

En Logroño, a 25 de octubre 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz; de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a Amelia Pascual Medrano y D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

56/22

Correspondiente a la consulta elevada al Consejo Consultivo de La Rioja por la Consejería de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de La Rioja sobre la *posible consideración de la Fundación para la Transformación de La Rioja como medio propio personificado de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Único

El Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de La Rioja ha remitido al Consejo Consultivo el expediente formado declarar a la Fundación para la Transformación de La Rioja (en adelante FTR), medio propio personificado y servicio técnico respecto de la Administración General de la CAR.

Ese expediente está integrado, entre otros, por los siguientes documentos, que se enumeran según el orden en el que aparecen en el expediente recibido:

1. Propuesta, de 10 de marzo de 2022, del Sr. Consejero, favorable a que FTR actúe como medio propio personificado y servicio técnico respecto de la Administración General de la CAR. La propuesta va acompañada de un informe, de la misma fecha, de la Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería actuante; y de un informe de 3-3-2022 de la Intervención General de la CAR, emitido a solicitud del Sr. Consejero, de 24-2-2022.
2. Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, de 23-2-2022.
3. Memoria justificativa, de 18-2-2022, de la Sra. Directora de la FTR, para que la FTR actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja conforme al artículo 86 de la Ley 40/2015.

La Memoria de 18-2-2022 viene acompañada de los siguientes anexos documentales:

-Acuerdo de 17-3-2021 del Consejo de Gobierno mediante el que se dispuso que la CAR adquiriera una posición mayoritaria en la preexistente Fundación Riojana de Innovación (FRI); que fuera aprobada una modificación de sus estatutos por la cual esta fundación pasara a denominarse FTR; y que quedara adscrita al sector público de la CAR, previéndose también su actuación como medio propio de la AGCAR.

-Certificado de 22 de febrero de 2022, por el que el Sr. Consejero acredita que la FTR dispone de una *“suficiencia de medios personales y personales... para la realización de los encargos que, de conformidad con su objeto social, y previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, puedan conferírsele.”*

-Escritura pública de 27-4-2021 mediante la que se elevan a público los acuerdos sociales de modificación de los estatutos y de la denominación de la que en Adelante. Según la certificación adjunta a la escritura pública, la modificación estatutaria se acordó por el Patronato de la preexistente FRI, en sesión de 19-3-2021, en la que estuvieron, presentes o representados, 35 *“patronos”* (que representaban el 83,32 %).

-La Escritura de 27-4-2021 adjunta como documentación complementaria: (i) los nuevos estatutos resultantes; y (ii) la Resolución de 21-4-2021 de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de La Rioja, que manifiesta la *“no oposición del Protectorado de Fundaciones de la CAR a la modificación de los estatutos de la Fundación Riojana para la Innovación”*.

-Informe de 4-3-3033 de la Sra. Directora de la FTR que identifica las entidades –todas ellas integrantes del Sector Público de la CAR- con respecto a las cuales la Fundación para la Transformación de La Rioja tiene la condición de medio propio.

-Propuesta, de la misma fecha y órgano, de modificación de los estatutos de la FTR.

-Certificado, expedido el 18-2-2022 por la Sra. Directora de la Fundación, relativo al *“control sobre la FTR”*. El certificado afirma que *“la titularidad de la Fundación es 100% pública”* y expone la composición del Patronato según los estatutos fundacionales.

-Certificado, de igual data y órgano, sobre las *“actividades de la FTR y el tipo de encargos que podrá recibir del Gobierno de La Rioja”*.

-Informe, también de 18-2-2022 y de la Directora de la FTR, *“justificativo del cálculo del nivel de actividad de la FTR. Proyección de negocio a 3 años (2022-2024)”*.

-Resolución de 22-2-2022 del Sr. Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de La Rioja, aprobatoria de las tarifas de la FTR para el ejercicio 2022; previa propuesta de la Sra. Directora de la FTR, de 18-2-2022.

-Certificado, de 18-2-2022, de la Sra. Directora de la FTR, atinente a los *“medios personales y materiales suficientes e idóneos con los que cuenta o prevé contar la FTR”*.

-De igual fecha y órgano, Declaración responsable de *“no superar el porcentaje de subcontratación en los encargos a medios propios y servicios técnicos a recibir en el futuro”* e

Informe sobre la “razonabilidad de la utilización de la FTR como medio propio y servicio técnico frente a la competencia de mercado.”

4. Informe de Auditoría de Cuentas Anuales Abreviadas a 31-12-2020 emitido por “*Expertos y Auditores independientes SLP*”. Entre otras menciones, en el Informe se hace constar que el “*Patrimonio neto*” de la FRI a 31-12-2020 es de 321.426,36 euros (activo de 419.277,26 euros - 164.541,18 de pasivo). De aquel patrimonio neto, 30.000 euros corresponden a dotación fundacional/Fondo social, y el resto a reservas (99.592,12 euros) y a “*excedentes del ejercicio*” (191.834,24 euros).

-El Informe de auditoría (“Nota 11. Fondos propios”) se hace constar que “*la dotación fundacional asciende a 30.000 euros puesto que en el año 2018 se redujo desde los 330.000 euros iniciales al mínimo legal, 30.000 euros, proporcionalmente según las aportaciones realizadas por los 11 fundadores de la entidad en el momento de su constitución. El capital fundacional se encuentra totalmente desembolsado.*”

-Por otra parte, la “Nota 17.4. Otra información” enumera los “*patronos colaboradores*” y los “*patrones fundadores*” de la FRI en los periodos 2019/2020 y 2017/2020, respectivamente. De esa información resulta que a 31-12-2020 son “*patronos fundadores*” de la FRI varias entidades distintas del Gobierno de La Rioja. Tanto públicas (Universidad de La Rioja) como privadas (Federación de Empresarios de La Rioja y diversas entidades mercantiles). Parecido escenario se plantea en los “*patronos colaboradores*” de 2020, entre los que se encuentra, además del Ayuntamiento de Logroño, numerosas asociaciones y empresas privadas.

5. Resolución de 19 de noviembre, de la Consejería de Desarrollo Autónomo, por la que se aprueba la cuarta modificación del Plan Estratégico de Actuaciones de la Consejería de Desarrollo Autónomo para el periodo 2020-2022 (BOR nº 230, de 23 de noviembre de 2021).

6. Convenio de Colaboración entre el Gobierno de La Rioja, a través de la Consejería de Desarrollo Autónomo, y la FTR, de 30 de noviembre de 2021.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado el 25 de marzo de 2022; enviado y registrado de salida electrónicamente ese mismo día; y registrado de entrada en este Consejo el 28 de marzo de 2022; el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de La Rioja recaba consulta facultativa sobre “*considera conforme a Derecho el borrador del Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se presta la conformidad para que la FTR actúe como medio propio personificado y servicio técnico respecto de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja*”.

Segundo

El Excmo. Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 29 de marzo de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

Cuarto

A solicitud del Consejo Consultivo, y mediante correos electrónicos de 17 de octubre de 2022, la Fundación para la Transformación de La Rioja remitió copia de las Actas del Patronato de la FTR correspondiente a sus sesiones de 19-3-2021, 28-4-2021 y 24-6-2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Competencia del Consejo Consultivo para la emisión del presente dictamen y contenido del mismo

El Consejo Consultivo tiene competencia para emitir el presente dictamen al amparo del art. 12.e) de nuestra Ley 3/2001 (LCCR), a cuyo tenor, "*con carácter facultativo, podrá recabarse el dictamen del Consejo Consultivo en los siguientes asuntos: Cualquier otro cuando lo requiera su especial trascendencia o repercusión a juicio del órgano solicitante*", órgano que sin duda puede ser un Consejero del Gobierno de La Rioja, como es el caso, al establecerlo así el art. 10.1 LCCR.

En los mismos términos que el art. 12.e) LCCR se expresa el art. 13.D) del Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, que, al igual que los arts. 11 y 12 LCCR, parte de la distinción entre dictámenes preceptivos y facultativos (arts. 10 a 13 del Reglamento).

En cuanto al ámbito de nuestro Dictamen, señala el artículo 2.1 de nuestra Ley reguladora que el Consejo, en ejercicio de su función, *“debe velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de La Rioja y el resto del ordenamiento jurídico, en cuyo conjunto normativo fundamentará el Consejo su Dictamen”*. Por tanto, debemos dar respuesta a la cuestión que se nos plantea con sujeción al Ordenamiento Jurídico vigente, sin entrar en cuestiones de oportunidad que no nos han sido solicitadas.

Segundo

Planteamiento de la cuestión. Los medios propios personificados en la jurisprudencia del TJUE, en el Derecho de la Unión y en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

1. Identificación de la cuestión planteada.

Como ya se ha expuesto, a la Consejería consultante se le suscita la duda relativa a si puede reconocérsele a la FTR la condición de *“medio propio personificado y servicio técnico respecto de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a efectos de lo previsto en el art. 32.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público...”* Duda que plantea a este Consejo en relación con el borrador de Acuerdo por el que el Consejo de Gobierno, en su caso, habrá de manifestar su conformidad con que la FTR pase a ostentar la condición y a actuar en calidad de medio propio personificado respecto de la Administración General de la CAR.

2. Los medios propios en el Derecho Español.

En el Ordenamiento Jurídico español, la regulación de los medios propios personificados se encuentra principalmente ubicada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP); Ley que, como resulta de su propio título, transpone al Ordenamiento Jurídico interno las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 UE y 2014/24 UE, de 26 de febrero.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LSP) también alberga numerosas disposiciones relativas a los medios propios personificados si bien aplicables a únicamente los del sector público estatal (arts. 86, 103, DA 6ª) conforme a lo señalado por la DF 14ª LSP. Respecto de los medios propios personificados de otros sectores públicos, la LSP contempla la necesidad de su inscripción en el Inventario de Entidades del Sector Público (art. 82.2 LSP).

3. Los medios propios, en especial los personificados, ante la normativa relativa a la contratación pública.

Al hilo de estas referencias legislativas, y con el fin encuadrar debidamente la cuestión que se nos plantea, creemos conviene comenzar recordando la razón por la que los medios propios personificados sean objeto de atención, básicamente, por la normativa relativa a la contratación pública.

El empleo por las Administraciones Públicas de sus propios recursos humanos y materiales para la obtención de prestaciones que, en principio, serían propias de los contratos administrativos (p. ej. obras, servicios, suministros), entraña el riesgo de que, mediante tales técnicas se produzca el efecto de eludir los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación, y transparencia que gobiernan la contratación pública. Principios que -como recuerda el Considerando 1º de la Directiva 2014/24- derivan de las libertades de establecimiento, de circulación de mercancías y de prestación de servicios proclamadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Esos riesgos pueden materializarse, por ejemplo, si, bajo la apariencia formal de una utilización de sus propios medios, los poderes públicos recurren materialmente a operadores privados para la ejecución efectiva de esas prestaciones. Y también en los supuestos en esos medios propios se constituyan como personas jurídicas (medios propios personificados) en cuyo capital o patrimonio ostenten participación sujetos privados, lo que podría situarles en posición de ventaja competitiva respecto de otros operadores privados.

La necesidad de precaver tales riesgos explica que hayan sido las disposiciones normativas reguladoras de la contratación pública el escenario en el que se hayan venido estableciendo -con una densidad creciente a lo largo de los años- los requisitos, límites y condiciones que permiten a los poderes públicos acudir a la conocida como *contratación doméstica* o *in house providing* y, correlativamente, excluir la aplicación de los principios y normas generales que ordinariamente rigen su actividad contractual.

La exigencia de deslindar con rigor el ámbito en el que los poderes adjudicadores pueden actuar válidamente sirviéndose de sus medios propios se aprecia con particular intensidad en aquellos supuestos en los que tales medios se configuran como personas jurídicas. Esto es, como entes dotados de personalidad jurídica propia o, si quiere expresarse de este modo, como sujetos de Derecho formalmente *distintos* del poder público que los crea.

En estos casos, como fácilmente puede advertirse, se entabla entre ese poder público y el medio propio *personificado* una situación de *alteridad subjetiva* que abre la

puerta al establecimiento entre ambos de genuinas relaciones jurídicas, es decir, de vínculos de Derecho entre partes distintas. Y ello, a su vez, obliga a asegurar que ese *medio propio* no constituya en la práctica un operador puramente *privado* (pues en tal caso, debería colocarse en pie de igualdad con otros que pudieran concurrir a la adjudicación de un contrato) sino que se halle, en relación con el poder público adjudicador, en una situación de dependencia y control semejante a la que el poder público ostenta sobre sus servicios y recursos (personales y materiales) internos.

4. Los medios propios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ya en su temprana Sentencia de 18-11-1999 (Asunto C-107/98, *Teckal*.) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) advirtió que la normativa de contratación debe aplicarse siempre que:

“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” (Ap 51),

Algo que, como 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” (Ap 50).

A partir de esa STJUE de 18-11-1999, los requisitos de “*control análogo*” y “*parte esencial de la actividad*” se han erigido como los elementos definitorios básicos del régimen jurídico de los medios propios personificados. Elementos que han ido siendo progresivamente perfilados por pronunciamientos posteriores del propio TJUE.

5. El requisito de un *control análogo*.

Así, en cuanto al requisito de “*control*”, la STJUE de 29-11-2012 (Asunto C-182/2011, *Econord*.), afirma con cita de otras previas que:

“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 (...). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (...). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (...)”.

Previamente, la STJUE de 17-7-2008 (Asunto C-371/05, *Comisión. vs Italia.*, Apartados 25 y 26) había considerado como notas distintivas de la existencia de una situación de control la facultad del poder adjudicador de nombrar a los miembros de los órganos de dirección de la sociedad y de orientar su actividad, fijar sus gastos de funcionamiento y también el reservarse la posibilidad de designar un funcionario encargado de colaborar en la actuación de la entidad, y estimular y controlar esa acción.

6. El requisito de la *parte esencial* de la actividad.

Por lo que respecta a la condición de que el medio propio personificado despliegue la “*parte esencial*” de su actividad en favor del poder adjudicador, cabe recordar el Apartado 77 de la STJUE de 11-5-2006 (Asunto C-340/04, *Carbotermo.*) conforme al cual “*para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, 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*”.

7. En particular, los medios propios con personificación jurídico-privada.

Por su relación con la cuestión suscitada en este Dictamen resulta de especial interés la STJUE de 11-1-2005 (Asunto C-26/03, *Stadt Halle*), que analizó un supuesto en que la entidad a la que pretendió atribuirse la condición de medio propio personificado era una sociedad en cuyo capital participaba, además de la entidad pública adjudicadora, una sociedad mercantil privada.

En primer lugar, la STJUE de 11-1-2005 recuerda que “*el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos*” es “*la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros*” lo que “*implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas comunitarias pertinentes cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas*” y, al mismo tiempo que “*cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta*” (Apartados 44 y 46).

A partir de ahí, la STJUE de 11-1-2005 traza las diferencias entre el supuesto fáctico al que dio respuesta y el que había sido objeto de la STJUE de 18-11-1999 (“*T.*”), para, a continuación, rechazar que una sociedad de economía mixta como la analizada, en cuyo capital participaba no sólo el poder adjudicador, sino también una mercantil privada, pudiera hallarse un control del poder adjudicador análogo al que este ostenta sobre sus propios servicios:

*“49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia T., antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. **En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.***

50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores”.

8. La Directiva 2014/24. Libre competencia frente a libertad de los poderes públicos.

Con unos u otros matices, la Directiva 2014/24, vino a incorporar al Derecho Positivo de la Unión estos criterios jurisprudenciales, dotando a los medios propios personificados de una regulación más exhaustiva que la que lucía en la previa Directiva 2004/18, que, aquella, vino a derogar.

En torno a la cuestión de los encargos dirigidos a medios propios *personificados*, resultan relevantes los Considerandos 31º y 32º de la Directiva 2014/24, de los que se desprende que la Directiva pretende que las legislaciones de los Estados Miembros garanticen equilibradamente el respeto a dos bienes jurídicos en tensión. Por un lado *“la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos”* y, por otro *“la competencia con respecto a los operadores económicos privados”*. Afirma el Considerando 31º que:

“31. Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. (...) Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

(...) El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos. (...)

Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores”.

En particular, sobre las “situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada”, el Considerando 32 señala 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”.

Ciertamente, el propio Considerando 32 permite excluir las reglas de contratación pública cuando 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”, pero, como se ve, esta posibilidad se condiciona en todo caso a que tal participación de privados en el capital del medio propio personificado resulte “obligatoria por una disposición de la legislación nacional”.

9. El art.12 de la Directiva 2014/24.

Las razones expuestas en los Considerandos transcritos se han plasmado en el articulado de la Directiva 2014/24. Singularmente en su art. 12, que transcribimos parcialmente:

“1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y*
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de 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.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

(...)

5. Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio”.

A los efectos de nuestro análisis, del precepto reproducido interesa retener especialmente el art. 12.1.c) conforme al cual, para que un encargo realizado por un poder adjudicador a una persona jurídica controlada por él quede excluido del ámbito de aplicación de la directiva, es preciso que “no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada”, con la única excepción de aquellas “formas de participación de capital privado ... que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales” y que, en cualquier caso, no han de atribuir a ese capital privado “capacidad de control mayoritario ni minoritario”, pues ese control debe recaer siempre en el poder adjudicador.

10. Marco general de los medios propios en la LCSP. Sistemas de cooperación vertical y horizontal.

Como se ha señalado ya, la Directiva 2014/24 fue transpuesta al Ordenamiento Jurídico del Reino de España mediante la LCSP, que, dentro del margen de actuación permitido por dicha Directiva, regula el recurso a los medios propios del modo que sintéticamente se expone a continuación.

Por una parte, el art. 30 LCSP establece los requisitos y límites de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

Por otra, el art. 31 LCSP, bajo la rúbrica de “*potestad de autoorganización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal*”, prevé que las entidades pertenecientes al sector público puedan cooperar entre sí mediante varios tipos de relación intersubjetiva, que no entrañarán el carácter contractual del resultado de esa cooperación.

(i) De un lado, mediante los denominados “*sistemas de cooperación vertical*”, que consisten en el empleo de “*medios propios personificados*” por entidades que tengan la condición de “*poder adjudicador*” (art. 32), o bien por entidades que no la tengan (art. 33).

(ii) De otro, mediante “*sistemas de cooperación horizontal*”, previa celebración de convenios entre las entidades del sector público, con las condiciones y límites del art. 6.1 LCSP.

11. Encuadramiento del presente supuesto como un sistema de cooperación vertical, exclusiva, con medio propio de personificación jurídico-privada.

En el caso que nos ocupa, lo que se pretende es atribuir la condición de *medio propio personificado* a una entidad (la FTR), para que opere como medio propio, exclusivamente, de la Administración General de la CAR. Así resulta, por ejemplo, del Informe de la Directora de la Fundación de 18-2-2022 y del art. 3, párrafo 4º, de los Estatutos de la FTR elevados a escritura pública de 27-4-2021.

A su vez, la Administración General de la CAR, como Administración pública que es, tiene inequívocamente la condición de poder adjudicador (arts. 3.1.a), 3.2.a) y 3.3.a) LCSP).

Por otra parte, a los efectos de la LCSP, la FTR debe calificarse como una entidad integrante del sector público conforme al art. 3.1.e) LCSP, pues es una fundación pública en tanto en cuanto cumple, como mínimo, dos de los requisitos los establecidos el art. 3.1.e).

i) En la actualidad, la aportación a su dotación es, cuando menos, mayoritariamente pública (art. 3.1.e.1º LCSP) pues el Consejo de Gobierno, por Acuerdo de 17-3-2021, realizó una aportación adicional de 30.001 que supuso la adquisición de una posición mayoritaria en la dotación de la fundación.

ii) Además, al menos la mayoría de los derechos de voto de su patronato (si no todos) corresponderá a “*representantes del sector público*”, (art. 3.1.e.3º LCSP) según resulta del art. 17 de sus vigentes estatutos.

Por tanto, nos hallamos ante un supuesto de cooperación vertical de los previstos por el art. 32 LCSP, y, más en concreto, de cooperación vertical *exclusiva*, pues el medio propio personificado (la FTR) lo será solo “*respecto de una única entidad concreta del sector público*” (art. 32.2 LCSP), la Administración General de la CAR.

12. El art. 32.2 de la LCSP.

Calificada así la relación que habría de mediar entre la Administración General y la FTR, ha de estarse a lo dispuesto, en lo que ahora interesa, por los apartados 1 y 2 del art. 32 LCSP, a cuyo tenor:

“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.

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 encargarseles 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.”

Los apartados 6 y 7 del Art. 32 precisan el régimen jurídico aplicable a los “encargos” que el poder adjudicador puede dirigir a su medio propio personificado.

13. Los requisitos y límites del art. 32.2 LCSP.

Conforme al precepto que acaba de reproducirse, los requisitos que deben cumplirse en la relación entre el poder adjudicador y el medio propio personificado pueden sistematizarse así:

i) Requisito de *control*. El poder adjudicador debe ejercer una influencia decisiva sobre el medio propio e imponerle encargos de ejecución obligatoria. Existe tal poder cuando media entre ambas entidades una “*unidad de decisión*”.

ii) Requisito de *actividad esencial*. El medio propio debe dedicar más del 80% de su actividad a la ejecución de los encargos que le dirija el poder adjudicador o las personas jurídicas por él controladas.

iii) Un requisito *volitivo*, pues la condición de medio propio debe reconocerse expresamente en los estatutos o actos creacionales de la persona jurídica de que se trate.

Ese requisito es de índole formal solo en apariencia, pues, como decimos, su cumplimiento viene condicionado a que el poder adjudicador manifieste su conformidad expresa o autorización a tal calificación, lo que entraña la existencia un acto de voluntad del poder adjudicador que constituye el medio propio.

A su vez, para prestarse válidamente esa conformidad o autorización, ese poder adjudicador deberá comprobar previamente que el medio propio tiene medios suficientes para la ejecución de los encargos que se le dirijan, y, además, definir ciertos aspectos de la relación entre ambos sujetos (quién puede conferir encargos al medio propio, cuál será el régimen aplicable a tales encargos). Entre ellos, deberá imponer al medio propio la imposibilidad de concurrir a licitaciones públicas, con las excepciones señaladas por el art. 32.2.d).

iv) Finalmente, una cuarta condición podría denominarse de *exclusividad* en la personificación. Y es que, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de *personificación jurídico-privada* la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública. Obviamente, ese requisito no es preciso explicitarlo para los entes de personificación jurídico-pública (piénsese en las propias Administraciones territoriales, o en los organismos públicos, como los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales a las que se refieren

los arts. 19 y ss de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la CAR, LOSPCAR), creados por el Derecho objetivo de modo tal que, en su personificación, y por su propia naturaleza, solo interviene el poder público.

Para concluir, este último requisito merece una reflexión adicional. Como se ha señalado anteriormente, el art. 12 de la Directiva 2014/24 permitía, como excepción, que quedaran excluidos de la aplicación de la propia Directiva los encargos dirigidos a personas jurídicas en las que interviniera capital privado siempre que tal participación fuera obligatoria conforme a la legislación nacional y no fuera decisiva.

Pues bien, como evidencia el art. 32.2.c) LCSP, el legislador español, en uso del margen de configuración normativa que le ofrece la Directiva, optó al transponerla mediante la LCSP por excluir cualquier posible excepción a esa regla general (excepción que, como se indica, exige la intervención del propio legislador nacional), lo que se traduce en los taxativos e incondicionados términos del art. 32.2.c), que volvemos a reproducir:

“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”.

14. Anticipamos ya que es el cumplimiento de esta última condición lo que suscita dudas a este Consejo, y al examen de esa cuestión va a dedicarse el siguiente el F. Jco.

Tercero

1. Como ya se ha indicado, el art. 32.2 LCSP establece los requisitos que cumulativamente han de cumplir las personas jurídicas, ya sean *“de derecho público o de derecho privado”*, para operar como medios propios personificados *“respecto de una única entidad concreta del sector público”*.

Pues bien, uno los requisitos descritos por el art. 32.2 LCSP es el impuesto por el precitado art. 32.2.c) LCSP.

2. A nuestro juicio, es inequívoco que la FTR -que es una persona jurídica de naturaleza fundacional- constituye un *“ente de personificación jurídico-privada”*. Así resulta de la LOSPCAR), aprobada por el legislador autonómico riojano en ejercicio de los títulos competenciales reconocidos por los arts. 8.1.5 y 26.1 EAR'99.

En efecto, dentro de la regulación del sector público, la LOSPCAR destina dos Títulos diferentes a las personas jurídicas que lo integran en régimen de dependencia o

vinculación respecto a la Administración General de la CAR. Por un lado, el Título II (arts. 19 y ss) se dedica a los “*organismos públicos*” (organismos autónomos y entidades públicas empresariales). Y, por otro, el Título III (los arts. 48 y ss) se refiere a “*otros entes integrantes del sector público*” de la CAR como las sociedades mercantiles públicas, las fundaciones públicas y los consorcios.

La Exposición de Motivos de la LOSPCAR es explícita al razonar que, con la normación de estos “*otros entes*” no pretende mutar la *naturaleza* de dichas personas jurídicas -que, en el caso de las fundaciones y de las sociedades mercantiles es a todas luces *jurídico-privada*- sino simplemente definir los criterios que determinan su integración en el sector público de la CAR. Así, el legislador de 2003 indicó que:

“La actuación de los Poderes Públicos tal y como se encuentra constitucionalmente definida exige en muchos casos acudir a fórmulas jurídicas propias del Derecho Privado. Igualmente, la necesidad de acudir a dichas formas jurídico privadas viene impuesta por la necesidad de dar participación en la actividad del sector público a diversos agentes privados. En este sentido, la creación y existencia de sociedades y fundaciones públicas debe considerarse como un elemento coadyuvante de la consecución de dichos fines.”

La regulación contenida en esta Ley respecto de unas y otras no pretende alterar el régimen jurídico privado de las mismas que se deduzca de la normativa legal aplicable en cada caso, esto es normativa mercantil en un caso, y normativa de fundaciones privadas en otro caso. El objetivo perseguido por esta Ley con relación a sociedades y fundaciones públicas no es otro que el delimitar conceptualmente aquellas sociedades y fundaciones que, constituidas al amparo del Derecho Privado, deben ser calificadas como públicas en atención a los criterios de participación y posición dominante en las mismas que las ha de situar en el ámbito de los entes instrumentales de la Administración que los crea.

Una vez definidas las sociedades y fundaciones que han de ser calificadas como públicas, y en consecuencia integradas dentro del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la presente Ley regula su creación, modificación y extinción en lo relativo a la manifestación interna de la voluntad de la organización que pretende crearlas, y con independencia de las normas que en este ámbito resulten de aplicación a la vista del ordenamiento privado aplicable. Igualmente se sujeta a estos entes a determinados principios propios del Derecho Público cuyo cumplimiento obligado viene nuevamente exigido por la relación de instrumentalidad que motiva su existencia”.

3. Con esto se quiere explicar que en este tipo de entes deben deslindarse dos aspectos independientes: Uno, el relativo a su *forma o tipo de personificación jurídica*. Otro, el atinente a su *integración* en el sector público de la CAR.

Y así, por lo que hace al primer aspecto, es obvio que, por su propia naturaleza, toda fundación (igual que toda sociedad mercantil) es un ente dotado de un tipo de personificación *jurídico-privada*. Esto es: prevista y regulada por el Ordenamiento Jurídico Privado, sea el Derecho de Sociedades (singularmente, el TR de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RD-Leg 1/2010, de 2 de julio, o el Código de

Comercio) o el Derecho de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, LF).

Cuestión bien distinta es que, si cumple ciertos requisitos, la fundación o la sociedad mercantil deban considerarse *públicas* en cuanto que *integradas en un sector público* (en este caso, en el de la CAR). Es exclusivamente en este segundo sentido en el que debe entenderse la calificación de “*públicas*” que la LOSPCAR predica de las fundaciones y de las sociedades mercantiles a las que se refiere en su Título III (véanse, p. ej. los arts. 48.1, 49, 50, 53.1, 54, 55...)

4. En fin, volviendo al primero de esos aspectos, precisamente porque son *personas de tipo jurídico-privado*, las fundaciones públicas de la CAR “*en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública*” (art. 53.3 LOSPCAR) y “*se regirán por ordenamiento jurídico privado*” salvo en un reducto de materias (las enumeradas por el art. 53.2 LOSPCAR: contabilidad, presupuestación, control...) en las que, como señala la parte expositiva de la LOSPCAR, el sometimiento a “*determinados principios propios del Derecho Público*” se justifica por “*la relación de instrumentalidad*” con la Administración territorial que las crea (la Administración General de la CAR). Lo mismo acontece con las sociedades mercantiles (arts. 48.2 y 48.3 LOSPCAR).

5. Aclarado lo anterior, lo que determina la integración de la FTR en el sector público de la CAR, y, por ende, su calificación como fundación pública de la CAR, es que se cumpla en ella el requisito de que en su “*dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, el Gobierno de La Rioja*” (art. 53.1 LOSPCAR).

Lo que nos obliga, primero, a analizar el concepto de “*dotación*” y, después, a comprobar si efectivamente puede afirmarse que, en la actualidad, el Gobierno de La Rioja participa de manera mayoritaria en la dotación de la FTR.

6. Como es sabido, las fundaciones son *personas jurídicas de base patrimonial*, que “*por voluntad de sus creadores, tienen afectado duraderamente su patrimonio a la realización de fines de interés general*” (art. 2.1 LF), de donde resulta sin dificultad que un elemento esencial de la constitución de toda fundación es la aportación de una dotación inicial y su afectación a un fin identificado en el momento de la constitución (cfr. arts. 10.b), 10.c), 11.b) y 12 LF).

De acuerdo con el art. 12.1 LF, “*la dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales*” presumiéndose “*suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros.*” Por otra parte, junto a la dotación inicial, “*formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que*

durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales” (art. 12.4 LF).

Es importante advertir aquí que, en las fundaciones, el concepto de *dotación* no es exactamente coextenso con el de *patrimonio*. Repárese en que, de acuerdo con el art. 19.1 LF “*el patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiriera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.*” De esta suerte, todos los bienes y derechos que integren la dotación (ya sea inicial o sobrevenida) forman parte del patrimonio de la fundación; pero también se incorporan al patrimonio fundacional todos aquellos bienes y derechos que la fundación, como persona jurídica que es, adquiriera tras su constitución (arts. 38 Cc y 19.1 LF) y que, sin embargo, no se afecten a la dotación.

7. Llegados al punto de analizar si en la dotación fundacional el Gobierno de La Rioja participa de modo mayoritario, la documentación incorporada al expediente que se nos ha remitido obliga a concluir que sí.

Por una parte, según los datos que figuran en el Informe de Auditoría de Cuentas a 31-12-2020 (Nota 11, “*Fondos propios*”), “*la dotación fundacional*” en esa fecha, ascendía “*a 30.000 euros, puesto que en el año 2018 se redujo desde los 330.000 euros iniciales, al mínimo legal, 30.000 euros*” establecido, efectivamente, en el precitado art. 12.1 LF. El Informe de Auditoría explica que esa reducción de la dotación inicial se hizo “*proporcionalmente según las aportaciones realizadas por los 11 fundadores de la entidad en el momento de su constitución*”. Esto es, que no se hizo por quedar el Gobierno de La Rioja como único aportante.

Por otro lado, el Consejo de Gobierno, en su sesión de 17-3-2021, acordó “*adquirir la posición mayoritaria de la CAR en la FTR... a través de una aportación adicional de 30.001 euros*”.

De todo ello se infiere que la participación del Gobierno de La Rioja en la dotación de la FTR resultante la ejecución de su Acuerdo de 17-3-2021 es sin duda mayoritaria, pues de la dotación total (30.000 euros + 30.001 euros = 60.001 euros), al menos 30.001 euros corresponden al Gobierno de La Rioja, sin perjuicio, además, de la participación que pudiera tener el propio Gobierno de La Rioja en la dotación de 30.000 euros que había quedado tras la reducción operada en 2018.

8. Ahora bien, lo expuesto hasta aquí podrá servir –y sin duda sirve- para concluir que la FTR merece la consideración de fundación pública de la CAR, e integrante de su sector público, en línea con lo previsto, además, por el art. 3.1.e) LCSP.

Pero, supuesto que la FTR es una entidad integrante del sector público de la LCSP (*condición sine qua non*), la posibilidad de configurarla como medio propio personificado de la Administración de la CAR exige un *plus*, el requisito adicional impuesto por el art. 32.2.c) LCSP: A saber, tratándose -como así sucede- de una entidad de personificación jurídico privada, la totalidad de su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública.

9. Sobre esta cuestión, debemos insistir en que -según el Informe de Auditoría de Cuentas antes reseñado- la dotación de 330.000 euros existente en el año 2018 había sido aportada por varios fundadores (no solo por el Gobierno de La Rioja), y que la reducción de esa dotación operada en 2018 hasta el mínimo legal de 30.000 euros se realizó “*proporcionalmente*” entre los fundadores, y no por quedar el Gobierno de La Rioja como único aportante.

De donde se desprende que, a 31-12-2020, el Gobierno de La Rioja no era el único sujeto de Derecho con participación en la dotación fundacional. Y ello explica que la dotación adicional por importe de 30.001 euros realizada por Acuerdo de 17-3-2021 tuviera por objeto adquirir una “*posición mayoritaria*” en la dotación fundacional. De hecho, esa aportación adicional de 30.001 euros no habría sido necesaria para lograr tal posición mayoritaria si los 30.000 euros que hasta esa fecha constituían la dotación fundacional hubieran sido aportados en exclusiva por el Gobierno de La Rioja.

De ahí resulta, correlativamente, que la aportación verificada el 17-3-2021 supuso, sí, que el Gobierno de La Rioja pasara a ostentar la condición de partícipe mayoritario en la dotación fundacional de 60.001 euros, pero no que fuera único partícipe.

10. Avanzando en el análisis de la documentación remitida a este Consejo, lo cierto es que los documentos posteriores al 17-3-2021 no permiten tener por acreditado -con el necesario grado de certeza que exige este extremo- que el Gobierno de La Rioja sea a día de hoy el único sujeto de Derecho que ostente derechos sobre la dotación o el patrimonio fundacional, aunque, sin duda, parezca ser esa la intención que subyace a las transformaciones que ha sufrido la antigua FRI al constituirse en FTR.

El Certificado expedido el 18-2-2022 por la Sra. Directora de la FTR relativo a “*cómo se realiza el control sobre la FTR*”, señala que “*la titularidad de la Fundación es 100% pública*”. Pero no puede perderse de vista que la FTR no se ha constituido *ex novo* en el año 2021, sino que es el resultado de la transformación de una entidad preexistente (la FRI), en cuya dotación, como ya se ha referido, participaban numerosos sujetos además del Gobierno de La Rioja, en su mayoría empresas privadas. Escenario en el que, a fin de garantizar el cumplimiento de las exigencias impuestas por el art.

32.2.c) LCSP, se hace preciso acreditar los negocios jurídicos en virtud de los cuales esos otros sujetos hayan verificado en favor de la CAR lo que sería una suerte de *renuncia translativa* de los derechos de toda índole de que pudieran ser titulares sobre la dotación y el patrimonio fundacionales. Y, como decimos, tal acreditación plena no se extrae de los documentos incorporados a la documentación enviada al Consejo.

En efecto:

i) En el Acta de la sesión del Patronato de la Fundación celebrada el 19-3-2021 se hace constar que la Excm. Sra. Presidenta del Gobierno de La Rioja, “*avanza el nuevo objetivo de trabajo de la Fundación y la necesidad de cambiar su naturaleza jurídica para fomentar la igualdad de oportunidades, lo que supone un cambio en la composición de su Patronato y sus estatutos. Aprovecha la ocasión para agradecer a sus patronos el tiempo y dedicación que han depositado en la Fundación a lo largo de los años*”.

Por su parte, en relación con el Punto primero del orden del día, (aprobación de los nuevos estatutos de la FTR) el Acta consigna que los patronos coincidieron en que resulta “*necesario... que la Fundación evolucione a una fundación pública para garantizar la seguridad jurídica, planificación y ejecución*” del Plan de Transformación de La Rioja.

Ahora bien, el acuerdo de que la FTR “*evolucione a una fundación pública*” no supone necesariamente que toda su dotación y patrimonio sean de titularidad o aportación autonómica, pues para merecer la calificación de Fundación pública de la CAR basta con que el Gobierno de La Rioja participe mayoritariamente en la dotación de la FTR.

De otra parte, los nuevos estatutos de la FTR, cuyo texto se aprobó por amplia mayoría en esa sesión del Patronato de 19-3-2021, no contienen ninguna mención relativa a una participación única y exclusiva de la CAR en la dotación de la FTR.

Tampoco el cambio de patronos de la Fundación, que efectivamente se acordó ese mismo día, obliga a suponer necesariamente que el Gobierno autonómico quedara como único partícipe de la dotación fundacional. Los patronos -que conforman el Patronato- son las personas que ejercen las funciones de gobierno de la Fundación (art. 14 y ss LF) pues a ella corresponde “*cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación*” (art. 14.2 LF), pero no tienen porqué ser representantes de las personas físicas o jurídicas que hayan realizado aportaciones a la dotación. Por ello, el hecho de que en la sesión del Patronato se acordara una modificación estatutaria según la cual, en lo sucesivo, el Patronato fuera a estar compuesto en exclusiva por miembros del Gobierno y la Administración

Pública de La Rioja no entraña *per se* que tal decisión obedeciera a que el Gobierno autonómico había quedado como único partícipe en la dotación.

ii) El Acta de la sesión del Patronato de 28-4-2021 constata, en relación con el primer punto del orden del día (Ampliación del capital dotacional) que la Sra. Directora de la Fundación explicó:

“la ampliación del capital dotacional de 30.001 a 60.001 euros (sic) donde la CCAA aportaría ahora 30.001 euros, y por tanto, la mayoría de la dotación sería pública, aportación que ya fue aprobada en el Consejo de Gobierno el 17 de marzo de 2021”.

Sobre la valoración que merezca este documento, se da por reiterado lo ya señalado anteriormente: si fue necesaria una aportación adicional de 30.001 euros para que el Gobierno autonómico pasase a participar mayoritariamente la dotación es porque en los 30.000 euros preexistentes había participación ajena a la CAR.

iii) También ha sido remitida a este Consejo Consultivo el Acta del Patronato correspondiente a su sesión de 24-6-2021. En ella se afirma que en dicha sesión se acordó la *“rectificación del acta del patronato”* correspondiente a la sesión de 28-4-2021, de modo que el acuerdo adoptado en aquella sesión *“se rectifica”* y *“queda redactado de la siguiente manera”*, añadiéndose, a continuación del texto del Acta de 28-4-2021 antes transcrito, el siguiente:

“Con esta aportación de 30.001 euros, la Comunidad Autónoma de La Rioja adquiere la posición mayoritaria en la Fundación, al representar el porcentaje del 100% de la dotación fundacional.

Se aprueba por unanimidad la ampliación de la dotación fundacional, quedando la Comunidad Autónoma de La Rioja como Patrono único, al haber obtenido la posición mayoritaria con la aportación efectuada, y habiéndose retirado el resto de patronos”.

11. Sucede, sin embargo, que en las sesiones del Patronato celebradas el 28-4-2021 y el 24-6-2021 sólo estuvieron presentes ya los miembros del nuevo Patronato (todos ellos, miembros del Gobierno de la CAR), por lo que las afirmaciones contenidas en el Acta de 24-6-2021 sobre la titularidad exclusivamente autonómica de la dotación fundacional solo son atribuibles a las personas que asistieron a dichas dos sesiones, y no a las restantes entidades que, al menos hasta el 31-12-2020, tenían participación en la dotación.

Desde luego -y obvia decirlo- este Consejo no duda de la plena veracidad de las menciones recogidas en el Acta de 24-6-2021. Pero evidentes razones de seguridad jurídica harían necesario que existiera una constancia expresa, explícita y documentada de las declaraciones de voluntad emitidas por las entidades que ostentaban alguna participación en la dotación fundacional en orden a aceptar que la CAR quede como

única participe en la dotación fundacional y renunciar a su propia participación y a cualquier derecho que pudieran ostentar sobre el patrimonio de la FTR. Renuncia que en principio sería válida con arreglo al art. 6.2 Cc pero que, como se señala, debería quedar debidamente acreditada.

Obsérvese que tales declaraciones de voluntad no constan recogidas ni en la escritura pública de 27-4-2021 mediante la que se elevó a público el Acuerdo de modificación de los estatutos de la FTR, ni en la documentación complementaria a dicha escritura pública, entre la que se encuentran los nuevos estatutos, en cuyo texto, como ya hemos indicado, tampoco se explicita que la CAR sea el único sujeto que participe en la dotación fundacional.

En fin, del mismo modo en que la constitución de la FRI y la modificación de sus estatutos hubieron de elevarse a las correspondientes escrituras públicas, luego inscritas en el Registro de Fundaciones (arts. 4.1 y 29.5 LF), parece aconsejable que tales declaraciones de voluntad sean documentadas mediante escritura pública otorgada por los representantes legales de las referidas entidades.

Cuarto

Cumplimiento de los demás requisitos establecidos por el art. 32.2 LCSP

1. Por lo demás, con las reservas que a continuación exponemos, debe considerarse debidamente acreditado el cumplimiento por la FTR de los demás requisitos impuestos por el art. 32 LCSP, constando incorporados al expediente, entre otros documentos, un conjunto de informes específicos, adjuntos a la Memoria de 18-2-2022, de la Sra. Directora de la FTR, *“justificativa para que la FTR actúe como medio propio y servicio técnico de la Administración General de la CAR”*.

2. Parece obvio que lo que se pretende con la modificación de los estatutos de la FTR es que la fundación esté sometida, por parte del Gobierno de La Rioja, a un *“control análogo”* al que éste ostenta sobre los servicios de la Administración General de la CAR, y que exista entre el Gobierno y la FTR la *“unidad de decisión”* requerida por el art. 32.2.a) LCSP; intención que se explicita en el Certificado de 18-2-2022, de la Directora de la FTR, relativo a *“cómo se realiza el control sobre la FTR”* (Documento nº 4 de los Anexos de la Memoria Justificativa de 18-2-2022).

Basta al efecto con examinar la estructura del Patronato de la FTR, que, como se ha indicado ya, es el órgano de Gobierno de la FTR (arts. 14 y ss LF).

Conforme a los estatutos fundacionales, el Patronato se compondrá:

- i)** de cinco patronos natos (Presidenta y cuatro Consejeros del Gobierno autonómico), que son los únicos que necesariamente han de integrarlo;
- ii)** de hasta tres patronos natos más, que la Sra. Presidenta de la CAR puede potestativamente designar, así como sustituir en cualquier momento, entre cargos públicos de la CAR, (arts. 17.2 y 18.2 de los estatutos); y
- iii)** de hasta 8 patronos electivos que, aunque no se exige que sean cargos públicos de la CAR, el patronato puede facultativamente nombrar, o no (art. 17.4).

Por tanto, queda confiada a los cinco miembros natos *necesarios* (todos ellos integrantes del Consejo de Gobierno de La Rioja), la libre facultad de ampliar, o de no hacerlo, el número de miembros del Patronato respecto del mínimo estatutario de cinco.

Sin embargo, creemos que esos preceptos de los estatutos deben ser modificados, pues el propósito que claramente subyace en ellos (garantizar el control autonómico del Patronato de la FTR) podría no cumplirse si se verificaran, cumulativamente, varias hipótesis: Una, que se designaran los ocho patronos “*electivos*”. Y otra, que a una concreta sesión concurriera un número de patronos “*electivos*” mayor que el de patronos integrantes del Gobierno y la Administración General de la CAR.

Ciertamente, la presidencia del Patronato corresponde a la Sra. Presidenta de la CAR y, en su sustitución, a los Vicepresidentes Primero y Segundo, que han de ser Consejeros del Gobierno (art. 19.2). De este modo, en caso de nombrarse los ocho patronos electivos, y en los supuestos de empate entre los votos emitidos por los patronos electivos y los natos, el voto de calidad corresponderá a quien ostente la Presidencia del Patronato (art. 21.7).

Pero, como se señala, la mayoría de los derechos de voto no se garantiza suficientemente, pues podrían producirse situaciones en las que asista un mayor número de patronos electivos.

Por ello, para garantizar que en todo momento la CAR va a ostentar una mayoría de votos en el Patronato se sugieren diversas posibilidades: suprimir la figura de los patronos electivos, establecer que sean seleccionados entre cargos públicos de la Administración General de la CAR, o reducir su número hasta tal punto que no se pueda comprometer, en ningún caso, la mayoría “*autonómica*” en el Patronato.

Por otra parte, es importante insistir en que esos patronos electivos podrán ser, simplemente, miembros del órgano de gobierno de la FTR (es decir, de su patronato),

pero que su condición de patronos no puede entrañar, bajo ningún concepto, que sujetos privados realicen aportaciones a la dotación de la FTR u ostenten ningún tipo de derecho sobre su patrimonio.

3. Tampoco cabe dudar, *a priori*, de que la FTR vaya a desarrollar la *parte esencial* de su actividad, al menos un 80%, en favor del poder adjudicador respecto del que la FTR va a actuar como medio propio, destinatario de los encargos de aquél.

Sobre este particular, consta elaborado por la Sra. Directora de la FTR, un pormenorizado informe, de 18-2-2022, relativo al “*cálculo del nivel de actividad de la FTR*” (Documento nº 5ºB, adjunto a la Memoria justificativa de 18-2-2022, antes citada0). Naturalmente, como el propio informe aclara, sus cálculos se basan en una “*proyección de negocio a 3 años (2022-2024)*”, lo que resulta conforme con el art. 32.2.b-3) LCSP, en la medida en que, aunque la FTR no es una entidad de nueva creación, no ha recibido ningún encargo en calidad de medio propio -ni de la Administración General de la CAR ni de ningún otro poder adjudicador- con anterioridad a 2022.

4. Tal como exige el art. 32.2.d) LCSP, en los estatutos fundacionales se hace constar expresamente el carácter de medio propio y servicio técnico de la FTR (art. 3).

A su vez, esa declaración que viene precedida de un análisis de la razonabilidad de la utilización de la FTR como medio propio (Documento nº 9, anexo a la Memoria justificativa de 18-2-2022); de una declaración sobre la existencia de medios personales y materiales suficientes (Documento nº 2); y de la identificación de las entidades para las que la FTR podrá actuar como medio propio (exclusivamente, la Administración General de la CAR), tal como expone el Documento nº 3B, de la Memoria justificativa.

Los estatutos explicitan también que la FTR “*no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicatarios (sic) de los que sea medio propio...*” (art. 3-3).

No obstante, el Consejo se permite advertir que, aunque el sentido de la expresión del precepto estatutario es claro, resulta preferible corregir su redacción y aclarar que la FTR no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por “*los poderes adjudicadores*” de los que sea medio propio, que es lo que exige el art. 32.2.d) LCSP.

5. Naturalmente, los límites y condiciones impuestos por el art. 32.2 LCSP no han de cumplirse solo en el momento en el que la FTR (*in fieri*) comience a operar como medio propio y servicio técnico respecto de la Administración General de la CAR, sino que habrán de seguir respetándose (*in facto esse*) durante la vida de la FTR, en la que

habrá de darse cumplimiento a lo que, en cada momento, dispongan las normas vigentes en materia de medios propios personificados.

CONCLUSIONES

Única

Para que la FTR pueda actuar como medio propio personificado de la Administración General de la CAR, es necesario que se acredite debidamente el cumplimiento de la condición impuesta por el art. 32.2.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por las razones y en los términos expuestos en el F.Jco. Tercero de este dictamen.

Además, la redacción de los arts. 3-3, 17 y 18 de los estatutos de la FTR debería ser modificada en el sentido indicado en los apartados 2 y 4 del F.Jco. Cuarto.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO