

LAS FUNDACIONES **Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Martín María Razquin Lizarraga
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: FUNDACIONES PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO Y DEL SECTOR PRIVADO. 2. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO. LA REGULACIÓN DE LA LEY DE FUNDACIONES. 3. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO PODERES ADJUDICADORES. 3.1. *La inclusión de las fundaciones públicas en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público.* 3.2. *Contratos del sector público, contratos privados y contratos sujetos a regulación armonizada.* 3.3. *Las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público aplicables a las fundaciones públicas.* 3.4. *Las garantías de la observancia por las fundaciones públicas de las normas sobre contratación pública.* 4. LAS FUNDACIONES COMO MEDIOS TÉCNICOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. 5. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO CONTRATISTAS. 6. UN EJEMPLO DE REGULACIÓN AUTONÓMICA DIFERENTE: NAVARRA. 7. LAS FUNDACIONES NO PÚBLICAS Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 7.1. *Las fundaciones no públicas como poderes adjudicadores.* 7.2. *Los contratos subvencionados de las fundaciones no públicas*

LAS FUNDACIONES Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN: FUNDACIONES PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO Y DEL SECTOR PRIVADO

El papel social y económico que cumplen las fundaciones es innegable, especialmente en lo que se denomina el tercer sector. Asimismo su número es muy elevado y no para de acrecentarse¹.

Las fundaciones, con independencia del sector en que puedan integrarse, son entes privados y como tales, están sometidas (principalmente) al Derecho Privado².

Las Administraciones públicas han irrumpido en el mundo fundacional creando fundaciones vinculadas o dependientes de ellas, por más que se configuren bajo forma privada³. Así es necesario diferenciar entre fundaciones

¹ Son muy ilustrativos los datos que ofrecen M. A. CABRA DE LUNA, "Perspectivas de futuro", y C. PARAMÉS MONTENEGRO, "Las fundaciones en España", en la obra colectiva dirigida por J. M. BENEYTO PÉREZ, *Tratado de fundaciones*, Ed. Bosch, Barcelona 2007, pp. 1591-1671 y pp. 1483-1524, respectivamente.

² Así lo declara la STS de 27 de abril de 2005 (RJ 2005/4557) al afirmar que "nada impide que personas jurídicas de derecho público constituyan fundaciones privadas salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (art. 6 LF/1994) por lo que resulta factible fundaciones privadas de iniciativa pública que serán verdaderas fundaciones y no organismos públicos ni entes públicos de otra naturaleza, y menos aún existen restricciones a la existencia de fundaciones «mixtas», situación en la que se incardinaría la aquí controvertida, a cuya creación concurren como fundadores sujetos de derecho público y sujetos de derecho privado. Una vez constituida la fundación su patrimonio es absolutamente independiente del propio de las instituciones que la creó por lo que no es posible imputar a los entes fundacionales deudas económicas de la nueva persona jurídica. Ambas modalidades como fundaciones privadas se encaminan a la consecución de los fines fundacionales de interés general reflejados en los Estatutos por voluntad de sus creadores, «públicos» o «privados» o «públicos y privados», que también podrán determinar libremente su órgano de gobierno -Patronato- con la única sujeción de un número mínimo de miembros (art. 12 LF/1994)" (F. de D. 2º, párrafo 4º). Como bien señala esta Sentencia, el derecho aplicable al caso era la Ley de Fundaciones de 1994, a la que ha seguido la vigente LF de 2002 que añade a la anterior una regulación expresa de las fundaciones del sector público estatal.

³ El estudio se va a centrar en las fundaciones privadas del sector público, a las que se va a denominar fundaciones públicas, a pesar de ser entes privados. Todas aquellas fundaciones que son entes públicos (las fundaciones sanitarias, por ejemplo) quedan excluidas de este estudio. Respecto de éstas no cabe ninguna duda de la aplicación directa de la LCSP por tratarse de organismos públicos. Me remito a M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Ed. M. Pons, Madrid, 1999 y "Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones sanitarias en mano pública", en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (Dir.), *Comentarios a*

del sector público y aquellas que no pertenecen al mismo. Esta diferencia, como va a verse en el presente estudio, es fundamental en orden a su régimen jurídico y, sobre todo, en cuanto a la aplicación de las normas sobre contratación pública.

La presente comunicación pretende dar cuenta de la aplicación a las fundaciones de la normativa sobre contratación pública. A tal efecto es importante observar cómo en el Perfil de Contratante⁴ que figura en el Portal de Contratación del Estado aparecen relacionadas diversas fundaciones tanto del sector público como del sector privado⁵.

El punto de partida no puede ser otro que la Ley reguladora de las fundaciones, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre (en adelante LF), que tras ofrecer una regulación general de todas las fundaciones, como entes de naturaleza privada, contempla asimismo como una subespecie del fenómeno fundacional a las fundaciones del sector público estatal. Quedan fuera de ella, por razones competenciales, las fundaciones del sector público autonómico o local⁶.

No obstante, dicha Ley estatal (así como las normas autonómicas o locales) deberá ser completada por lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de

las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 753-760; J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Ed. M. Pons, Madrid, 2000, p. 247; y J. M. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público, en especial el ámbito sanitario*, Ed. Iustel, Madrid, 2006. En el ámbito sanitario coinciden tanto las fundaciones sanitarias constituidas por entes públicos (entidades privadas) con las fundaciones públicas sanitarias (organismos públicos), diferencia que se observa de forma nítida en el estudio de M. E. SERRANO CHAMORRO, “La prestación de servicios sanitarios”, *Tratado de fundaciones*, cit., pp. 905-962.

⁴ El perfil del contratante aparece regulado en el artículo 42 LCSP. Se obliga a todas las entidades públicas o privadas sometidas a la LCSP a que cuenten con un sistema de publicidad informática en el que difundan su perfil del contratante, es decir, su carácter de órgano de contratación para todos aquellos contratos que estén sujetos a la LCSP.

⁵ A efectos puramente enunciativos cabe referirse a algunas de las fundaciones que aparecen en el Portal de Contratación del Estado con su perfil de contratante: Fundación Colección Thyssen Bornemisza, Fundación Lázaro Galdiano, Fundación Privada Rego, Fundación Víctimas del Terrorismo, Fundación Tripartita para la Formación en el empleo, ANECA (Fundación Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación), Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, Fundación Ciudad de la Energía, Fundación para el Desarrollo de la Investigación en Genómica y Proteómica y Basque Culinary Center Fundazioa.

⁶ Asimismo quedan sometidas a su regulación específica, y por tanto excluidas de la aplicación de la Ley 50/2002 las fundaciones sanitarias (disposición adicional 3ª), las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 23 de abril, sobre nuevas formas de gestión del Servicio Nacional de Salud (disposición adicional 4ª), y las fundaciones del Patrimonio Nacional (disposición adicional 1ª).

octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP), interpretada a la luz de lo dispuesto por la Directiva 2004/18/CE.

Habida cuenta de la aplicación directa y principal de la LCSP a las fundaciones del sector público, el presente estudio se va a centrar en su análisis, pero sin olvidar que también la LCSP puede aplicarse en determinados casos, en principio más bien excepcionales, a las demás fundaciones.

Las cuestiones fundamentales que se van a examinar son las tres siguientes:

1ª. Las fundaciones del sector público como poderes adjudicadores.

2ª. Las fundaciones del sector público como medios propios de las Administraciones Públicas.

3ª. Las fundaciones del sector público como contratistas.

A estas tres cuestiones principales se van a adicionar dos más específicas. La primera de ellas la constituye el examen de la regulación de la Comunidad Foral de Navarra (una Comunidad Autónoma singular de España) que establece un régimen especial de la contratación de las fundaciones públicas. Y en segundo lugar, se planteará la extensión de la aplicación de la LCSP a las fundaciones privadas, es decir, aquéllas que no pertenecen al sector público.

Hay que advertir que se va a utilizar de forma indistinta la denominación de fundación pública como equivalente a la de fundación del sector público, sin que ello suponga merma alguna del entendimiento de las fundaciones públicas como entes privados⁷. Se adopta, así pues, el *nomen* de “fundaciones públicas” para referirse a las fundaciones privadas del sector público, aun siendo consciente de la diversidad de clases existente⁸.

⁷ Se va a aplicar el mismo concepto que se utiliza para las sociedades privadas del sector público, que son denominadas directamente como sociedades públicas o empresas públicas. Este concepto de fundación pública aparece de forma expresa en diversos ordenamientos autonómicos. Valgan a título de ejemplo, el de la Comunidad Foral de Navarra, en su Ley Foral de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre), en Cataluña (reforma del Código Civil) y en Canarias (Ley 11/2006, de Hacienda Pública de Canarias, que introduce la regulación de las fundaciones públicas en la Ley 2/1998, de 6 de abril de Fundaciones Canarias). Cabe recordar cómo J. L. PIÑAR MAÑAS propuso que se les diera la denominación de “fundaciones administrativas” (“Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 97/1998, p. 62).

⁸ Me remito a las clasificaciones que efectúa la doctrina, por ejemplo, A. B. CASARES MARCOS, “Tipología fundacional”, en *Tratado de fundaciones*, cit., pp. 205-227; M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Ed. Atelier, pp. 105-108; J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “Fundaciones de la Administración Pública”, en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, cit., pp. 670-673; y J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Ed. M. Pons, Madrid, 2010, pp. 422-425.

2. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO. LA REGULACIÓN DE LA LEY DE FUNDACIONES

La LF define en su artículo 2 como fundaciones a “las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”. Y en su artículo 8.1 permite que puedan constituir fundaciones, además de las personas físicas, las personas jurídicas tanto sean privadas como públicas.

Más adelante, tras ofrecer la regulación básica de las fundaciones⁹, el Capítulo XI de esta Ley regula las fundaciones del sector público estatal. A ellas se limita, por lo que para las fundaciones del sector público autonómico es preciso acudir a la normativa de cada Comunidad Autónoma que contiene una definición y regulación propias¹⁰. Sin embargo, no hay un concepto definido de las fundaciones del sector público local, dado que la normativa local no se refiere a ellas, a pesar de contener una regulación más pormenorizada de los medios de gestión de los servicios públicos locales¹¹.

Por tanto, aquí se va a hacer referencia a las fundaciones del sector público estatal, como modelo genérico de las fundaciones públicas, aunque como se acaba de advertir puedan existir ligeras variantes en los ordenamientos autonómicos sobre las fundaciones del respectivo sector.

La LF ofrece el siguiente concepto de fundaciones públicas (del sector público estatal)¹² en su artículo 44 que dice así:

⁹ Sobre la materia competencial, con datos de la actividad normativa autonómica, véase M. CUNILLERA I BUSQUETS, “Las competencias de las Comunidades Autónomas”, en *Tratado de fundaciones*, cit., pp. 1083-1140.

¹⁰ Para el examen de la normativa autonómica me remito a los trabajos relativos a cada Comunidad Autónoma contenidos en la obra colectiva dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2009, Ed. Iustel, Madrid 2009. En cualquier caso su concepto se asemeja en líneas generales a lo dispuesto en la LF para las fundaciones del sector público estatal.

¹¹ Así E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET han señalado que la constitución de fundaciones por los entes locales es una posibilidad no prevista en la legislación de régimen local pero inherente a la libre organización de los servicios públicos locales (*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen en constitución. La singularidad de las fundaciones locales*, Ed. Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005, pp. 116-121). V. ALMONACID LAMELAS ha señalado que las fundaciones están descatalogadas de la normativa local, aunque las entidades locales recurren a esta forma privada en numerosas ocasiones (*Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 701, dedicando las páginas 705-713 al estudio de las fundaciones locales).

¹² No es éste el lugar para entrar en el debate sobre la procedencia y naturaleza de las fundaciones del sector público. Para dicha visión me remito a los numerosos estudios de J. L.

“A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”.

Es importante tener en cuenta que la LF modificó lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria (su texto refundido de 1988), por lo que su disposición final segunda dio nueva redacción al artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria entonces vigente para asimilarla a la contenida en la LF.

Ahora la nueva Ley General Presupuestaria, aprobada mediante Ley 47/2003, de 26 de noviembre, efectúa una remisión directa a la LF al incluir dentro del sector público estatal “las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones” (art. 2.1.f)), que forman el sector público fundacional (art. 3.3).

Las fundaciones del sector público son entidades privadas a las que se les aplica el régimen jurídico específicamente previsto en los artículos 45-46 LF y, en lo demás, el régimen general de cualquier fundación.

En lo que aquí interesa, el artículo 46.5 LF establece que “su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”¹³.

PIÑAR MAÑAS, de los cuales cabe citar aquí, “Tercer sector, sector público y fundaciones”, en *Revista Española del Tercer Sector* núm. 1/2005, pp. 15-36 y también en *XIII Congreso Italo- Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Ed. Cedecs, Barcelona 2002, pp. 241-300. Vid. también J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, cit., pp. 435-456, quien señala que constituyen una “*contradictio in terminis*”. Incluso J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha planteado la constitucionalidad de estas fundaciones públicas (“Fundaciones privadas del Sector público: Problemas de constitucionalidad”, en *XIII Congreso Italo- Español de Profesores de Derecho Administrativo*, cit., pp. 301-332).

¹³ Como señala GONZÁLEZ CUETO, este precepto perseguía una aplicación puramente de principios, pero entendiendo que el Derecho material aplicable a las fundaciones del sector público estatal era el Derecho Privado por ser las fundaciones entes privados (*Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 364-366). Como se verá, se trata de una pretensión e interpretación legal absolutamente incompatibles con la normativa comunitaria sobre contratos públicos y, ahora, con la LCSP.

Sin embargo, la Ley General Presupuestaria de 2003 corrigió estas previsiones, ordenando que se les aplicara el régimen general de la contratación de las entidades integrantes del sector público estatal (art. 4.2.g)).

La regulación de la LGP constituye, así pues, una derogación tácita del artículo 46.5 LF, que debe entenderse sustituido en este momento por lo dispuesto en la LCSP. Así también la propia disposición derogatoria única de la LCSP opera en el mismo sentido dejando sin vigencia el precepto citado de la LF.

Todo ello nos conduce directamente a la aplicación de la LCSP a las fundaciones públicas. No debe olvidarse en ningún momento que la LCSP es la adaptación o transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/18/CE, por lo que la Directiva constituye no sólo un instrumento de interpretación de los preceptos de la normativa estatal sino también una norma directamente aplicable en aquellos supuestos en los que, siendo clara y explícita, sus preceptos no hayan sido objeto de transposición completa y correcta.

3. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO PODERES ADJUDICADORES¹⁴

3.1. La inclusión de las fundaciones públicas en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público

Uno de los principales problemas de la legislación sobre contratos públicos ha sido su ámbito de aplicación subjetiva, es decir, qué entidades se hallan sometidas a sus preceptos¹⁵. El problema principal ha consistido en la actuación de las Administraciones Públicas bajo formas privadas, sociedades y fundaciones públicas, de las que se han servido (o al menos, se han pretendido servir) para huir de la aplicación de la normativa sobre contratación pública. El

¹⁴ Veáanse los estudios generales sobre esta materia de S. MUÑOZ MACHADO, “Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos”, *Anuario de Fundaciones* 2009, cit., pp. 153-176; F. HIDALGO ABÍA, “La contratación pública en el sector público empresarial y en las fundaciones en mano pública. Especialidades en la preparación y adjudicación de los contratos. Especial incidencia de las modificaciones contractuales en estos contratos”, en *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, 2009, pp. 205-229, y, con referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía, M. MESA VILA, “La Ley 30/2007, de Contratos del sector público y su influencia en el régimen de contratación de las fundaciones del sector público andaluz”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 69/2008, pp. 303-343.

¹⁵ Así lo refiere igualmente J. M. GIMENO FELIU, “Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la Ley de Contratos del sector público”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 298/2009, pp. 55-70.

fenómeno de la huída del Derecho Administrativo¹⁶ tenía como una de sus causas principales la utilización de medios o formas privadas, para excluir la aplicación de las normas administrativas sobre contratación pública. Y el recurso a estas técnicas subjetivas como medio de huída del régimen jurídico de la contratación pública ha encontrado siempre la condena del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJCE) que ha tenido que ocuparse en un gran número de casos de estos intentos de articular vías de escape a la aplicación del Derecho Comunitario.

El Reino de España ha sido también un destacado artífice de esta conducta. Buena muestra de ello son las condenas recibidas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁷, y asimismo las diversas modificaciones, operadas a regañadientes, en la legislación básica de contratación pública extendiendo poco a poco el ámbito subjetivo en aras de adecuarlo a los perfiles definidos en la normativa comunitaria europea¹⁸.

¹⁶ J. L. PIÑAR MAÑAS se ha referido en varios de sus trabajos a este fenómeno respecto de las fundaciones públicas y advertía de la necesidad de observar ciertas cautelas frente al intento de huida del Derecho administrativo (“Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, cit., p. 46-50 y *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, cit., pp. 217-223). Es, asimismo ilustrativo, el estudio de J. L. BERMEJO LAUTRE, “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del derecho administrativo, en la obra colectiva F. SOSA WAGNER (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, v. I, pp. 935-960. Vid. también J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, cit., pp. 413-418, y T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, cit., pp. 340 y 364.

¹⁷ Las condenas más recientes a España por incumplimiento son las siguientes: Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-214/00), por transposición insuficiente de la Directiva 89/665/CEE de recursos; Sentencia de 16 de octubre de 2003 (C-283/00), por la que se considera que una empresa pública (SEIPSA) es un poder adjudicador sometido a las Directivas sobre contratos; Sentencia de 13 de enero de 2005 (C-84/03), al considerar que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas no respeta las Directivas comunitarias; Sentencia 9 de marzo de 2006 (C-323/03), por incumplimiento del Reglamento comunitario nº 3577/92 en relación con la libre prestación de servicios de transporte marítimo en la Ría de Vigo; y Sentencia de 3 de abril de 2008 (C-444/06), en la que se declara que la Directiva 89/665/CEE de recursos no ha sido transpuesta de forma suficiente. Con base en esta jurisprudencia E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET afirmaban la necesaria sujeción de la contratación de las fundaciones a los requerimientos de las Directivas comunitarias (*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen en constitución. La singularidad de las fundaciones locales*, cit., pp. 88-97).

¹⁸ Basta ver las reformas operadas en los años 2003, 2005 y 2006 en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la disposición transitoria 7ª LCSP que dispone la aplicación anticipada del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley.

De esta conducta reiterada se constata un *animus* ciertamente restrictivo e, incluso, entorpecedor en la aplicación del Derecho comunitario¹⁹. Y así se configura un doble régimen jurídico de la contratación del sector público estatal que no tiene el carácter de Administración Pública, dado que sólo se aceptan las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE que son de obligado cumplimiento como algo inevitable, pero sin pretender la creación de un sistema homogéneo de contratación pública extensible por igual a todo el sector público.

La LCSP viene a dar respuesta a los incumplimientos del Reino de España²⁰ e incluye de forma expresa dentro de su ámbito subjetivo a las fundaciones públicas²¹. En concreto, su artículo 3.1 considera que forman parte del sector público estatal a los efectos de dicha Ley “las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades” (letra f).

Como puede verse, este precepto de la LCSP es una simple copia del artículo 44 LF, con lo cual el concepto de fundaciones públicas del sector público estatal es plenamente coincidente dentro del ámbito general, presupuestario y contractual.

Ello significa que todas las fundaciones del sector público (estatal) están sometidas a lo dispuesto en la LCSP, confirmándose la derogación tácita de lo dispuesto en el artículo 46.5 LF.

Es preciso advertir, empero, una notable divergencia entre lo dispuesto en la LF y las previsiones de la LCSP. La LF regula únicamente las fundaciones del sector público estatal y, por tanto, sus preceptos en esta materia (arts. 44-46) no tienen carácter de legislación básica. Por el contrario, la LCSP se refiere a

¹⁹ Así lo destaca de forma crítica J. A. MORENO MOLINA, en J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático*, 2ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 207-232.

²⁰ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ destacaba la consideración de las fundaciones públicas como “organismos de Derecho público” a los efectos de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, denunciaba su incorrecta transposición en España y exigía la aplicación de aquellas por su efecto directo (“Fundaciones de la Administración Pública”, cit., pp. 722-736).

²¹ Se resuelven así las dudas que pudieran existir respecto del ámbito de aplicación subjetiva del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que habían llevado a algún autor a recomendar la asunción voluntaria de la normativa contractual pública por las fundaciones del sector público por su evidente condición de poderes adjudicadores a los efectos de las Directivas (M. SUEIRAS PASCUAL, “La delimitación del ámbito subjetivo de la aplicación del TRLCAP: especial referencia a las fundaciones del sector público (estatal)”, en *Auditoría Pública* núm. 34/2004, pp. 75-86).

todas las fundaciones públicas²², tanto del sector público estatal, como autonómico o local.

Así pues, la LCSP se aplica a todas las fundaciones públicas, con independencia de la Administración pública o ente público del que dependan.

Todas las fundaciones públicas tienen, en principio, el carácter de poderes adjudicadores (art. 3.3 LCSP). Si ponemos en relación este precepto con lo dispuesto respecto de las fundaciones en el apartado 1.f) LCSP, se deduce que todas las fundaciones públicas son un poder adjudicador dado que su financiación o control estarán en manos de una Administración Pública.

La LCSP exige, además, que los poderes adjudicadores hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, lo que encaja plenamente con el concepto esencial de fundación que persigue fines de interés general (art. 3 LF).

Sin embargo, la LCSP excluye del concepto de poder adjudicador aquellas entidades que aun habiendo sido creadas para satisfacer necesidades de interés general, éstas tengan carácter mercantil o industrial²³.

La Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado entiende que las fundaciones del sector público estatal sólo desarrollan actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial²⁴. Consecuencia de ello es que siempre serán poderes adjudicadores y les será de aplicación la LCSP.

²² La LCSP se refiere de forma expresa a las fundaciones del sector público en la letra f) de su artículo 3.1, pero no hay que olvidar que también cabe incluir en su ámbito de aplicación a las fundaciones del sector privado cuando éstas puedan ser incardinadas en la letra h) del mismo artículo. A esta segunda cuestión se dedicará la parte final del presente estudio.

²³ La LCSP contiene una brevísima regulación de los contratos realizados por los entes del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador en lo relativo a la adjudicación de los contratos que celebren (art. 176). Dicho régimen es muy similar al previsto para los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada (art. 175). La regulación es prácticamente sólo principal, aunque estos principios son principios jurídicos de obligado cumplimiento de los que el TJCE ha extraído consecuencias prácticas importantes entendiendo que los preceptos de los Tratados son directamente aplicables.

²⁴ J. M. PÉREZ GÓMEZ se pronuncia en idéntico sentido al de la Instrucción citada (comentario al artículo 173 LCSP en la obra colectiva dirigida por L. PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA, *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, v. 3, Ed. Bosch, Barcelona 2009, pp. 1625-1626). Así también F. HIDALGO ABÍA afirma que las fundaciones públicas siempre han de crearse para fines de interés general y han de constituirse sin fines de

A pesar de ello, si las fundaciones públicas desarrollaran actividades mercantiles o industriales de forma parcial²⁵ también se les aplicaría la LCSP, por exigencia de las Directivas de contratación pública.

Para examinar esta cuestión hay que tomar como punto de partida la LF. A la vista de las finalidades expresadas a título enunciativo en el artículo 3.1 LF parece difícil entender la existencia de fundaciones que tengan con carácter exclusivo actividades de carácter mercantil o industrial. El artículo 24 LF les permite desarrollar asimismo actividades económicas con una previsión expresada en términos muy amplios: “actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas”, añadiendo la intervención en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades.

Para las fundaciones de competencia estatal la realización de actividades económicas se encuentra más detallada en los artículos 24 y 25 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre. En concreto, el artículo 24 parece diferenciar entre dos tipos de actividades:

a) las actividades propias, que son aquellas que se realizan por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación.

b) Las actividades complementarias o accesorias, a las que el apartado 2 del artículo 23 reglamentario se refiere con el adverbio “además”.

El apartado 2 del artículo 23 dice así:

“Las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro, siempre que su objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas, con sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia.

Asimismo, las fundaciones podrán realizar cualquier actividad mercantil mediante la participación en sociedades, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

lucro, por lo que éstos no pueden ser mercantiles o industriales” (“La contratación pública en el sector público empresarial y en las fundaciones en mano pública...”, p. 212).

²⁵ S. MUÑOZ MACHADO ha resaltado el desarrollo de actividades mercantiles por el tercer sector, señalando que se ha convertido en una práctica absolutamente generalizada (“El Tercer Sector: entre el Estado y el Mercado”, en *XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, cit., p. 235).

Y el artículo 24 regula la participación de la fundación en sociedades mercantiles.

Esta regulación pudiera plantear problemas para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, para el hipotético caso de fundaciones del sector público que pudieran realizar parcialmente actividades de carácter mercantil o industrial. Sin embargo, como de inmediato se va a precisar, se trata de una cuestión ya resuelta por la jurisprudencia del TJCE.

No importa que el ente privado del sector público realice actividades de interés general que no sean de carácter mercantil o industrial y asimismo actividades de interés general de carácter mercantil o industrial. La Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998 (*Mannesmann Anlagenbau Austria*, Asunto C-44/96) versa sobre esta cuestión en relación con determinados contratos realizados por la Imprenta del Estado austríaco, que había sido creada como una entidad autónoma, con personalidad jurídica y sometida al Derecho mercantil, con la calidad de comerciante a los efectos del Código mercantil y como tal inscrita en el Registro Mercantil, y que tenía como misión tanto el desarrollo de funciones de interés general no mercantiles o industriales (producción de material impreso como pasaportes, permisos de conducir, documentos de identidad, Diario Oficial Federal, etc.) como otras de carácter mercantil o industrial (producción de otros impresos, edición y distribución de libros, etc.). El TJCE examina el cumplimiento de los tres requisitos acumulativos para que sea considerada como “organismo de Derecho público” y, por ende, poder adjudicador sometido a las Directivas de contratación pública. El problema radicaba en el primer requisito dado que la Imprenta Oficial cumplía tanto finalidades de interés general no mercantiles e industriales como otras que sí tenían dicho carácter. El TJCE declara que la Imprenta Oficial cumple este primer requisito dado que cuando menos parcialmente ha sido creada para cumplir necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial.

Esta doctrina ha sido reiterada de forma más rotunda en la Sentencia del TJCE de 10 de abril de 2008 (C-393/06), donde se afirma lo siguiente: “Procede añadir que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público (véanse, en este sentido, las sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, antes citada, apartado 25; de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 56, así como *Korhonen* y otros, antes citada, apartados 57 y 58)”.

Asimismo es indiferente que en la realización de estas actividades de carácter no mercantil o industrial el ente del sector público coincida con otros entes auténticamente privados que desarrollan asimismo este tipo de actividades (Sentencia del TJCE de 10 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96). Y así el fallo de esta Sentencia declara que “el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas”.

Así pues, cabe concluir que las fundaciones públicas están sometidas a los preceptos de la LCSP, en los términos que más adelante se van a precisar.

3.2. Contratos del sector público, contratos privados y contratos sujetos a regulación armonizada

Una vez sentada la inclusión de las fundaciones públicas en el ámbito subjetivo de la LCSP, es preciso efectuar tres observaciones fundamentales a fin de seguir delimitando la aplicación de la LCSP a las fundaciones públicas²⁶. Son las siguientes:

1ª Los contratos del sector público. La LCSP ofrece una relación de cuáles son los contratos del sector público (artículo 5) así como su definición (artículos 6-12). Son contratos del sector público los siguientes: los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado. Los demás contratos que celebren los entes del sector público se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP (art. 5.2)²⁷.

En el caso de las fundaciones públicas, todos los demás contratos que celebren y no se hallen incluidos en la relación del artículo 5.1 LCSP estarán sometidos al derecho privado, puesto que éste es el régimen general al que se remite el artículo 46 LF para todo lo no previsto de forma específica.

En cualquier caso, a estos contratos del sector público les son aplicables las normas del Libro I de la LCSP (arts. 22-92) que establecen la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos. La competencia para contratar recaerá en el órgano interno de la fundación establecido por sus Estatutos, que podrá otorgar poderes conforme a lo previsto en los mismos (art. 40 LCSP). En todo caso la competencia para contratar en las fundaciones del sector público estatal se determina por lo

²⁶ El dato básico de los contratos de las fundaciones públicas es que son contratos privados y que su régimen jurídico difiere notablemente en razón de si son contratos sujetos o no a regulación armonizada. Vid. en este sentido F. HIDALGO ABÍA, “La contratación pública en el sector público empresarial y en las fundaciones en mano pública...”, cit., pp. 211 y 213.

²⁷ Piénsese, por ejemplo, en los contratos de carácter patrimonial que se regularán por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

dispuesto en sus estatutos y, supletoriamente, por el Derecho privado (art. 291.6 LCSP).

2ª. *Los contratos privados.* Los contratos realizados por las fundaciones públicas y relacionados en el artículo 5.1 LCSP son contratos privados (art. 20 LCSP). En consecuencia, están sometidos solo parcialmente a la LCSP (preparación y adjudicación) puesto que en cuanto a sus efectos y extinción se rigen por el Derecho privado. Este doble régimen jurídico, administrativo y civil, no tiene plena correspondencia en el orden jurisdiccional, dado que en principio la jurisdicción civil conoce de todas las fases de estos contratos, salvo cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada en los que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las fases de preparación y adjudicación (art. 21 LCSP)²⁸.

3ª. *Los contratos sujetos a regulación armonizada*²⁹. A los contratos antes referidos realizados por entes privados (fundaciones públicas) se les aplica la LCSP sólo en cuanto se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, es decir, aquellos contemplados en la Directiva 2004/18/CE. Esta clase de contratos del sector público viene delimitada por dos factores: en primer lugar, que se limita a aquellos contratos a los que se aplica la Directiva citada, es decir, no a todos los contratos del sector público. Así se aplica a los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros y de servicios (aquí limitada a su vez a los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP)³⁰. La

²⁸ Un examen y crítica del conocimiento por la jurisdicción civil de materias de Derecho Administrativo respecto de las fases de preparación y adjudicación de los contratos privados puede verse en C. CHINCHILLA, "La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79/2007, pp. 61-63.

²⁹ Como destaca J. A. MORENO MOLINA esta categoría de contratos SARA adquiere una decisiva relevancia para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas (*La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático*, cit., pp. 345-349).

³⁰ Como puede verse no se hace referencia a los contratos de gestión de servicios públicos. Sin embargo, debe precisarse que los contratos de gestión de servicios públicos no pueden ser considerados en su totalidad como contratos de concesión de servicios en la terminología comunitaria y, en cuanto tales, excluidos de la aplicación de la Directiva 2004/18/CE. El TJCE se ha ocupado de diferenciar entre contratos de concesión de servicios y contratos de servicios (Sentencia de 13 de abril de 2005, C-458/03, *Parking Brixen*), dado que los primeros están excluidos de la aplicación de la Directiva (art. 17). No obstante, a los contratos de concesión de servicios se les aplican los principios y preceptos del Derecho comunitario originario, como establece una reiterada jurisprudencia del TJCE (entre otras Sentencias 6 de abril de 2006, C-410/04, y de 13 de septiembre de 2006, C-260/04) y la Comunicación interpretativa de la Comisión 2006/C179/02 sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DOUE de 1 de agosto de 2006).

LCSP ha añadido, por su cuenta, como contrato sometido a regulación armonizada el contrato de colaboración entre el sector público y privado, que no se halla previsto en la Directiva.

En segundo término, estos contratos deben superar una determinada cuantía, el denominado umbral comunitario. Así a partir de 1 de enero de 2010, la cuantía es la siguiente:

- 4.845.000 euros para los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas.

- 193.000 euros, para los contratos de suministro y de servicios.

Así pues, de todos los contratos que celebren las fundaciones públicas sólo se sujetan a la LCSP los contratos sometidos a regulación armonizada (tipos y cuantía) y, además, no en su totalidad sino de forma parcial. Los demás contratos se celebran conforme a las normas de Derecho privado, con la única exigencia añadida de la observancia de los principios de la contratación pública.

Además, el sometimiento a la LCSP, cuando el mismo sea obligado por tratarse de contratos sometidos a regulación comunitaria, no es total. La aplicación de la LCSP obedece solamente a tres aspectos: la preparación del contrato, la adjudicación del contrato y el régimen de recursos y medidas cautelares para velar por el cumplimiento de la normativa de contratación pública.

3.3. Las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público aplicables a las fundaciones públicas

Para la adjudicación de los contratos, la LCSP diferencia entre contratos celebrados por entes del sector público (aquí fundaciones públicas) que son poderes adjudicadores y aquellos otros que no lo son. Y dentro de los primeros diferencia a su vez entre contratos sujetos o no a regulación armonizada. Sólo los contratos sujetos a regulación armonizada están sometidos a un régimen específico y determinado, por cuanto que se les aplica lo dispuesto en la LCSP con las adaptaciones contenidas en el artículo 174. En cambio, los contratos no sujetos a regulación armonizada sólo están sometidos a los principios generales de la contratación pública, deducidos de lo dispuesto en los Tratados.

Así pues, las fundaciones públicas están sometidas:

- a) Cuando celebren contratos sujetos a regulación armonizada, a la regulación específica de la LCSP, con las adaptaciones establecidas en el artículo 174. De forma resumida cabe señalar que la adjudicación del contrato se tiene que sujetar a las reglas de publicidad y de procedimientos de adjudicación y de criterios de valoración previstos en la LCSP, en definitiva, a un sistema de contratación pública (por no decir, administrativa), con las salvedades señaladas en este artículo 174. Se establecen unas exigencias que exceden de los

meros principios, dado que fijan procedimientos y normas vinculantes para la entidad contratante, cuya vulneración podrá ser alegada por los contratistas o terceros interesados, primero, en un eventual recurso especial y, luego, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Cuando celebren contratos no sujetos a regulación armonizada, a la observancia de los principios contenidos en el artículo 175. En definitiva, se les obliga a sujetarse a los principios básicos de la contratación pública como son los de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y a adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa, amén de publicar la licitación de los contratos que superen los 50.000 euros en el perfil de contratante de la fundación pública.

No se va a proceder aquí al desarrollo detallado del régimen de contratación de las fundaciones públicas en cuanto a los contratos sometidos a regulación armonizada. Simplemente cabe apuntar la existencia de normas específicas en estas materias para los contratos celebrados por las fundaciones públicas, en cuanto poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas: artículo 92 sobre garantías, artículo 121 sobre preparación de contratos, y artículos 173-175 sobre adjudicación de los contratos³¹. Asimismo, debe tenerse en cuenta la aplicación del Reglamento parcial de la LCSP aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo³². Además, las fundaciones públicas pueden adherirse a los sistemas de contratación centralizada establecidos por las Administraciones públicas (art. 189.3 LCSP).

3.4. Las garantías de la observancia por las fundaciones públicas de las normas sobre contratación pública

Conviene detenerse de forma más amplia en la regulación de la solución de conflictos prevista en el artículo 37 LCSP, para ponerla en relación con la regulación de la adjudicación de los contratos de las fundaciones públicas³³.

³¹ Puede verse con detalle dicho régimen jurídico en la Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado. Para una exposición más amplia me remito a los comentarios efectuados a estos preceptos por J. M. PÉREZ GÓMEZ, *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pp. 1619-1656.

³² A este respecto puede verse la Circular de la Abogacía General del Estado 10/2009, de 11 de septiembre, sobre sujeción de las sociedades estatales al artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, en la que se pronuncia por la aplicación de este precepto a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, entre las que se encuentran, como se ha indicado más arriba, las fundaciones públicas.

³³ Para una visión más general de los artículos de la LCSP sobre garantías del cumplimiento de las normas sobre contratación pública (arts. 37-39) me remito a los comentarios de estos preceptos en obras generales, como A. PALOMAR OLMEDA, en

La LCSP articula diversas vías en materia de resolución de conflictos con motivo de los procedimientos de adjudicación instados por las fundaciones públicas³⁴, aunque limitadas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En concreto, estas vías son las tres siguientes: el recurso especial en materia de contratación, las medidas provisionales y el arbitraje.

a) El recurso especial en materia de contratación

El artículo 37 LCSP regula el recurso especial en materia de contratación, que es aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por las fundaciones del sector público.

La regulación está contenida en el precepto citado, por lo que aquí interesan solamente las particularidades que se derivan de que el poder adjudicador sea una fundación pública.

El procedimiento de adjudicación será tramitado y resuelto por los órganos ejecutivos de la fundación, que tengan competencia atribuida a tal efecto en sus Estatutos. Contra las decisiones de estos órganos ejecutivos “privados” es obligado interponer el recurso especial en materia de contratación pública, como vía singular para hacer valer el cumplimiento de lo dispuesto en la LCSP y, en definitiva, en el Derecho Comunitario Europeo (en las denominadas Directivas de recursos). El abanico de actos recurribles es bastante extenso, tal como establece el apartado 2 del artículo 37. Asimismo la legitimación es amplia puesto que, además de los licitadores, pueden recurrir

Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, cit., pp. 381-458 y de F. PLEITE GUADAMILLAS, *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, cit., pp. 403-462.

³⁴ En materia de recursos es preciso tener en cuenta que la Directiva 2007/66/CE que modifica las anteriores Directivas de recursos ha adquirido plena vigencia desde el día 21 de diciembre de 2009, tras haber transcurrido su plazo de transposición. A mi juicio, esta Directiva requería de una nueva adaptación del ordenamiento jurídico español a la misma, que de momento no se ha producido. La correspondiente modificación legal se encuentra en preparación, a cuyo efecto en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda puede verse el Anteproyecto de Ley de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria. Véase al respecto, D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “Los recursos en la contratación pública a la luz de las directivas: reciente transposición y próxima reforma en el derecho español”, en *Revista Poder Judicial* núm. 86/2007, pp. 11-61; B. NOGUERA DE LA MUELA, “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 298/2009, pp. 95-111; y M. LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, “El control de la adjudicación de los contratos públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 298/2009, pp. 71-82.

las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses se hayan visto perjudicados.

La particularidad de las fundaciones públicas reside en el órgano competente para resolver el recurso especial³⁵. La LCSP efectúa una doble división:

a) Su regulación se limita al ámbito estatal y local, de modo que las Comunidades Autónomas podrán establecer su particular regulación. Solamente se les impone que el órgano de resolución del recurso agote la vía administrativa.

b) Dentro del ámbito estatal y local, el órgano de resolución del recurso especial será el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la fundación contratante o al que corresponda su tutela. Si la fundación está vinculada con más de una Administración Pública será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

Así pues, este precepto de la LCSP puesto en relación con la regulación contenida en la LF (aunque referido sólo a las fundaciones estatales) conduce a la figura del Protectorado³⁶, que será ejercido por la Administración General del Estado respecto de las fundaciones del sector público estatal (art. 46.2)³⁷. Cuando se trate de fundaciones del sector público autonómico o local, el Protectorado suele atribuirse a los órganos de la Administración de cada Comunidad Autónoma³⁸.

³⁵ El problema se encuentra en que el artículo 37 LCSP ha optado porque el recurso especial sea resuelto por el órgano de contratación. Entiendo que los problemas se reducirían notablemente si se contemplara un órgano independiente de resolución de estos recursos.

³⁶ La regulación del Protectorado se contiene en los artículos 34 y 35 LF. No obstante, solamente el artículo 35.1 tiene el carácter de condición básica y el artículo 35.2 de legislación procesal. Los demás preceptos son de aplicación a las fundaciones de competencia estatal. Su desarrollo puede verse en los artículos 40-48 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

³⁷ E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET advierten sobre la problemática de la reunión en un mismo sujeto jurídico-público de las funciones del patronato y del protectorado, señalando que en las fundaciones públicas la “división de poderes” entra en contradicción por una posible confusión de ambas instituciones de la fundación (*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen en constitución. La singularidad de las fundaciones locales*, cit., pp. 103-108).

³⁸ E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET dan cuenta para el caso de fundaciones locales de la regulación de Cataluña donde el protectorado corresponde a la Generalidad, con el peligro de ingerencia en la autonomía local (*Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen en constitución. La singularidad de las fundaciones locales*, cit., pp. 137-141).

Por consiguiente, las resoluciones de las fundaciones serán recurribles ante el órgano administrativo de la Administración que haya realizado la aportación mayoritaria o haya aportado o cedido los bienes o derechos y a la que corresponderá el Protectorado de la fundación. No parece difícil encajar dentro de las funciones del Protectorado establecidas por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, la relativa a la resolución del recurso especial en materia de contratación pública.

En cuanto a la interposición y tramitación de este recurso especial en materia de contratación, cabe efectuar diversas precisiones para el caso de las fundaciones públicas. En primer lugar, que el recurso puede ser presentado tanto ante el registro de la propia fundación pública (en cuanto órgano de contratación) o ante el propio órgano encargado de su resolución (el órgano de la Administración que ostente el Protectorado). En el primer caso, la fundación deberá remitir el recurso de inmediato al órgano competente para su resolución, habida cuenta de que se trata de un recurso de plazos muy breves y perentorios. En el segundo, el órgano competente para la resolución reclamará el expediente a la fundación pública. Seguidamente, el artículo 37 contempla en su apartado 4 un trámite de audiencia de los interesados. A mi juicio, debe incluirse en este trámite a la fundación pública, que podrá alegar en el plazo de cinco días hábiles cuanto estime pertinente en relación con el recurso especial interpuesto. Finalmente, la resolución del recurso deberá ser notificada, también, a la fundación pública, a la que deberá considerarse como interesada a los efectos del artículo 37.9 LCSP.

Frente a la resolución del recurso especial, sólo cabe interponer recurso contencioso-administrativo, tal como dispone el apartado 10 del artículo 37. La cuestión que se plantea es si la fundación pública puede interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución del órgano competente contraria a sus decisiones en el procedimiento de adjudicación. La respuesta a esta duda no queda resuelta en la LJCA. Dado que las fundaciones públicas son entidades privadas parece que tienen una legitimación general en virtud del artículo 19 LJCA para impugnar los actos que afecten a sus derechos o intereses legítimos (letra a) del apartado 1). No obstante, en el recurso especial en materia de contratación se produce una equiparación entre las entidades privadas del sector público y los entes de derecho público (aunque evidentemente no son lo mismo). De ahí que pueda defenderse la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 20 LJCA, entendiendo que en materia de contratos públicos sujetos a regulación armonizada las fundaciones se integran en la Administración Pública a cuyo Protectorado están sujetas (apartado 1) o se asimilan a entes de derecho público respecto de las actividades de la Administración de la que dependen (apartado 2).

A la misma solución negativa, puede llegarse de la regulación sobre el Protectorado de las fundaciones de competencia estatal. Aunque dicho

Protectorado deba ejercitarse respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones (art. 41.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre), sin embargo, se le otorgan importantes competencias, incluso en relación con el ejercicio de acciones (art. 48 del mismo texto reglamentario).

Para el caso de que la resolución del órgano de la Administración que ostente el Protectorado sea recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la fundación pública será también considerada parte demandada (art. 21 LJCA), a los efectos de que puede defender la legalidad de su actuación.

b) Las medidas provisionales

El artículo 38 LCSP contempla asimismo la posibilidad de solicitar medidas provisionales (cautelares) en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos sometidos a regulación armonizada.

De nuevo aquí se reproduce la problemática ya expuesta respecto del recurso especial en materia de contratación. Para fijar el órgano competente para su adopción, el apartado 2 de este precepto se remite a lo previsto para el órgano competente para la resolución del recurso especial.

Resta señalar el carácter provisional de estas medidas y, asimismo, la necesidad de presentar seguidamente el recurso especial en materia de contratación, puesto que en otro caso decaerán las medidas cautelares adoptadas.

c) El arbitraje

Por último, el artículo 39 LCSP permite acudir al arbitraje en materia de contratos públicos. Esta vía se extiende también a las fundaciones públicas. No obstante, el arbitraje tiene un límite objetivo, dado que versará sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. Nada hay que objetar a este precepto para el caso de las fundaciones públicas, toda vez que se configura como una simple posibilidad y el sometimiento es al Derecho Privado, dentro del cual se incluye este arbitraje.

4. LAS FUNDACIONES COMO MEDIOS TÉCNICOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La fundación ha sido contemplada como uno de los medios de gestión de las Administraciones Públicas³⁹. Históricamente la fundación adoptaba una

³⁹ Me remito a F. SOSA WAGNER, "La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, cit., v. II, pp. 1905-1932 y L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, "La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el

forma pública y se constituía bajo la figura de fundación pública local, habiendo pasado luego a ser el organismo autónomo local. En la actualidad la figura fundacional se diferencia de forma muy notable de la anterior⁴⁰, puesto que se trata de fundaciones del sector público constituidas bajo forma privada⁴¹ y no de organismos públicos.

El artículo 45 LF refleja este importante y esencial matiz para las fundaciones del sector público estatal. Para su creación exige una memoria justificativa en la que se expresen “suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente”.

Derecho público”, en la obra colectiva dirigida por A. RUIZ OJEDA, *Manual de fundaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 223-269.

⁴⁰ Así lo sostiene igualmente la STS de 27 de abril de 2005 (RJ 2005/4557) al señalar que las fundaciones del sector público no se parecen en nada a las anteriores fundaciones públicas de servicios. En el Fundamento de Derecho 2ª, párrafo 5º, se dice así: “Se trata, por tanto, de instituciones absolutamente ajenas a las llamadas fundaciones públicas de servicio contempladas en los arts. 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, RSCL como uno de los modos de gestión de los servicios de competencia local, pero en realidad, organismos autónomos locales (art. 85.3 Ley 7/1985, Ley de Bases del Régimen Local) al cumplir fines propios de la Corporación Local que los crea”. La diferencia fundamental es que mientras las fundaciones del sector público son entidades privadas, por más que aquí se les denomine convencionalmente fundaciones públicas, las fundaciones públicas de servicio eran organismos de Derecho público y ahora son organismos autónomos locales. Así también para observar su nítida diferencia con las fundaciones privadas puede verse J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, cit., pp. 205-209.

⁴¹ Son ilustrativos a estos efectos los diversos trabajos de autores procedentes de los organismos de control externo de las Administraciones públicas en los que se destaca este comportamiento bajo formas privadas, en concreto, por medio de las fundaciones públicas. Vid., por ejemplo, M. A. CONSUEGRA REVUELTA, “La utilización instrumental de las fundaciones por las Administraciones Públicas”, en *Auditoría Pública* núm. 33/2004, pp. 81-87. En esta misma línea organizativa, véase J. M. GIMENO FELIU, “Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* núms. 71-72/2008, pp. 139-187. Así también puede verse desde una perspectiva más general el trabajo de M. A. CABRA DE LUNA “La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias”, en *Revista Española de Control Externo* núm. 8/2001, pp. 29-94.

En definitiva, las fundaciones públicas son simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa⁴². Esta decisión debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general⁴³.

Ello significa que una vez creada la fundación, la Administración no sólo le encomienda directamente unos fines, sino que también le podrá atribuir la realización de determinadas actividades y servicios por cuenta de la Administración⁴⁴. Y en este ámbito habría de tenerse en cuenta el carácter de las

⁴² Un ejemplo lo son las fundaciones de las Universidades públicas. Véase S. DEL SAZ CORDERO, "Las fundaciones de las Universidades públicas", en la obra colectiva dirigida por J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Comentarios a la Ley orgánica de Universidades*, Ed. Civitas, Madrid 2009, pp. 1335-1364. Estas fundaciones constituyen un modo de gestión de las funciones que tienen encomendadas las Universidades. Estas les atribuyen un amplio abanico de actividades, cada vez más extenso (pp. 1350-1353).

⁴³ Suele explicarse el recurso a las fundaciones públicas como una medida de eficiencia en la gestión de los servicios públicos. En esta línea vid. A. ABAIGAR SANTOS, "Contratación in house. La eficiencia en el empleo de medios propios", *EL CONSULTOR*, de 30 de junio de 2008, pp. 2125-2134.

⁴⁴ MESA VILLA da cuenta a este respecto de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía donde se contempla esta ordenación de actividades a las fundaciones ("La Ley 30/2007, de Contratos del sector público y su influencia en el régimen de contratación de las fundaciones del sector público andaluz", cit., pp. 340-343). Dicho precepto titulado "encomienda de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz" dice así: "Las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

Las sociedades y fundaciones tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo".

Para una visión más amplia del sector institucional andaluz y su consideración como medio propio de la Administración véase M. REBOLLO PUIG "Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", en *Revista de Administración Pública* núm. 161/2003, pp. 359-393.

Idénticas previsiones se encuentran en la ley gallega sobre fundaciones de 2006, de lo que da cuenta M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., pp. 175-183.

actividades encomendadas puesto que en muchos casos tendrán la consideración de servicios públicos⁴⁵.

El problema que se plantea es si esta atribución, que normalmente irá acompañada de la correspondiente aportación económica, se considera un contrato público o no. Es decir, si en estos casos las Administraciones Públicas deben abrir procedimiento de adjudicación o, por el contrario, pueden encomendar directamente estas actividades a una fundación pública.

La admisión de las encomiendas directas a medios técnicos y propios está recogida en el Derecho comunitario y ha sido objeto de diferentes sentencias del TJCE⁴⁶, entre las que destaca por su referencia directa a España la Sentencia de 19 de abril de 2007, caso TRAGSA⁴⁷.

El artículo 4.1.a) LCSP excluye de su ámbito objetivo de aplicación los denominados contratos *in house providing*⁴⁸. Para ello el artículo 24.6 LCSP⁴⁹ establece los requisitos necesarios, que pueden resumirse en los tres siguientes:

⁴⁵ El carácter de la actividad como servicio público tiene unas consecuencias relevantes en la propia consideración de la actividad como sometida o no a las directivas comunitarias y a su carácter como contrato de servicios o como concesión de servicios. Vid. al respecto un examen de esta doble perspectiva de servicio público y de encomienda de gestión en F. LELIÈVRE, "L'exception *in house* étendue aux relations entre un office public d'aménagement concerté et une commune", AJDA de 5 de octubre de 2009, donde se examina el *Arrêt* de la *Cour administrative d'appel* de París de 30 de junio de 2009 (pp. 1766-1779).

⁴⁶ Son fundamentales al respecto las sentencias del TJCE de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, caso Teckal, y de 7 de diciembre de 2000, C-94/99, caso ARGE. Como Sentencias más recientes que siguen perfilando diversos matices sobre esta materia pueden verse, además de la Sentencia de 19 de abril de 2007, C-295/05, caso TRAGSA, las de 11 de enero de 2005, C-26/03, caso Stadt Halle, de 11 de mayo de 2006, C-340/04, caso Carbotermo; de 13 de noviembre de 2008, C-321/07, caso Coditel Brabant; y de 9 de junio de 2009, C-480/06, caso Comisión vs. Alemania.

⁴⁷ Para un examen amplio y riguroso de esta Sentencia me remito al comentario de J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, "Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación", en *Revista de Administración Pública* núm. 173/2007, pp. 217-237.

⁴⁸ Este artículo 4.1.a) dice así: "Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174".

1º) Que la fundación realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador del cual sea medio propio. El problema está en determinar qué se entiende por parte esencial, si se determina en función de la actividad principal y/o de un determinado porcentaje de la actividad de la fundación⁵⁰.

2º) Que el poder adjudicador ejerza sobre la fundación pública un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios. La jurisprudencia más reciente del TJCE matiza este aspecto al exigir que haya una posibilidad de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad encomendada (Sentencia de 13 de noviembre de 2008, C-324/07, caso Coditel Brabant)⁵¹. En el caso de las fundaciones públicas el

⁴⁹ El texto de este apartado 6 del artículo 24 LCSP es el siguiente: “A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

⁵⁰ Se trata de un elemento que precisa de definición caso por caso, aunque de la jurisprudencia del TJCE parece desprenderse que “parte esencial de la actividad” es aquella que permite solamente la realización externa de actividades que se califiquen como marginales o complementarias (criterio cualitativo) o de un importe muy pequeño en el porcentaje de actividad del ente encomendado (criterio cuantitativo). Vid. al respecto las consideraciones de J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, cit., pp. 232-234, que apunta la ampliación efectuada por la Sentencia de 19 de abril de 2007, caso TRAGSA, puesto que rebaja las anteriores exigencias jurisprudenciales al permitir que también puedan realizarse actividades en régimen de colaboración interadministrativa.

⁵¹ Así se ha apuntado que la doctrina de esta Sentencia constituye un límite a la sentada en la del caso TRAGSA, toda vez que es necesario que las encomiendas se reduzcan al ámbito doméstico de la Administración pública de que se trate, pero sin proceder a su ampliación, lo que supondría una vulneración de las reglas de la competencia y de la exigencia de acudir a un procedimiento de contratación pública (R. J. ORTEGA MONTORO, “El caso EGMASA: más pasos en falso. A propósito del Informe 13/2008, de 22 de diciembre, de la Comisión Consultiva

control de la Administración que las ha creado suele ser muy similar al que se tiene sobre los propios servicios, toda vez que constituyen modos de gestión de servicios públicos de forma directa.

Este precepto de la LCSP exige, aunque sólo para las sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública⁵². De una primera lectura del precepto cabe deducir que, dado que se refiere únicamente a las sociedades públicas, no cabe extender esta exigencia a las fundaciones públicas. Por tanto, la aportación de la fundación y su patrimonio podrían ser de titularidad pública compartida con entidades privadas, lo que no impediría la encomienda de actividades. Sin embargo, de una lectura del precepto a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE y de su interpretación por el TJCE parece desprenderse la posición contraria de modo que las fundaciones públicas sólo podrán ser medios propios cuando la titularidad de su aportación inicial sea en su totalidad de una entidad pública (o de varias entidades pero siempre públicas)⁵³.

3º) Que la norma de creación o los estatutos de la fundación reconozcan de forma expresa esta condición de medio propio del poder adjudicador.

En estos casos, cuando se reúnan estos tres requisitos⁵⁴, la contratación entre una Administración Pública y una fundación del sector público se realizará mediante un acto jurídico⁵⁵, que no se halla sujeto a las normas de contratación administrativa, lo que permitirá su encomienda directa a la

de Contratación Administrativa de Andalucía”, en *EL CONSULTOR* núm. 10/2009, pp. 1442-1451).

⁵² Por el contrario, el artículo 106 de la Ley andaluza 9/2007, de 22 de octubre, exige también que la aportación constitutiva de las fundaciones sea en su totalidad de titularidad pública.

⁵³ S. DEL SAZ se pronuncia a favor de la primera tesis para las entidades universitarias (“Las fundaciones de las Universidades públicas”, cit., p. 1359). No obstante, aunque con carácter más general, J. M. GIMENO FELIU mantiene la posición contraria al entender que la participación privada en un ente público rompe este requisito, tal como establece, a su juicio, la Sentencia del TJCE de 8 de abril de 2008, Comisión vs. República Italiana (“Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública”, cit., pp. 157-158).

⁵⁴ S. DEL SAZ señala que estos requisitos se cumplen en el caso de las fundaciones de las Universidades públicas, aunque en muchos casos sea necesario adaptar la norma de creación o los Estatutos a fin de que se incluya la previsión de ser medio propio de la respectiva Universidad (“Las fundaciones de las Universidades públicas”, cit., pp. 1355-1359). Téngase en cuenta los informes de la Junta de Contratación Pública donde se precisan las exigencias derivadas de estos requisitos legales, por ejemplo, los informes 15/2008, de 2 de diciembre y 65/2007, de 29 de enero. Véanse al respecto las consideraciones de M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., pp. 175-183

⁵⁵ A pesar de ser un acto jurídico, en muchos casos se articulan mediante convenios.

fundación⁵⁶. Nos encontramos por tanto ante una modalidad de gestión, la gestión directa por medio de una fundación privada del sector público.

No obstante, tal como indica el segundo párrafo del artículo 4.1.a), para la celebración posterior de contratos en ejecución o en el marco de las actividades encomendadas las fundaciones públicas deberán aplicar las normas de contratación pública en los términos expresados en dicho apartado.

En el caso de que la fundación pública no pueda ser considerada medio propio o servicio técnico, no podrá recibir la encomienda o adjudicación directa de la prestación, sino que habrá de convocarse un procedimiento de licitación, al cual la fundación pública podrá concurrir en igualdad de condiciones con el resto de licitadores interesados. A esta participación en los contratos públicos me referiré en el apartado siguiente.

5. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO CONTRATISTAS

Con independencia de lo que se acaba de señalar, las fundaciones públicas pueden participar como licitadoras en un procedimiento de contratación pública. Pensemos, por ejemplo, en las fundaciones públicas del ámbito universitario⁵⁷, aunque la participación en contratos públicos es predicable de cualquier fundación pública. Simplemente, es necesario advertir que la contratación no podrá hacerse con los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, por expresa prohibición impuesta por el artículo 24.6 LCSP. Por tanto, me refiero a contratos celebrados por fundaciones públicas que no tengan la consideración de medios propios o que, aun teniéndola, pretendan

⁵⁶ La doctrina ha destacado que la encomienda a un medio propio no es un contrato (M. REBOLLO PUIG, “Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, cit., p. 384), sino más bien un acto administrativo unilateral de encomienda, por lo que la utilización de la figura de los convenios administrativos entre la Administración encomendante y la fundación pública encomendada es incorrecta (C. AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública* núm. 170/2006, pp. 273-277). En similares términos negando su carácter de contrato se pronuncia J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, cit., pp. 224-229.

⁵⁷ Me remito a las consideraciones que efectúa S. DEL SAZ CORDERO, “Las fundaciones de las Universidades públicas”, cit., pp. 1335-1364. Los artículos 83 y 84 de la LOU permiten la intervención de las fundaciones universitarias en la realización de actividades para lo que pueden realizar contratos con otras Administraciones Públicas (en especial, pp. 1333-1335).

celebrarlos con entes públicos diferenciados de aquél con el que están vinculadas⁵⁸.

El problema puede derivarse del concepto de fundaciones que, según el artículo 2 LF, son “organizaciones constituidas sin fin de lucro”⁵⁹. Pudiera entenderse que la inexistencia de ánimo de lucro supone que las fundaciones no pueden ser licitadoras ante los contratos públicos convocados por las Administraciones Públicas u otros entes del sector público. En el caso del ordenamiento jurídico español la cuestión queda resuelta de forma afirmativa a favor de que las fundaciones puedan licitar en cualquier contrato público que tenga relación con sus fines, dado que el artículo 24 LF les permite incluso el desarrollo de actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas.

Idéntica conclusión cabe extraer de la regulación que ofrece la LCSP sobre las partes en el contrato, en concreto, sobre el empresario. Así el artículo 43.1 LCSP dispone que puede ser licitador cualquier persona física o jurídica con plena capacidad de obrar, no esté incurso en prohibición de contratar y acredite su solvencia. Más adelante, el artículo 46.1 se refiere a las personas jurídicas, indicando que “sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.

Así pues, ninguna duda cabe que una fundación pública pueda ser a su vez licitadora en un contrato a celebrar por una Administración Pública o un ente del sector público. Tampoco cabe duda que puede hacerlo con un ente privado.

⁵⁸ A ello se refiere M. REBOLLO PUIG aceptando esta posibilidad de contratación pública de los entes institucionales que pueden ser contratistas de otros entes públicos (“Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, cit., p. 378).

⁵⁹ Su consideración como organizaciones sin ánimo de lucro ha sido objeto de consideración por la jurisprudencia. Así la STS de 2 de julio de 2008 (RJ 2008/4712) sobre resolución de un contrato de obras reconoce el derecho de la fundación a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de la citada resolución, en concreto, por lucro cesante. El tercer párrafo del fundamento de derecho 3º de esta sentencia dice así: “Es cierto que el artículo 1º de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, señala como característica esencial de las fundaciones la inexistencia de “ánimo de lucro”, pero también lo es que el artículo 24 de la misma Ley les autoriza a obtener ingresos por sus actividades y tales ingresos pueden dar lugar a beneficios finales, sin perjuicio de que el destino de los mismos esté previsto y limitado por el artículo 25. De ahí que no pueda sostenerse la imposibilidad de que una fundación deba ser indemnizada por tal concepto y resulte de plena aplicación a las mismas lo dispuesto por el artículo 1106 del Código Civil, como en este caso se ha acordado dejando para ejecución de sentencia la determinación concreta del “quantum” indemnizatorio, sin generación de enriquecimiento injusto de clase alguna para la parte que ha de ser indemnizada”.

La cuestión se plantea únicamente a la vista de la Sentencia del TJCE de 23 de diciembre de 2009 (C-305/08) que resuelve una cuestión prejudicial instada por el Consejo de Estado de Italia. El Consejo de Estado solicitó una interpretación del artículo 1, apartados 2, letra a) y del artículo 8, párrafos 1º y 2º de la Directiva 2004/18/CE.

Los hechos del pleito principal nos permiten ver el alcance de la cuestión. Son los siguientes. La *Regione Marche* convocó una licitación pública para la adjudicación de un contrato de servicios consistente en elaborar un trazado estratigráfico marino y sísmico, llevar a cabo perforaciones y extraer muestras marinas en la franja costera comprendida entre Pesaro y Civitanova Marche. A este procedimiento de adjudicación concurrió el Consorcio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa). La entidad adjudicadora decidió excluir del procedimiento de adjudicación a CoNISMa por entender que no era un operador económico. Ante ello CoNISMa interpuso un recurso extraordinario ante el Presidente de la República, en el que intervino el Consejo de Estado.

La cuestión prejudicial se centra en determinar si CoNISMa puede ser considerada operador económico en el sentido de la Directiva 2004/18/CE y, en consecuencia, si debió admitirse su participación en el procedimiento de adjudicación referido.

Los antecedentes de la Sentencia recogen cuál es la naturaleza jurídica de CoNISMa:

“Con carácter preliminar, el Consiglio di Stato señala que CoNISMa es una agrupación («consorzio») integrada por veinticuatro universidades italianas y tres ministerios. Conforme a su Estatuto, no tiene ánimo de lucro y su objeto consiste en promover y coordinar las investigaciones y otras actividades científicas y aplicadas en el ámbito de las ciencias del mar entre las universidades que se adhieran a la agrupación. Puede participar en licitaciones públicas y en otros procedimientos de contratación convocados por las administraciones públicas y por las sociedades que operan en las esferas pública y privada. Sus actividades se financian principalmente mediante subvenciones concedidas por el Ministerio de Universidades e Investigación y por otras administraciones públicas, así como a través de entidades públicas o privadas, italianas o extranjeras” (apartado 18).

Las dudas del Consejo de Estado italiano se crean por las siguientes razones:

1) De la Directiva 2004/18/CE y de la jurisprudencia que la aplica (por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007) parece desprenderse que dentro de los operadores económicos se incluyen los operadores privados y los organismos públicos que realicen prestaciones con carácter lucrativo, excluyéndose, por tanto, los organismos universitarios.

2) La posición de la jurisprudencia italiana no es unívoca al respecto. Algunas sentencias admiten la participación de las universidades en contratos públicos y, en cambio, otras no lo aceptan por entender que su fin institucional consiste en desarrollar actividades docentes y de investigación.

3) Asimismo la Autoridad de vigilancia de los contratos públicos no admite la participación como operadores económicos de las universidades y los departamentos, por ser organismos públicos carentes de carácter económico, salvo si constituyen sociedades al efecto.

4) La propia jurisprudencia del TJCE exige en los contratos públicos que se evite la elusión del principio de competencia efectiva y que no se falsee la competencia.

El Consejo de Estado formuló al TJCE dos cuestiones para su respuesta:

“«1) ¿Deben interpretarse las disposiciones de la Directiva 2004/18 [...] en el sentido de que prohíben que una agrupación (“consorzio”) constituida exclusivamente por universidades italianas y la Administración estatal [...] participe en la adjudicación de un contrato de servicios consistente en la marcación geofísica y la extracción de muestras del mar?

2) Las disposiciones contenidas en el artículo 3, apartados 22 y 19, y en el artículo 34 del Decreto Legislativo nº 163/2006, según los cuales, respectivamente, “el término ‘operador económico’ comprende los conceptos de contratista, proveedor y prestador de servicios, o una agrupación de éstos” y “los términos ‘contratista’, ‘proveedor’ y ‘prestador de servicios’ designan a toda persona física o jurídica, o entidad sin personalidad jurídica, con inclusión de la agrupación europea de interés económico (AEIE), [...], que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado”, ¿se oponen a la Directiva 2004/18 [...], si se interpretan en el sentido de que reservan la participación en las adjudicaciones públicas a quienes desarrollan profesionalmente tales actividades, con exclusión de las entidades, como las que tienen por objeto la investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro?»” (apartado 24).

A continuación (apartados 26 a 35), el TJCE se centra en la primera cuestión planteada y responde con cierto detalle a las argumentaciones del Consejo de Estado para concluir que “de las consideraciones anteriores resulta que el legislador comunitario no pretendió limitar el concepto de «operador económico que ofrece servicios en el mercado» únicamente a los operadores dotados de una organización empresarial, ni introducir requisitos particulares, que pudieran limitar el acceso a las licitaciones en función de la forma jurídica y la organización interna de los operadores económicos” (apartado 35).

Además, el TJCE hace un repaso de su jurisprudencia para confirmar esta posición favorable a la admisión como operadores económicos de entes sin

ánimo de lucro y con una organización diferente de la empresarial (apartados 37 a 41).

De todo ello el TJCE extrae la siguiente conclusión:

“Así pues, tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos. La capacidad efectiva de dicha entidad para cumplir los requisitos establecidos en el anuncio de licitación se aprecia, como señala acertadamente el Gobierno checo, en una fase ulterior del procedimiento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 44 a 52 de la Directiva 2004/18” (apartado 42).

Aún más, el TJCE añade que una interpretación restrictiva del concepto de operador económico conduciría a un resultado contrario a las propias normas comunitarias, puesto que se llegaría a su inaplicación si los contratos celebrados con entes sin ánimo de lucro no tuvieran la consideración de contratos públicos. También se advierte que una interpretación como la efectuada por el Consejo de Estado resultaría perjudicial para la colaboración entre entidades públicas y privadas, así como entre investigadores y empresarios y, además, constituiría una restricción de la competencia.

Respecto de la segunda cuestión, el TJCE, tras contemplar la facultad de los Estados miembros de habilitar o no a determinadas categorías de operadores económicos para realizar determinadas prestaciones recogida en el artículo 4.1 de la Directiva 2004/18/CE, señala que los Estados miembros pueden regular las actividades de entidades, como las universidades y los institutos de investigación y, asimismo, autorizar o no que tales entidades operen en el mercado en función de si la actividad de que se trate es compatible o no con sus objetivos institucionales y estatutarios.

Pero, sentado lo anterior, la libertad de los Estados no es absoluta y de la misma no se deriva una posibilidad de establecimiento de una prohibición de participación en contratos públicos, más bien al contrario no se les puede prohibir participar en procedimientos de adjudicación, dado que tal prohibición es incompatible con las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE⁶⁰.

⁶⁰ El apartado 49 es categórico al respecto: “No obstante, en la medida en que tales entidades están habilitadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, la normativa nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 2004/18 no puede prohibirles

Así pues la respuesta del TJCE no puede ser más contundente y obligará al Estado italiano a interpretar su ordenamiento jurídico de conformidad con la Directiva 2004/18/CE según la interpretación efectuada por la Sentencia. La respuesta se articula en el fallo en los siguientes términos:

“1) Las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y, en particular, su artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, que se refieren al concepto de «operador económico», deben interpretarse en el sentido de que permiten participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, no disponen de una estructura organizativa empresarial y no garantizan una presencia regular en el mercado, como las universidades y los institutos de investigación, así como los consorcios constituidos por universidades y administraciones públicas.

2) La Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe participar a las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, aun cuando tales entidades están habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato”.

De la doctrina de esta Sentencia se derivan importantes consecuencias para las fundaciones públicas y, en particular, para las fundaciones del ámbito universitario. En primer lugar, que las fundaciones públicas pueden ser contratistas, a pesar de seguir siendo instituciones sin ánimo de lucro. En segundo lugar, que tendrán que reunir los requisitos exigidos a cualquier contratista, fundamentalmente la solvencia económica, profesional y técnica. Seguidamente, que el objeto del contrato debe estar dentro de los fines propios o complementarios de la fundación.

6. UN EJEMPLO DE REGULACIÓN AUTONÓMICA DIFERENTE: NAVARRA

La Comunidad Foral de Navarra tiene una regulación específica en materia de contratación pública, en virtud de su régimen foral. Así su Estatuto

participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios. Tal prohibición es incompatible con las disposiciones de la Directiva 2004/18, tal y como se han interpretado en el marco del examen de la primera cuestión prejudicial”.

de Autonomía singular (la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de 10 de agosto de 1982) dispone dicha competencia en su artículo 49.

En la actualidad se halla vigente la Ley Foral de Contratos Públicos⁶¹, Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, que constituye una norma completa de adaptación del Derecho Comunitario, de la Directiva 2004/18/CE, anterior a la transposición efectuada por el ordenamiento jurídico español un año más tarde mediante la LCSP.

Asimismo el concepto de fundaciones públicas en el ordenamiento jurídico de Navarra es bastante más amplio que el contemplado en la legislación estatal. La Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra dispone que son fundaciones públicas las creadas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos públicos, conforme al Fuero Nuevo de Navarra (artículo 125)⁶².

También aquí es determinante el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley Foral de Contratos Públicos. Dentro del mismo se incluye a las fundaciones públicas, exigiéndose de forma acumulativa, que su actividad satisfaga, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y, además, que estén controladas por una Administración Pública (control de financiación, control de nombramiento de directivos, o control de gestión o vigilancia). Estas condiciones se darán, prácticamente, en todas las fundaciones públicas.

De esta inclusión se deriva la aplicación a las fundaciones públicas de Navarra de las disposiciones de la Ley Foral de Contratos Públicos contenidas en el Libro II, referidas a la preparación y adjudicación de los contratos. La novedad respecto de la legislación estatal es que no se diferencia entre contratos sujetos o no a regulación armonizada, por lo que todos los contratos que celebren las fundaciones del sector público de Navarra están sometidos a dichas disposiciones del Libro II, cuyo contenido se acerca en gran medida a la regulación propia de los contratos de las Administraciones Públicas.

⁶¹ Un estudio completo de esta Ley Foral puede verse en la obra colectiva dirigida por J. C. ALLI ARANGUREN, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, en especial, el capítulo IX de F. J. ENÉRIZ OLAECHEA, "El Libro II. Los contratos públicos de otros sujetos y entidades", pp. 603-732.

⁶² Para una visión más amplia sobre las fundaciones de Navarra puede verse M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, "Normativa sobre fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra", en *Anuario de Fundaciones 2009*, cit., pp. 197-219.

Lo mismo ocurre en el Libro III de la Ley Foral de contratos públicos referido a las reclamaciones en materia de contratación pública⁶³. Las fundaciones públicas están sujetas en todos sus procedimientos de adjudicación a la posibilidad de un control del cumplimiento de las normas sobre contratación pública. El control no lo verifica el órgano de contratación ni tampoco el órgano de la Administración a la que corresponde el Protectorado como ocurre en las fundaciones del sector público estatal, sino que se residencia en la Junta de Contratación Pública, órgano al que se atribuye de forma específica la resolución de todas las reclamaciones en materia de contratos públicos. Dichas reclamaciones tienen un carácter potestativo y sustitutorio de los recursos administrativos, y las resoluciones de la Junta de Contratación Pública ponen fin a la vía administrativa⁶⁴.

Así también el artículo 8 de la citada Ley Foral contempla las encomiendas a entes instrumentales, materia que ha sido desarrollada reglamentariamente mediante el Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, por el que se regulan las encomiendas a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

En resumen, la normativa navarra sobre contratación pública ha extendido la aplicación de la Directiva 2004/18/CE a todos los contratos que celebren las fundaciones públicas con independencia de si superan o no el umbral comunitario. He aquí la gran diferencia con el modelo estatal.

7. LAS FUNDACIONES NO PÚBLICAS Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se ha venido señalando, la Directiva de contratación pública y la LCSP se dirigen solamente a los entes del sector público en cuanto poderes adjudicadores. Sólo a ellos se les incluye en su ámbito de aplicación subjetiva. Por tanto, las fundaciones privadas (no públicas) están excluidas, en principio, de la aplicación de la normativa sobre contratación pública. Las fundaciones del sector privado son entes privados y, por tanto, se someten únicamente a lo dispuesto en las normas del Derecho Privado, principalmente, del Código Civil.

No obstante, su inclusión en el ámbito de aplicación de la LCSP puede venir exigido por dos vías:

⁶³ Su regulación se encuentra en los artículos 210-213 de la Ley Foral de Contratos Públicos y en el Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública y los procedimientos y registros a su cargo.

⁶⁴ Para una exposición más amplia de estas reclamaciones en materia de contratación pública véase J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública", en *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, cit., pp. 734-796.

a) Porque, a pesar de ser fundaciones privadas, el control que la Administración ostente sobre ellas suponga que deban ser consideradas como poderes adjudicadores.

b) Porque las fundaciones privadas reciban subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas para determinados contratos de obras.

Adquiere relevancia a estos efectos el Perfil de Contratante (art. 42 LCSP), como instrumento de información tanto de su consideración como poder adjudicador o como ente privado sujeto a la LCSP y, además, con relevancia no sólo para los contratos sujetos a regulación armonizada, que deberán ser anunciados en la correspondiente plataforma de contratación (art. 174.1.b) LCSP), sino también para los contratos no sujetos a regulación armonizada puestos que deberán anunciarse en el perfil de contratante, siempre que superen los 50.000 euros (art. 175 c) LCSP).

7.1. Las fundaciones no públicas como poderes adjudicadores

La primera posibilidad pueda venir dada por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1.h) LCSP⁶⁵, que constituye la transposición del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE⁶⁶. Como ha señalado reiteradamente la

⁶⁵ F. HIDALGO ABÍA ofrece una explicación de la inclusión de esta letra h) en el artículo 3.1 de la LCSP, cuando ya en su letra f) existía una previsión expresa para las fundaciones públicas. Señala que la Comisión Europea objetó la redacción de la letra f) por entender que algunas fundaciones podían escapar de la aplicación de las Directivas comunitarias y, entonces se decidió incluir esta letra h) que soluciona la posible elusión de las fundaciones (y también de las sociedades) públicas. Su explicación es la siguiente: “Respecto de las fundaciones, sostiene la Comisión que puesto que han de ser creadas siempre para fines de interés general no mercantil ni industrial, y el sector público ejerce en todo caso el control de su gestión, a través del Protectorado, incluso las fundaciones en las que no concurra el requisito de la aportación mayoritaria pública o cuyo patrimonio fundacional no está formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades del sector público, es decir, las fundaciones privadas, pueden ser poderes adjudicadores. Esta observación se solventó de la misma forma que la anterior, pero en todo caso es evidente que la postura de la Comisión excede el concepto de poderes adjudicadores al pretender incluir en él a entidades fuera del sector público” (“La contratación pública en el sector público empresarial y en las fundaciones en mano pública...”, p. 212).

⁶⁶ Este artículo 1.9 recoge una fórmula amplia y general para evitar que se eluda la aplicación de la Directiva 2004/18/CE. El concepto que emplea la Directiva es el de “organismo de Derecho público” que no es equivalente a lo que se entiende por tal en el ordenamiento jurídico español, toda vez que, según la Directiva, son también organismos de derecho público los entes privados que reúnan las características que se contienen en este precepto. La Sentencia del TJCE de 10 de abril de 2008 (C-393/06) señala que la definición de “organismo de Derecho público” de esta Directiva es idéntica a la ofrecida por la Directiva 2004/17/CE (apartado 35). Por diversas razones, entre las que se encuentra la aplicación del concepto del Derecho Comunitario de “organismo de Derecho público” a las fundaciones públicas, J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ concluye que las fundaciones públicas (del sector público) son entidades

jurisprudencia del TJCE, para la consideración de un ente como poder adjudicador se precisa la concurrencia de tres requisitos acumulativos:

1) Que estos entes hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial. Esta exigencia concuerda plenamente con el concepto de fundación y con sus finalidades, a la vista de lo dispuesto en la LF (art. 2.1).

2) Que se trate de entes dotados de personalidad jurídica. No cabe duda que las fundaciones son personas jurídicas, adquiriendo su personalidad desde la inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 4 LF).

3) Que su actividad esté financiada mayoritariamente por entes u organismos públicos, su gestión se halle sometida al control de estos organismos o entes públicos o también su órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por entes u organismos públicos⁶⁷.

Será necesario examinar caso por caso si las fundaciones privadas encajan en alguno de los supuestos de este tercer apartado⁶⁸.

El supuesto de la financiación adquiere especial relevancia. Las fundaciones son uno de los principales sujetos que aparecen como beneficiarios de subvenciones o ayudas públicas⁶⁹. En muchos casos las subvenciones o

de Derecho público ("Fundaciones de la Administración Pública", cit., pp. 689-696). Sin embargo, el concepto de "organismo de Derecho público" es más amplio y alcanza no sólo a las fundaciones públicas sino también a fundaciones privadas cuya financiación o control se residencie en una Administración Pública.

⁶⁷ Utilizo aquí esta fórmula amplia de entes u organismos públicos, porque dentro de la misma encajan no sólo las Administraciones Públicas sino también los demás entes del sector público.

⁶⁸ La Sentencia de 27 de abril de 2005 (RJ 2005/4557) elude esta cuestión por entender que es ajena a la cuestión que se debate en el recurso de casación que versa sobre la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del asunto.

⁶⁹ Los datos sobre la financiación pública de las fundaciones son relevantes. Así por ejemplo M. A. CABRA DE LUNA, "Perspectivas de futuro", cit. Ofrece los datos sobre la financiación en 2001 en la que la parte de ingresos públicos alcanzaba ya 46,15 por ciento (pp. 1632-1633), porcentaje que estimamos habrá aumentado en los últimos años. Véase A. PETITBÓ JUAN y F. HERNÁNDEZ MARCOS, "La gestión de los recursos económicos de las fundaciones", en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, cit., p. 67, donde diferencian en función de la importancia de las subvenciones entre fundaciones patrimoniales y fundaciones operativas. Para las primeras las subvenciones o contratos del sector público del sector privado pueden ser una fuente de ingresos complementaria, pero poco importante en términos relativos. Para las segundas, por el contrario, son la base fundamental de sus ingresos. Así también M. REY GARCÍA afirma el mundo fundacional "se perfila no sólo como un sector joven, sino también como un sector polarizado territorialmente en torno a Cataluña y la Comunidad de Madrid, escasamente capitalizado, minifundista, financiado en porción mayoritaria con fondos

ayudas públicas constituyen el ingreso más importante de las fundaciones. Así las fundaciones del ámbito cultural (algunos museos) o del sector asistencial se nutren en gran medida de fondos públicos, de modo que su principal fuente de financiación la constituyen ingresos provenientes de entes u organismos públicos. En estos casos, la fundación, por más que se califique como privada y no esté incluida dentro de las fundaciones del sector público (estatal, autonómico o local), tendrá la consideración de poder adjudicador y, en consecuencia, se tendrá que someter a las normas de contratación pública previstas en la LCSP.

En cuanto al sometimiento de su gestión al control de entes u organismos públicos, cabe advertir que la LF recoge la institución del Protectorado como garante del correcto ejercicio del derecho de fundación, en concreto, de la legalidad del funcionamiento de la fundación. Sin embargo, el Protectorado no constituye un control de la gestión, en el sentido de la Directiva, puesto que no interviene de forma directa y decisiva en la gestión de la fundación. El Protectorado es más bien un instrumento de garantía de que la fundación va a cumplir los fines establecidos por el fundador y que los patronos van a ejercer correctamente sus funciones. En este sentido el artículo 34.2 LF permite comprender el alcance de la intervención del Protectorado y su imposible identificación con un control de la gestión, puesto que sólo le otorga legitimación para impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la legalidad o a los Estatutos de la fundación. Por tanto, para que pueda entenderse que una fundación privada está controlada por un ente u organismo público deberán darse circunstancias y hechos que revelen una intervención en la gestión más allá de las funciones del Protectorado. Por tanto, la única intervención posible que pudiera justificar el control de la Administración sobre una fundación podría venir de su participación en el patronato (a lo que se hará referencia inmediatamente) o a las disposiciones estatutarias (acto de creación, que determinaría seguramente su consideración como fundación del sector público).

públicos aunque en progresiva diversificación, y principalmente dedicado a la prestaciones de servicios asistenciales y educativos" ("La gestión de las fundaciones en el siglo XXI. Tendencias y una hoja de ruta", en *Revista Española del Tercer Sector* núm. 6/2007, p. 42). Un ejemplo más concreto puede verse en A. HUERGO LORA y J. GARCÍA LUENGO, "Las fundaciones en Asturias", en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, cit., donde se refieren de forma expresa a las fundaciones privadas dependientes de la colaboración de las Administraciones Públicas, es decir, a fundaciones que no son del sector público autonómico (pp. 247-250). Un ejemplo de subvenciones a las fundaciones puede verse en el Real Decreto 1640/2009, de 30 de octubre, por el que se concede una subvención de siete millones de euros a la fundación privada, Basque Culinary Center Fundazioa, entidad que se halla inscrita en el perfil del contratante del Portal de Contratación del Estado (dentro del epígrafe otras entidades del sector público).

El tercer supuesto hace referencia a los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia. El órgano de gobierno y representación de las fundaciones es el patronato (art. 14 LF). Así pues, aquellas fundaciones privadas en las que más de la mitad de los patronos sean nombrados por un ente u organismo público tendrán la consideración de poderes adjudicadores.

En resumen, si una fundación del sector privado se inserta en cualquiera de los tres supuestos expuestos tendrá la consideración de poder adjudicador y, en consecuencia, estará sometida a las prescripciones de la LCSP en los mismos términos antes expuestos para las fundaciones públicas (del sector público).

7.2. Los contratos subvencionados de las fundaciones no públicas

La segunda vía de aplicación de la LCSP y, por ende, de la Directiva 2004/18/CE viene dada por la realización de contratos subvencionados. Y esta vía se refiere a entes, que no siendo poderes adjudicadores, deben someterse a las prescripciones de la LCSP por realizar obras subvencionadas por un ente u organismo público. A este respecto debe tenerse en cuenta cómo a menudo las fundaciones privadas realizan sus obras más importantes (edificios de la fundación, hospitales, museos, centros para desarrollar sus funciones, etc.) mediante subvenciones o ayudas públicas. En estos casos, los contratos de obras y los contratos de servicios ligados a estos contratos de obras, siempre que superen los umbrales comunitarios, están sometidos a los trámites de adjudicación previstos en dicha Ley. El artículo 17 LCSP exige tres requisitos acumulativos para esta inclusión:

1) Que el importe de la subvención alcance a más del 50 por 100 del contrato de obras o de servicios.

2) Que el contrato de obras sea uno de los referidos en el artículo 17, con la lista limitativa recogida en este precepto, o un contrato de servicios vinculado a uno de los anteriores contratos de obras.

3) Que el importe del contrato supere el umbral comunitario establecido para los contratos de obras o los de servicios. En definitiva, el contrato tiene que ser un contrato sujeto a regulación armonizada.

Las fundaciones que reúnan estos tres requisitos, aunque no sean poderes adjudicadores, tendrán que aplicar, además de las normas generales sobre la contratación del sector público del Libro I de la LSCP⁷⁰, diversos preceptos de la misma Ley que se centran en tres cuestiones fundamentales: a) preparación del contrato (art. 121 LCSP); b) adjudicación del contrato: con aplicación de las normas dispuestas para los poderes adjudicadores en el artículo 174 LCSP, precepto al que se remite el artículo 177 LCSP relativo a las

⁷⁰ Téngase en cuenta al respecto la salvedad contenida en el artículo 43.3 respecto de los contratistas de los contratos subvencionados.

normas aplicables a la adjudicación de los contratos subvencionados; y c) recursos: se incluye el recurso especial en materia de contratación, que contiene una norma especial para los contratos subvencionados (art. 37.4 párrafo 2º)⁷¹.

⁷¹ Este apartado dice así: “En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida”.