



En Zaragoza, a 18 de enero de 2024

Asunto: Dictamen del Comité Jurídico Asesor a petición del Sr. Rector de la Universidad de Zaragoza con fecha de 18 de enero de 2024.

Con fecha de 21 de diciembre de 2023 el Rector de la Universidad de Zaragoza solicita Dictamen al Comité Jurídico Asesor en relación con la formalización de posibles colaboraciones entre la Universidad de Zaragoza y la Fundación Empresa Universidad de Zaragoza, en materia de formación permanente y continua.

En concreto la solicitud refiere los siguientes hechos:

“Mediante Acuerdo de 31 de mayo de 2023, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Zaragoza, se ha aprobado el actual Reglamento de Enseñanzas Propias de la Universidad de Zaragoza. En su artículo 11 acerca de las modalidades organizativas de las enseñanzas propias, se establece que la Universidad de Zaragoza desarrollará las enseñanzas propias de forma exclusiva o en colaboración con entidades como universidades, instituciones, fundaciones, organizaciones o empresas, públicas o privadas, nacionales o internacionales. Asimismo, se recoge que en cualquier modalidad organizativa la Universidad de Zaragoza podrá acordar con instituciones, fundaciones, entidades, organizaciones o empresas, públicas o privadas, ayudas o patrocinios, que se regularán mediante el correspondiente convenio de colaboración o contrato. Por otro lado, en el artículo 52.2 sobre la gestión de las enseñanzas propias, se contempla que la Universidad de Zaragoza podrá formalizar relaciones contractuales o de colaboración horizontal con otras entidades para la gestión de dichas enseñanzas.

Con el fin de conocer la oportuna formalización de posibles colaboraciones que en virtud de la regulación anterior puede impulsar UNIZAR con la Fundación Empresa Universidad de Zaragoza (en adelante FEUZ), se expone lo siguiente:

Primero. La FEUZ se constituye, por parte de la Universidad de Zaragoza y la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Zaragoza, como una fundación sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y patrimonio afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general. Goza de plena capacidad para realizar todo género de actos de gestión y disposición, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. Su ámbito de actuación principal se extiende al territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio del alcance de los convenios que puedan suscribirse.

Segundo. La FEUZ tiene como fines fundamentales, entre otros, los siguientes definidos en sus estatutos:

«(...)

b) Búsqueda y establecimiento de los medios de cooperación que permitan resolver los problemas que tienen planteados las empresas en orden a la formación de directivos y desarrollo de la Investigación Técnica aplicada y correlativamente en



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 1 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

la Universidad en la adecuación de sus Planes de estudio e investigación a las necesidades actuales y futuras de las empresas y de la sociedad.

c) Promoción, protección y fomento de estudios e investigaciones, tanto en la Universidad como en la Empresa incluyendo su difusión para dar a conocer la realidad de los problemas, de sus relaciones y así mismo promover actuaciones y soluciones eficaces mediante la fijación de objetivos y metodologías comunes.

(...)

e) Actuar como centro de información y coordinación para las empresas que deseen establecer relaciones especiales con la Universidad de Zaragoza sobre temas tales como promoción de estudios, contratos de investigación, ofrecimiento de becas, selección y perfeccionamiento de personal, etc.

f) Cualesquiera otros fines, servicios comunes y actividades que la FEUZ acuerde o decida y no se indiquen anteriormente, que, mejoren o perfeccionen su acción básica y fundamental de acercamiento y conocimiento mutuo.

Por otro lado, el contexto actual marcado por la reciente aprobación de la LOSU (art. 63) recoge lo siguiente: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61.2, las universidades, para la promoción y desarrollo de sus fines, podrán participar y crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y con la aprobación del Consejo Social, fundaciones del sector público u otras personas jurídicas de naturaleza pública, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el sector público que sea aplicable, en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, así como en la Ley 14/2011, de 1 de junio.

(...).

Las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las universidades quedan sometidas a lo dispuesto en este capítulo y, en particular, a la obligación de transparencia y de rendición de cuentas en los mismos términos que las propias universidades.

(...)».

Por otra parte, las cuestiones planteadas, objeto de este Dictamen, se indican a continuación:

“Primero. Si la posibilidad establecida en el artículo 63 de la LOSU es aplicable a la FEUZ teniendo en cuenta que el capital inicial es íntegramente aportado por la Cámara Oficial de Comercio e Industria, aunque la participación de las dos instituciones promotoras es del 50% en sus órganos de decisión y gobernanza.

Segundo. Si la FEUZ, independientemente de lo anterior, en tanto posible poder adjudicador, sería susceptible de ser un actor de cooperación horizontal en los términos regulados en el artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP); es decir, la suscripción de un convenio entre la FEUZ y UNIZAR que tuviera como misión la colaboración de aquellos aspectos de mutuo interés que coincidan con sus fines y que cumplan los tres requisitos del citado artículo de la LCSP, esto es: i) que las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado; ii) que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 2 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

que se logren los objetivos que tienen en común y iii) que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público. Para ello, entre otras cosas, las dos entidades firmantes deben ser poder adjudicador.

En este sentido, para que son varias las cuestiones que deben ser analizadas. Por una parte, que lo que se pretenda impulsar por la vía del artículo 6 de la LCSP es coherente con el artículo 50.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, es decir, el carácter no contractual de la actividad en cuestión. Esta cuestión puede entenderse compatible si nos atenemos a la salvedad del citado artículo 6 de la LCSP, es decir, su exclusión del ámbito de la ley de contratos que aquellos convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídica pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídica privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Por otra parte, la LCSP establece en su artículo 3.3 que se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esa ley, las siguientes entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Las fundaciones públicas.
- c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

En este sentido, teniendo en cuenta la naturaleza de ambas instituciones patrocinadoras de la FEUZ (Cámara Oficial de comercio e Industria y Universidad de Zaragoza) parece evidente la condición de poder adjudicador de la FEUZ y, por tanto, la condición de sujeto obligado a la LCSP y, al mismo tiempo, de potencial usuario en la suscripción de convenios del artículo 6 de la LCSP.

Finalmente, en caso de quedar aclarado lo anterior, habría que concretar específicamente las acciones, derechos y obligaciones objeto del posible convenio entre FEUZ y UNIZAR con objeto de conocer el alcance y cumplimiento de las condiciones del citado artículo 6 de la LCSP, teniendo en cuenta que el ámbito de la oferta de enseñanzas universitarias, por ejemplo, en tanto relación jurídica consistente en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general, estaría

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 3 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

excluido de la LCSP conforme a su artículo 11.2. En todo caso, ¿podría suscribir el borrador de convenio adjunto que aparece como Anexo II?”

Atendiendo esta petición, se emite el siguiente DICTAMEN:

En primer lugar, debe concretarse la naturaleza de FEUZ a efectos de su consideración, o no, como poder adjudicador, lo que exige analizar el derecho europeo para la correcta interpretación de las previsiones de la LCSP, para posteriormente, fijar criterio sobre la posibilidad de cooperación horizontal y sus requisitos.

PRIMERO.- SOBRE LA CONSIDERACIÓN DEL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO EUROPEO

La cuestión planteada exige, con carácter previo, un análisis del Derecho comunitario de contratación pública y de la jurisprudencia del TJUE en la materia. para poder posteriormente analizar si concurren los requisitos en FEUZ, para poder tener esa consideración de poder adjudicador y tener que aplicar (o no), en consecuencia, las previsiones de la Ley 9/2017, de Contratos de Sector Público (LCSP). Como se indicaba en el Acuerdo 104/2015, del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón, *“El concepto de poder adjudicador es de fundamento europeo y debe ser interpretado desde la lógica funcional del concepto, respetando los criterios que sobre el mismo ha fijado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), que no se pueden desconocer ni «reinterpretar» desde visiones nacionales”*. La consideración, o no, de poder adjudicador no es una cuestión de elección o preferencia, sino que es el resultado de la directa aplicación de las exigencias del derecho europeo. Se es, o no se es. Y en la interpretación debe estarse a preservar el efecto útil del derecho europeo.

La Directiva 2014/24/UE, de contratación pública incluye la definición de «Poderes adjudicadores»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público. Y define organismos de derecho público como “cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

- a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;*
- b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y*
- c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.*

Esta **definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea**. Según jurisprudencia europea reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 4 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27)

Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos.

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública:

«El concepto de “poderes adjudicadores”, y en particular el de “organismos de Derecho público”, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación ratione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición, sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de Derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil».

El concepto de «organismo de Derecho público» como concepto del Derecho de la Unión —que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia—, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las Sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

La STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber,

- a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;*
- b) que esté dotada de personalidad jurídica; y*
- c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de éstos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c).*



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 5 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

Conviene insistir en que en la interpretación y alcance debe estarse, insistimos, a lo dictaminado por el TJUE al respecto (auténtico derecho pretoriano).

Son tres los requisitos que se exigen para la calificación como poder adjudicador. Criterios que tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente —así lo ha afirmado reiteradamente el TJUE en diversas Sentencias (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01) —:

1) Primer requisito: Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actividad: **satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico-privado.** Esta previsión y su concreción suscita importantes problemas interpretativos en la doctrina, que han llevado a que incluso cierto sector entienda que se puede presumir la existencia de actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil. Al efecto, la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann) indica que si hay una función de interés general - indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de “obligaciones de servicio público-, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a las reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos.

La STJUE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador (Esta misma doctrina se recoge en las STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos *Irish Forestry Board*) en las que se afirma que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales tiene la consideración de poder adjudicador). En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las necesidades que no tengan dicho carácter.

Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.

Por otra parte, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad tampoco es



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 6 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer. Criterio en el que se insiste en la Sentencia TJUE de 10 de mayo de 2001, Agora y Excelsior:

“37 El análisis de dicha enumeración demuestra que por regla general se trata de necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que, por otra parte, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding, antes citada, apartados 50 y 51).”(Criterio que se sostiene igualmente en el apartado 50 de la sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley)

Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

En esta misma línea ha venido a insistir la STJUE de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, al afirmar que:

“Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Es más, afirma el TJCE que la circunstancia de que los edificios que se vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil”.

La STJUE de 13 de diciembre de 2007 (Bayerischer) ha confirmado el alcance de este requisito.

De la jurisprudencia citada se deduce que **resulta indiferente para determinar el cumplimiento de este requisito que, además de satisfacer necesidades de interés general, la entidad desempeñe otras actividades que no las satisfacen e incluso que las actividades para satisfacción del interés general sólo constituyan “una parte relativamente poco importante”** de su actividad global (Mannesmann Anlagenbau, párrafo 25; BFI Holding, p. 55 y 56; Universale-Bau, párrafos 54-56; Adolf Truley, párrafo 56; Korhonen, párrafos 57 y 58). En este aspecto es relevante la STJUE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en relación a la contratación de la sociedad estatal de SEIPSA:



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 7 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da
 Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

“constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.

84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.

86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.

87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios,

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 8 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.

91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.

92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva



CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 9 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37”.

Esta Sentencia aporta un dato claramente relevante: en ausencia de riesgo empresarial una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública. Es decir, no concurre el requisito de ser actividad económica o industrial.

2) Segundo requisito: Que esté dotado de personalidad jurídica propia.

En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador **debe tener propia personalidad jurídica**, si bien para el derecho comunitario la forma jurídica adoptada -pública o privada- no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJUE de 10 de noviembre de 1998: “es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”. Así pues, las empresas mercantiles no pueden entenderse excluidas del ámbito de aplicación. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador. Así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España:

“El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

53. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartados 51 a 53). El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de «organismo de Derecho público» debe interpretarse en sentido amplio



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 10 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

(sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-0000, apartado 43).

54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que **el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.**“(negrita nuestra)”.

Este requisito concurre, por tanto, en cualquier situación de descentralización funcional y de participación en entes instrumentales con personalidad jurídica propia.

3) Tercer requisito: Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público

El último requisito que se exige es que el control -por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la “**influencia dominante**” del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público. En relación al primer extremo (participación en el accionariado) la STJUE de 3 de octubre de 2000 ha aclarado cuándo existe financiación mayoritariamente pública:

“La expresión “financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 11 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

determinados estudiantes. En cambio, no constituyen financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias.

2)El término “mayoritariamente”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que significa “más de la mitad”.

3)Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

4)La calificación de “entidad adjudicadora” de un organismo como la Universidad de Cambridge debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, debiendo entenderse que dicho cálculo ha de efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones. Un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una “entidad adjudicadora”, en el sentido de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas Directivas, en lo que atañe a tal contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate”.

Finalmente, debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisión por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJUE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización (en lo sucesivo, “SPCU”) y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado (en lo sucesivo, “SA VAM”).

Sobre este punto, la STJUE de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley), afirma que:

“Un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 93/36. En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión” (negrita nuestra).

En relación con este último requisito conviene reseñar la STJUE de 14 de diciembre de 2007 (Bayerischer), que aclara qué debe entenderse por “actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales y otros organismos de derecho público” a los efectos de interpretar y aplicar adecuadamente el concepto de organismo de derecho público como poder adjudicador en el derecho comunitario de los contratos



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 12 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

públicos. En el caso, la calificación resultaba controvertida en relación con diferentes organismos o establecimientos (Anstalten) alemanes de radiodifusión, en su mayoría dependientes de los países federados (Landesrundfunkanstalten). En la Sentencia se afirma que el canon que garantiza la financiación mayoritaria de la actividad de los organismos de que se trata tiene su origen en el Convenio Estatal sobre la radiodifusión, es decir, en un acto del Estado. Está previsto y se impone por ley y no resulta de una transacción contractual celebrada entre estos organismos y los consumidores. El hecho generador de la obligación de pago del canon es la simple posesión de un aparato receptor y no es la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por los organismos en cuestión” (parágrafo 41), de manera que “la fijación del importe del canon tampoco es el fruto de una relación contractual entre los organismos de radiodifusión de que se trata en el asunto principal y los consumidores”, ya que se establece mediante una decisión formal de los Parlamentos y los Gobiernos de los Länder, adoptada sobre la base de un informe elaborado por la KEF en función de las necesidades financieras declaradas por los propios organismos además de que el cobro del recurso por la GEZ se lleva a cabo “mediante resolución de liquidación, es decir, mediante un acto en ejercicio de funciones públicas.

El Tribunal remata sus consideraciones en los importantes párrafos 47 a 50, afirmando que:

“Por último, procede señalar que, a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos.

Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de “financiación por el Estado”, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Esta forma de financiación indirecta basta para que se cumpla el requisito relativo a la “financiación por el Estado” previsto en la normativa comunitaria, sin que sea necesario que el propio Estado establezca o designe un organismo público o privado encargado del cobro del canon.

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión como los examinados en el asunto principal están mayoritariamente financiadas mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor, impuesto, calculado y percibido según normas como las consideradas en el asunto principal”.

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 13 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da
 Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

En este contexto descrito debe entenderse la STJUE de 15 de mayo de 2003 (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005), por la que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación al afirmar que *“no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.”*

En consecuencia, una empresa pública u organismo del sector público podrá no aplicar la normativa de contratación pública sólo cuando no concurren los citados tres requisitos para tener la consideración de poder adjudicador.

Estos son los tres requisitos acumulativos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas.

Por ello, en todo caso, **cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), serán, en todo caso, poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la “forma jurídica” huir de las reglas de la contratación pública.** Así lo ha dicho de forma clara e indubitada en su interpretación la STJUE de 5 de octubre de 2017, UAB LitSpecMet, donde afirma que:

“una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste”.

En definitiva, interpretación subjetivo-funcional como único elemento para determinar si un ente es o no poder adjudicador, concepto que es indisponible, lo que impide interpretaciones formales desde la óptica de normativa nacional. Prueba de ello, y se amplió el alcance del mismo es la sentencia de 3 de febrero de 2021 (asuntos acumulados C-155/19 y C-156/19) Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) que aborda la cuestión del poder adjudicador en relación a las federaciones deportivas en Italia. Y, realizando el test sobre cumplimiento de los requisitos para ser poder adjudicador, reconoce (resulta indubitada la personalidad jurídica propia) que en estos casos una entidad a la que se han conferido funciones de carácter público definidas de manera exhaustiva por el derecho nacional puede considerarse creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición, aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de administración pública, sino de asociación de Derecho privado y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público. Para que concurriese el último requisito el tribunal señala que:

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 14 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

“en caso de que una federación deportiva nacional goce, en virtud del Derecho nacional, de autonomía de gestión, la gestión de esa federación solo puede considerarse sometida al control de una autoridad pública si del examen del conjunto de las facultades de que dispone esta autoridad frente a dicha federación resulta que existe un control de gestión activo que, en la práctica, pone en entredicho tal autonomía hasta el punto de permitir que dicha autoridad influya en las decisiones de la federación en materia de contratos públicos. La circunstancia de que las distintas federaciones deportivas nacionales ejerzan una influencia sobre la actividad de la autoridad pública en cuestión debido a su participación mayoritaria en el seno de los principales órganos colegiados de deliberación de esta únicamente es relevante si se acredita que cada una de esas federaciones, por sí sola, puede ejercer una influencia significativa sobre el control público llevado a cabo por dicha autoridad respecto a ella, que tenga como consecuencia neutralizar ese control y permitir que la federación deportiva nacional de que se trate recupere el control de su gestión, pese a la influencia de las demás federaciones deportivas nacionales que se encuentren en una situación análoga”.

Se constata pues, que no existe el dilema que se plantea Hamlet de “ser o no ser” al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría. Pero, obsérvese, **que el criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quien, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.**

SEGUNDO.- LA REGULACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU APLICACIÓN A LAS RELACIONES CONTRACTUALES QUE REALICE FEUZ

El artículo 3 de la LCSP de 2017 (que reproduce el esquema del RDLeg 2011 de contratos del sector público, con la novedad de que el apartado 5 de la Ley de 2017) viene a determinar el ámbito subjetivo de aplicación. Y es el artículo 3.3 de dicha Ley la que refiere el concepto poder adjudicador como elemento der que deriva, de forma ineludible, la aplicación de las reglas de la contratación pública.

Tanto con la Ley vigente (como con sus predecesoras derogadas), la respuesta a la cuestión objeto de este Informe obliga a aplicar, caso por caso, los criterios exigidos por el derecho europeo (que son de obligado cumplimiento en la interpretación de la normativa nacional), atendiendo a los datos económicos y concretas características jurídicas del régimen jurídico.

Así, procede el test de las tres preguntas referidas: personalidad jurídica, interés general y control público. Esta jurisprudencia es de obligada referencia en tanto derecho pretoriano.

Para ello se analizará si la fundación objeto de Informe cumple los requisitos para tener la consideración de poder adjudicador (recordando, además, que el artículo 33. b de la LCSP establece de forma expresa que *fundaciones públicas* serán poder adjudicador).

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 15 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da
 Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

De forma evidente la FEUZ cumple el requisito de contar con personalidad jurídica propia (es indiferente que tenga naturaleza privada).

Que la actividad es de interés general resulta indubitado al prestar actividad en el ámbito de la educación universitaria que es, de forma incuestionable, una actividad de relevante interés público (aunque pudiera revestir en su prestación cierta “mercantilización”). El criterio fijado en la sentencia TJUE citada sobre la Universidad de Cambridge refuerza esta conclusión.

El último requisito se refiere a la existencia de participación pública mayoritaria o la existencia de influencia dominante por un poder adjudicador. Para lo que no puede desconocerse el criterio fijado por el TJUE, en clave funcional y no formal.

Desde la perspectiva organizativa de la FEUZ (aun considerada formalmente como entidad privada, como sucede, recordamos, con las empresas públicas), los patronos son la Universidad de Zaragoza y la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza. Esta composición institucional permite razonar la existencia de una participación pública mayoritaria, lo que conduciría a su consideración como fundación pública a los efectos de la LCSP. Criterio que se avala con la afirmación del artículo 1 de los Estatutos donde se indica claramente la utilización de recursos públicos para una actividad de interés general. Lo que implicaría su consideración como poder adjudicador *ex lege*.

El concepto de *fundación pública*, más allá de nominalismos, debe interpretarse en clave de normativa contractual, siendo el artículo 3.3 LCSP de alcance general para todo el Estado español. Y se entiende que existe una *fundación pública* cuando son constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general y en las que la aportación para su constitución procede, en su mayoría, de entidades públicas. Lo que parece concurrir con los fines institucionales que refiere los Estatutos de FEUZ al referir que entre sus objetivos se encuentra **“favorecer y apoyar la formación, adecuándola a las necesidades actuales y futuras de las empresas y de la sociedad” (negrita nuestra)**.

En todo caso, lo que parece evidente, de conformidad con la jurisprudencia europea citada (único parámetro interpretativo, insistimos) es que la propia configuración institucional de la Fundación implica una evidente influencia dominante de entes del sector público, con lo que se cumpliría de forma clara este tercer requisito para considerar a FEUZ como poder adjudicador no Administración pública, con sujeción, por tanto, a las previsiones de la LCSP.

No está de más añadir que una de las instituciones patrocinadoras de la FEUZ es la Cámara Oficial de Comercio e Industria, que es por sí misma una Corporación de Derecho Público y las Fundaciones que crea y en cuya dotación participa son Fundaciones que pertenecen a una Corporación de Derecho Público. Todas las Fundaciones al igual que todas las Sociedades Anónimas, por ejemplo, son personas jurídico privadas o sujetos de derecho privado, si bien que por ser su dotación, (o en el caso de las Sociedades Anónimas su capital social), perteneciente en su mayor parte a una Administración o Entidad de derecho Público, pasan a ser Fundaciones del correspondiente Sector Público. Quien es de naturaleza pública es el fundador/es, constituyente/s o partícipe/s de la Fundación o el socio/s mayoritario/s de la Sociedad Anónima pero no, ni la Fundación, ni la Sociedad Anónima, que seguirán adecuando su actuación a las normas de derecho privado, del cual son genuinas creaciones y

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 16 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da

Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

personificaciones. Ser patrocinador de una Fundación puede entroncar con pertenecer a su patronato, por lo que la denominación más estricta es la de ser ambas instituciones (Universidad de Zaragoza y Cámara de Comercio e Industria) patronos de la Fundación. El hecho de ser patronos las dos entidades citadas permiten concluir que pertenece al Sector Público, o que es una “fundación pública”, aunque no estará adscrita a la Universidad de Zaragoza pues ésta no participa en su capital fundacional. Por tanto, se vuelve a subrayar que bien por la dotación única perteneciente a la Cámara de Comercio e Industria, bien porque los patronos son en su totalidad de la citada Cámara junto con la Universidad por iguales partes, la FEUZ es una Fundación “pública” y es un poder adjudicador a los efectos del art. 3.3 LCSP.

Por último, acerca de la pregunta planteada, esto es, si la posibilidad establecida en el artículo 63 de la LOSU es aplicable a la FEUZ teniendo en cuenta que el capital inicial es íntegramente aportado por la Cámara Oficial de Comercio e Industria, aunque la participación de las dos instituciones promotoras es del 50% en sus órganos de decisión y gobernanza, debe responderse que “participar” una Fundación, es algo más que formar parte de su patronato, y requiere, contribuir a su dotación, bien en el momento de constituir la (“crear”), bien en un momento ulterior, mediante el aumento de la dotación otorgando la correspondiente escritura pública (“participar”). En el precepto mencionado se está realizando una cierta equiparación con otras personas jurídicas, por ejemplo, con sociedades mercantiles, en las que ser partícipe, no consiste en formar parte de sus órganos de gobierno, sino en participar en la propia sociedad, es decir en su capital social. En el caso de una Fundación que no es sino un patrimonio afecto a un fin o un patrimonio al que se le reconoce personalidad jurídica, la participación debe ser entendida como contribución a dicho patrimonio. En este sentido (participación = parte en el capital social), cabe citar también el art. 61.2 de la LOSU que dispone:

“Artículo 61. Entidades o empresas basadas en el conocimiento.

- 1. Las universidades podrán crear o participar en entidades o empresas basadas en el conocimiento desarrolladas a partir de patentes o de resultados generados por la investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en universidades.*
- 2. Dichas entidades o empresas en cuyo capital tengan participación mayoritaria las universidades quedan sometidas a lo dispuesto en este capítulo en lo que les resulte de aplicación, en particular, a la obligación de transparencia y de rendición de cuentas en los mismos plazos y por el mismo procedimiento que las propias universidades”.*

En el caso de una Fundación que no es sino un patrimonio afecto a un fin o un patrimonio al que se le reconoce personalidad jurídica, la participación debe ser entendida como contribución a dicho patrimonio. Por otra parte, el precedente inmediato se encuentra en la LO de 2001, modificada por Ley 14/2011, de 1 de junio:

“Artículo 84. Creación de fundaciones y otras personas jurídicas.

Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y con la aprobación del Consejo Social, podrán crear empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable. Será de aplicación lo dispuesto en la Ley 2/2011, de 4 de

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 17 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

marzo, de Economía Sostenible, así como en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

La dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones a las entidades que prevé el párrafo anterior, que se realicen con cargo a los presupuestos de la Universidad, quedarán sometidas a la normativa vigente en esta materia.

Las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las Universidades quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades”.

En esta norma, solo se preveía la “creación”, es decir, la asistencia al momento constitucional de la Fundación, pero no la “participación” en las Fundaciones ya creadas, cuestión que ahora es posible con la LOSU. Creemos que en este sentido debe entenderse la expresión “participar”, que emplea la LOSU, sin desconocer que, como se ha visto, una Fundación puede pertenecer al sector Público, si la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponde a representantes del sector público de que se trate. Ahora bien, es difícil considerar Fundaciones en las que una entidad pública tenga la mayoría de los derechos de voto sin ninguna participación en su patrimonio o dotación fundacional. Y es que la creación de una Fundación conlleva su constitución y con ella la dotación por parte del fundador o fundadores, tal y como se contempla en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Como conclusión, entonces, la posibilidad establecida en el artículo 63 de la LOSU no es aplicable a la FEUZ ya que el capital inicial es íntegramente aportado por la Cámara Oficial de Comercio e Industria, aunque la participación de las dos instituciones promotoras es del 50% en sus órganos de decisión y gobernanza.

TERCERO.- SOBRE LA COOPERACION HORIZONTAL Y SU INCIDENCIA EN LA RELACIONES CON FEUZ

La justificación de la cooperación horizontal quedó avalada en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49) y la STJUE de 9 de junio de 2009, (Comisión Vs. República Federal de Alemania, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución.

La STJUE de 13 de junio de 2013, (asunto C-386/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011) perfila claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (sentencia



CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 18 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da
 Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 35). El TJUE ha plasmado estas mismas consideraciones, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-215/09, *Mehiläinen Oy* (FJ 31), en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* (FJ 34-35) o en la Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock Diensleistungen GmbH & Co. Kg* (FJ. 34).

El TJUE ha reconocido que los convenios pueden referirse a cuestiones instrumentales. En la sentencia ISE-Colonia, de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18), se establece que “la cooperación entre entidades públicas puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido conferidas a los poderes adjudicadores participantes o que estos hayan asumido” (párrafo 59). De ahí se deduce que “*puede abarcar una actividad de apoyo a un servicio público, siempre que esa actividad de apoyo contribuya a la realización efectiva de la misión de servicio público objeto de la cooperación entre los poderes adjudicadores participantes*”. El TJUE admite, pues, una cooperación en la que las partes realicen prestaciones distintas y complementarias, una cooperación que no se limite, por lo tanto, a la prestación del servicio en común. De hecho, se cita el considerando 33 del preámbulo (“no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales”), que es permite una vía a convenios en que se produzca un intercambio de prestaciones.

La sentencia de 4 de junio de 2020, Remondis 2 (asunto C-429/19), señala que cooperación horizontal exige que todas las partes definan en común los objetivos, algo que no sucede en un convenio en el que una parte presta un servicio y la otra abona una contraprestación (aunque sea en forma de compensación de costes). Así, “la participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación es indispensable para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan y que este requisito no puede considerarse cumplido cuando la única contribución de algunos cocontratantes se limite a un simple reembolso de gastos” (párrafo 29); “*si tal reembolso de gastos bastase por sí solo para considerar que existe una «cooperación», en el sentido del artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24, no podría establecerse ninguna diferenciación entre tal «cooperación» y un «contrato público» que no está cubierto por la exclusión prevista en dicha disposición*” (párrafo 30). Y añade que “*la preparación de un acuerdo de cooperación presupone que las entidades del sector público que se proponen celebrar tal acuerdo definan en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse. En cambio, tal fase de evaluación y de definición de las necesidades es, por regla general, unilateral en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario. En este último supuesto, el poder adjudicador se limita, en efecto, a convocar una licitación en la que se mencionan las especificaciones que él mismo ha adoptado*” (párrafo 33).

En relación con la cooperación horizontal, el artículo 6.1 LCSP (que complementa el artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), regula los convenios atendiendo a los parámetros europeos fijados por la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia TJUE. La LCSP indica que quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales cuando se den tres requisitos:

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 19 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, 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.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guie únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

Obviamente, la interpretación de la opción a la cooperación derivada del artículo 6 LCSP deberá ajustarse a la finalidad europea y la interpretación realizada por el TJUE y a su carácter excepcional (el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros) y no puede amparar una interpretación “extensiva” de la figura del convenio si lo que se oculta es una relación contractual típica. En todo caso, como en todo negocio jurídico, para su delimitación será necesario atender a la causa del mismo. Hay que destacar que este requisito teleológico no es, obviamente, una mera exigencia abstracta, sino que, al amparo del artículo 50.1 de la LRJSP – que prevé que será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad – las partes, al formalizar el convenio deberían de concretar expresamente los objetivos de interés público compartidos que se persiguen con su suscripción.

Este elemento teleológico es imprescindible en el análisis de cualquier negocio jurídico calificado como “convenio”, por lo que no procede una estricta interpretación “formal” que atienda solo al “objeto”, ya que se limitaría de forma indebida esta técnica de cooperación.

Pues bien, desde esta lógica, conviene analizar la relación jurídica entre el FEUZ y la Universidad de Zaragoza para poder cooperar en temas de formación. Del Convenio sometido a análisis, a juicio de este Comité Jurídico Asesor se acredita el cumplimiento de los tres requisitos citados para que exista cooperación horizontal:

- a) no existe en las relaciones una vocación de mercado (dato esencial en esta relación, que pretende mejora de la calidad del servicio educativo y de formación permanente),
- b) se desarrolla una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común (muy evidente en tanto su fin es mejorar competencias y habilidades en la formación permanente, mejorando la oferta),

CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 20 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	

c) el desarrollo de la cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público (y no pretende falsear la competencia ni “ocultar” una relación típicamente contractual).

La existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución que FEUZ pueda recibir como contraprestación a la realización de la actividad formativa no altera esta consideración de cooperación “horizontal”.

Esta es nuestra opinión como miembros del Comité Jurídico Asesor de la Universidad de Zaragoza. Por Resolución de 6 de septiembre de 2021, del Rector de la Universidad de Zaragoza, por la que se nombran a los miembros del Comité Jurídico Asesor, este órgano consultivo está formado por: M^a. Ángeles Rueda Martín, Secretaria General y Catedrática de Derecho penal (Presidenta); José María Gimeno Feliu, Catedrático de Derecho Administrativo; Zoila Combalá Solís, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado; María Carmen Tirado Robles, Profesora titular de Derecho Internacional Público; Ignacio Salvo Tambo, Abogado del Estado.

Firmado electrónicamente y con autenticidad contrastable según el artículo 27.3) de la Ley 39/2015 por M^a Ángeles Rueda Martín, Presidenta del Comité Jurídico Asesor de la Universidad de Zaragoza.



Copia auténtica de documento firmado digitalmente. Puede verificar su autenticidad en <http://valide.unizar.es/csv/c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da>



CSV: c298293d4a3ab22716be9bcf70ee19da	Organismo: Universidad de Zaragoza	Página: 21 / 21	
Firmado electrónicamente por	Cargo o Rol	Fecha	
MARIA ANGELES RUEDA MARTIN	Presidenta del Comité Jurídico Asesor	18/01/2024 08:50:00	