

## **INFORME 01/05 DE 24 DE FEBRER DE 2005**

### **FUNDACIONS. GRAU DE SUBJECCIÓ AL TEXT REFÓS DE LA LLEI DE CONTRACTES DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES. NATURALESA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓ ILLESSPORT.**

#### **ANTECEDENTS**

Per part de la secretària general de Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals de la CAIB, s'eleva consulta a aquesta Junta Consultiva amb petició de l'oportú informe, en escrit de data 1 de febrer de 2005, que diu així:

*“En el marc d'una propera actuació conjunta entre les administracions públiques d'aquesta comunitat autònoma s'han d'emprendre obres l'import de les quals supera àmpliament els 6.242.029€.*

*En aquest marc està prevista l'actuació amb caràcter de promotora de les obres, la Fundació per al suport i la promoció de l'esport balear, Illesport, fundació el patrimoni fundacional de la qual és públic – concretament de la comunitat autònoma de les Illes Balears i amb un Patronat integrat per membres del govern i de l'administració autonòmica.*

*L'objecte de la Fundació Illesport és la promoció d'esport d'alt nivell i, d'acord amb l'article 5 dels seus estatuts, el seu objecte social final és la promoció i desenvolupament de l'esport balear, individual o col·lectiu d'alt nivell, mitjançant la captació de recursos econòmics de tota classe, preferentment patrocinis públics i privats que es destinaran al finançament de programes de suport als esportistes i equips d'alt nivell de les Balears.*

*També és objecte de la fundació la promoció de la imatge esportiva de les Illes Balears o dels seus esportistes mitjançant el corresponent contracte de patrocini esportiu o figures similars.*

*Des d'aquesta secretaria general i després d'haver analitzat la normativa contractual ens hem trobat amb el següent:*

*- El Reial decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, en el qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, estableix en els seus articles 1 i 2 l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes de contractació. De la interpretació literal d'aquests preceptes es dedueix que les fundacions no estan incloses en el supòsit d'aplicació de la Llei (és a dir, una fundació definida com entitat privada no és un organisme públic, no és una entitat de dret públic, ni tampoc una societat de dret privat)*

*- Paral·lelament la Llei 50/2002, de fundacions i en concret el seu article 46,5 disposa que la contractació de les fundacions del sector públic estatal s'ajustarà als principis de publicitat, concurrència i objectivitat, excepció feta que la naturalesa de l'operació a realitzar sigui incompatible amb aquests principis; precepte que entenem aplicable a les fundacions de la comunitat autònoma amb caràcter supletori atesa la falta de normativa autonòmica sobre la matèria.*

*- Per altra banda, les directives comunitàries 92/50/CEE, 93/36/CEE i 93/37/CEE atorguen al concepte d'organisme de dret públic un caràcter funcional i per tant amb un abast superior a l'atribuït per la legislació estatal.*

*Per això ha sorgit el dubte sobre el grau de subjecció de la fundacions i es sol·licita de la Junta el seu parer sobre:*

*1) Grau de subjecció al TRLCPA per part de les fundacions quan la seva activitat estigui finançada majoritàriament per administracions públiques.*

- *Aplicació únicament dels principis de publicitat, concurrència i objectivitat*
- *Aplicació de les prescripcions de la llei relatives a la capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació o formes d'aplicació quan se superin els límits establerts en l'article 2 del TRLCAP*
- *Aplicació íntegra de la llei de contractes*

*2) En el cas que s'hagi aplicar el concepte funcional d'organismes de dret públic predicat per les directives comunitàries, si la Fundació Illesport ha de considerar-se compresa en aquest concepte.*

*S'acompanya informe jurídic preceptiu sobre la qüestió plantejada d'acord amb el que prescriu l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears i Estatuts de la Fundació Illesport.”“*

## **PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT**

1. L'informe es sol·licita per part de la secretària general de Vicepresidència – Conselleria de Relacions Institucionals, la qual està legitimada per a això en virtut del previst en l'article 12.1 del D. 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i en el 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.

2. A la sol·licitud s'acompanya un informe jurídic, complint-se així el que disposa l'article 16.3 d'aquest Reglament.

3. La documentació aportada és suficient per a poder emetre l'informe sol·licitat.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

**PRIMERA.** La primera part de la consulta té com base el dubte suscitat respecte del grau de subjecció al text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RD. Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, per part de les fundacions (sense concretar quina d'elles), quan la seva activitat estigui finançada majoritàriament per administracions públiques.

Doncs bé: Hi a que dir, referent a això, que per intentar concretar una resposta adequada a la consulta, cal analitzar (com ho fa l'informe jurídic que acompanya a la petició d'informe) els tres nivells reguladors de la matèria relativa a les fundacions (per

concloure, aquell que sigui l'aplicable, en cas de discrepància entre ells i, finalment el grau de subjecció, si escau, a la LCAP donat per la norma a les fundacions) i que són els següents:

- 1) La Llei 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions.
- 2) La LCAP i les seves normes de desenvolupament.
- 3) Les Directives comunitàries en matèria de contractació pública i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

**SEGONA.** La comunitat autònoma no ha dur a terme, fins a la data, la promulgació d'una llei pròpia en matèria de fundacions, per la qual cosa, la norma d'aplicació més directa a les fundacions dependents de la CAIB, és la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions.

Aquesta llei regula les denominades fundacions del sector públic estatal i entén com a tal a aquelles en les quals concorren algun dels següents requisits:

a) Estar constituïdes amb una aportació majoritària, directa o indirecta de l'Administració General de l'Estat, dels seus organismes públics o altres entitats del sector públic estatal.

b) Que el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència estigui format en més d'un 50% per béns o drets aportats o cedits per les entitats citades a l'apartat anterior.

A la vista de la falta d'una regulació específica sobre la subjecció o no de les fundacions a la normativa o els principis de la contractació pública, moltes fundacions del sector públic estatal, com bé apunta l'informe jurídic abans citat, van acordar subjectar la seva activitat al Dret privat, prescindint dels principis inspiradors d'aquesta contractació i únicament s'observaven si es disposava de l'obligació expressa en els seus Estatuts fundacionals; no obstant l'anterior, en l'actualitat, la Llei 50/2002, ha vingut a imposar-los independentment d'aquesta darrera circumstància.

Referent a això que ens ocupa, l'article 46 de l'esmentada Llei, disposa que les fundacions del sector públic estatal hauran de sotmetre la seva contractació als principis de publicitat, concurrència i objectivitat, tret que la naturalesa de l'operació a realitzar sigui incompatible amb aquests principis.

Com ja s'ha indicat anteriorment, al mancar la CAIB d'una legislació pròpia sobre la matèria, li són d'aplicació supletòriament, a les fundacions del seu àmbit competencial les normes de la abans dita Llei 50/2002.

Estariem d'acord, doncs, que de l'examen de la legislació específica sobre fundacions es dedueix que les del sector públic hauran d'observar els principis de la contractació pública ( publicitat, concurrència i objectivitat) sense que els sigui d'obligatòria l'observança dels preceptes de la LCAP.

**TERCERA.** Per altre banda, la LCAP, en els seus articles 1 i 2 i disposició addicional sisena, determina l'àmbit d'aplicació subjectiva i conseqüentment, del seu estudi, es podrà determinar el grau de submissió a ella de les fundacions, entre altres entitats. Es donen els següents graus de submissió:

1. Les administracions públiques de l'article 1. 2 de la LCAP., els Organismes autònoms en tot cas, i la resta d'entitats de dret públic en qui concorrin els requisits dels apartats a) i b) del número 3 d'aquest article estan plenament sotmeses a la Llei de contractes de les administracions públiques.

2. Les entitats de dret públic no compreses en l'àmbit definit a l'article 1 de la LCAP, o sigui, en les que hi falti algun dels requisits dels apartats a) o b) de l'article 1 de l'indicat cos legal i, les societats de dret privat creades per a satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil i en les quals, a més a més, concorri algun dels requisits de la lletra b) del punt 3 de l'article 1 de la LCAP, estaran sotmesos a la legislació de contractes de les administracions públiques quant a la capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació i formes d'adjudicació, sempre que la quantia dels contractes sigui igual o superior a 6.242.028 € pels d'obres, o a 249.681 € pels de subministraments, consultoria i assistència i serveis.

3. Per als contractes d'obres, subministrament, consultoria i assistència i serveis de quanties inferiors a les assenyalades en el punt anterior d'aquest informe, les entitats abans descrites hauran, exclusivament, d'ajustar la seva activitat contractual als principis de publicitat i concurrència tal com assenjala la disposició addicional sisena de la LCAP. No obstant aquesta afirmació, aquesta disposició solament parla de les societats a les quals es refereix l'apartat 1 de l'article 2 de la LCAP, ometent, expressament o per error, a les entitats de dret públic de les quals parla en el mateix precepte legal, el que equivaldria afirmar que a aquelles no els és d'aplicació ni els principis de la contractació pública ni menys la normativa de contractes de les administracions públiques.

4. Societats de dret privat creades per a satisfer necessitats d'interès general de caràcter industrial o mercantil. A aquestes no els hi és d'aplicació la legislació de contractes de les administracions públiques ni els principis de la contractació pública, regint-se en tota la seva activitat contractual pel dret Mercantil o el Civil segons correspongui. No els hi és d'aplicació ni encara en el cas de que concorrin en elles tots els requisits de les lletra b) de l'apartat 3 de l'article 1º de la LCAP.

**QUARTA.** De l'examen jurídic de la norma contractual pública es desprèn amb claredat que l'element que determinarà el grau de submissió de les societats de dret privat creades per l'administració a la normativa de contractes de les administracions públiques serà la naturalesa de l'objecte social de les mateixes, així:

Si l'objecte social és industrial o mercantil l'activitat contractual de la societat estarà plena i exclusivament sotmesa al dret privat, i això fins i tot en el cas que aquella hagi estat creada per a satisfer específicament necessitats d'interès general.

D'altra banda, si la societat ha estat creada per a satisfer específicament necessitats d'interès general i no té un caràcter mercantil o industrial i no concorre cap dels requisits de la lletra b) de l'apartat 3 de l'article 1 de la LCAP ajustaran la seva activitat contractual a les normes de dret privat.

Si la societat de dret privat ha estat creada per a satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil i concorre en ella algun dels requisits de la lletra b) de l'apartat 3 de l'article 1 de la LCAP, la seva submissió a la normativa contractual de les administracions públiques dependrà de l'import del contracte que s'estigui examinant a cada moment: si el contracte és d'obres i la seva quantia és igual o superior a 6.242.028 € o si és de subministrament, consultoria i assistència i serveis i la seva quantia és igual o superior a 249.681 €, l'activitat contractual quedarà subjecta a la prescripcions de la LCAP quant a capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació i formes d'adjudicació. En tots aquells contractes de quanties inferiors, l'activitat contractual de la societat es subjectarà únicament als principis de publicitat i concurrència.

En cap moment la LCAP fa referència a altres formes jurídiques d'entitats, ni públiques ni privades, com podrien ser les Cooperatives, o les pròpies Fundacions, per la qual cosa en una interpretació restrictiva caldria afirmar que el règim jurídic contractual de la fundacions públiques serà el que ve establert en els seus estatuts fundacionals i, amb caràcter general per a les fundacions públiques, en la Llei 50/2002, de 26 de desembre.

**CINQUENA.** No obstant això, les Directives comunitàries europees en la matèria i una recent sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (13 de gener de 2005) ) han vingut a donar una nova visió legislativa i jurisprudencial sobre el tema.

Així, la pertinença d'Espanya a la Unió Europea ha exigint l'adequació de nostra legislació interna a l'ordenament jurídic comunitari, recollit, en matèria de contractació administrativa, en diverses Directives, aplicables precisament pel seu caràcter de Dret comunitari, a totes les Administracions. Públiques. Són les Directives 93/36/CEE, 93/37/CEE, i la més recent 2004/18/CE, totes elles sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de diversos tipus de contractes públics.

En totes elles es manté el mateix concepte de "poders adjudicadores" identificant aquests amb l'Estat, els ens territorials, els organismes de Dret Públic i les associacions constituïdes per un o més d'aquests ens o d'aquests organismes de Dret públic. Seguidament, les Directives, defineixen el que s'ha d'entendre per "organisme de Dret públic", dient que així serà considerat qualsevol organisme:

"a) creat específicament per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.

b) dotat de personalitat jurídica i ;

c) l'activitat de la qual estigui majoritàriament finançada per l'Estat, els ens territorials o altres organismes de Dret públic, o bé la gestió del qual es trobi sotmesa a un control per part d'aquests últims, o bé els òrgans d'administració, de direcció o de vigilància estiguin composts per membres dels quals més de la meitat siguin nomenats per l'Estat, els ens territorials o altres organismes de Dret públic.”

El Regne d'Espanya va procedir a l'adaptació de la LCAP (articles 1 i 2 i disposició addicional sisena abans estudiats) al contingut de les Directives de 1993 i en concret al concepte comunitari de poders adjudicatores.

**SISENA.** No obstant aquesta adaptació de la legislació espanyola a la normativa comunitària en matèria de contractació pública, una recent sentència, de 13 de gener de 2005, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, ha declarat que el Regne d'Espanya no ha adaptat correctament el seu ordenament jurídic intern, en concret el TRLCAP, a l'haver exclòs de l'àmbit d'aplicació d'aquesta a les entitats de Dret privat que reuneixin els requisits recollits a l'article 1, lletra b) de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE abans descrites.

Manté el Tribunal de Justícia Europeu que el Regne d'Espanya ha optat per una interpretació literal del concepte d'organisme “de Dret públic” al considerar que les Directives no contempen dintre del concepte a les societats mercantils sota control públic i distingeix entre el concepte d'organisme de Dret públic i el d'Empresa Pública la definició de la qual es correspon amb el de societat mercantil pública.

Segons el Tribunal, per a resoldre la qüestió de la qualificació d'una entitat de Dret privat com organisme de Dret públic, procedeix comprovar únicament si l'entitat de que es tracta compleix els tres requisits acumulatius enunciats a l'article 1, lletra b), paràgraf segon, de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE i en l'actualitat la Directiva 2004/18/CE article 1, punt 9.

Així, ha dictaminat el Tribunal europeu que per a ser considerat un organisme de dret públic, basta l'existència de tres requisits:

- 1) Que s'hagi creat per a satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.
- 2) Que tingui personalitat jurídica pròpia.
- 3) Que la seva activitat depengui estretament de l'Estat, ens territorials o altres entitats de dret públic.

La mateixa jurisprudència reitera la interpretació funcional del concepte “organisme públic”, conclouent que l'estatut de dret privat d'una entitat no constitueix un criteri d'exclusió de l'àmbit d'aplicació de les Directives.

**SETENA.** Nombroses sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea han mantingut que les Directives de la Unió Europea (19 gener 1982, 30 setembre 1988, 22 juny 1989), tenen efectes jurídics directes si no estan sotmeses a cap condició i són

prou precises. Amb això es vol indicar que són d'aplicació directa al supòsit que ens ocupa i, en conseqüència, i vista la inexistència de normativa específica d'àmbit espanyol sobre la matèria, així com en la de la Comunitat autònoma i vista la plena vigència i aplicació de les Directives Comunitàries així com la jurisprudència aclaridora, amb independència de la denominació estatutària que vulgui donar-se a les fundacions, han de prevaler les Directives i estar-se en lo que elles disposen, afirmant que la qualificació d'una fundació com organisme de dret públic dependrà que en ella es donin els tres requisits acumulatius enunciats en l'article 1, lletra b), paràgraf segon, de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE i en l'actualitat la Directiva 2004/18/CE article 1, punt 9. En aquest cas, i referint-se a la legislació espanyola, els seria d'aplicació l'article 1, punt 3 de la LCAP, en quant a la celebració dels contractes que es refereixen els articles 7 i 8 d'aquesta darrera Directiva, s'ha d'estar en aquests supòsits per a calcular el valor estimat d'aquests contractes, al mètode fixat l'article 9 de la mateixa Directiva.

## **CONCLUSIÓ**

Respecte a les fundacions, en general, per a determinar el grau de subjecció de la seva activitat contractual a la LCAP, dependrà que en ella es donin els tres requisits acumulatius enunciats en l'article 1, lletra b), paràgraf segon, de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE i en l'actualitat la Directiva 2004/18/CE article 1, punt 9. En aquest cas, i referint-se a la legislació espanyola, els seria d'aplicació l'article 1, punt 3 de la LCAP, en quant a la celebració dels contractes que es refereixen els articles 7 i 8 d'aquesta darrera Directiva, s'ha d'estar en aquests supòsits per a calcular el valor estimat d'aquests contractes, al mètode fixat l'article 9 de la mateixa Directiva.