

Informe 9/2023, de 24 de octubre de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Régimen de contratación de las fundaciones de iniciativa pública.

I. ANTECEDENTES

La Fundación L'Ausin, entidad dependiente del Ayuntamiento del Valle de Hecho, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito fechado el 7 de junio de 2023, formulando la siguiente consulta:

«I. La cuestión surge a raíz del informe relativo a la Cuenta General de 2018 del Ayuntamiento de Valle de Hecho llevado a cabo por la *Cámara de Cuentas de Aragón* en el cual se señala una serie de cuestiones, a saber:

"El ámbito subjetivo de la fiscalización se ha circunscrito al Ayuntamiento del Valle de Hecho y a sus dos entidades dependientes que son: la Fundación L'Ausin y la sociedad mercantil Gestión del Servicio Eléctrico del Valle de Hecho, S.L."

"Del ayuntamiento del Valle de Hecho (P2216B00J) dependen dos entidades:

(...)

2. La fundación "L'Ausin" (G2241160). En el artículo 6 de sus estatutos establece sus fines:

–La atención y asistencia necesaria a personas de tercera edad, minusválidos y grupos de riesgo.

–Promover el desarrollo cultural y económico de los habitantes de la zona del Valle de Hecho."

3. Hemos detectado diferencias en las condiciones laborales de ciertos empleados de la fundación entre los datos recogidos en los contratos de trabajo y los que figuran en el informe de vida laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social. La principal causa de tales diferencias es la duración de la jornada laboral cuando existen jornadas a tiempo parcial.

4. *Pese a estar obligada ello, la Fundación no aplica la Ley de Contratos del Sector Público en la adjudicación de sus contratos. Dadas las cuantías de las adquisiciones realizadas en el ejercicio 2018 esta deficiencia afecta principalmente a los contratos de suministro de alimentación y gas."*

La cuestión esencial a plantear en este caso sería la relativa al apartado 4 relativo a la aplicabilidad de la Ley 9/2017 (en adelante LCSP), sin que en la fase de alegaciones concedida durante la redacción del informe de fiscalización se plantease ninguna cuestión sobre la materia por parte del Ayuntamiento de Valle de Hecho. No obstante, debe quedar evidente como premisa que no se pretende analizar la sujeción o no de la Fundación a la LCSP, sino valorar con qué intensidad debe darse tal sujeción, ya que como más adelante se verá no resulta uniforme.

II. El primer aspecto que puede plantear problemas es el encuadre de la Fundación L'Ausin en relación con la Ley 40/2015, del Sector Público, como con la Ley 50/2002, de Fundaciones. Ahora bien, debe incidirse en que la materia que se desea someter a escrutinio ahora es la estrictamente contractual a la hora de desenvolverse la entidad en el tráfico jurídico, y no otros aspectos. Por ello se entrará sólo en la vertiente que plantea la normativa sectorial específica encabezada por la LCSP.

Sin perjuicio de esto último sí que se aludirá a que, por relación con lo que más adelante se señalará sobre la consideración o no de la Fundación como Administración Pública a dichos efectos contractuales, el artículo 2 de la Ley 40/2015 señala el ámbito subjetivo de la Ley, que se aplica entre otras situaciones al "sector público institucional", que estaría integrado por los siguientes entes:

"a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas."

Dándose la circunstancia de que conforme al apartado 3 de dicho artículo no todos los organismos "vinculados o dependientes" de las Administraciones Públicas son Administración Pública, ya que:

"3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2."

Pareciendo descartable a efectos de la Ley 40/2015 que de Administración Pública habremos en tanto que a la vista de sus Estatutos no estaríamos ante una entidad de

derecho público sino de derecho privado, aunque cumpla fines públicos y esté vinculada a una Administración Local.

III. A continuación, veamos el ámbito subjetivo de la LCSP conforme a su artículo 3, en todo caso con los correspondientes subrayados de lo que ha de considerarse esencial y comentarios a su contenido:

"Artículo 3. Ámbito subjetivo.

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1º Que se constituyan de forma inicial con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2º. Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3º. Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público. (...)"

En relación con tales características, no se constata que la Fundación L'Ausin haya recibido aportación mayoritaria pública ni inicial ni posteriormente, con lo que no concurre la circunstancia señalada en el apartado 1º.

Tampoco el patrimonio de la Fundación queda integrado en más de un 50% por los bienes señalados en el apartado 2º.

Y la mayoría de voto en el Patronato no corresponde a representantes del sector público, ya que una cosa es que el Pleno los designe y otra su adscripción a dicho sector. En sentido estricto sólo proceden de él el Alcalde y un Concejal, ya que 6 miembros de los 11 que integran el Patronato son designados por el Pleno a propuesta de las asociaciones que radican en el Municipio y otros 3 proceden de personas que residen en él.

Por lo tanto no debería estimarse a efectos contractuales que la Fundación L,Ausin forme parte del sector público en calidad de fundación pública. Cosa distinta es que pueda serlo a los efectos de la Ley 40/2015.

Queda asimismo descartada la consideración como sector público de las letras f), g), h), i), k) y l) del número 1 de dicho artículo 3 de la Ley 9/2017, ya que la Fundación no se identifica con ninguna de ellas, aunque es preciso considerar el régimen de la letra j), que alude a:

"j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia."

En este caso la Fundación satisface un interés general que no es de carácter mercantil ni industrial, y en cuanto la concurrencia de alguna de las condiciones de carácter necesario [la redacción es "siempre que" que a continuación enumera el precepto como características del sujeto perteneciente al sector público, es decir el Ayuntamiento, ha de decirse que éste:

- No financia mayoritariamente la actividad de la Fundación.
- No tiene un control de la gestión en sentido estricto.
- Pero sí nombra a más de la mitad del Patronato conforme al artículo 14 de los Estatutos (en su redacción original, no afectado por la modificación de 2005), que reza así:

"El Patronato estará formado por un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario y ocho vocales.

Se designarán por la Corporación Local del Valle de Hecho los once miembros que integrarán el Patronato. El Presidente por razón de su cargo será el Alcalde del Ayuntamiento de Hecho, un miembro será nombrado de entre los concejales miembros de la Corporación Local, seis de ellos serán designados de entre los

propuestos por las asociaciones de carácter social, económico y cultural existentes en el Valle de Hecho, y los tres restantes serán nombrados de entre los vecinos con residencia habitual en Hecho. Los cargos de Vicepresidente y Secretario serán nombrados por el propio Patronato entre sus miembros."

De lo cual se deduciría que la Fundación sí se integraría en el sector público, pero no por presentar carácter de fundación pública (apartado "e" del artículo 3.1) sino por aplicación de otra de las circunstancias del artículo 3.1. la correspondiente a la letra j), puesto que las condiciones arriba reseñadas no serían acumulativas al hacerse una enumeración en la que la última de ellas va precedida de la conjunción "o".

IV. Tras ello lo que toca es analizar si la Fundación podría recibir o no consideración de Administración Pública, para lo cual hay que atender a lo que señala el apartado 2 del repetido artículo 3:

"2.- Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo."

Este apartado "a" queda descartado en tanto que hemos visto que el aplicable al caso sería el j) y no los a), b), c) y l) del artículo 3.1.

Así pues se continuará valorando la posible concurrencia de otras circunstancias que conduzcan a la posibilidad de que se trate de considerar la aplicabilidad del supuesto de la siguiente letra "b":

"b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas."

En este caso los matices a considerar son dos: Uno relacionado con el régimen jurídico de la entidad y otro con sus ingresos. Debe señalarse además que los requisitos se presentan como acumulativos en relación con "consorcios y otras entidades de derecho público" en las que además se den unas circunstancias sobre las que más adelante se entrará y cuya financiación mayoritaria no sea con ingresos de mercado.

La primera de tales exigencias, relativa a régimen jurídico, no se daría en tanto que, si recurrimos a las consideraciones emitidas en su día por la Diputación Provincial de Huesca a través de su servicio de asistencia jurídica en el mes de febrero de 2012, se concluye que:

"Cuarto. Tomando en consideración lo anterior, concluiríamos que la Fundación L'Ausin es un Ente Instrumental, no Administración Pública, creado por el Ayuntamiento de Valle de Hecho para la prestación de servicios sociales. Por su forma de creación tiene carácter público, y por adoptar una forma jurídica del Derecho Privado le es de aplicación la Ley de Fundaciones, en definitiva, en cuanto al régimen normativo aplicable existe una dualidad público-privada.

La Fundación L'Ausin es parte integrante del sector público local, pues según el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local, entre otros, las instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno o varios de los sujetos enumerados en este artículo. Así pues, dado que es el Ayuntamiento de Valle de Hecho quien controla la Fundación a través de la designación de los miembros del Patronato, como quién la financia mayoritariamente con subvenciones (...), no hay duda de que la misma es parte integrante del sector público local."

Si bien tal observación acerca de su régimen jurídico ya descarta que entendamos a la Fundación comprendida en el ámbito del artículo 3.2 b), entraremos también a considerar si se dan las circunstancias de la letra d) del apartado 3 siguiente de este artículo 3 -ha de insistirse en que más adelante se entrará a valorarlas a efectos de la consideración como poder adjudicador- dándose el caso de que concurre la condición relativa a que no se dé una financiación mayoritaria por ingresos de mercado, ya que son los procedentes de los residentes en las instalaciones de la Fundación los que constituyen mayoría y ello encuadraría a la Fundación en el concepto de productor de mercado.

V. Toca ahora valorar, excluida la consideración de Administración Pública, si concurre la condición de poder adjudicador en la Fundación y para ello recurrimos al apartado 3 del artículo 3:

"3.- Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta 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”.

Debemos para la Fundación descartar las letras a), b) y c), pues hemos visto ya que no debe ser considerada a los efectos de la Ley 9/2017 como una Administración Pública, no resulta tampoco una fundación pública como las define al apartado 1 e) del artículo 3 y tampoco se identifica con una mutua colaboradora de la Seguridad Social. También será descartable la letra e), al no darse el tipo de asociación que se define.

Queda en consecuencia valorar el caso de la letra d), que es análogo al recogido en la letra j) del apartado 1 ya que existe un sujeto con la condición de poder adjudicador (el Ayuntamiento en tanto que Administración Pública) que si bien no financia mayoritariamente su actividad ni controla la gestión sí nombra a más de la mitad, a la totalidad en la práctica, de los miembros del Patronato. Aquí debe apuntarse una cuestión que puede dar lugar a confusión, ya que la consideración como fundación pública (art. 3.1.e 3º) impone una mayoría de derechos de voto en el Patronato correspondiente a representantes del sector público; en cambio la consideración como poder adjudicador requiere sólo un requisito formal de nombramiento de más de la mitad de miembros del patronato por parte del sector público.

VI.- Es decir, que por aplicación de los criterios del artículo 3.3 la Fundación L 'Ausin recibe la consideración de poder adjudicador integrado en el Sector Público. pero no la de Administración Pública. En consecuencia, es preciso ver qué consecuencias tiene tal condición a efectos contractuales.

Para ello ha de acudir al artículo 26 de la Ley 9/2017, que señala:

"Artículo 26. Contratos privados.

1. Tendrán la consideración de contratos privados:

- a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.
- b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.
- c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se registrarán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida

a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

4. Los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322.

En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación."

Por lo tanto, resultan aplicables a la Fundación L 'Ausin los artículos 316 a 320 de la Ley 9/2017, dirigido a poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública.

Dado que la práctica totalidad del tráfico contractual de la Fundación se refiere a supuestos no sujetos a regulación armonizada, el régimen usual a aplicar será el del artículo 318, que por cierto se refiere únicamente a "adjudicación" y no a "preparación y adjudicación", en parcial contradicción con lo que señala el apartado 3 del artículo 26, que se refiere a "preparación y adjudicación":

"Artículo 318. Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.350.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 214.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168."

Se llamará la atención sobre el hecho de que las cuantías establecidas en el apartado a) resultan exactamente coincidentes con las que para el contrato menor en sus diversas modalidades establece el artículo 118 de la LCSP, de tal modo que parece estar aludiéndose a una especie dentro de ellos en materia procedimental, al unirlos a una mera acreditación de la capacidad de obrar y la habilitación profesional previas a la adjudicación directa.

Ha de valorarse por otra parte la posible incidencia sobre el asunto de la Ley de Aragón 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, así como la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, a la cual modifica.

Sin embargo, es trascendente a estos efectos considerar que los antes citados artículos 316 a 320 LCSP no se encuentran en el listado de preceptos de carácter no básico que contiene la Disposición Final Primera LCSP, relativa a títulos competenciales, ya que existe un salto del artículo 315 al 323. Como consecuencia de ello dichos artículos 316 a 320 entran de lleno en la cláusula relativa a que "los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18." de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas."

A los efectos del tráfico contractual usual de la Fundación cabría entender por tanto que dichas leyes 3/2011 y la 1/2021 que la modifica está incidiendo fundamentalmente sobre cuestiones de orden procedimental en la tramitación de contratos, sin desnaturalizar por tanto el ámbito de cuestiones que se ha abordado anteriormente con el objetivo de dilucidar la intensidad de aplicación de la Ley 9/2017.

En consecuencia y sobre tales consideraciones se dirige la correspondiente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A. de Aragón en relación a si el régimen de aplicación de la Ley 9/2017 a la contratación de la Fundación L,Ausin debe o no regirse bajo los criterios y límites definidos en el apartado VI sobre la base de lo expuesto en los apartados I a V».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón, en su reunión del día 24 de octubre de 2023, acuerda emitir el presente informe, cuyas consideraciones jurídicas se estructuran conforme a los siguientes puntos:

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

II. Régimen jurídico general de las fundaciones de iniciativa o participación pública.

III. Régimen de contratación de las fundaciones de iniciativa o participación pública mayoritaria.

1. Relevancia del concepto jurídico de «poder adjudicador».

2. La controvertida aplicación de la LCSP a las fundaciones de iniciativa pública.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

Este informe se emite con carácter facultativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.2 y 4, b) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, que le atribuye la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de la Administración y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, f) del citado Reglamento.

II. Régimen jurídico general de las fundaciones de iniciativa o participación pública.

Las fundaciones creadas o participadas por instituciones públicas han recibido nombres diversos, como «fundaciones privadas en mano pública», «fundaciones

privadas de iniciativa pública» o «fundaciones del sector público» o «fundaciones públicas». Esta pluralidad de denominaciones, no siempre equivalentes, puede producir equívocos sobre su régimen jurídico.¹

El régimen jurídico de las fundaciones bajo control de una Administración pública puede ser de dos tipos:

Fundaciones públicas en sentido estricto serían *aquellas para las que la Ley prevé expresamente su constitución como tales fundaciones públicas*, siendo un ejemplo las fundaciones sanitarias.² Es claro que el legislador –estatal y autonómico- es libre para crear nuevos tipos de fundaciones y puede realizar una regulación exhaustiva de su régimen jurídico que excluya la aplicación de la legislación general de fundaciones o remitir a esa legislación general de forma expresa algunos aspectos.

El resto son entidades a las que se aplica la legislación de fundaciones privadas, *como si las Administraciones que las promueven o participan fueran un particular*, con las especialidades que se establezcan en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Sin carácter de legislación básica –el precepto se aplica directamente al sector público «estatal»-, en el artículo 128 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se definen como fundaciones del sector público las que tienen una aportación pública mayoritaria de forma originaria o sobrevenida, aquellas cuyo patrimonio esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional con carácter permanente o, finalmente, aquellas en cuyo patronato la mayoría de dere-

¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, 2001, 155, pp. 107-145.

² SOCIAS CAMACHO, J. M., *Fundaciones del sector público. En especial el ámbito sanitario*, Iustel-Universidad de las Islas Baleares, Madrid, 2006.

chos de voto corresponda a representantes del sector público institucional. También es preciso tener en cuenta la normativa de contratación pública o la legislación de subvenciones, que establecen regímenes específicos en función de la existencia de un control público.

En el ámbito local, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 fue la norma que previó por primera vez la posibilidad de que la «gestión directa» de los servicios municipales pudiese ser realizada mediante una «fundación pública del servicio», junto con la gestión directa sin o con órgano especial de administración o mediante la creación de una sociedad privada municipal. Sin embargo, en la regulación contenida en el art. 85 de la vigente Ley de Bases de Régimen Local desaparece la referencia a la fundación pública del servicio, que se entiende sustituida por lo que se da en llamar un «organismo autónomo local». De acuerdo con lo establecido en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, la regulación que en ella se hace de la gestión directa e indirecta es básica. No obstante, puede ser excesivo entender que esa regulación básica de la prestación de servicios solamente permite ciertas formas de personificación y así parecen haberlo entendido los legisladores de diversas Comunidades Autónomas –entre ellas Aragón- cuando han reconocido la posibilidad de la utilización de la fundación por parte de las Corporaciones Locales. No obstante, parece indudable que un principio básico que deberá respetarse es que no puede haber una gestión indirecta de las actividades que supongan el ejercicio de autoridad pública.

La legislación básica de fundaciones habilita expresamente a las personas jurídicas públicas para constituir fundaciones.³ La eficacia de esta habilitación fue cuestionada por el Tribunal de Cuentas en su Informe núm. 932, «Informe de fiscalización

³ Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Artículo 6. Capacidad para fundar: «1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas. [...] 4. *Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*».

de las fundaciones del ámbito local», de 23 de febrero de 2012. Según el Tribunal de Cuentas, la normativa reguladora de las fundaciones «privadas» no puede habilitar la utilización de esa figura por las Administraciones públicas, por ser legislación civil, no bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, por lo que la normativa específica de régimen local debería haber sido la norma que habilitase la utilización de la figura fundacional. Ante el silencio de la legislación básica de régimen local, concluye el Tribunal de Cuentas, no habría una habilitación de carácter general que permita a una Administración local constituir una fundación. Con independencia de que este planteamiento pueda ser discutible,⁴ la legislación aragonesa de régimen legal da una respuesta específica a la ausencia de previsiones concretas en la legislación estatal de régimen local vigente. En primer lugar, en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, se contiene una habilitación a las entidades locales aragonesas para constituir fundaciones, en solitario o conjuntamente con otras entidades, sean públicas o privadas, estableciendo una mayoría reforzada para adoptar el acuerdo. De acuerdo con el artículo 217:

«Las entidades locales, para la realización de fines de su competencia, *podrán constituir fundaciones y participar en su creación con otras entidades públicas o privadas y particulares*, de acuerdo con la legislación general sobre fundaciones. Los correspondientes acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Artículo 8. Capacidad para fundar: «1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas. [...] 4. *Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*».

⁴ LASAGABASTER HERRARTE, I.: «Las fundaciones en el ámbito local: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico», Revista española de Derecho Administrativo núm. 160, 2013.

Corporación y cumplir los requisitos legales establecidos para la disposición de sus bienes».

Este régimen sería desarrollado en el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, que dedica a las fundaciones los art. 317 a 320, en los que se establece un régimen jurídico sucinto, pero completo.

En cuanto a su régimen jurídico, en el artículo 318 se establece aparentemente un principio dispositivo, dando preferencia a los estatutos de la fundación, ya que éstas «se registrarán por sus Estatutos, por el presente Reglamento y por la legislación sobre fundaciones privadas» (art. 318.1). En esos estatutos deberá estar prevista la reversión a la entidad local de los bienes y derechos resultado de la liquidación en caso de que ésta se extinga (art. 320.4).

En todo caso, en el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón se dedica especial atención a dos cuestiones: primero, el procedimiento administrativo previo y la misma adopción de la decisión de constituir una fundación y, segundo, su régimen patrimonial.

Previamente a la decisión de constituir la fundación deberá tramitarse un procedimiento administrativo en que se justifique la conveniencia de la creación de una fundación o de la participación en una fundación ya creada o por crear. Una pieza esencial de ese procedimiento será la elaboración de una *memoria justificativa* de la creación de la fundación y de la aportación de fondos públicos (art. 319.2).

El procedimiento finalizará con el acuerdo del Pleno, que requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y que deberá referirse no sólo a la creación en sentido propio, sino que deberán aprobarse conjuntamente los estatutos en que se concreten sus fines fundacionales, la dotación o aportación municipal a la fundación, además de la participación que corresponderá al Ayuntamiento en el patronato (art. 319.3). Los patronos cuya designación corresponda a la entidad local serán nombrados por el Pleno (art. 319.3 *in fine*). En este sentido, si bien los Estatutos de la Fundación pueden prever que el Patronato esté presidido por el Alcalde o que haya miembros procedentes del sector privado, designados en

representación de determinadas personas o entidades, su nombramiento formal debe corresponder al Pleno Municipal.

En cuanto al régimen patrimonial, en el artículo 320 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón se establece:

–el control de la actividad financiera se desarrollará con arreglo a las normas reguladoras de las haciendas locales, a lo que se añadirán –señalaba en su momento el Reglamento- las facultades atribuidas por la legislación de fundaciones a la Administración de la Comunidad Autónoma en el ejercicio del protectorado sobre las fundaciones privadas.

–la aportación de bienes por el Ayuntamiento a una fundación deberá cumplir todos los requisitos legales establecidos para la disposición de sus bienes. No existe por tanto una especialidad para la aportación de los bienes, sino que se aplicará la regulación legal sobre traspaso de bienes inmuebles o fondos a la fundación en constitución o ya constituida.

–deberá haberse previsto en los estatutos de la fundación que en caso de extinción se procederá a la adjudicación de los bienes y derechos resultantes de la liquidación que le correspondan a la Entidad local «como titular de fines de interés general».

En esta materia tuvo incidencia la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Concretamente, dos de los preceptos contenidos en ella tienen el carácter de legislación básica de acuerdo con la disposición final decimo-cuarta: los artículos 129 y 134. De acuerdo con el artículo 134:

«El Protectorado de las fundaciones del sector público *será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia*, que velará por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa sobre fundaciones, sin perjuicio del control de eficacia y la supervisión continua al que están sometidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley».

Por tanto, la distinción que se establecía en el artículo 320 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón entre control financiero ordinario –que correspondería a la entidad local de adscripción- y el

Protectorado de la fundación –que se atribuía a la Administración de la Comunidad Autónoma-, ha sido desplazado.

En el artículo 129 de la Ley 40/2015 se establece –también con carácter básico- el régimen de adscripción de las fundaciones participadas por Administraciones públicas. La adscripción deberá estar expresamente establecida en los estatutos de la fundación, pero no es una decisión discrecional: deberá determinarse de acuerdo con los criterios establecidos en el propio artículo 129. Es más, el momento determinante no es con carácter permanente el de constitución de la fundación, sino que el cumplimiento de los criterios de adscripción deberá ser verificado al iniciarse cada ejercicio presupuestario; en caso de que el resultado de la aplicación de esos criterios fuese diferente de lo previsto en los estatutos, la fundación del sector público «*quedará adscrita, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración Pública*» determinada conforme a esos criterios, debiéndose a continuación proceder a la modificación de los estatutos para adaptarlos en un plazo máximo de tres meses (art. 129.4). La participación de entidades privadas sin ánimo de lucro no impedirá la adscripción de la fundación conforme a los criterios establecidos para los casos de participación de varias Administraciones públicas (art. 129.3).

Los criterios de adscripción se establecen de acuerdo con el principio de control efectivo (art. 129.2):

«De acuerdo con los siguientes criterios, ordenados por prioridad en su aplicación, referidos a la situación en el *primer día del ejercicio presupuestario*, la fundación del sector público *quedará adscrita, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración Pública que:*

- a) Disponga de mayoría de patronos.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato.

e) Financie en más de un cincuenta por ciento, *en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.*

f) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial».

Aunque sin carácter de legislación básica, en el ya citado artículo 128 se definen como fundaciones del sector público (estatal) las que tienen una aportación pública mayoritaria de forma originaria o sobrevenida, aquellas cuyo patrimonio esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional con carácter permanente o, finalmente, aquellas en cuyo patronato la mayoría de derechos de voto corresponda a representantes del sector público institucional. En el artículo 129.3 se puntualiza que el hecho de que «participen en la fundación entidades privadas sin ánimo de lucro» no impide la adscripción a una Administración pública. De ello se deduce que la adscripción y por tanto el Protectorado serán atribuidos a la Administración pública con mayor participación, aunque ésta sea minoritaria, siempre que los participantes privados sean entidades sin ánimo de lucro.

III. Régimen de contratación de las fundaciones de iniciativa o participación pública mayoritaria.

Uno de los objetivos perseguidos con la aprobación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (también citada en adelante como LCSP) fue clarificar la sujeción de los entes instrumentales a la normativa de contratación pública. En este sentido es relevante el art. 3.1, en el que se establece un concepto específico de fundación pública a efectos de la normativa de contratación pública:

«1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades: [...] e) Las *fundaciones públicas*. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una *aportación mayoritaria*, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por *bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público* con carácter permanente.

3.º Que la *mayoría de derechos de voto* en su patronato corresponda a representantes del sector público».

Por el contrario, las fundaciones públicas quedan *excluidas del concepto de Administraciones públicas* a efectos de la LCSP (art. 3.2), al mismo tiempo que se declaran expresamente poderes adjudicadores en el artículo 3.3:

«Se considerarán *poderes adjudicadores*, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: [...] b) Las fundaciones públicas».

Las fundaciones son entidades de derecho privado con independencia de que sean denominadas «fundaciones públicas» en la LCSP por contar con una aportación pública mayoritaria, o un patrimonio con origen público en su mayoría o con mayoría de derechos de voto en su patronato atribuidos a entidades del sector público o a patronos designados por un ente público. Incluso entidades con régimen específico, auténticas fundaciones públicas y no sólo de iniciativa pública, como son las fundaciones públicas sanitarias –creadas como entes públicos por el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, que dio lugar a la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, como una fórmula para la gestión de los servicios públicos sanitarios-, no cumplen los requisitos para ser consideradas Administración Pública a efectos de la LCSP, pero sí son poder adjudicador, al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales. En consecuencia, estamos ante «poderes adjudicadores no Administración pública» (en adelante PANAP). El régimen aplicable a sus contratos es el previsto en la LCSP en su Libro tercero, «De los contratos de otros entes del sector público», título I, «Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas», artículos 316 a 320.

1. Relevancia del concepto jurídico de «poder adjudicador»

Tras la entrada en vigor de la LCSP se inició un debate sobre la conveniencia de la atribución de la categoría de poder adjudicador, argumentando la escasa flexibilidad de gestión contractual del régimen jurídico que se les aplica. Sin embargo, la consideración como poder adjudicador no es una cuestión de elección política del legislador básico, sino resultado de la aplicación directa del derecho europeo. La Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, incluye una 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».

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que aplica criterios subjetivo-funcionales, en la Sentencia de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus (as. C-567/15 ECLI:EU:C:2017:736), se recuerda que una entidad adquiere la condición de poder adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas:

- 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.

Las tres condiciones son acumulativas, pero en cambio son alternativos los requisitos para que se cumpla la condición expresada en la letra c). A este concepto funcional se atuvo el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

Primero, la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil (en cuyo caso estaría justificado su sometimiento al régimen jurídico-privado). Al efecto, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria (as. C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4) se afirma que, aunque la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, si hay una función de interés general hay una *vis atractiva* que lleva a que 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*. En sentido coincidente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1998, Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden contra BFI Holding BV (as. C-360/96. ECLI:EU:C:1998:525): estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función sea de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, el criterio del interés público no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo público.

El Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la Sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, citada, que es indiferente que una entidad desempeñe otras actividades además de satisfacer necesidades de interés general. Incluso que sólo constituyan una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la entidad es irrelevante, puesto que ésta sigue encargándose de necesidades que está específicamente obligada a satisfacer. En la Sentencia de 10 de mayo de 2001, Agora y Excelsior (asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99), se insiste en ello:

“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).”

Dado que la condición de organismo público no depende de la importancia relativa en su actividad de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con mayor razón es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial, ejerza actividades mercantiles. Criterios desarrollados en la Sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (Asunto C-18/01. ECLI:EU:C:2003:300):

“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”.

En el mismo sentido, Sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros contra GEWA (Asunto C-337/06. ECLI:EU:C:2007:786)

De la jurisprudencia se trasluce que resulta indiferente 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 (Man-nesmann Anlagenbau, citada, párrafo 25; BFI Holding, citada, p. 55 y 56; Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau AG, asunto C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, párrafos 54-56; Sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/00. ECLI:EU:C:2003:110, párrafo 56; Korhonen, citada, párrafos 57 y 58). En este sentido, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2003, asunto C-283/00, se condena al Reino de España en relación a la contratación de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.:

“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, 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 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”.

Un dato relevante es que, en *ausencia de riesgo empresarial*, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por un 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 que su actividad sea económica o industrial.

Segundo, para ser considerado poder adjudicador la entidad debe tener personalidad jurídica, pero la forma jurídica pública o privada no es un criterio decisivo. Al respecto es relevante la doctrina de la citada Sentencia de 10 de noviembre de 1998, Gemeente Arnhem, asunto C-360/96:

“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”.

En este sentido la Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión c. Reino de España, asunto C-214/00 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 (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».

Tercero, que el control –financiero o por cualquier otro medio- sea de una Administración pública, que la “influencia dominante” sea de un poder público. Es claro en lo relativo a la financiación, complementado con la existencia de un control público de la gestión o que una mayoría de miembros de cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por Administraciones públicas y otras entidades de derecho público. En relación a la participación en el accionariado, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, *The Queen contra H.M. Treasury*, ex parte *The University of Cambridge*, Asunto C-380/98:

« 26 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión que la expresión «financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]», 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 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 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».

« 29 A diferencia tanto de los Gobiernos que han presentado observaciones con arreglo al artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia como de la Comisión, favorables todos ellos a la interpretación cuantitativa del término «mayoritariamente», según la cual debe tratarse de una financiación pública superior al 50 %, la Universidad mantiene que este término debe interpretarse de manera cualitativa. La Universidad considera que sólo pueden tenerse en cuenta aquellas prestaciones que confieren a quien las abona el control sobre la adjudicación de los contratos. No obstante, si lo procedente fuera una interpretación cuantitativa, se requeriría en todo caso una preponderancia de los medios financieros públicos, lo que sucede únicamente, según la Universidad, cuando tales medios representan las tres cuartas partes de la financiación total.

30 No cabe admitir tal interpretación. Además de no tener apoyo alguno en el texto mismo de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, pasa por alto el significado usual del término «mayoritariamente», que, en lenguaje corriente, quiere decir siempre «más de la mitad», sin que resulte necesario el predominio o la preponderancia de un grupo sobre otro.

31 Por otro lado, esta interpretación queda confirmada por el tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), el cual define a la «empresa pública» como una empresa en la que los poderes públicos tienen, directa o indirectamente, la mayoría del capital suscrito de la empresa o disponen de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por ella.

Como ha indicado el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, si basándose en tales requisitos cuantitativos una empresa puede ser calificada de «empresa pública», el mismo criterio debe aplicarse, a fortiori, cuando se trate de determinar en qué condiciones debe calificarse de «preponderante» una financiación pública.

32 Además, la interpretación según la cual debe entenderse que el término «mayoritariamente» significa «más de la mitad» resulta asimismo conforme con lo previsto en uno de los otros supuestos contemplados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. En efecto, a tenor de dichas disposiciones, también debe calificarse de «organismo de Derecho público» todo organismo cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales «más de la mitad» sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público».

« 40 Por consiguiente, la calificación de «entidad adjudicadora» de un organismo como la Universidad 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 que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado.

41 En tales circunstancias, los imperativos de la seguridad jurídica y de la transparencia exigen que tanto la Universidad de que se trate como los terceros interesados sepan, desde el inicio del ejercicio presupuestario, si los contratos previstos para dicho ejercicio están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. De ello se deduce que, a efectos de calificar de «entidad adjudicadora» a una Universidad, el cálculo de su modo de financiación debe efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones».

Concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisión por el poder público. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 2001, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa

(Asunto C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70) se consideran sometidas al régimen de contratación pública las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado. Sobre este punto, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, citada, se 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*».

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2007 (Bayerischer) se aclara qué debe entenderse por “actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales y otros organismos de derecho público”. La calificación resultaba controvertida en relación con diferentes organismos o establecimientos (Anstalten) alemanes de radiodifusión, en su mayoría dependientes de los Länder (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» (párrafo 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 sobre las necesidades financieras declaradas por los propios organismos además de que el cobro del recurso se lleva a cabo «mediante resolución de liquidación, es decir, mediante un acto en ejercicio de funciones públicas».

El Tribunal concluye (parágrafos 47 a 50):

«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».

En todo caso, *cualquier ente considerado como medio propio* será poder adjudicador, sin que sea posible mediante una “forma jurídica” huir de las reglas de la contratación pública. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003 por la que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación (y en sentido coincidente en las subsiguientes de 16 de octubre de 2003, Comisión c. Reino de España, asunto C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544, y 13 de enero de 2005, Comunidades Europeas c. Reino de España, asunto C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14) se afirma 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». 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. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2017, UAB LitSpecMet, citada, se 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 consecuencia, en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales, la naturaleza de poder adjudicador

gador dependerá, no de la personificación jurídica pública o privada, que es indiferente a estos efectos, sino de las notas de control público y de la satisfacción de una actividad de interés general (aunque ésta sea de carácter industrial o comercial). Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico sin funciones administrativas, actuando en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, ni asumir funciones de interés general se excluirá la condición de poder adjudicador y la aplicación de la LCSP (aunque no de sus principios, en virtud de lo previsto en el art. 321 LCSP).

2. La problemática aplicación de la LCSP a las fundaciones de iniciativa pública.

De acuerdo con el art. 26.1, b) de la LCSP, tienen la consideración de contratos privados los “celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas”. Por consiguiente, estos contratos se rigen en cuanto a sus efectos y extinción por el Derecho privado, lo que además está expresamente recogido en el art 319.1 LCSP. Esto no afecta al régimen de su preparación y adjudicación, fases respecto a los que existe una cierta incertidumbre, al menos cuando los contratos no tengan la consideración de armonizados en función de su cuantía. El régimen previsto para los contratos armonizados se aplica en sus propios términos a los PANAP (art. 317 LCSP). En el artículo 318 se establecen las reglas a aplicar por los PANAP cuando liciten contratos públicos no armonizados. En este artículo se realizan dos previsiones: Primero, los contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 40 mil euros en contratos y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 mil euros, podrán “adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”.

Entre ese valor estimado y el umbral de los contratos armonizados, “se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo

I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”.

Las fundaciones del sector público surgieron en buena medida como un mecanismo para evitar la aplicación de la normativa de contratación administrativa. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se pasó a un régimen dual en función de que el contrato estuviera sometido o no a regulación armonizada: a los sometidos a regulación armonizada se les aplicaba una gran parte de la normativa sobre licitaciones y al resto unas instrucciones internas de contratación, aprobadas por la propia fundación, que debían responder a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. La vigente LCSP supuso un paso adelante en la equiparación del régimen jurídico de la contratación de las fundaciones públicas con el régimen general de los contratos públicos.

En el Preámbulo de la LCSP se menciona expresamente la supresión de las instrucciones de contratación de los PANAP –y del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores-, por lo que la Ley establece directamente la regulación que les resulta aplicable. La consecuencia es que deberán adjudicar los contratos por los procedimientos establecidos para las Administraciones Públicas, aunque se les permita utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, excepto el procedimiento negociado sin publicidad, del que sólo podrán hacer uso en los mismos supuestos y con los mismos límites que las Administraciones públicas. La anunciada en el Preámbulo supresión generalizada de las instrucciones internas no se aplica a los entes del sector público que no sean poder adjudicador, sino que esa supresión en el articulado se aplica únicamente los PANAP, respecto a los cuales la parte expositiva de la Ley sí se corresponde con la parte dispositiva.

En consecuencia, en principio para los contratos no armonizados los PANAP disponen de los procedimientos de adjudicación sin más limitaciones que las establecidas para la adjudicación sin publicidad. No obstante, además de esas normas,

hay más de cien artículos en el Título Preliminar y del Libro Primero que son de aplicación a todos los entes del sector público, incluidas las fundaciones públicas.⁵

En este sentido, en la LCSP se pueden distinguir tres categorías de normas:

Primero, las de aplicación a todos los entes, como la delimitación de los tipos contractuales de los artículos 12 a 18, la necesidad del contrato y la eficiencia en la contratación del artículo 28 o el método para calcular el valor máximo estimado del contrato del artículo 101.

Segundo, artículos destinados a las Administraciones públicas que se aplican a los PANAP por remisión expresa en los artículos 316 a 322, como el régimen de los modificados (art. 204 y 205 LCSP)

Tercero, preceptos que se aplican exclusivamente a las Administraciones públicas, como es el régimen de las prerrogativas de la Administración contenido en el artículo 190. Se ha señalado que, si así lo considera el órgano de contratación, un contenido similar podría incorporarse a los contratos privados que celebran los PANAP y en ese caso serán aplicables, pero *ex contractu*, nunca *ex legem*. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes de acuerdo con el art. 1256 del Código Civil, por lo que la introducción por vía contractual de poderes similares a las atribuciones legales de las Administraciones públicas de interpretación unilateral y decisión ejecutiva es mucho más que problemática con carácter general.

Además de lo anterior, la fórmula del art. 318 «se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I» ha suscitado dudas.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado adoptó la Recomendación de 28 de febrero de 2018, en la que entiende que

⁵ MOREO MARROIG, T.: «[Las fundaciones públicas, los contratos no armonizados y la inseguridad jurídica](#)», El blog de Espublico de 10 de agosto de 2018.

se concede a los PANAP la posibilidad de optar por cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones públicas y ello debe entenderse como una *remisión íntegra a la regulación aplicable* a cada uno de estos procedimientos. La Abogacía General del Estado, en la Instrucción 3/2018, concluye que a los PANAP se les aplica el mismo régimen para preparación y adjudicación que a las Administraciones públicas para todo tipo de contratos.

La JCCA del Estado en dicha Recomendación no vinculante considera que existe fundamento jurídico suficiente para concluir que la voluntad de la norma es asimilar ambos conceptos –contratos inferiores a 40.000 o 15.000 euros a contratos menores– y, por tanto, ambos regímenes jurídicos, por lo que a los contratos del artículo 318 a) de la LCSP les será de aplicación el completo régimen jurídico previsto para los contratos menores en el artículo 118 de la misma norma. En el mismo sentido la Abogacía General del Estado en la Instrucción 3/2018 de 6 de marzo de 2018.

En consecuencia, la previsión del artículo 318 LCSP sería de aplicación a todo PANAP, como interpreta la Abogacía del Estado en el Informe 2/2018, de 17 de enero (y con la que coincide la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado):

“A juicio de este Centro Directivo, del artículo 318.b) y del fragmento del Preámbulo de la LCSP que se ha transcrito resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, para los contratos que celebren con un valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre "los mismos" procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP). Ello implica una remisión *in totum* a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación), serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159, y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado

artículo 159), habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicio, en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80.000 euros, en el caso de obras, y a 35.000 euros, en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP), así como su caracterización y objeto.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP se desprende la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas al régimen de contratación propio de éstas, lo que se manifiesta en:

- 1.- La aplicación en bloque de las normas de la LCSP (secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro 11) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recoge el artículo 190 del todavía vigente TRLCSP;
- 2.- La supresión de las Instrucciones Internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos sujetos a regulación armonizada, "estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable" en el artículo 318.b de la LCSP, lo que se concreta en que "deben adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que sólo podrá hacerse uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones".
- 3.- La admisión expresa de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, como contratos menores.

No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento (el del ar-

título 159.6 de la LCSP) legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que pueden acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de garantía definitiva...), que sólo se han previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato”.

Por ello, en relación a los contratos menores (que es un procedimiento simplificado de contratación), a la vista del tenor del artículo 318 LCSP, los PANAPS deben atenerse a las exigencias generales. Puede afirmarse que los contratos a los que se refiere el artículo 318, a) LCSP son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318, a) de los requisitos que establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP. En este sentido el Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado:

«El artículo 318.a) no emplea, nominatim, el término "contratos menores", y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos "podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato" (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores}, no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores».

Y, por ello, concluye:

«El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, habida cuenta de que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo, "diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro", "persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad".

Por lo expuesto, procede concluir en este primer punto que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto».

No es la única interpretación posible. Puede argumentarse que aceptar la posición de la Abogacía del Estado y la JCCA del artículo 318, b) supone vaciar de contenido el precepto, que resultaría claramente redundante: para que los PANAP apliquen los mismos procedimientos en las mismas condiciones que las Administraciones públicas, la previsión del artículo 318 sería innecesaria.

Una parte de la doctrina científica (Blázquez,⁶ Díez Sastre,⁷ Arroyo⁸) ha discrepado de la posición de la Abogacía del Estado y la Junta Consultiva, sosteniendo que el artículo 118 no resulta de aplicación a los PANAP en tanto se encuentra ubicado en las normas de Preparación (Subsección 1ª), cuando el artículo 318 únicamente se refiere a la adjudicación (Subsección 2ª).

No obstante, debe también tenerse en cuenta la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP, en la que se establece el régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. Este precepto fue añadido por la disposición final 44.2 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado y modificado por la disposición final 2 del Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero. En él se eleva a 50 mil euros el umbral de los contratos de servicios o suministro establecido en el art. 118 LCSP para una serie de entidades, algunas de las cuales claramente entran en la categoría de PANAP, fundaciones incluidas: «las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, *fundaciones*, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud». Por tanto, el legislador parece dar por hecho que el art. 118 es aplicable a las fundaciones públicas.

⁶ BLÁZQUEZ LIDOY, A.: “Régimen jurídico de las fundaciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017)”, Anuario de derecho de fundaciones, núm. 1, 2017, pp. 65-154

⁷ DÍEZ SASTRE, S.: “La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017, 2018, pp. 305-347.

⁸ ARROYO DÍEZ, A.: “La adjudicación de los contratos no armonizados por los poderes adjudicadores, no Administración Pública en la nueva Ley de Contratos del Sector público”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2, 2018, pp. 29-35

En el mismo sentido, un sector doctrinal muy cualificado (Gimeno Feliu)⁹ ha defendido que el fin perseguido por el legislador era la uniformización del régimen jurídico de la contratación realizada por los PANAP con el establecido para las Administraciones públicas. Este autor vincula la supresión de las instrucciones internas con contenido sustantivo –siguen siendo posibles con contenidos organizativos puramente internos– con la aplicación de un régimen uniforme de contratación en la preparación y adjudicación, lo que sería además una exigencia derivada del Derecho de la Unión Europea: “los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública deben aplicar los mismos procedimientos de contratación de las Administraciones (lo que es coherente con un modelo funcional de poder adjudicador)”.

Por tanto, el legislador ha equiparado al general el régimen de la preparación y adjudicación de los contratos, lo que es coherente con el Derecho de la Unión Europea, mientras que ha mantenido el régimen privado en los aspectos sustantivos de ejecución y extinción, en los que tiene una total autonomía.

La cuestión debatida ha perdido parte de su trascendencia respecto a los “contratos menores” a partir de la modificación legislativa realizada en su régimen jurídico mediante la modificación del art. 118 LCSP por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. En cuanto a la contratación por encima del umbral de los contratos menores pero por debajo del umbral de regulación armonizada, no parece lógico pensar que el legislador ha querido habilitar a los PANAP a adjudicar una obra de una cuantía ligeramente inferior a la de los

⁹ GIMENO FELIU, J. M.: “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público”, OBCP 7/02/2018. Accesible en <https://www.obcp.es/opiniones/proposito-de-la-contratacion-de-los-poderes-adjudicadores-no-administracion-publica-en-la>

contratos armonizados mediante un contrato abierto simplificado sumario del art. 159.6 LCSP, por poner el ejemplo más extremo. La remisión de los procedimientos, aunque expresada en una forma un tanto confusa, ha de entenderse como remisión en bloque, no sólo respecto a su tramitación, sino también respecto al ámbito y supuesto habilitante aplicable a cada uno de ellos.

III. CONCLUSIONES

Primera. Régimen general.

Con carácter general, una fundación de iniciativa pública o, más genéricamente, una fundación del sector público es una entidad que se rige por lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público. En el artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, se establece que "las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario". No existe previsión al respecto en la legislación básica de régimen local. Sin embargo, en la legislación aragonesa si existe habilitación específica, además de contemplarse la existencia de esas fundaciones del sector público local.

Segunda. Régimen de contratación.

Una fundación la mayoría de cuyo capital fundacional sea de origen público, se financie mayoritariamente con fondos públicos o cuente en su patronato con una mayoría de miembros designados por entidades públicas, es poder adjudicador. Incluso de no cumplir formalmente los requisitos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, habría de examinarse su régimen para determinar si se dan los datos que en el Derecho europeo, que es susceptible de aplicación

directa, configuran ese concepto jurídico, especialmente de acuerdo con el concepto funcional de actividad de interés público.

En consecuencia, deberá aplicar los procedimientos de licitación y las reglas de adjudicación de la Ley de Contratos del Sector Público, pero los contratos que celebre se registrarán en cuanto a su ejecución y extinción por el Derecho privado, con las excepciones establecidas en la propia Ley.

Como se ha dicho, una fundación pública es poder adjudicador no Administración pública (PANAP). Por tanto, le es aplicable ese régimen específico, contemplado en los art. 315 a 320 LCSP. En sus términos literales, podría interpretarse que esos preceptos y especialmente el art. 318 contienen una considerable flexibilización de la aplicación de los procedimientos de licitación y adjudicación a los contratos no armonizados. No obstante, tanto la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como la Abogacía del Estado han defendido en su Informe 2/2018 una interpretación finalista que supone la aplicación en bloque de las normas que regulan los procedimientos de licitación y adjudicación, sin matices. El propio legislador, al modificar el régimen de los contratos menores en el ámbito de la investigación científica parece haber partido de la consideración implícita de que el régimen de estos se aplica también a las fundaciones públicas.

La lógica a que responde el diseño de los distintos procedimientos de licitación también lleva a considerar que la remisión a los mismos ha de entenderse hecha en bloque, comprendiendo también su ámbito específico de aplicación, al que deberán atenerse los PANAP en su actividad de contratación.

Informe 9/2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 24 de octubre de 2023.