades de Derecho público de acuerdo con la Ley 40/2015), aunque, con esta salvedad, es de resaltar que *se excluyen las transferencias a efectos de cómputo* de la actividad total:

«En ocasiones, la condición de medio propio concurre en organismos públicos que ejecutan una función o actividad pública cuya realización constituye la razón de su creación (descentralización funcional de servicios) y, *en paralelo, pueden recibir encargos para la realización de actividades no integradas en esa función pública que les está atribuida*. La actividad principal supone el ejercicio de *funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico* y, por tanto, no cabe su contratación con terceros de forma global. Este tipo de actividades pueden ser financiadas de formas diversas por lo que podría afectar al cómputo del indicador de volumen global de negocios, si bien, *con carácter general, se entenderá que los ingresos percibidos vía transferencias, así como los gastos realizados para esta actividad quedarán ajenos al cómputo*».

Como se ha señalado, en principio ese tipo de consideraciones sólo cabe realizarlas respecto a entidades u organismos públicos, que no realizan actividades de mercado, no respecto a entidades privadas, en lo referente a las cuales deberá computarse el conjunto de su actividad. Del mismo modo, respecto a entidades públicas no se computarán las asignaciones presupuestarias:

«En orden a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y transparencia, se excluyen para el cómputo del 80%, aquellas cantidades (volumen de negocios, gastos soportados u otra referencia de indicador fiable) que deriven de sus funciones y competencias de carácter material o técnico inherentes a la propia actividad o función pública para la que fueron creados, siempre que estén dotados de los créditos específicos y necesarios para su funcionamiento. De incluirse en el porcentaje del 80% deberá justificarse y acreditarse por la entidad».

Finalmente, no entrarán en el 80 por ciento necesario las actividades realizadas sin estar motivadas por un previo encargo, sea nombrado expresamente como tal o se trate de un negocio jurídico que cumpla con las exigencias establecidas para un encargo:

«Con carácter general no se considerarán parte de esta actividad aquéllas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo, siendo justificable tener en cuenta aquellas otras que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico».

## **V. Requisitos para reunir la condición de medio propio de una fundación que actúa en el mercado.**

El Derecho europeo de la contratación pública tiene sus raíces en la creación de un mercado interior efectivo y, con ese objetivo, en el Derecho de la competencia. Este



elemento condiciona las posibilidades de que una entidad, pública o privada, actúe en el mercado y por tanto en un régimen de libre competencia, mientras al mismo tiempo tiene un acceso privilegiado a un “cliente” público para el que realiza la prestación de actividades propias de un contrato público sin tener que pasar por los procedimientos de licitación y, en consecuencia, sin someterse al contraste con las ofertas de otros operadores económicos y en suma a la competencia, en la medida de que con ello se puede estar distorsionando el mercado. Son estos elementos los que residen en el régimen que se ha expuesto y que puede sintetizarse de nuevo:

El medio propio debe conformar una suerte de servicio o unidad administrativa personificada, siendo indiferente que la personificación sea conforme a un régimen público o privado, de tal manera que no tienen autonomía de decisión para aceptar o rechazar los encargos que se le formulan por el poder adjudicador en función de su conveniencia.

En función de ello, como elemento adicional de garantía, en su acto de creación o en su normativa reguladora, externa o interna, debe explicitarse su condición de medio propio.

La retribución o, mejor, la compensación por su actividad como medio propio ha de ser fijada unilateralmente por la Administración que formula el encargo, sin que haya lugar a que la incorporación del beneficio industrial a las cantidades percibidas, aunque sí, de forma limitada, la imputación de gastos generales de funcionamiento de la entidad.

El medio propio no puede ser un mero cascarón, receptor formal de los encargos, pero no ejecutor material de aquellos. Por esta razón debe contar con los medios materiales y humanos idóneos para las actuaciones objeto de encargo como tal medio propio. Eventualmente, si pese a ello fuera necesario contratar parte de la prestación, como regla general deberá aplicar las mismas normas de contratación que el poder adjudicador del que procede el encargo.

La actuación de mercado que realice el medio propio debe ser de relativa poca importancia, para evitar distorsiones relevantes de la competencia. Esta regla, formulada originalmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sido concretada en la Directiva de contratación pública vigente y, como consecuencia, en la legislación interna española, conforme a la que debe realizar en su calidad de medio propio más del 80 por ciento de su actividad.

Como medio propio quiere decir en función de encargos formalmente realizados o, al menos, en virtud de negocios jurídicos que reúnan las características sustantivas de un encargo, se excluyen expresamente de este porcentaje las actividades realizadas en función del otorgamiento de una subvención, por la sencilla razón de que la realización de la actividad subvencionada es puramente voluntaria para el beneficiario. No se trata de un deber jurídico, sino de una carga o condición cuyo cumplimiento es preciso para patrimonializar las cantidades concedidas o reconocidas como tal subvención. Con mayor razón se excluyen del cómputo las meras transferencias de fondos no condicionadas a la realización de actividades o prestaciones concretas,



porque en tal caso la libertad del perceptor es todavía mayor. Ni la actividad subvencionada ni la financiada mediante transferencias entran en cómputo del 80 por ciento como medio propio, aunque sí en el cómputo del conjunto de la actividad de la entidad.

No se computarán ni en un apartado ni en otro la actividad de naturaleza pública, como órgano administrativo que ejerce potestades o competencias públicas legalmente atribuidas, por el sencillo hecho de que tales actividades en ningún caso podrían realizarse en régimen de mercado y, por tanto, son neutras a tales efectos.

En cambio, el régimen aplicable no hace acepción del régimen de la personificación, que puede ser de naturaleza pública o privada. Dentro de las personificaciones privadas, la forma concreta resulta indiferente desde el punto de vista de las exigencias aplicables a un medio propio. Por tanto, una fundación privada puede ser medio propio, por más que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sea contraria a Derecho la constitución de fundaciones «con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos» o a «personas jurídicas singularizadas», dado que parece excluirse a las personas que «persigan fines de interés general».

Sin embargo, una fundación privada –aunque sea de iniciativa pública y una mayoría de sus patronos lo sean en su condición de cargos o representantes de la Administración que adoptó la iniciativa para su creación y desembolsó el patrimonio fundacional- que obtiene un 50 por ciento de sus ingresos mediante el cobro de diversas subvenciones y los pagos realizados por una sociedad anónima en cuyo accionariado la suma de entidades privadas tiene una mayoría del capital social y la suma de las diversas entidades públicas que participan en el capital es minoritaria, no puede ser considerada medio propio de ninguna Administración pública.

Para ello sería preciso, entre otras cosas, que más del 80 por ciento de su actividad se desarrollase como medio propio de la Administración que tiene su control. Esto supone que ese porcentaje de la actividad responda a encargos formalizados como tales o, al menos, a órdenes impartidas con carácter vinculante por el ente matriz y de obligatoria ejecución por la entidad que reciba la encomienda. En consecuencia, tal como se señala en la Circular citada más arriba, no podrán computarse al efecto de llegar al 80 por ciento las actividades realizadas en función de transferencias – genéricas- ni subvenciones –finalistas- otorgadas por la Administración pública; tampoco los servicios prestados a una sociedad privada a requerimiento de ésta, aunque la condición de prestatario de servicios a esa sociedad venga impuesta por una cláusula contractual en un contrato celebrado entre la entidad privada y la Administración pública.

Tampoco puede ostentarse la condición de medio propio sin que ello sea contemplado de forma expresa en su acto de creación o en sus estatutos, en los que se debería establecer también de forma expresa el ámbito o ámbitos en los que se van a realizar las funciones de medio propio, para los que además deberá verificarse que la entidad dispone de los medios materiales y humanos necesarios.



### III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Una fundación privada de iniciativa pública puede tener la condición de medio propio de un poder adjudicador.

SEGUNDA. Para tener la condición de medio propio de un poder adjudicador no es suficiente que el patrimonio fundacional haya sido aportado íntegramente por la Administración pública. Será necesario el cumplimiento íntegro de las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, español y de la Comunidad Autónoma de Aragón, entre ellas:

1. que la actividad de mercado sea inferior al 20 por ciento del total. O, en otros términos, que más del 80 por ciento de su actividad se haga en virtud de encargos por la Administración –o su sector público- respecto a la que actúa como medio propio.
2. que la condición de medio propio esté expresamente recogida en su acto de creación o en sus estatutos o normativa de aplicación y que disponga de los medios idóneos requeridos para su actuación como medio propio.

**Informe 5/2022, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 28 de marzo de 2022.**