



CIRCULAR CONJUNTA, DE 16 DE MAYO DE 2023, DE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO SOBRE CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DEL CÓMPUTO DEL REQUISITO DE ACTIVIDAD EXIGIDO EN EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1.- INTRODUCCIÓN

Con fecha 22 de marzo de 2019, se suscribió una Circular conjunta entre la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado y la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) sobre esta materia. La evolución normativa y la aparición de supuestos no tratados, hace conveniente, como señalaba el informe de la Abogada General del Estado de 13 de diciembre de 2022 relativo a contratos de servicios a entidades que no forman parte de los Estados miembros de la Unión Europea, la modificación de esa Circular conjunta.

Con ese objetivo, se ha procedido a elaborar un nuevo texto en el que se ha adaptado la anterior Circular a las citadas modificaciones normativas, así como se han incorporado esos nuevos criterios que han surgido desde su firma en marzo de 2019, la cual queda sustituida por la presente desde la fecha de su firma.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), contiene en el artículo 32 una extensa regulación de los encargos a medios propios personificados conferidos por los poderes adjudicadores y desarrolla los requisitos que, con base en la jurisprudencia comunitaria, ya venía recogiendo el artículo 24.6 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Entre tales requisitos, podemos concretar, de forma sintética, los siguientes:

- Requisito del control o exigencia de que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios.
- Requisito de ejecución de la parte esencial de la actividad del medio propio en ejercicio de los cometidos conferidos por el poder adjudicador y que la ley configura por encima del 80%.
- Exclusión de la existencia de capital privado en el caso de medios propios que constituyan entidades de naturaleza jurídico-privada.



- Requisito formal de reconocimiento expreso de dicha condición en los estatutos o normas de creación, previo cumplimiento de requerimientos relativos al concurso de la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador y verificación por la entidad pública de que dependa el medio propio de la suficiencia de medios personales y materiales.

En el caso de los medios propios estatales, adicionalmente, se han de cumplir los requisitos del apartado 2 del artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y el trámite previsto en el apartado 3 del citado artículo, si bien, tras la modificación realizada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, este trámite, consistente en la elaboración de una memoria justificativa que debe ser informada por la IGAE, sería de aplicación al *supuesto de creación de un nuevo medio propio*.

Centrándonos en el requisito de actividad, el artículo 32.2.b de la LCSP, establece lo siguiente:

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.

Así mismo, el artículo 32.4.b) de la LCSP en relación con los medios propios respecto a dos o más poderes adjudicadores (medios propios conjuntos), señala lo siguiente:



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

Teniendo en cuenta las dudas suscitadas respecto a la forma de cómputo del requisito de actividad, y ante la ausencia de un desarrollo reglamentario, nos encontramos ante la necesidad de clarificar aquellos aspectos que ofrecen dudas interpretativas respecto de la consideración del indicador de actividad y su cálculo que establece el artículo 32.2.b) y 32.4.b) de la LCSP. Por tanto, el contenido de esta Circular se ha de considerar aplicable solo a los citados preceptos, sin que quepa inferir su aplicación a otros indicadores de actividad que se determinan en la propia LCSP, como el previsto en el artículo 33, o en el artículo 24 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, respecto a las empresas asociadas.

2.- OBJETIVO

La presente Circular pretende establecer unas pautas u orientaciones al objeto de cubrir un vacío normativo fruto de la ausencia de un desarrollo reglamentario de la LCSP, en relación con los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad, requisito delimitado por la normativa contractual como esencial al objeto de la consideración del ente público institucional como medio propio personificado de los poderes adjudicadores.

3.- ASPECTOS GENERALES RELATIVOS AL INDICADOR

Con carácter previo, cabe señalar que no ha de perderse de vista que los artículos 32.2.b) y 32.4.b) de la LCSP regulan la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%. Como quiera que la voluntad del legislador ha sido la de establecer distintos indicadores de referencia a utilizar y que se produce una diversidad de circunstancias acreditativas, ha de partirse de la premisa de que éstos deberán ser objeto de una interpretación restrictiva y que, en todo caso, incumbe la justificación de su cumplimiento a quien quiera beneficiarse¹. La comprobación de la veracidad, fiabilidad e integridad

¹ Sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen: “deben ser objeto de una interpretación estricta y que la carga de la prueba de que existen las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a



de dicho indicador debe tomar base en la necesidad de que la entidad que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar dichas características, es decir, su cálculo debe estar soportado en los sistemas o registros contables y/o auxiliares que permitan validar el mismo.

En consecuencia, partiendo de estos parámetros se ha de constatar la cifra del indicador que facilite el medio propio verificando aquellas operaciones que realice por encargo (adjudicación) del mandante, es decir, en relación con encargos específicos dimanantes de los poderes adjudicadores y de otros entes públicos que no reúnen tal condición. Es decir, la actividad a tomar en consideración será aquella que se realiza *“en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados (...)”*² respecto de la totalidad de las actividades que realiza el medio propio.

En este sentido, el indicador elegido por el medio propio debe ser fiable y razonable, cuantificable y contrastable y, en todo caso, en la valoración de la razonabilidad deberá atenderse a que el indicador elegido esté asociado a la actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, y no a resultados u otra magnitud.

Sin perjuicio de su concreción posterior, cabe referirse al tratamiento de la actividad realizada por el medio propio para ejercer una función pública. En ocasiones, la condición de medio propio concurre en organismos públicos que ejecutan una función o actividad pública cuya realización constituye la razón de su creación (descentralización funcional de servicios) y, en paralelo, pueden recibir encargos para la realización de actividades no integradas en esa función pública que les está atribuida. La actividad principal supone el ejercicio de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico y, por tanto, no cabe su contratación con terceros de forma global.

Este tipo de actividades pueden ser financiadas de formas diversas por lo que podría afectar al cómputo del indicador de volumen global de negocios, si bien, con carácter general, se entenderá que los ingresos percibidos vía transferencias, así como los gastos realizados para esta actividad quedarán ajenos al cómputo.

dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la Sentencia Stadt Halle y RPL Lochau antes citada, apartado 46)”.

² Sentencia de 11 de mayo de 2006, Asunto C-340/04 Carbotermo – Consorcio Alisei.



Sin perjuicio de lo anterior, y aun cuando no afecta al cómputo del indicador de actividad, debe tomarse en consideración que la propia naturaleza jurídica inherente a la condición de organismo público, delimita como opción minoritaria la realización de forma concurrente de actividades en el ámbito de la función pública que tienen atribuida y actividades como medio propio por diversos motivos, entre otros:

- Las actividades propias de los organismos públicos estatales son las propias de la Administración Pública (aunque el artículo 98 de la LRJSP, haga esta declaración respecto de los organismos autónomos, debe entenderse que ello es aplicable a todos los organismos públicos, dada la necesaria interpretación de conjunto de los artículos 88, 98 y 103) y la estructura debe estar dimensionada a la actividad real por lo que la adquisición de la condición de medio propio supone la asunción de capacidad sobrante para fines diferentes de los que justifican su creación y que, dada la obligatoriedad, puede dar lugar a dificultades para la realización de sus fines propios.
- La delimitación entre las actividades propias (derivadas del ejercicio de funciones públicas) y las accesorias, como son los encargos a que se refiere el artículo 32 de la LCSP es compleja y se pueden solapar o confundir. Ello genera un inconveniente por el hecho de que los organismos públicos reciben transferencias desde los créditos presupuestarios de los departamentos ministeriales y puede financiarse una misma actividad por una doble vía.

4.- CARACTERÍSTICAS DELIMITADORAS DEL INDICADOR DE ACTIVIDAD

4.1.- INDICADOR SELECCIONADO POR EL MEDIO PROPIO PARA MEDIR LA ACTIVIDAD

Por lo que respecta a las magnitudes a considerar para verificar su cálculo, ello supondrá un análisis individualizado para cada entidad, si bien deberían tenerse en cuenta en dicho análisis las siguientes consideraciones:

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

Por ello, el indicador de actividad ha de estar relacionado con acciones del poder adjudicador en relación con encargos (prestaciones propias de los contratos de obras, suministros,



servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria)³.

En este sentido, procede traer a colación el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que señala lo siguiente:

6. Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva.

En orden a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y transparencia, se excluyen para el cómputo del 80%, aquellas cantidades (volumen de negocios, gastos soportados u otra referencia de indicador fiable) que deriven de sus funciones y competencias de carácter material o técnico inherentes a la propia actividad o función pública para la que fueron creados, siempre que estén dotados de los créditos específicos y necesarios para su funcionamiento mediante transferencias con cargo a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, salvo que por las características de la transferencia y su formalización pudiera cumplir con las características de un encargo.

- ii. Si el indicador elegido es el promedio del volumen global de negocios, es un elemento que tiene una expresión numérica que se deducirá de las cuentas anuales de la entidad. Este indicador, en la expresión que ha utilizado el legislador “volumen global de negocios” ha de interpretarse en cada caso concreto poniendo en relación las magnitudes que representen la actividad susceptible de ser medida dependiendo del marco contable al que esté sometido el medio propio en cuestión.

Como se ha señalado anteriormente, en orden a facilitar la verificación y prueba del requisito de actividad, se entiende que la interpretación sobre el concepto de volumen global de negocios ha de ser restrictiva, salvo prueba en contrario que corresponderá acreditar, como

³ En cualquier caso, se han de considerar incluidos aquellos encargos regulados en el artículo 25 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero.



ha señalado la jurisprudencia del TJCE, a quien quiera beneficiarse de ella, es decir, al medio propio.

Con carácter previo, debe señalarse que teniendo en cuenta la finalidad de este requisito en las Directivas europeas que no es otro que salvaguardar la competencia en el mercado interior en materia de contratación pública, no debe formar parte del concepto de actividad, además de la realizada por los organismos públicos que perciban transferencias para el ejercicio de sus funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, las siguientes:

- Aquellas actividades que no formen parte del ámbito objetivo de las directivas de contratación, es decir, aquellos negocios jurídicos excluidos de su aplicación como, por ejemplo, el negocio jurídico de arrendamiento de inmuebles.
- Igualmente, tampoco debe computarse la actividad que pudiera derivarse de los denominados *encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados* regulados en el artículo 33 de la LCSP, dado que esos negocios jurídicos celebrados por poderes no adjudicadores no se encuentran regulados por las directivas de contratación.
- Aquellas actividades que se realicen como consecuencia de negocios jurídicos suscritos con personas jurídicas de terceros países no miembros de la Unión Europea, toda vez que esas relaciones no son realizadas para falsear, restringir o impedir la competencia efectiva en el mercado interior.

En relación con las actividades a computar en el indicador y su inclusión o no en el numerador (encargos), debe indicarse que no se considerarán parte de esta actividad como medio propio aquéllas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo, siendo justificable tener en cuenta aquellas que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico.

Por tanto, en el numerador del indicador deberá incluirse el importe correspondiente a los encargos recibidos⁴.

⁴ Dicho importe formará parte de las partidas siguientes que consten en la cuenta de resultados de la Entidad:

- Ventas netas y prestaciones de servicios (si se ajusta al Plan general de contabilidad pública).
- Importe neto de la cifra de negocios (si se ajusta al Plan general de contabilidad de la empresa privada).
- Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil/Ingresos de la actividad propia (si se ajusta al Plan de contabilidad de las entidades sin fines lucrativos).



Por otra parte, no se incluirán en el numerador las siguientes magnitudes que consten en el estado que refleje el resultado económico patrimonial obtenido por la entidad en el ejercicio:

- a. Ingresos de naturaleza tributaria.
- b. Aquellas partidas de ingresos ajenos o no vinculados al objeto de la actividad del poder adjudicador.
- c. Transferencias corrientes o de capital para financiar la actividad del ente con independencia de su instrumentación jurídica, salvo que pueda demostrarse que parte de dicha financiación vía transferencia está vinculada de forma directa con encargos recibidos del poder adjudicador.
- d. Ingresos derivados de la actividad subvencional.

Asimismo, se excluirán de la cifra del volumen global de negocios las siguientes partidas, en tanto que considerándose magnitudes de naturaleza económica patrimonial que formarán parte de la cuenta de resultados, no guardan relación directa con la actividad propiamente dicha por los encargos conferidos:

- a. Trabajos realizados por la entidad para su inmovilizado.
- b. Excesos de provisiones.
- c. Resultados por enajenaciones de inmovilizado.
- d. Reversiones de deterioros de valor.

En el denominador del indicador deberán incluirse las siguientes magnitudes:

- a. Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil (si la entidad está sometida a la adaptación del plan de contabilidad de entidades no lucrativas); el importe neto de la cifra de negocios (si la entidad está sujeta al Plan general de contabilidad) o las ventas netas y prestaciones de servicios (si la entidad se sujeta al Plan general de contabilidad pública o sus adaptaciones).
 - b. Subvenciones a la explotación.
 - c. Aquellos otros ingresos de gestión ordinaria⁵ que guarden relación directa con la actividad de la entidad.
- iii. Si el indicador elegido toma la consideración de los **gastos**, deberán incluirse los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los

⁵ Se entenderán incluidos en los subgrupos 77 (Plan general de contabilidad pública y adaptaciones); subgrupo 75 (plan de contabilidad de entidades sin fines lucrativos) y 75 (plan general de contabilidad).



gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier persona o entidad.

En relación con los gastos, deberán considerarse aquellos soportados (de personal, por la adquisición de bienes y servicios, servicios exteriores, etc.) de los que quepa inferir una **relación o vinculación directa con la actividad que el medio propio desempeña como consecuencia de los encargos** que realiza el poder adjudicador o cualesquiera entidades públicas que no tengan dicha consideración. Por homogeneidad con el indicador de volumen global de negocios, no se considerarán aquellos gastos realizados para actividades derivadas del ejercicio de la función pública atribuida al organismo público.

- iv. Otro **indicador alternativo de actividad que sea fiable**. En este caso, la ley ha establecido la posibilidad de que el medio pueda acreditar su cumplimiento mediante la elección de cualquier otro indicador que permita comprobar el requisito de actividad. En este supuesto, la casuística permitida por el legislador puede ser múltiple, por lo que, en mayor medida, deberá acreditarse de manera concreta la razonabilidad de que ese indicador pueda considerarse fiable y medible y en última instancia, permita acreditar que el porcentaje del 80% es la parte esencial de la actividad que el medio propio realiza para el poder adjudicador.

4.2.- LA TEMPORALIDAD DEL INDICADOR

Analizada la selección del indicador y su fiabilidad, cabe incorporar a su comprobación el elemento temporal. La ley determina la referencia a los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo.

En este sentido, parece razonable tomar en consideración el ejercicio contable como referencia al momento temporal para considerar el promedio de los tres ejercicios anteriores y ello es así porque los indicadores planteados por parte de la norma son esencialmente referidos a magnitudes contables que se reflejan en los estados financieros. De hecho, en la redacción inicial de la norma, se asociaba a este requisito su verificación por parte del auditor de las cuentas anuales y la inclusión de la información sobre el indicador en la memoria de las cuentas anuales. Además, cualquier otra interpretación supondría asumir un coste excesivo de determinación y una dosis de incertidumbre sobre el cumplimiento o no del requisito dado que evolucionaría con la propia actividad.

Por último, la LCSP contempla una última circunstancia, *“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”.

En consecuencia, transcurrido este plazo se verificará en exámenes posteriores de conformidad con el criterio general.

La presente circular ha sido firmada por Doña Consuelo Castro Rey, Abogada General del Estado, y por Don Pablo Arellano Pardo, Interventor General de la Administración del Estado, según se refleja en la validación que consta en el margen izquierdo