

INFORME 01/05 DE 24 DE FEBRERO DE 2005

FUNDACIONES. GRADO DE SUJECCIÓN AL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN ILLESPOORT.

ANTECEDENTES

Por parte de la Secretaria General de Vicepresidencia y Conselleria de Relaciones Institucionales de la CAIB, se eleva consulta a esta Junta Consultiva con petición del oportuno informe, en escrito de fecha 1 de febrero de 2005, que reza así:

“En el marco de una próxima actuación conjunta entre las administraciones públicas de esta comunidad autónoma se han de emprender obras cuyo importe supera ampliamente los 6.242.029€.

En este marco está prevista la actuación con carácter de promotora de las obras, la Fundación para el soporte y la promoción del deporte balear, Illesport, fundación cuyo patrimonio fundacional es público – concretamente de la comunidad autónoma de las Illes Balears y con un Patronato integrado por miembros del gobierno y de la administración autonómica.

El objeto de la Fundación Illesport es la promoción de deporte de alto nivel y, de acuerdo con el artículo 5 de sus estatutos, su objeto social final es la promoción y desarrollo del deporte balear, individual o colectivo de alto nivel, mediante la captación de recursos económicos de toda clase, preferentemente patrocinios públicos y privados que se destinaran al financiamiento de programas de soporte a los deportistas y equipos de alto nivel de las Baleares.

También es objeto de la fundación la promoción de la imagen deportiva de las Illes Balears o de sus deportistas mediante el correspondiente contrato de patrocinio deportivo o figuras similares.

Desde ésta secretaría general y después de haber analizado la normativa contractual nos hemos encontrado con lo siguiente:

- El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece en sus artículos 1 y 2 el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratación. De la interpretación literal de estos preceptos se deduce que las fundaciones no están incluidas en el supuesto de aplicación de la Ley (es decir, una fundación definida como entidad privada no es un organismo público, no es una entidad de derecho público, ni tampoco una sociedad de derecho privado)

- Paralelamente la Ley 50/2002, de fundaciones y en concreto en su artículo 46,5 dispone que la contratación de las fundaciones del sector público estatal se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, excepción hecha a que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios; precepto que entendemos aplicable a las fundaciones de la comunidad autónoma con carácter supletorio vista la falta de normativa autonómica sobre la materia.

- Por otra parte, las directivas comunitarias 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE otorgan al concepto de organismo de derecho público un carácter funcional y por tanto con un alcance superior al atribuido por la legislación estatal.

Por ello ha surgido la duda sobre el grado de sujeción de la fundaciones y solicitamos de la Junta su parecer sobre:

1) Grado de sujeción al TRLCPA por parte de las fundaciones cuando su actividad este financiada mayoritariamente por administraciones públicas.

- Aplicación únicamente de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad*
- Aplicación de las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación o formas de aplicación cuando se superen los límites establecidos en el artículo 2 del TRLCAP*
- Aplicación íntegra de la Ley de contratos*

2) En el caso que se deba aplicar el concepto funcional de organismos de derecho público predicado por las directivas comunitarias, si la Fundación Illesport ha de considerarse comprendida en este concepto.

Se acompaña informe jurídico preceptivo sobre la cuestión planteada de acuerdo con lo que prescribe el artículo 16.3 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la comunidad autónoma de las Illes Balears y Estatutos de la Fundación Illesport.”“

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1. El informe se solicita por parte de la Secretaria General de Vicepresidencia – Conselleria de Relaciones Institucionales, la cual está legitimada para ello en virtud de lo previsto en el artículo 12.1 del D. 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva y en el 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB de 10 de octubre de 1997.

2. A la solicitud se acompaña un informe jurídico, cumplimentándose así lo dispuesto en el artículo 16.3 de dicho Reglamento.

3. La documentación aportada es suficiente para poder emitir el informe que se solicita.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. La primera parte de la consulta tiene como base la duda suscitada respecto del grado de sujeción al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por el RD. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por parte de las fundaciones (sin concretar cuál de ellas), cuando su actividad esté financiada mayoritariamente por administraciones públicas.

Pues bien: Cabe decir, al respecto, que para intentar concretar una respuesta adecuada a la consulta, es preciso analizar (como lo hace el informe jurídico acompañado a la petición de informe) los tres niveles reguladores de la materia relativa a las fundaciones (para concluir cuál sea el aplicable, en caso de discrepancia entre ellos y, por último el grado de sujeción, en su caso, a la LCAP dado por la norma a las fundaciones) y que son los siguientes:

- 1) La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.
- 2) La LCAP y sus normas de desarrollo.
- 3) Las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SEGUNDA. La Comunidad Autónoma no ha llevado a cabo, hasta la fecha, la promulgación de una ley propia en materia de fundaciones, por tanto, la norma de aplicación más directa a las fundaciones dependientes de la CAIB, es la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Esta Ley regula las denominadas fundaciones del sector público estatal y entiende como tales a aquellas en las que concurre alguno de los siguientes requisitos:

a) Estar constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta de la Administración General del Estado, de sus organismos públicos u otras entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las entidades citadas en el apartado anterior.

A la vista de la falta de una regulación específica sobre la sujeción o no de las fundaciones a la normativa o los principios de la contratación pública, muchas fundaciones del sector público estatal, como bien apunta el informe jurídico antes citado, acordaron sujetar su actividad al Derecho privado, prescindiendo de los principios inspiradores de tal contratación y que únicamente se observaban si se disponía la obligación expresa en sus Estatutos fundacionales; no obstante lo anterior, en la actualidad, la Ley 50/2002, ha venido a imponerlos independientemente de esta última circunstancia.

Al respecto que nos ocupa, el artículo 46 de la mencionada Ley, dispone que las fundaciones del sector público estatal deberán someter su contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con esos principios.

Como ya se ha indicado anteriormente, al carecer la CAIB de una legislación propia sobre la materia, le son de aplicación supletoriamente, a las fundaciones de su ámbito competencial las normas de la antedicha Ley 50/2002.

Estaríamos de acuerdo, pues, que del examen de la legislación específica sobre Fundaciones se deduce que las del sector público deberán observar los principios de la contratación pública (publicidad, concurrencia y objetividad) sin que les sea de obligatoria observancia los preceptos de la LCAP.

TERCERA. Por su parte la LCAP, en sus artículos 1 y 2 y disposición adicional sexta, determina su ámbito de aplicación subjetiva y consecuentemente, de su estudio, se podrá determinar el grado de sometimiento a ella de las fundaciones, entre otras entidades. Se dan los siguientes grados de sometimiento:

1. Las Administraciones Públicas del artículo 1. 2 de la LCAP., los Organismos Autónomos en todo caso, y el resto de entidades de derecho público en quienes concurren los requisitos de los apartados a) y b) del número 3 de este artículo están plenamente sometidas a la ley de contratos de las administraciones públicas.

2. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo 1 de la LCAP, o sea, en las que falte alguno de los requisitos de los apartados a) o b) del artículo 1 del indicado cuerpo legal y, las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y en las que, además, concorra alguno de los requisitos de la letra b) del punto 3 del artículo 1 de la LCAP, estarán sometidos a la legislación de contratos de las administraciones públicas en cuanto a la capacidad de

las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos sea igual o superior a 6.242.028 € para los de obras, o a 249.681 € para los de suministros, consultoría y asistencia y servicios.

3. Para los contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia y servicios de cuantías inferiores a las señaladas en el punto anterior de este informe, las entidades antes descritas deberán, exclusivamente, ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia tal y como señala la disposición adicional sexta de la LCAP. No obstante esta afirmación, esta disposición solamente habla de las sociedades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de la LCAP, omitiendo, expresamente o por error, a la entidades de derecho público de las que habla en el mismo precepto legal, lo que equivaldría afirmar que a aquéllas no les es de aplicación ni los principios de la contratación pública ni menos la normativa de contratos de las administraciones públicas.

4. Sociedades de derecho privado creadas para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil. A estas no les es de aplicación la legislación de contratos de las administraciones públicas ni los principios de la contratación pública, rigiéndose en toda su actividad contractual por el Derecho Mercantil o el Civil según corresponda. No les es de aplicación ni aún en el supuesto de que concurren en ellas todos los requisitos de la letra b) del apartado 3 del artículo 1º de la LCAP.

CUARTA. Del examen jurídico de la norma contractual pública se desprende con claridad que el elemento que determinará el grado de sometimiento de las sociedades de derecho privado creadas por la Administración a la normativa de contratos de las administraciones públicas será la naturaleza del objeto social de las mismas, así:

Si el objeto social es industrial o mercantil la actividad contractual de la sociedad estará plena y exclusivamente sometida al derecho privado, y ello incluso en el caso de que aquélla haya sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general.

Por otro lado, si la sociedad ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general y no tiene un carácter mercantil o industrial y no concurre ninguno de los requisitos de la letra b) del apartado 3 del artículo 1 de la LCAP ajustarán su actividad contractual a las normas de derecho privado.

Si la sociedad de derecho privado ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurre en ella alguno de los requisitos de la letra b) del apartado 3 del artículo 1 de la LCAP, su sometimiento a la normativa contractual de las administraciones públicas

dependerá del importe del contrato que se esté examinando en cada momento: si el contrato es de obras y su cuantía es igual o superior a 6.242.028 € o siendo de suministro, consultoría y asistencia y servicios y su cuantía es igual o superior a 249.681 €, la actividad contractual quedará sujeta a la prescripciones de la LCAP en cuanto a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. En todos aquellos contratos de cuantías inferiores, la actividad contractual de la sociedad se sujetará únicamente a los principios de publicidad y concurrencia.

En ningún momento la LCAP hace referencia a otras formas jurídicas de entidades, ni públicas ni privadas, como pudieran ser las Cooperativas, o las propias Fundaciones, por lo que en una interpretación restrictiva habría que afirmar que el régimen jurídico contractual de la fundaciones públicas será el que viene establecido en sus estatutos fundacionales y, con carácter general para las fundaciones públicas, en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

QUINTA. Sin embargo, las Directivas comunitarias europeas en la materia y una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (13 de enero de 2005) han venido a dar una nueva visión legislativa y jurisprudencial sobre el tema.

Así, la pertenencia de España a la Unión europea ha exigido la adecuación de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario, recogido, en materia de contratación administrativa, en diversas Directivas, aplicables precisamente por su carácter de Derecho comunitario, a todas las Administraciones. Públicas. Son las Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y la más reciente 2004/18/CE, todas ellas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de diversos tipos de contratos públicos.

En todas ellas se mantiene el mismo concepto de “poderes adjudicadores” identificando éstos con el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. Seguidamente, las Directivas, definen lo que debe entenderse por “organismo de Derecho público”, diciendo que así será considerado cualquier organismo:

- “a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) dotado de personalidad jurídica y;
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien 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.”

El Reino de España procedió a la adaptación de la LCAP (artículos 1 y 2 y disposición adicional sexta antes estudiados) al contenido de las Directivas de 1993 y en concreto al concepto comunitario de poderes adjudicadores.

SEXTA. No obstante esta adaptación de la legislación española a la normativa comunitaria en materia de contratación pública, una reciente sentencia, de 13 de enero de 2005, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado que el Reino de España no ha adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno , en concreto el TRLCAP, al haber excluido del ámbito de aplicación de ésta a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b) de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE antes descritas.

Mantiene el Tribunal de Justicia Europeo que el Reino de España ha optado por una interpretación literal del concepto de “organismo de Derecho público” al considerar que las Directivas no contemplan dentro del concepto a las sociedades mercantiles bajo control público y distingue entre el concepto de organismo de Derecho público y el de Empresa Pública cuya definición se corresponde con el de sociedad mercantil pública.

Según el Tribunal, para resolver la cuestión de la calificación de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE y en la actualidad la Directiva 2004/18/CE artículo 1, punto 9.

Así, ha dictaminado el Tribunal europeo que para ser considerado un organismo de derecho público , basta la existencia de tres requisitos:

- 1) Que se haya creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- 2) Que tenga personalidad jurídica propia.
- 3) Que su actividad dependa estrechamente del Estado, entes territoriales u otras entidades de derecho público.

La misma jurisprudencia reitera la interpretación funcional del concepto “organismo público”, concluyendo que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio de exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas.

SEPTIMA. Numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han mantenido que las Directivas de la Unión Europea (19 enero 1982, 30 septiembre 1988, 22 junio 1989), tienen efectos jurídicos directos si no están sometidas a condición alguna y son lo suficientemente precisas. Con ello se quiere indicar que son de aplicación directa al supuesto que nos ocupa y, en consecuencia, dada la inexistencia de normativa específica de ámbito español sobre la materia, así como en la de la Comunidad autónoma y vista la plena vigencia y aplicación de las Directivas Comunitarias así como la jurisprudencia aclaratoria, con independencia de la denominación estatutaria que quiera darse a las fundaciones, deben primar las Directivas y estarse a lo en ellas dispuesto, afirmando que la calificación de una fundación como organismo de derecho público dependerá de que en ellas se den los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE y en la actualidad la Directiva 2004/18/CE artículo 1, punto 9. En este caso, y refiriéndose a la legislación española, les sería de aplicación el artículo 1, punto 3 de la LCAP, en cuanto a la celebración de los contratos a que se refieren los artículos 7 y 8 de esta última Directiva, debiendo estarse en tales supuestos para calcular el valor estimado de dichos contratos, al método fijado en el artículo 9 de la misma Directiva.

CONCLUSIÓN

Respecto a las fundaciones, en general, para determinar el grado de sujeción de su actividad contractual a la LCAP, dependerá de que en ellas se den los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE y en la actualidad la Directiva 2004/18/CE artículo 1, punto 9. En este caso, y refiriéndose a la legislación española, les sería de aplicación el artículo 1, punto 3 de la LCAP, en cuanto a la celebración de los contratos a que se refieren los artículos 7 y 8 de esta última Directiva, debiendo estarse en tales supuestos para calcular el valor estimado de dichos contratos, al método fijado en el artículo 9 de la misma Directiva.

Aprobado por la Comisión Permanente