

COMUNICACIÓN AL XVIII CONGRESO ITALO-ESPAÑOL DE PROFESORES DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y GESTIÓN DE SERVICIOS SOCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL¹

LUIS MIGUEZ MACHO

Profesor titular de Derecho administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. III.- LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA POSICIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. IV.- LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL *IN HOUSE PROVIDING* A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES DE TITULARIDAD PÚBLICA. V.- CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

La presente comunicación se formula en relación con las ponencias presentadas al *XVIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo* por los profesores Francisco VILLAR ROJAS y Giuseppe MORBIDELLI sobre el tema “Las actividades de las fundaciones entre Derecho público y Derecho privado”. Su objeto es analizar los problemas de relevancia jurídica que plantea en el Ordenamiento jurídico español la utilización por las Administraciones públicas de las fundaciones del sector público como forma de gestión de los servicios sociales de su titularidad.

¹ Esta comunicación ha sido elaborada en el marco del Proyecto de Investigación *Derechos socioeconómicos y sistema de prestaciones en un Estado multinivel* (DER2009-07183), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Desde que el artículo 6, apartado primero, de la anterior Ley estatal de fundaciones, la Ley 30/1994 de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, reconoció expresamente a los entes públicos la capacidad para fundar, las fundaciones se han convertido en un instrumento más de las distintas Administraciones públicas españolas para la realización de actividades de su competencia. Esto ha llevado al legislador a otorgar un tratamiento específico a las fundaciones del sector público, tanto en la vigente Ley estatal de fundaciones, la Ley 50/2002, de 26 diciembre, como en la legislación autonómica². Ahora bien, estas normas no resuelven con claridad la cuestión de si las fundaciones del sector público se pueden utilizar como forma de gestión de los servicios públicos, a pesar que por su propia naturaleza podrían resultar especialmente aptas para que se les encomiende la gestión de servicios de carácter social y asistencial³.

Para analizar este problema, la presente comunicación lleva a cabo, en primer lugar, una somera exposición del concepto legal y del régimen jurídico de las fundaciones del sector público; a continuación, revisa la vigente regulación de las formas de gestión de los servicios públicos en el Derecho español con especial atención a las modalidades de gestión directa, para tratar de determinar la posición que les puede corresponder en ellas a las fundaciones del sector público; en tercer lugar, se detiene en la aplicación de la doctrina del *in house providing* a las fundaciones del sector público en relación con la gestión de los servicios sociales de titularidad pública; y, finalmente, desarrolla unas reflexiones conclusivas en torno

² La legislación autonómica de carácter general sobre fundaciones está constituida por la Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio, de fundaciones, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, la Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones canarias, la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana, la Ley 13/2002, de 15 de julio, de fundaciones de Castilla y León, la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones de la Comunidad autónoma de Andalucía, la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de fundaciones de la Comunidad autónoma de La Rioja, y la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas. No obstante, no todas estas disposiciones contienen una regulación específica de las fundaciones del sector público autonómico; ello sólo ocurre en el caso de las Leyes canaria, valenciana, andaluza y gallega, a las que cabría añadir la Ley madrileña. Otras Comunidades autónomas se han ocupado de este tipo de fundaciones en las leyes que regulan su Administración o su sector público (disposición adicional octava del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, capítulo II del título III de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad autónoma de La Rioja, capítulo III del título VIII de la Ley foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad foral de Navarra), así como en la legislación de régimen financiero y presupuestario.

³ Sobre el pluralismo de los sujetos prestadores de servicios sociales, véanse, con carácter general, las reflexiones de José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO en *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 162 y sigs.

a las consecuencias jurídicas que tendría la admisión de las fundaciones del sector público como forma de gestión de los servicios sociales sobre el régimen jurídico de los usuarios de dichos servicios.

II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley estatal de fundaciones de 2002 define en su artículo 44 las fundaciones del sector público estatal como aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 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; o que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Para construir la definición de las fundaciones del respectivo sector público autonómico, algunas leyes autonómicas añaden a los criterios de la Ley estatal el del control público, que eventualmente puede ir unido al de la financiación de la actividad de la fundación por el sector público. Así, por ejemplo, el artículo 58, apartado primero, de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, considera también fundaciones del sector público autonómico aquellas cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad autónoma, siempre que ésta forme parte de sus órganos de gobierno o dirección. En cambio, no contamos con una definición legal de carácter general de las fundaciones del sector público local, sin perjuicio de que las mismas se contemplen en algunas normas autonómicas, como el artículo 50 de la Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona, o el artículo 217 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, y los artículos 317 y siguientes del Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de esta misma Comunidad autónoma, aprobado por el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre.

En cuanto al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, el artículo 46, apartado primero, de la Ley estatal de fundaciones prohíbe expresamente a las fundaciones del sector público estatal ejercer potestades públicas y limita sus actividades a aquellas relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, añadiendo que deben coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

Estas determinaciones aparecen recogidas igualmente en la legislación de las Comunidades autónomas que regula las fundaciones del sector público autonómico.

Por lo que se refiere al tema de la presente comunicación, hay que hacer notar que algunas normas autonómicas introducen la regla de que las fundaciones del sector público de la respectiva Comunidad autónoma “no podrán... comportar el establecimiento de servicios públicos” (artículo 57, apartado primero, Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones de la Comunidad autónoma de Andalucía) o, con mayor precisión, prohíben que “su constitución pueda comportar el establecimiento de servicios públicos cuya prestación, en régimen de fundación, no se halle especialmente prevista” (artículo 7, apartado segundo, de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana). La norma más clara al respecto es la disposición adicional octava, apartado primero, último inciso, del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, que dice sencillamente que “a estas Fundaciones no se les podrá encomendar el desempeño de servicios públicos cuya prestación en régimen de Fundación no se halle legalmente prevista”. Por el contrario, el artículo 50 de la Ley de la Carta municipal de Barcelona, ya citado, prevé que “las fundaciones municipales tienen por objeto servicios públicos que no impliquen ejercicio de autoridad o bien actividades sin contenido económico”.

La vigente Ley estatal de fundaciones, a través de su artículo 46, traslada a las fundaciones del sector público estatal algunas reglas y principios de Derecho público: en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, las somete a las disposiciones que les sean aplicables del texto refundido de la Ley general presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre; la selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria; 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; cuando su actividad exclusiva o principal sea otorgar ayudas en dinero sin contraprestación directa para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que los recursos empleados provengan del sector público estatal.

Estas previsiones, recogidas también por la legislación autonómica para las fundaciones del sector público autonómico, se han visto en buena parte ampliadas por la legislación posterior sobre empleo público, contratos del sector público y subvenciones. El Estatuto básico del empleado público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, establece en su disposición adicional primera que los principios contenidos en los artículos 52 (deberes de los empleados públicos y código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores del acceso al empleo públicos) y 59 (personas con discapacidad) serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 del propio Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica. En consecuencia, dichos principios alcanzan a las fundaciones del sector público estatal en todo caso, y a las del sector autonómico y local cuando una norma las defina expresamente como tales.

Un alcance todavía más general tiene la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, porque, al construir un concepto propio de fundaciones del sector público, no depende para su aplicación de que otras normas definan específicamente determinadas fundaciones como pertenecientes al sector público. Así, esta Ley incluye en su ámbito de aplicación subjetiva, como entidades del sector público, “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” (artículo 3, apartado primero, letra f), a las que hay que unir “cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia” (artículo 3, apartado primero, letra h). Estas entidades quedan sometidas, como mínimo, al régimen de adjudicación de contratos previsto en el artículo 176 de la Ley, que les impone ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa y aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que dispongan lo necesario para asegurar la efectividad de esos principios y directrices, y que deberán ponerse a disposición

de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos y publicarse en el correspondiente perfil de contratante⁴.

Finalmente, la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, establece que a las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se les aplicarán los principios de gestión contenidos en dicha Ley y los de información a los que se hace referencia en su artículo 20 (facilitar a la Intervención general de la Administración del Estado, a efectos meramente estadísticos e informativos, información sobre las subvenciones por ellas gestionadas, en los términos previstos reglamentariamente, al objeto de formar una base de datos nacional, para dar cumplimiento a la exigencia de la Unión Europea, mejorar la eficacia, controlar la acumulación y concurrencia de subvenciones y facilitar la planificación, seguimiento y actuaciones de control). Asimismo, se impone que, en todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen tengan relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos. Al igual que la Ley de contratos del sector público, esta disposición contiene su propia definición de fundaciones del sector público, por lo demás prácticamente idéntica a la del artículo 3, apartado primero, letra f), de aquélla.

III.- LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA POSICIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

Es tradicional distinguir dentro de las formas de gestión de los servicios públicos la gestión directa de la indirecta. Sin embargo, constituye una peculiaridad del Ordenamiento jurídico español el que la encomienda de la gestión indirecta se articule en todo caso a través de un contrato administrativo entre la Administración titular del servicio y el ente gestor, el contrato de gestión de servicios públicos, que no está tipificado por la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública precisamente porque es una especialidad de nuestro Derecho. De esta manera, las formas de gestión indirecta de los servicios públicos se

⁴ Sobre el régimen de contratación de las fundaciones del sector público, véase el completo estudio realizado por Santiago MUÑOZ MACHADO en “Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos”, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 153 y sigs.

identifican con las distintas modalidades de ese contrato, como ocurre con la concesión de servicios públicos o las sociedades de economía mixta⁵.

Por el contrario, las formas de gestión directa no están tipificadas en ninguna norma de aplicación general a todas las Administraciones públicas. La única indicación indirecta al respecto se puede encontrar en el artículo 8, apartado segundo, de la Ley de contratos del sector público, que establece que las disposiciones relativas al contrato de gestión de servicios públicos “no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”. Esta delimitación negativa de la gestión directa no es completa, porque falta, por ejemplo, la gestión con medios propios por la Administración titular del servicio sin creación de un ente con personalidad jurídica separada.

Una tipificación legal de las formas de gestión directa de los servicios públicos sí existe, en cambio, para las entidades locales. El artículo 85, apartado segundo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en la redacción introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, dispone que los servicios públicos de competencia local podrán gestionarse mediante algunas de las siguientes formas de gestión directa: gestión por la propia entidad local; organismo autónomo local; entidad pública empresarial local; sociedad mercantil local, cuyo capital mercantil sea de titularidad pública. Esta enunciación omite toda referencia a las fundaciones, a pesar de que exista alguna norma de régimen local previa a la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, como el artículo 50 de la Ley de la Carta municipal de Barcelona, que prevé que “las fundaciones municipales tienen por objeto servicios

⁵ La progresiva equiparación de la gestión indirecta con la gestión contractual de los servicios públicos se observa muy bien en la evolución normativa de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales. El Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, lleva a cabo una sistematización de las formas de gestión de los servicios públicos en la que la gestión indirecta admite las modalidades de concesión, arrendamiento y concierto (artículo 113), y la gestión por empresa mixta se considera una forma intermedia entre la gestión directa y la indirecta (artículos 102 y siguientes). Sin embargo, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, importó en la redacción original de su artículo 85 las cuatro modalidades del contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de contratos del Estado de 1965 como formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales, omitiendo toda referencia al arrendamiento. Esta evolución ha culminado con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que ha reformado el artículo 85 de la Ley de bases del régimen local, de modo que ahora éste determina las modalidades de gestión indirecta de los servicios mediante una remisión expresa a “las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos”. Sobre esta cuestión, véase Luis MIGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, págs. 173 y sigs.

públicos que no impliquen ejercicio de autoridad o bien actividades sin contenido económico”, aunque sin incluirlas en la lista de formas de gestión directa de los servicios públicos contenida en su artículo 45. Esto ha reabierto el viejo debate sobre si las formas de gestión de los servicios públicos contempladas por la legislación de régimen local son un *numerus clausus* o, sobre la base de la potestad de autoorganización inherente a la autonomía local y expresamente reconocida a las entidades locales constitucionalmente necesarias por el artículo 4, apartado primero, letra a), de la Ley de bases del régimen local, cabe admitir también otras modalidades de gestión diferentes⁶.

Otra cuestión que no resuelve el artículo 85, apartado segundo, de la Ley de bases del régimen local, y que afecta de lleno al tema de la presente comunicación, es la relativa a qué tipo de servicios públicos pueden ser gestionados directamente a través de cada una de las fórmulas recogidas por el mismo. Es evidente que la entidad pública empresarial y la sociedad mercantil sólo se podrán utilizar para la gestión de servicios de carácter económico-empresarial que tiendan a autofinanciarse mediante las tarifas que abonen los usuarios: la sociedad mercantil por su propia naturaleza, y la entidad pública empresarial en virtud del artículo 53, apartado primero, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (aplicable al ámbito local por remisión del artículo 85 *bis*, apartado primero, de la Ley de bases del régimen local), que establece que “las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público *susceptibles de contraprestación*”. Cuando se trate de servicios públicos de carácter social y asistencial, que se prestan al margen de las reglas del mercado, financiándose en todo o en una parte significativa de su coste con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y no de las tarifas de los usuarios, las únicas opciones posibles, dentro de las formas de gestión directa recogidas por el artículo 85, apartado segundo, de la Ley de bases del régimen local, serán la gestión por la propia entidad local o por organismo autónomo local. Es en este punto donde incidiría la posibilidad de

⁶ La posición doctrinal más conocida a favor del carácter abierto de la enunciación del artículo 85, apartado segundo, de la Ley de bases del régimen local es la de Francisco SOSA WAGNER, quien la sigue manteniendo tras la reforma de 2003. Es más, este autor se plantea abiertamente la cuestión de si son admisibles las fundaciones como forma de gestión de los servicios públicos locales, respondiendo en sentido afirmativo (*La gestión de los servicios públicos locales*, séptima edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 52-53). Véase en el mismo sentido Elisenda MALARET GARCÍA y Marc MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública, un régimen jurídico en construcción: la singularidad de las fundaciones locales*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals, Barcelona, 2005, pág. 119.

recurrir también a las fundaciones del sector público, como fórmula organizativa de Derecho privado que resultaría apta para la gestión de los servicios de carácter social y asistencial de titularidad pública, dado que, por definición legal, aquéllas son organizaciones constituidas sin fin de lucro.

Recapitulando, en el ámbito de la Administración general del Estado no existe ninguna norma que impida la utilización de las fundaciones del sector público estatal como forma de gestión de los servicios públicos; sin embargo, a los efectos de la presente comunicación es preciso tener en cuenta que la organización de la gestión de los servicios sociales en sentido estricto (la asistencia social) no corresponde a la Administración estatal, sino a las Comunidades autónomas, dado que éstas han asumido competencias exclusivas sobre una materia que está incluida entre aquellas sobre las que todas las Comunidades autónomas podían asumir competencias desde el primer momento (artículo 148, apartado primero, vigésima, de la Constitución). La mayoría de las Comunidades autónomas tampoco tienen normas que les prohíban recurrir a las fundaciones de sus respectivos sectores públicos para esta finalidad, pues, como ya se ha visto, lo único que se veta a las fundaciones con carácter general es el ejercicio de potestades públicas. La excepción son las tres Comunidades autónomas que, como se ha expuesto en el apartado anterior de esta comunicación, no permiten que la creación de fundaciones del sector público comporte el establecimiento de servicios públicos (Andalucía) o, más matizadamente, exigen previsión normativa expresa para que se pueda recurrir a ellas para la gestión de servicios públicos (Comunidad Valenciana y Aragón).

Por último, el caso más complejo es el de las entidades locales, donde el recurso a las fundaciones del sector público como forma de gestión directa de los servicios públicos locales no sería posible si se interpreta la lista de modalidades de gestión directa del artículo 85, apartado segundo, de la Ley de bases del régimen local como un *numerus clausus*, mientras que sí cabría si se entiende que, sobre la base de la potestad de autoorganización de las entidades locales, dicha relación no es taxativa.

IV.- LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL *IN HOUSE PROVIDING* A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA GESTIÓN DE SERVICIOS SOCIALES

Otra cuestión que es necesario dilucidar en relación con la utilización de las fundaciones del sector público como forma de gestión de los servicios públicos en general, y de los servicios sociales en particular, es si resulta aplicable en este ámbito la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el *in house providing*, es decir, sobre los requisitos que tienen que concurrir para que a una entidad con personalidad jurídica propia y separada de la Administración ésta le pueda encomendar directamente, sin recurrir a un procedimiento objetivo de selección competitiva, la realización de una actividad retribuida de titularidad administrativa. Como es conocido, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal*, declaró que para que un determinado ente pueda ser considerado a estos efectos como medio instrumental de una Administración es necesario que se cumplan, cumulativamente, dos requisitos: que la Administración ejerza sobre dicho ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que el ente realice la parte esencial de su actividad con la Administración que lo controla. Posteriormente, estos requisitos han sido matizados por diversas sentencias del Tribunal de Justicia⁷.

En cuanto al primero de los requisitos (el control de la Administración sobre la entidad análogo al ejercido sobre sus propios servicios), en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, el Tribunal estableció que, cuando una entidad esté participada por una Administración y por una empresa privada, aunque la participación de esta última sea minoritaria, queda excluida la posibilidad de que dicha Administración ejerza sobre la entidad en cuestión un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios⁸. Por su parte, la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, aclaró que no es suficiente con la composición íntegramente pública de la entidad, sino que, además, la Administración debe ejercer sobre ella un fuerte control administrativo, es decir, debe tener una influencia determinante tanto sobre sus objetivos estratégicos, como sobre sus decisiones

⁷ En la doctrina española puede encontrarse analizada esta doctrina en Esteban ARIMANY LAMOGLIA, “Sobras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH)”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, 2005, págs. 48-64, Diana SANTIAGO IGLESIAS, “Comentario de la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-58/03, Parking Brixen GmbH”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, núm. 2, 2006, págs. 173-181, y Francisco SOSA WAGNER y Mercedes FUERTES LÓPEZ, “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)”, *La Ley*, 2007, págs. 1669-1680.

⁸ Por el contrario, el Tribunal ha admitido en su sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *TRAGSA*, que la participación minoritaria e incluso simbólica de una Administración en una entidad interadministrativa no es en sí mismo un impedimento para que dicha entidad se pueda considerar un medio propio de la Administración en cuestión.

singulares más relevantes. Asimismo, la reciente sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea*, ha añadido un criterio adicional para determinar en qué supuestos cabe entender que la Administración ejerce un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios: que la actividad de la entidad se limite al territorio de la Administración en cuestión.

En cuanto al segundo de los requisitos (la realización de la parte esencial de la actividad de la entidad para la Administración que la controla), el Tribunal ha sido más parco en sus apreciaciones sobre el mismo. Únicamente en las conclusiones del Abogado general en el asunto *Parking Brixen* cabe encontrar una reflexión detallada sobre la cuestión. De acuerdo con dichas conclusiones, para entender que se cumple el requisito que nos ocupa será necesario que la entidad realice la parte fundamental de su actividad, cualitativa y cuantitativamente considerada, para la Administración que ejerce el control, debiendo valorarse a tal efecto la actividad efectivamente realizada por aquélla y no sólo lo previsto en sus estatutos.

En el Derecho positivo español ha sido la Ley de contratos del sector público la norma que se ha encargado de determinar los requisitos necesarios para que exista una relación de instrumentalidad entre una determinada Administración y un ente creado por la misma. Su artículo 24, apartado sexto, establece que 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. En el caso de que se trate de sociedades mercantiles, la norma exige, además, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Además, dicho precepto especifica el alcance del primer criterio *Teckal* (el control análogo al que la Administración ejerce sobre sus propios servicios), disponiendo que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas que sean de ejecución obligatoria para ellos, de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante, y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. Para acabar, el inciso final del artículo 24, apartado sexto, de la Ley de contratos del sector público establece que la condición de

medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios que se acaban de exponer deberá reconocerse de manera expresa por la norma de creación o por sus estatutos, que tendrán que determinar las entidades respecto de las que tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos, e implicará 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, se les pueda encargar la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Pues bien, la legislación sobre fundaciones del sector público, tanto estatal como autonómica, deja abierta la posibilidad de que éstas tengan carácter mixto, es decir, que la aportación fundacional o el patrimonio fundacional provengan de Administraciones o entidades públicas y de entidades privadas. Esto plantea el problema de si, en tal caso, dichas fundaciones podrían ser consideradas medios propios de carácter instrumental de la Administración correspondiente, a efectos de una eventual encomienda directa de la gestión de servicios públicos de la titularidad de aquélla.

Para resolver la cuestión, es preciso partir de que las fundaciones del sector público, como todas las fundaciones, son por definición legal organizaciones constituidas sin fin de lucro. Por tal motivo, como ya se ha resaltado en esta comunicación, sólo parecen aptas para la gestión de servicios de carácter social y asistencial que quedan excluidos de la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, así como también de los principios y normas relativos a la selección de los concesionarios de servicios, cuando se prestan sin ánimo de lucro; consiguientemente, tampoco les sería aplicable la jurisprudencia *Teckal* ni las normas de Derecho interno que la recogen y desarrollan. Con todo, esta exclusión de las reglas del Derecho de la Unión Europea ha de ser matizada. El mero hecho de que en una fundación, entidad sin fin de lucro, participe como colaborador de la Administración un sujeto privado igualmente sin ánimo de lucro no exime a la entidad mixta así constituida del cumplimiento de los principios y reglas del Derecho de la Unión sobre contratos públicos y concesiones; lo que, en su caso, produciría la exclusión es la ausencia de ánimo lucrativo en la gestión del servicio que a aquélla se le encomiende⁹.

⁹ Véase MIGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, cit., págs. 207-209.

V.- CONCLUSIONES

La principal conclusión que se extrae de estas reflexiones es que las fundaciones del sector público pueden constituir, para los servicios de carácter social y asistencial de titularidad pública, una alternativa de gestión jurídico-privada equivalente a lo que supone la sociedad mercantil pública para los servicios de relevancia económico-empresarial, a condición de que no haya cláusulas legales que expresamente prohíban o restrinjan el recurso a esa modalidad de gestión. Esta analogía, sin embargo, no es completa, porque, mientras las sociedades de economía mixta no se pueden considerar en ningún caso una forma de gestión directa de los servicios públicos, las fundaciones mixtas controladas por las Administraciones públicas no se ven afectadas por la doctrina del *in house providing* cuando gestionan servicios sociales de titularidad pública, en razón de la ausencia de ánimo de lucro en dicha actividad.

Ahora bien, la admisión de las fundaciones del sector público como forma de gestión de los servicios sociales de titularidad pública abre otras interrogantes que exigirían un estudio más extenso del que es posible en una comunicación como ésta. En particular, hay que plantearse la articulación de la relación jurídica entre dichas entidades y los usuarios de los servicios públicos que gestionarían. Cuando una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil pública gestionan en régimen de Derecho privado un servicio público de relevancia económico-empresarial, la situación jurídica del usuario no es distinta a la que tendría en un servicio público gestionado indirectamente por una empresa privada. En cambio, en los servicios públicos de carácter social y asistencial, debido a la realización de la actividad prestacional al margen de las reglas del mercado, la relación de prestación se configura con un carácter necesariamente jurídico-público.

Una entidad de Derecho privado, como es una fundación, no puede ser titular de relaciones jurídico-públicas. Así pues, habría que entender que la relación jurídica de prestación se entabla con la Administración titular del servicio, sin perjuicio de que ésta encomiende la gestión material del servicio a una entidad instrumental revestida de la forma de fundación del sector público. Si esto es operativo o no, o si aporta alguna ventaja con respecto a la gestión con medios propios de la Administración o cualquier otra modalidad

jurídico-pública de gestión directa, es una cuestión que queda abierta para el debate tras el análisis, necesariamente preliminar y sintético, desarrollado en esta comunicación¹⁰.

¹⁰ Sobre estas dificultades, con una conclusión negativa sobre la utilidad de la fórmula de la fundación para la gestión de servicios sociales de titularidad pública, véase M.^a Teresa CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 164-167.