

## **INFORME 16/2018, DE 8 DE OCTUBRE DE 2018, SOBRE EL TEXTO DEL BORRADOR DEL “PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DECLARA A LA AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA DE ANDALUCÍA COMO MEDIO PROPIO PERSONIFICADO RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SE ADECUAN SUS ESTATUTOS, CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO”.**

### **I.- ANTECEDENTES**

Se recibe a través de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública solicitud de la Secretaría General para la Administración Pública de la citada Consejería por la que se remite el texto del borrador del *“Proyecto de Decreto por el que se declara a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía como medio propio personificado respecto de la Administración de la Junta de Andalucía y se adecuan sus estatutos, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la ley 9/2017 de contratos del sector público”* para su informe de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1, 11 y 12 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, en los siguientes términos:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 107/2018, de 14 de junio, por el que se regula la estructura organizativa de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública, la Secretaría General de la Administración Pública es el órgano de planificación del sector público de la Junta de Andalucía y de dirección, impulso y coordinación de la política de organización y transformación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales. En concreto, corresponde a esta secretaría general la emisión de informe y formulación de proyectos en relación con la alteración de las entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía, así como informar las modificaciones de los estatutos de dichas entidades.*

*Como es sabido, la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece una nueva regulación de los medios propios de la administración, así como de las antiguas encomiendas de gestión de carácter contractual, que cambian la denominación, llamándose ahora medios propios personificados y encargos a medios propios.*

*En este contexto, es previsible que las agencias y entidades instrumentales privadas del sector público andaluz planteen propuestas de declaraciones del Consejo de Gobierno y modificaciones estatutarias para adaptarse a la nueva regulación. En este sentido, se adjunta copia de la primera solicitud oficial de informe al respecto planteada por la agencia AMAYA.*

*A efectos de poder emitir los informes preceptivos a las citadas propuestas para la implementación del nuevo marco legal en materia de encargos a medios propios, se solicita que por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de sus competencias, emita informe valorando el alcance del impacto de la nueva normativa en el sector público andaluz, los términos en que deben acometerse las modificaciones estatutarias e, incluso, si resulta factible una adaptación global genérica que afecte a todas las agencias o entidades instrumentales afectadas. Lo que se cursa a través de esta Secretaría General Técnica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, según el cual, dicha Comisión emitirá sus informes a solicitud de los titulares de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías”.*



Referencias normativas que inciden en esta materia.

## **1- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (LCSP)**

Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

*“1. 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, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*

*El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.*

*2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:*

*a) Que 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.*

*b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por 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.*

*Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.*

*El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.*

*c) 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.*

*d) 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.*

*En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.*

*3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.*



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

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

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

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

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

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

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.

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

El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

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

5. El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución.



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

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

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

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

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

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

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

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

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

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

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no



*constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.*

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

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

*Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste”.*

Disposición final cuarta. Apartado Tercero. Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta ley y a los medios propios personificados

*“3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.*

## **2- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (LRJSP)**

### Artículo 86. Medio propio y servicio técnico

**1.** *Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

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

- a)** *Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*
- b)** *Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.*



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

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

**3.** *A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.*

### **3- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA)**

Art. 56 Creación.

**1** *La creación de las agencias administrativas y públicas empresariales se efectuará por ley, que establecerá:*

- **a)** *El tipo de entidad que se crea, con indicación de sus fines.*
- **b)** *Las peculiaridades de sus recursos económicos, y de su régimen de personal y fiscal, y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.*

*Los estatutos de las agencias administrativas y públicas empresariales se aprobarán por decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón de la materia y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.*

*La adscripción de las agencias administrativas y públicas empresariales a una o varias Consejerías o a una agencia se efectuará por decreto del Consejo de Gobierno.*

#### Artículo 68 Agencias Públicas Empresariales

**1.** *Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:*

- **a)** *Aquellas que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación.*
- **b)** *Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.*

**2.** *Las agencias públicas empresariales se adscriben a una o varias Consejerías. Excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia cuyo objeto además consista en la coordinación de varias de ellas. Asimismo, se podrán aplicar técnicas de coordinación funcional entre varias agencias públicas empresariales que compartan la misma adscripción orgánica, a través de órganos o unidades horizontales.*



## **4- Instrucción 14/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía por la que se regula la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, sobre la declaración de medio propio personificado.**

Señala esta instrucción 14/2018 lo siguiente. *“El apartado 1 del artículo 86 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) establece que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en la propia Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.*

*En cuanto a los primeros, el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, estableciendo una serie de requisitos para la consideración como tales, siendo uno de ellos el reconocimiento de la entidad receptora del encargo como medio propio personificado.*

*La propuesta de declaración de medio propio personificado ha de acompañarse de una memoria justificativa que acredite el cumplimiento de las condiciones establecidas en la LRJSP que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 de su artículo 86, ha de ser informada por la Intervención General del Estado. Esta obligación, como señala la citada Ley, nace de los principios de mejora de la eficiencia, incremento de la transparencia, racionalización de la estructura administrativa e incremento de la seguridad jurídica. En este sentido, y por lo que se refiere a los medios propios personificados, en lo no previsto en la misma, resultará de aplicación lo establecido en la LRJSP. En su virtud, la memoria justificativa acreditativa del cumplimiento de las condiciones para ser declarado medio propio personificado de la Junta de Andalucía, deberá ser informada por la Intervención General de la Junta de Andalucía.*

*Con objeto de facilitar la confección del informe mencionado, y al objeto de homogeneizar las actuaciones a realizar por las entidades solicitantes así como el contenido de la memoria acreditativa de la condición de medio propio personificado de la Junta de Andalucía, este Centro directivo ha considerado necesario dictar la presente Instrucción”.*

## **II.- INFORME**

Previamente al análisis de las diferentes cuestiones planteadas por la Secretaria General para la Administración Pública debemos reseñar que situación muy similar, si no idéntica, a la que se plantea ahora con la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, fue abordada por esta Comisión Consultiva de Contratación Pública con ocasión de la *Recomendación 2/2009, de 22 de abril, sobre la adaptación de los estatutos de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía consideradas medio propio y servicio técnico a lo previsto en el artículo 24.6 de la*





*Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos el Sector Público.* La citada Recomendación indicaba lo siguiente: *“A efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 24.6 de la ley de Contratos del sector Público, las entidades instrumentales e la Administración de la junta de Andalucía habrán de adaptar sus normas de creación o estatutos recogiendo las exigencias que en tal precepto se indican”.*

Cabe advertir que dado que la Secretaría General para la Administración Pública realiza una consulta referida al alcance del impacto de la nueva normativa en el sector público andaluz, los términos en que deben acometerse las modificaciones estatutarias e, incluso, si resulta factible una adaptación global genérica que afecte a todas las agencias o entidades instrumentales afectadas, el informe a emitir ofrece igualmente un planteamiento general de la situación y el modo de proceder que se considera más conveniente por este órgano.

## **1.- Consideración general sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.**

La ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público ha establecido una nueva regulación de los medios propios de la Administración, así como de las encomiendas de gestión de carácter contractual. Pasan a denominarse medios propios personificados y encargos a medios propios.

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, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 32 LCSP siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos y cumpliendo lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo.

La Disposición Final Cuarta LCSP establece que *“en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.*

En este sentido, el artículo 86.3 de la citada Ley 40/2015 establece como informe preceptivo el de la Intervención General *“A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico”* y, como se ha indicado anteriormente, en el caso de la Administración de la Junta de Andalucía este informe preceptivo de la Intervención General de la Junta de Andalucía se encuentra regulado en la *Instrucción 14/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía por la que se regula la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, sobre la declaración de medio propio personificado.*

## **2.- Agencia de Medio ambiente y Agua de Andalucía (AMAYA).**



AMAYA fue creada mediante la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del sector público de Andalucía. En su artículo 22 la configura como Agencia Pública Empresarial de las contempladas en el artículo 68.1. b) de la LAJA. La Agencia está adscrita a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. La Disposición adicional de la Ley 1/2011 la declara medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía, condición que se recoge igualmente en los estatutos de la Agencia AMAYA (aprobados por Decreto 104/2011 de 19 de abril).

### **3.- Necesidad de que los estatutos recojan la condición de medio propio personificado respecto del poder adjudicador que hace el encargo.**

De acuerdo con lo establecido en el art. 32.2 d) LCSP 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.

Por tanto, entre otros requisitos que deban cumplirse, resulta necesario que por parte de la entidad pública de la que dependa el ente que vaya a ser medio propio se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en la nueva regulación de contratos, así como la adecuación de sus estatutos a la misma.

Asimismo, se indica en el propio art. 32.2 d) 2º LCSP que *“los estatutos o acto de creación del ente destinataria 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 encargarseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”*

### **4.- Términos en que deben acometerse las modificaciones estatutarias, posibilidad de una adaptación global genérica que afecte a todas las agencias o entidades instrumentales afectadas e impacto de la nueva normativa de la LCSP en el sector público.**

La Secretaría General para la Administración Pública interesa a este órgano consultivo que emita informe valorando *“el alcance del impacto de la nueva normativa en el sector público andaluz, los términos en que deben acometerse las modificaciones estatutarias e, incluso, si resulta factible una adaptación global genérica que afecte a todas las agencias o entidades instrumentales afectadas”*.



Cabe señalar al respecto que el *Informe de necesidad y oportunidad* que acompaña al texto de la disposición elaborado por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio recoge de forma meridiana y clara el impacto de la nueva normativa en el sector público, la regulación de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados y la necesidad del cumplimiento de determinados requisitos que deben ser cumplidos por las personas jurídicas para tener la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público (apartado 2 del artículo 32) o respecto de dos o más poderes adjudicadores (apartado 4 del mismo artículo).

*“En consecuencia, tras la entrada en vigor el 9 de marzo de 2018 de la Ley 9/2017, la Agencia AMAYA, a pesar de haber sido declarada medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía en el mismo momento de su creación, debe volver a ser declarada como medio propio personificado a los efectos de la Ley 9/2017 previa comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 de dicha Ley. (...)”*

Por tanto las agencias y entidades instrumentales privadas del sector público andaluz que se consideren medios propios personificados de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquellas por reunir los requisitos establecidos en el art. 32 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (realización de la parte esencial de su actividad con los poderes adjudicadores y ostentación de éstos de un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios) deberán proceder a la adecuación de sus normas de creación o estatutos a los requisitos exigidos el citado artículo, que regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

De acuerdo con lo establecido en el art. 32.2 d) LCSP 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.*

Así, en primer lugar y con carácter previo a la adecuación de sus normas de creación o estatutos será necesario que tenga lugar la *conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio*.

Respecto a esta conformidad o autorización cabe señalar que en los expedientes tramitados hasta la fecha, como consecuencia de la necesidad impuesta por el art.32 LCSP está siendo el Consejo de Gobierno el que está dando la misma. Así puede citarse el Acuerdo de 2 de octubre de 2018 del Consejo de Gobierno, por el que se ha prestado la conformidad para que la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones,S.A. actúe como medio propio personificado de la Administración de la Junta de Andalucía y de las Entidades del Sector Público vinculadas o dependientes de ella; o el Acuerdo de 25 de septiembre de 2018 del Consejo de Gobierno por el que se presta la conformidad



para que la Fundación Instituto de Estudios sobre la Hacienda Pública de Andalucía actúe como medio propio.

A través de los Acuerdos del Consejo de Gobierno mencionados éste ha prestado su conformidad para que sean considerados dichos entes medios propios personificados a efectos de lo previsto en los artículos 32 y 33 LCSP y lo ha hecho como consecuencia de todo lo indicado anteriormente, es decir, por la necesidad establecida en el artículo 32 LCSP, así como en la propia disposición final cuarta, apartado 3 LCSP en relación con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre y en virtud del artículo 27.23 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía que establece que *“Corresponde al Consejo de Gobierno cualquier otra atribución que le venga conferida por las leyes y, en general, entender de aquellos asuntos que por su importancia o naturaleza requieran el conocimiento, deliberación o decisión del Consejo de Gobierno”*.

A ello debe añadirse igualmente que, con carácter previo a la adecuación de sus normas de creación o estatutos, resulta imprescindible verificar por la entidad pública de la que dependa el ente que vaya a ser medio propio de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social para que puedan ser consideradas las agencias y entidades instrumentales privadas del sector público andaluz medios propios personificados de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquellas y puedan recibir encargos de dichos poderes adjudicadores. Asimismo, será necesario obtener el informe favorable por parte de la Intervención General de la Junta de Andalucía, conforme a la Instrucción 14/2018, ya citada.

Posteriormente al cumplimiento de esos requisitos previos establecidos en el art. 32.2 d) 1º y 2º deberá procederse a la adecuación de sus normas de creación o estatutos conforme al procedimiento que corresponda.

Por último debe mencionarse que si bien el artículo 106.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía establece que *“Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía que reúnan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquella, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos y prestación de servicios que se les encomienden”* (los requisitos del apartado 1ª que menciona este apartado 3 van referidos a las entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector y que realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía) ello no es óbice a que deban de cumplirse todos y cada uno de los requisitos del art. 32 LCSP.

En cuanto a la posibilidad de *“si resulta factible una adaptación global genérica que afecte a todas las agencias o entidades instrumentales afectadas”*, entiende este órgano consultivo que puesto que el art.32.2.d) exige la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vayan a ser medios propios estas agencias y entidades instrumentales y la verificación por la entidad pública de la que vaya a ser medio propio de que dicha entidad cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos parece más coherente y ofrece una mayor seguridad jurídica no acudir a una adaptación global genérica sino que cada entidad pública de la que vayan a ser medio propio las diferentes agencias y entidades instrumentales verifique el cumplimiento de esos



requisitos y se proceda posteriormente a la adecuación de las normas de creación o estatutos de estas agencias y entidades instrumentales conforme al procedimiento que esté establecido.

### III – CONCLUSIONES

1.- Las agencias y entidades instrumentales privadas del sector público andaluz que se consideren medios propios personificados de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquellas por reunir los requisitos establecidos en el art. 32 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (realización de la parte esencial de su actividad con los poderes adjudicadores y ostentación de éstos de un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios) deberán proceder a la adecuación de sus normas de creación o estatutos a los requisitos exigidos el citado artículo, que regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

2.- 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 acto de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

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

2º Verificación por la entidad pública de la que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

3.- En la adaptación de sus normas de creación o estatutos deberá determinarse: 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.

4.- Cuando el ente destinataria 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.

Es todo cuanto se ha de informar.

