

TESIS DOCTORAL

EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: LAS FUNDACIONES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Alfonso Arroyo Díez

ESADE—Facultad de Derecho—Departamento de Derecho público

Dirigida por el Prof. Dr. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Barcelona, julio de 2013

**EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA NORMATIVA
ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN
DEL SECTOR PÚBLICO:
LAS FUNDACIONES Y LAS CÁMARAS DE
COMERCIO**

Memoria que se presenta para la obtención del grado de Doctor en Derecho
dirigida por el Prof. Dr. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho
Administrativo de la Universidad de Barcelona.

Alfonso ARROYO DÍEZ

A mis padres

INTRODUCCIÓN	17
---------------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEFINICIÓN DE PODER ADJUDICADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	35
2. EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS ANTERIORES A LA ACTUALMENTE EN VIGOR: REGLAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL EUROPEO.....	60
2.1 El concepto de “poder adjudicador” en las Directivas comunitarias anteriores a la Directiva 2004/18.....	61
2.1.1 Directivas 70/32, 71/304, 71/305, 77/62 y 80/767/CEE del Consejo de 22 de julio de 1980, adaptando y completando, en lo que concierne a determinados poderes adjudicadores, la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro.....	61
2.1.2 Directivas 89/440 y 90/531: “Interés general que no tenga carácter mercantil” y “control”	64
2.1.3 Directivas de los años noventa. Antecedentes inmediatos a la actualmente en vigor.....	66
2.2 Criterios interpretativos mantenidos por el Tribunal europeo	70
2.2.1. Interpretación funcional del concepto de poder adjudicador	71
2.2.2. Interpretación autónoma y uniforme del concepto de poder adjudicador	76
3. LOS PODERES ADJUDICADORES EN LA DIRECTIVA 2004/18	78
3.1 Planteamiento del tema	78

3.2	En cuanto al Estado, los entes territoriales y las asociaciones constituidas por dichos entes	80
3.3	En cuanto a los organismos de Derecho público	86
3.3.1	En cuanto a la personalidad jurídica de la entidad contratante	88
3.3.2	Entidades creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.....	91
3.3.3	En cuanto al control por parte del Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público	113

<p>CAPÍTULO SEGUNDO</p> <p>EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS</p>

1.	INTRODUCCIÓN	129
2.	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS MÁS REMOTOS: DEL SIGLO XIX HASTA MEDIADOS DEL SIGLO XX.....	132
2.1	Normativa relevante dictada a lo largo del siglo XIX	132
2.2	Normativa dictada desde principios del siglo XX hasta la LCE.....	137
2.2.1	Normativa dictada a principios del siglo XX	137
2.2.2	Normativa dictada en los años cincuenta.....	141
2.2.3	La LEEA.....	142
3.	LCE Y OTRAS DISPOSICIONES DE APLICACIÓN	146
3.1.	La LCE y sus reglamentos de desarrollo.....	146
3.1.1	Redacción de la Ley y de sus reglamentos.....	146
3.1.2	Modificación de la LCE y del Reglamento de contratación del 75 tras la adhesión de España a la Comunidad Europea	151
3.2.	La LGP del 77 y sus posteriores modificaciones: Huida del Derecho administrativo.....	153
4.	LA LEY 13/1995 Y SUS POSTERIORES MODIFICACIONES	159
4.1	Planteamiento del tema	159

4.2	Gestación parlamentaria de la Ley 13/1995.....	162
4.2.1	El proyecto de Ley de 26 de Octubre de 1992.....	163
4.2.2	El proyecto de Ley de 1994 que dio lugar a la Ley 13/1995.....	166
4.3	La redacción originaria de la Ley 13/1995 y los niveles de sujeción previstos en la norma.....	175
4.3.1	Redacción originaria de los artículos 1, 2.1 y Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1995.....	175
4.3.2	Niveles de sujeción a la Ley 13/1995: Incorrecta transposición de las Directivas comunitarias.....	177
4.4.	Modificaciones del TRLCAP derivadas de las condenas por parte del Tribunal europeo.....	187
4.4.1	Asunto C-214/00, Comisión contra el Reino de España	187
4.4.2	Primera Sentencia condenatoria del TJCE en cuanto al ámbito subjetivo se refiere: Asunto C-283/00, SIEPSA.....	190
4.4.3	Segunda condena expresa del TJCE en cuanto al ámbito subjetivo se refiere: Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España	196
4.5.	Última modificación del TRLCAP en cuanto al ámbito subjetivo se refiere	205

CAPÍTULO TERCERO

EL ARTÍCULO 3 DEL TRLCSP: LOS NIVELES DE SUJECIÓN A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

1.	INTRODUCCIÓN	211
2.	EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 3 DE LA LCSP —HOY, TRLCSP—	215
2.1	La tramitación parlamentaria de los artículos 3, 174, 175 y 176 de la LCSP —hoy artículos 3, 190, 191 y 192 del TRLCSP—	215
2.2	Planteamiento del artículo 3 del TRLCSP	219
2.3.	La legislación navarra en cuanto al ámbito subjetivo se refiere.....	231
3.	NIVEL UNO DE SUJECIÓN AL TRLCSP: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: TIPOLOGÍA DE ENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES.....	236

3.1	Entidades que se integran en el NIVEL UNO de sujeción al TRLCSP	237
3.1.1	Administración General del Estado —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—	239
3.1.2	Las Administraciones de las Comunidades Autónomas —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—	239
3.1.3	Las entidades que integran la Administración Local —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—	240
3.1.4	Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—	243
3.1.5	Los Organismos Autónomos —letra b) del artículo 3.2 del TRLCSP—	244
3.1.6	Las Universidades Públicas —letra c) del artículo 3.2 del TRLCSP—	246
3.1.7	Las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad —letra d) del artículo 3.2 del TRLCSP—	247
3.1.8	Entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan con una serie de características —letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP—	249
3.1.9	Órganos constitucionales u organismos autonómicos asimilados —letras f) y g) del artículo 3.2 del TRLCSP—	262
3.2	Régimen jurídico aplicable a las entidades incluidas en el NIVEL UNO de sujeción a la norma	264
4.	NIVEL DOS DE SUJECIÓN AL TRLCSP: PODERES ADJUDICADORES, NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: TIPOLOGÍA DE ENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES	265
4.1	Entidades que se integran en el NIVEL DOS de sujeción al TRLCSP	265
4.1.1	Interpretación comunitaria del concepto “organismo de Derecho público”	268

4.1.2	Entidades del sector público expresamente nominadas y que podrían tener la consideración de poderes adjudicadores, no Administración Pública	294
4.2	Régimen jurídico aplicable a las entidades incluidas en el NIVEL DOS de sujeción a la norma	314
5.	NIVEL TRES DE SUJECCIÓN A LA LEY: ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODERES ADJUDICADORES: TIPOLOGÍA DE ENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES.....	320
5.1	Entidades que se integran en el NIVEL TRES de sujeción al TRLCSP... ..	320
5.2	Régimen jurídico aplicable a las entidades incluidas en el NIVEL TRES de sujeción a la norma	321

<p>CAPÍTULO CUARTO</p> <p>LAS FUNDACIONES COMO PODERES ADJUDICADORES</p>
--

1.	PLANTEAMIENTO DEL TEMA	327
2.	LA CE COMO NORMA QUE RECONOCE EL DERECHO DE FUNDACIÓN.	332
2.1	El artículo 34 de la CE: El Derecho de fundación.....	332
2.2	La CE como origen de las fundaciones del sector Público: Posicionamiento de la doctrina y del Tribunal Constitucional	340
3.	LA PRIMERA LEY ESTATAL DE FUNDACIONES POSTCONSTITUCIONAL Y LOS CONTROLES PÚBLICOS PREVISTOS EN EL ANTIGUO TRLGP DE 1988.....	344
3.1.	La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general.....	344
3.2	La regulación contenida en el antiguo TRLGP de 1988: Primeros controles públicos	351
4.	LA ACTUAL REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.....	354

4.1	Justificación de la exposición.....	354
4.2	La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones.....	355
4.3	La Ley de Fundaciones del año 2002	363
4.4	La legislación autonómica en materia de fundaciones	367
4.4.1	En cuanto a las Comunidades Autónomas que disponen de legislación propia en materia de fundaciones.....	367
4.4.2	En cuanto a las Comunidades Autónomas que no disponen de legislación propia en materia de fundaciones.....	383
4.4.3	A modo de conclusión	393
5.	LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO COMO PODERES ADJUDICADORES	394
5.1	Significado de “aportación” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”	395
5.2	Características esenciales de las fundaciones del sector público a efectos de determinar su nivel de sujeción a la normativa de contratación pública	401
5.2.1	Entidades de Derecho privado <i>versus</i> entidades de Derecho público	402
5.2.2	Las fundaciones del sector público satisfacen necesidades de interés general	417
5.2.3	Las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias.....	420
5.2.4	Control público sobre las fundaciones	425
5.2.5	El nivel de sujeción de las fundaciones del sector público a la normativa de contratación pública.....	428
6.	LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS Y LAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA COMO PODERES ADJUDICADORES	433
6.1	Origen y legislación aplicable a las fundaciones públicas sanitarias y las fundaciones en mano pública.....	433

6.2	Características esenciales de las fundaciones públicas sanitarias y de las fundaciones en mano pública a efectos de determinar el nivel de sujeción a la normativa de contratación pública	439
6.2.1	En cuanto a las fundaciones en mano pública	439
6.2.2	En cuanto a las fundaciones públicas sanitarias.....	441
6.3	Los casos de las Fundaciones Hospital de Manacor y Hospital <i>Son Llätzer</i>	445
7.	LAS FUNDACIONES PRIVADAS <i>STRICTO SENSU</i> COMO PODERES ADJUDICADORES	447
7.1	Planteamiento del tema: Nivel de sujeción de las fundaciones privadas <i>stricto sensu</i> a la normativa de contratación pública	447
7.2	El papel que ejerce el Protectorado en las fundaciones y su incidencia en materia de contratación pública	454
7.2.1	Justificación de la existencia de la figura del Protectorado: Control sobre la actividad de las fundaciones.....	454
7.2.2	Funciones atribuidas al Protectorado y legislación aplicable.....	457
7.2.3	Incidencia del control del Protectorado sobre el nivel de sujeción de las fundaciones privadas <i>stricto sensu</i> a la normativa de contratación pública	476

CAPÍTULO QUINTO

LAS COCIN COMO PODERES ADJUDICADORES

1.	PLANTEAMIENTO DEL TEMA	485
2.	BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS COCIN	488
2.1.	Real Decreto de 9 de abril de 1886, autorizando la creación de las Cámaras de Comercio y que en su constitución y régimen se acomoden á las bases que se expresan	489
2.2	Real Decreto de 21 de junio de 1901, relativo á la Constitución de Cámaras Oficiales del Comercio, de la Industria y de la Navegación	495

2.3	Ley de Bases para la reorganización de las COCIN de 29 de junio de 1911 y disposiciones complementarias.....	498
3.	LA CE COMO NORMA QUE SALVAGUARDA LA PERVIVENCIA DE LAS COCIN Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE COCIN	505
3.1	El encaje constitucional de las COCIN.....	505
3.2	La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de COCIN.....	508
4.	LA LEY 3/1993, REGULADORA DE LAS COCIN	513
4.1	La delimitación de las COCIN según la redacción originaria de la Ley 3/1993.....	515
4.2	Superación de la Ley 3/1993 del test de constitucionalidad	519
4.3	La modificación de la Ley 3/1993, mediante el Real Decreto-Ley 13/2010.....	525
4.4	El Anteproyecto de Ley Básica de las COCIN aprobado por el Consejo de Ministros el día 10 de mayo de 2013.....	529
5.	CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LAS COCIN A EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	531
5.1	Naturaleza jurídica de las COCIN	531
5.1.1	Posición doctrinal y jurisprudencial	533
5.1.2	Posicionamiento del Tribunal Constitucional.....	544
5.1.3	Nuestro posicionamiento: Las COCIN ostentan personalidad jurídica pública	547
5.2	Las COCIN satisfacen necesidades de interés general.	556
5.3	En cuanto al control público de las COCIN	568
5.3.1	Controles previstos en la Ley 3/1993 y en el Reglamento del 74	569
5.3.2	Controles públicos previstos en las normativas autonómicas.....	576
5.3.3	Controles públicos derivados de delegaciones y de encomiendas de gestión efectuadas por las Administraciones Públicas	585

6. NIVEL DE SUJECCIÓN DE LAS COCIN A LA NORMATIVA DE CONTRATACION DEL SECTOR PÚBLICO	588
6.1 Las COCIN son entidades que se integran en el sector público por imperativo de la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP	592
6.1.1 Personalidad jurídica	593
6.1.2 Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil	593
6.1.3 Control público: Orgánico, financiación pública o gestión	600
6.1.4 Conclusión.....	610
6.2 Nivel de sujeción de las COCIN a la normativa de contratación del sector público.....	611
CONCLUSIONES	623
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	639

INTRODUCCIÓN

1. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA ELECCIÓN DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El origen de la elección del presente trabajo de investigación se encuentra en motivos profesionales. Desde el año 2000 he podido detectar que un gran número de entidades —públicas y privadas, no incluidas en el elenco de las Administraciones territoriales—, sufrían un desconcierto absoluto al desconocer exactamente cuál era su nivel de sujeción a la normativa de contratación pública y los preceptos que debían aplicar, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provocaba al resto de operadores jurídicos. La causa se encontraba en que si bien se podía afirmar que la normativa española podía ser clara, lo cierto es que la jurisprudencia comunitaria empezaba a forjar una constante y reiterada doctrina sobre el concepto de “poder adjudicador”, muy diferente a lo que se deducía de la literalidad de las disposiciones contenidas en nuestro Derecho interno y, consecuentemente, contraria al actuar contractual de esas entidades. Ante esta situación, la cuestión que se planteaba era la siguiente: ¿Se debía aplicar la normativa interna vigente en cada momento, o por el contrario se debía proceder a adaptar el concepto comunitario de “poder adjudicador” contenido en las Directivas comunitarias e interpretado por el Tribunal europeo, con independencia de que lo exigía el Derecho nacional? La respuesta, obviamente, no era fácil. Ese desconcierto era todavía mayor en las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas y en las fundaciones, entidades privadas que han sido vistas tradicionalmente por la doctrina mayoritaria como un claro instrumento de huida del Derecho administrativo. La decisión del legislador nacional de excluirlas del elenco de entidades sujetas a los mandatos europeos en materia de contratación pública provocó que el Reino de España fuese condenado hasta en tres ocasiones por una incorrecta transposición del Derecho comunitario, lo que conllevó distintas modificaciones legislativas relevantes en las disposiciones vigentes en aquellos momentos.

Esta inquietud profesional fue la que me llevó al convencimiento de la necesidad de acometer en profundidad esta problemática, con el fin de determinar con el máximo rigor la delimitación correcta de los criterios para poder concluir con acierto el ámbito de sujeción de las entidades contratantes reguladas en el

Derecho nacional a la normativa de contratación del sector público, con especial incidencia en las fundaciones y en las COCIN. Ya se advierte desde el principio que el estudio queda ceñido exclusivamente a los entes regulados en el Derecho español, sin que se haya considerado conveniente el análisis de los previstos en otras legislaciones europeas. Ello hubiese excedido de los límites normales de un trabajo de estas características.

Desde el año 2000 ha transcurrido mucho tiempo y se podría afirmar que actualmente —en el plano teórico—, disponemos de los instrumentos necesarios para incluir a una determinada entidad en uno u otro nivel de sujeción a la norma de contratación pública. La jurisprudencia comunitaria ha seguido manteniendo de forma constante y reiterada su criterio sobre el concepto de “poder adjudicador”; por su parte, la normativa española se ha ido modificando a lo largo de estos años con el claro designio de adecuarse al Derecho comunitario y a la interpretación comunitaria que ha llevado a cabo el Tribunal europeo y; los distintos centros consultivos se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el alcance de numerosas entidades susceptibles de estar sujetas a la normativa de contratación pública. No obstante, tras un estudio detallado y pormenorizado de la cuestión, se pondrá de manifiesto que el asunto no es tan sencillo como pudiera parecer en una primera aproximación y ello a pesar de que se ha avanzado considerablemente en la adaptación del Derecho interno al comunitario. Los principales problemas con los que nos encontramos actualmente derivan de la complicada y abigarrada lectura que se deduce del actual precepto regulador del ámbito subjetivo de la normativa de contratación del sector público española; de la utilización de conceptos en la delimitación del “poder adjudicador” difíciles de interpretar y complicados de extrapolar a la actividad y a la legislación reguladora de las distintas entidades susceptibles de considerarse entes contratantes; y de la criticable y sorprendente no adaptación del propio Derecho comunitario en sus Directivas comunitarias a los criterios interpretativos mantenidos por el Tribunal europeo. Como abordaremos detalladamente en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación, el Tribunal de Luxemburgo no extrae consecuencia alguna de determinadas previsiones específicas contenidas en las normas comunitarias, creando confusión e inseguridad jurídica a los destinatarios de las mismas.

El análisis detallado de todas las entidades —públicas y privadas— que en alguna medida se encuentran relacionadas con el sector público español con el fin de determinar su nivel de sujeción a la normativa de contratación del sector público deviene una labor inabarcable. Por este motivo, he optado por analizar los rasgos generales delimitadores de todas aquellas que puedan ser consideradas contratantes y de estudiar de manera pormenorizada dos tipologías de entes cuya contratación, desde un punto de vista práctico, puede ser polémica o cuanto menos discutible. Me estoy refiriendo a las fundaciones y a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Dentro del elenco de entidades fundacionales, me detendré no sólo en las del sector público, sino también en las públicas sanitarias, en las fundaciones en mano común y en las fundaciones que voy a denominar privadas *stricto sensu*.

El principal motivo que me ha llevado a escoger en nuestro estudio a los entes fundacionales con participación pública no sólo deriva de que su creación fue vista por parte de la doctrina mayoritaria como un claro instrumento de huida del Derecho administrativo, con lo que ello ha conllevado en cuanto a las modificaciones de nuestro Derecho interno se refiere, sino porque su correcta inclusión en los niveles de sujeción previstos en la actual normativa de contratación del sector público no es una labor automática, y requiere de una análisis interpretativo complejo —y a veces discutible— de la actual legislación de contratos. De hecho, a fecha de hoy, no existe unanimidad en cuanto a su nivel de sujeción a la normativa de contratación del sector público, lo que provoca un gran desconcierto a todos los operadores jurídicos, y en concreto a los órganos directivos de los entes fundacionales. La discusión que se plantea puede ser ajena al Derecho comunitario, pero no al nacional por cuanto determinados centros de fiscalización y control y algunos órganos judiciales consideran a las fundaciones como entidades de Derecho público, con lo que ello conlleva en cuanto a la necesidad de cumplimiento de determinadas previsiones establecidas en la normativa de contratación del sector público reservadas para las Administraciones Públicas. El desconcierto que tal categorización puede generar nos obliga a analizar su auténtica naturaleza jurídica con el claro objetivo de determinar su nivel de sujeción a la normativa de contratación.

Situado aquí, y tras el análisis de las fundaciones con participación pública, se me planteo otra cuestión directamente relacionada y que no era otra que determinar si las que vamos a denominar fundaciones privadas *stricto sensu* debían o no ser consideradas poderes adjudicadores desde el punto de vista de la normativa pública de contratación. Tal planteamiento deriva del hecho de que es consustancial a su propia naturaleza el que satisfagan necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Ahora bien, para poder determinar si se encuentran o no sujetas a la normativa pública, ha sido necesario analizar el tercer requisito, el del “control público”, que legalmente también se prevé en la configuración jurídica de este tipo de entes, a través del Protectorado. Además, para alcanzar una correcta conclusión al respecto, se hace necesario exponer, por una parte, el alcance que la jurisprudencia comunitaria ha otorgado al concepto de control en la gestión y, por otra parte, analizar la normativa de las funciones atribuidas a ese órgano administrativo. A partir de estas consideraciones es cuándo podremos llegar a una correcta conclusión sobre el nivel de sujeción de las fundaciones privadas *stricto sensu*.

Por otra parte, la razón de ser del estudio particularizado de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, responde principalmente a los siguientes motivos. El primero, trae causa de su propia naturaleza de Corporación de Derecho Público que, conjuntamente con otras entidades, integran lo que se ha venido denominando “Administración Corporativa”. El segundo, deriva de la ausencia de su mención expresa en las letras a) a g) del artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, lo que nos obliga a analizar la cuestión objeto de estudio bajo el prisma de la cláusula residual contenida en la letra h) de la referida norma. Además, no podremos obviar la necesidad de analizar el nuevo marco jurídico implantado en nuestro ordenamiento con la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre que, bajo el título: “Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo”, ha comportado, entre otras medidas, la eliminación del recurso cameral permanente y, por ende, la supresión de la adscripción obligatoria a dichas entidades por parte de quienes ejercen actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional, según se establecía en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Tales modificaciones resultan, sin lugar a

dudas, no sólo relevantes desde un punto de vista del Derecho positivo, sino que, y lo que es más importante, obligan a llevar a cabo una revisión de los razonamientos jurídicos hasta ahora ofrecidos por la más ilustre doctrina en torno a la determinación o no, de tales entidades como poderes adjudicadores en sede de contratación pública. Además, se deberá analizar la incidencia que podría tener el recién aprobado anteproyecto de Ley de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

2. OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN ALCANZAR A TRAVÉS DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

La circunstancia de que la contratación pública haya dado lugar a un mercado de enormes proporciones ha provocado que desde los años setenta el legislador comunitario legislase sobre esta materia con el claro designio de no limitar el acceso de las empresas con independencia de su país de origen, de su domicilio social o del lugar donde realizasen sus actividades. Se ha tratado de evitar la tendencia habitual de que cada Estado contratase con sus nacionales y de combatir las trabas para el libre comercio. Así pues, en el ámbito de la Unión Europea se ha desarrollado desde hace ya tiempo un Derecho propio de la contratación pública que pretende asegurar la implantación real de un mercado interior común. Esta normativa europea se ha establecido por medio de un conjunto de Directivas, cuya finalidad es garantizar la publicidad en el espacio europeo, y la libre e igual concurrencia de las empresas europeas en los procedimientos de adjudicación de contratos.

Ahora bien, no se puede sostener que las Directivas anteriores a las actualmente en vigor se hayan caracterizado por su claridad y precisión en la definición del concepto de “poder adjudicador”, hecho que unido a la constante tendencia de los Estados miembros de escapar de la aplicación del Derecho comunitario sobre la contratación pública mediante la creación de instrumentos no siempre ajustados al ordenamiento jurídico, ha provocado una jurisprudencia por parte del Tribunal europeo, que ha dado lugar a numerosas modificaciones legislativas en los Estados miembros con el objetivo de que se adaptaran de forma rigurosa al Derecho europeo. Ya se advierte que estos pronunciamientos judiciales se

van a convertir en una herramienta fundamental en nuestro trabajo de investigación.

Así pues, mi primer objetivo se va a centrar en delimitar correctamente el concepto comunitario de “poder adjudicador”, que pivota sobre tres elementos: “personalidad jurídica” —pública o privada—, “interés general de carácter industrial o mercantil” y “control público”, recogidos en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Se trata de conceptos que, pese a su aparente claridad, son difíciles de interpretar y, más aun, de extrapolar a la actividad y a la normativa reguladora concreta de las entidades contratantes previstas en el Derecho nacional. Como podré constatar a lo largo del presente trabajo de investigación, una cuestión es lo que recoge la norma, incluso interpretada por el Tribunal europeo y otra, bien distinta, es aplicar esos criterios a la actividad de las entidades, y al control público que se ejerce sobre las mismas. Ya se avanza que es una labor compleja concluir si una determinada entidad satisface necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, o bien determinar si está o no controlada por el poder público. Además de ello, tampoco se puede pasar por alto que las autoridades comunitarias deben recibir una crítica al respecto, dado que pese a la contundencia de los pronunciamientos jurisprudenciales europeos, lo cierto es que no se han recogido de forma explícita en las distintas normas comunitarias, ni tan siquiera en las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública que Europa está elaborando en estos momentos.

El segundo objetivo que se pretende alcanzar a través del presente trabajo de investigación, es discernir los distintos niveles de sujeción que prevé la normativa de contratación del sector público española. La legislación estatal, actualmente en vigor, que será objeto de análisis, se encuentra contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, norma que refunde, entre otras disposiciones, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, disposición, que derogó el ya antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que sufrió distintas modificaciones a raíz de

varias condenas del Tribunal europeo. La actual disposición contiene toda la normativa básica en materia de contratos del sector público, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española, así como otros preceptos no básicos y, por tanto, susceptibles de ser regulados por las Comunidades Autónomas mediante su correspondiente legislación autonómica.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público fue más allá de la mera transposición de la Directiva 2004/18. Es el primer texto legislativo que aborda la contratación de todo el sector público. La Ley deja de ser una Ley de contratos de las “Administraciones Públicas” para incluir en su título un rótulo mucho más amplio el de contratos del “Sector Público”, noción, que como dice su propia Exposición de Motivos: “deriva de las exigencias comunitarias y que conlleva una notable ampliación del ámbito subjetivo de la Ley, además de una estructura diferente de la normativa a la que sustituye”. La regulación de la contratación del sector público, de un lado, y la regulación del “régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, de otro, configuran el objeto de la Ley¹. La circunstancia de que la Ley regulase la contratación pública de la totalidad de los entes que pudiesen estar relacionados, de algún modo, con el poder público, conllevó la redacción de un complejo artículo 3, precepto, que se erigía como centro neurálgico del ámbito subjetivo de la normativa de contratación pública. La correcta interpretación del citado precepto, de conformidad con los criterios europeos que hayamos sustentado, se convierte en un instrumento fundamental para la correcta inclusión de las distintas entidades que integran el panorama español en uno u otro nivel de sujeción a la norma.

Como venimos diciendo *ut supra*, la actual normativa no se limita a transponer la Directiva comunitaria hoy vigente, sino que va más allá, al regular y establecer los distintos niveles de sujeción de las entidades que integran el panorama legislativo español. Sin embargo, dada la configuración legal y la heterogeneidad

¹ No podemos dejar de hacer referencia, aunque no sea objeto de análisis del presente trabajo de investigación, a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y que ha traspuesto la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, reguladora de los mismos procedimientos. Esta Ley, supone una especialidad con respecto a la LCSP, en la medida que es de aplicación en aquellas contrataciones realizadas en los sectores tradicionalmente “regulados” cuando el órgano es una entidad u organismo del sector público —no propiamente Administración Pública—, o bien, determinadas empresas privadas que gozan de derechos especiales o exclusivos otorgados por los poderes públicos.

de los entes que lo conforman, no se puede afirmar que esa labor sea sencilla y, menos, automática. La principal dificultad deriva no sólo de la escasa homogeneización de las normativas autonómicas en cuanto a la naturaleza jurídica del elenco de entidades susceptibles de ser consideradas poderes adjudicadores —como las entidades de Derecho público—, sino, también, del hecho que el legislador estatal ha empleado dos definiciones idénticas para delimitar dos conceptos totalmente distintos: el de “entidad del sector público” prevista en la letra h) del artículo 3.1 del ya referido Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y el de “poder adjudicador” regulado en la letra b) del artículo 3.3 de la citada norma.

La normativa de contratación del sector público no se aplica por igual a todos los sujetos del sector público, sino que distingue hasta tres niveles de sujeción, según las características propias de cada ente contratante. De ahí que sea fundamental determinar, en cada caso, el nivel de sujeción en el que se encuentra cada ente, por cuanto la norma prevé regímenes jurídicos totalmente distintos. Así, dependiendo de su nivel de sujeción, los contratos podrán ser administrativos o privados y, en función de ello, el control por parte de los órganos y tribunales corresponderán a los de la jurisdicción contencioso-administrativa, o bien a la jurisdicción civil. Además, como pondré de manifiesto, la Ley también prevé, para determinados sujetos del sector público, un régimen jurídico distinto en función del valor estimado del contrato que pretenda celebrar. Así, se establece una regulación diferente en función de si el referido valor estimado se encuentra o no por encima de determinados umbrales económicos establecidos por la Unión Europea.

El análisis de la normativa española previa al actual Texto Refundido me llevará a concluir que el Reino de España ha incumplido en reiteradas ocasiones la normativa comunitaria en el concreto aspecto que ahora tratamos. Por esta razón, y al hilo del análisis de los distintos niveles de sujeción a la norma, también me veré obligado a analizar si de nuevo el legislador español ha vuelto a transgredir el Derecho comunitario en relación con el tema que nos ocupa y, en concreto, si se ha transpuesto correctamente el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo sobre

coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones, abordaré el tercer y principal objetivo del presente trabajo de investigación, el análisis concreto de dos tipologías de entes: las fundaciones y las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Asimismo, dentro de las primeras, serán objeto de estudio no sólo las fundaciones del sector público, sino también las públicas sanitarias, las fundaciones en mano pública y las que vamos a denominar “fundaciones privadas *stricto sensu*”.

3. SISTEMÁTICA UTILIZADA

Expuestos los motivos que sustentan nuestro estudio y partiendo de los objetivos apuntados, la presente investigación se ha desarrollado mediante la sistemática que se describe a continuación, que es la que se ha considerado más efectiva en orden a la comprensión, análisis y conclusión de la problemática anunciada. Así, el trabajo se estructura en cinco capítulos, cada uno de los cuales versará sobre las grandes cuestiones expuestas anteriormente, de forma que en el Capítulo Primero, piedra angular del presente estudio, analizaré de forma exhaustiva la incidencia del Derecho europeo en sede del ámbito subjetivo de la contratación pública; en el Capítulo Segundo expondré los antecedentes legislativos españoles en materia de contratación pública; en el Capítulo Tercero, abordaré la problemática del actual marco regulatorio español en sede de ámbito subjetivo; y por último en los Capítulos Cuarto y Quinto, entraré en el análisis pormenorizado de las entidades seleccionadas: las fundaciones y las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Finalmente, expondré las conclusiones resultantes del trabajo de investigación. En concreto, la sistemática utilizada será la siguiente:

1. En el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación bajo el título “La definición de poder adjudicador en el Derecho de la Unión Europea”, pondré de manifiesto la importancia del Derecho comunitario en la consecución de los objetivos pretendidos. A tal efecto, es necesario conocer el contenido del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo sobre coordinación

de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la jurisprudencia comunitaria que se ha pronunciado sobre conceptos, en ocasiones, difíciles de interpretar por su indeterminación, como el “interés general”, la “actividad industrial o mercantil”, la “financiación pública” o el “control en la toma de decisiones”. Será aquí el lugar donde se evidenciará que el contenido de las Directivas comunitarias anteriores a la actualmente en vigor no se caracterizaban por su claridad y precisión en la definición del poder adjudicador, circunstancia que, unida a la actitud siempre reacia de los Estados miembros en el cumplimiento del Derecho comunitario, provocó la creación de una consolidada jurisprudencia comunitaria expansiva y, a veces excesivamente amplia, que pretendía compensar el posicionamiento de los Estados con relación al proteccionismo nacional de sus proveedores y a la tan arraigada “compra nacional”.

El análisis pormenorizado de las sentencias dictadas por el Tribunal europeo me van a llevar a exponer los motivos que evidencian que las Directivas no siempre se han ajustado a la jurisprudencia comunitaria dictada al efecto en aspectos tan determinantes como las circunstancias concretas que rodean el origen de las entidades contratantes o los específicos requisitos bajo los que un ente debe realizar una actividad industrial o mercantil. Todo ello me llevará a proponer el contenido de un precepto regulador de los poderes adjudicadores más acorde con los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo que, a mí criterio, hubiese evitado la inseguridad jurídica a la que se enfrentan los distintos operadores jurídicos.

Un instrumento esencial para alcanzar una correcta delimitación conceptual comunitaria del poder adjudicador será, además de la jurisprudencia comunitaria y del contenido de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, las conclusiones generales de los Abogados de la Comisión de la Unión Europea.

2. En el Capítulo Segundo del presente trabajo de investigación, bajo el título “El ámbito subjetivo en la contratación pública española: antecedentes legislativos”, abordaré los antecedentes legislativos

españoles más relevantes en sede de contratación pública, haciendo especial hincapié en los artículos 1, 2 y en la Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, preceptos que han sufrido distintas modificaciones a lo largo de su vigencia, derivadas de las distintas condenas del Tribunal europeo. La citada norma se convierte así en un texto de referencia necesario para una correcta comprensión de la actual normativa en sede de contratación pública.

La creación de entidades de base privada ha sido una fórmula utilizada con demasiada frecuencia por los legisladores españoles con el fin de huir de los controles públicos, en concreto, de los de la contratación pública. Por este motivo, me remontare a las primeras disposiciones donde se recogía esa forma de actuar con el objetivo de poner de manifiesto que las críticas de la doctrina mayoritaria y del Tribunal europeo no han caído en saco roto, provocando reformas de calado que se han ido produciendo paulatinamente con el transcurso del tiempo.

3. El Capítulo Tercero, bajo el título “El artículo 3 del TRLCSP: los niveles de sujeción a la normativa de contratación del sector público”, se erige como el eje central de mi estudio, donde se analizará el complejo artículo 3 de la actual disposición legislativa. A partir de dicho análisis, deberemos concluir si el legislador español ha vuelto sobre sus pasos, transponiendo incorrectamente el Derecho comunitario o, por el contrario, se ha aprendido de errores del pasado y se ha llevado a cabo una correcta adecuación del Derecho europeo. Con este objetivo, se realizará un análisis comparativo entre el actual artículo 1.9 de la Directiva comunitaria y el artículo 3 del ya referido Texto Refundido regulador de la normativa de contratación del sector público.

Situados aquí, y despejada la primera incógnita, procederé a exponer los distintos niveles de sujeción a la norma, señalando las características esenciales de cada uno de ellos.

No obstante, mi estudio quedaría incompleto si no hiciésemos una somera referencia al tipo de entidades que se integran en los tres niveles de sujeción. Así, en el primero, correspondiente al de las Administraciones Públicas, identificaré las características generales de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, con especial incidencia en la problemática que se pueden derivar de los Consorcios Locales. Asimismo, también me referiré a las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, a los Organismos Autónomos, a las Universidades Públicas, a las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación y control y a los órganos constitucionales. Especial consideración tendrá la cláusula de cierre de este primer nivel de sujeción contenida en la letra e) del artículo 3.2 del Texto Refundido, al no recogerse de forma nominativa y expresa a ninguna entidad, de forma que para su correcta inclusión se requerirá, en cada caso, del análisis concreto del tipo de actividad que desempeñan y de la financiación de la que se nutren. A tal efecto, me referiré, a título de ejemplo y dada su compleja delimitación, de las entidades de Derecho público autonómicas, asimilables a las Entidades Públicas Empresariales.

Delimitado el primer nivel de sujeción en los términos expuestos, procederé a abordar el análisis del segundo. En este estadio es donde me veré obligado a volcar las conclusiones extraídas del concepto comunitario de “organismo de Derecho público” expuestas en el Capítulo Primero a los poderes adjudicadores, no Administración Pública. Ya se advierte que en este segundo nivel, a diferencia del de máxima intensidad, los entes no se encuentran nominados ni expresamente relacionados —a excepción de las Entidades Públicas Empresariales y de los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales —, de forma que deberé realizar un verdadero esfuerzo interpretativo para extrapolar las conclusiones extraídas de la jurisprudencia comunitaria en relación con los conceptos jurídicos indeterminados “interés general”, “actividad industrial o mercantil”, “financiación mayoritaria” o “control en su gestión”. Esta labor no se me aconseja fácil, atendiendo a la compleja tipología de entes

regulados por el Derecho español. En estos supuestos, el análisis del grado de control que ejerce el poder público sobre la entidad, vía gestión o financiación, se va erigir en el núcleo esencial de mi esfuerzo. A tal efecto, me referiré a entidades tan complejas como los Colegios Profesionales o las Juntas de Compensación con el objetivo de evidenciar la dificultad, en el plano práctico, de extrapolar las circunstancias detectadas como relevantes por el Derecho comunitario a la regulación de las entidades previstas en el Derecho nacional. Además, no podré dejar de referirme a las sociedades mercantiles públicas, auténtico caballo de batalla de la jurisprudencia comunitaria, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y a las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades considerados poderes adjudicadores.

Finalmente, en este Capítulo también haré referencia a aquellas entidades que se integran en el nivel mínimo de intensidad de la Ley, correspondiente a las entidades del sector público, que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, que estará integrado por aquellas que, si bien forman parte de las entidades relacionadas en el artículo 3.1 del ya citado Texto Refundido, no forman parte de los dos primeros niveles de sujeción a la norma.

4. El Capítulo Cuarto del presente trabajo de investigación, bajo el título “Las fundaciones como poderes adjudicadores”, se va a centrar en las fundaciones, en concreto, en las del sector público —estatal o autonómico—, en las públicas sanitarias, en las fundaciones en mano común, y en las que vamos a denominar “fundaciones *stricto sensu*”. Para la correcta inclusión de estas entidades en cualquiera de los tres niveles de sujeción a la normativa de contratación pública, se hará necesario que analicemos su naturaleza jurídica, sus funciones y los controles públicos a los que se encuentran sometidas.

Las fundaciones del sector público se encuentran definidas en la letra f) del artículo 3.1 del actual Texto Refundido como entidades del sector público, razón por la cual deberemos estar a los conceptos invocados por la norma para poder determinar si nos encontramos ante una entidad de

estas características; “aportación” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”, los cuales al no estar definidos en la normativa de contratación pública, deben ser interpretados de conformidad con el Derecho común. Situados en este punto, me veré obligado a analizar su auténtica naturaleza jurídica, las funciones que realizan y los controles públicos a los que se encuentran sometidas, con el claro objetivo de incluirlas en cualquiera de los dos primeros niveles de sujeción a la norma. Con tal propósito, nos remitiremos al artículo 34 de la Constitución Española y a las distintas normativas —tanto estatales, como autonómicas— que inciden en materia fundacional. Una vez realizado el anterior ejercicio, se deberá determinar si son entidades de Derecho público o privado; si realizan actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y el tipo de control público al que se hallan sometidas. Partiendo de estas premisas, será cuando adecuadamente podré determinar su nivel de sujeción a la norma.

Especial consideración y tratamiento tendrán las fundaciones públicas sanitarias y las fundaciones en mano común, por cuanto disponen de una legislación propia que me obliga a plantearme y determinar si su nivel de sujeción es el mismo que el de las del sector público.

Por último, en cuanto a la inclusión de las fundaciones privadas *stricto sensu* en cualquiera de los tres niveles de sujeción a la norma, se deberá realizar el mismo ejercicio que con el resto de entes, determinando su naturaleza jurídica, el tipo de funciones que realizan y el control público al que se encuentran sometidas. Especial incidencia tendrán las funciones que ejerce el Protectorado sobre las fundaciones.

5. El Capítulo Quinto, bajo el título “Las COCIN como poderes adjudicadores”, se centrará en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación entidades que de formar parte del sector público desde el punto de vista de la contratación, va a ser por imperativo de la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del actual Texto Refundido. Con dicho objetivo, y tal y como procederé con las fundaciones, se deberá concluir si las Cámaras de Comercio ostentan naturaleza pública o privada; si

satisfacen necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y si están controladas por los poderes públicos.

Para poder determinar la naturaleza jurídica pública o privada de estas entidades, se expondrán no sólo los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales recaídos al respecto, sino, también, su origen legal y el análisis exhaustivo de las primeras normas de creación. Asimismo, analizaré el tipo de necesidades que satisfacen —si son o no de interés general, de carácter industrial o mercantil—. Las conclusiones al respecto nos vendrán dadas tras el examen de las funciones atribuidas por los legisladores, estatal y autonómicos. Especial mención requerirá el control público al que se encuentran sometidas tras la supresión en el año 2010 del recurso cameral —exacción parafiscal catalogada hasta esa fecha en la legislación básica de las Cámaras—. Será en este momento cuando procederé a determinar si sigue concurriendo algún tipo de financiación pública, o bien existe un control orgánico o en la toma de decisiones. Como se pondrá de manifiesto, este último tipo de control es el más complejo de examinar, razón por la cual se deberán extrapolar las conclusiones que hayamos extraído de la jurisprudencia comunitaria que se haya pronunciado al respecto a los concretos controles previstos tanto en la Ley Básica reguladora de las Cámaras de Comercio como en las distintas legislaciones autonómicas.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEFINICIÓN DE PODER ADJUDICADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión Europea es un instrumento esencial en nuestro trabajo de investigación como Derecho supranacional que contiene los elementos configuradores del concepto de “poder adjudicador” referidos en nuestra legislación nacional². Su delimitación conceptual se tendrá que llevar a cabo de acuerdo con los principios contenidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea³ y de conformidad con las Directivas

² La primacía del Derecho comunitario sobre el nacional es incondicional y absoluta, siendo de aplicación directa en el ordenamiento nacional y desplegando sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de vigencia. Así se expresa la jurisprudencia comunitaria y, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 15 de julio de 1964 recaída en el Asunto C-6/64, *Costa/ENEL* cuando afirma lo siguiente:

A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; en efecto, al crear una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y, más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado así un cuerpo de Derecho que vincula a sus nacionales y a ellos mismos.

[A efectos aclaratorios, se debe indicar que en el presente trabajo de investigación se hará referencia de forma indistinta al Tribunal europeo, al Tribunal de Justicia o al Tribunal de Luxemburgo. Asimismo, hasta el 1 de diciembre de 2009, la abreviatura utilizada será TJCE y a partir de esta fecha, en la que entró en vigor el Tratado de Lisboa, será la de TJUE].

En el mismo sentido, las sentencias del TJCE de fechas 5 de febrero de 1963 —Asunto C- 26/62, *Van Gend En Loos*—; 17 de diciembre de 1970 —Asunto C- 11-70, *Internationale Handelgesellschaft*—; y 9 de marzo de 1978 —Asunto C- 106/77, *Simmenthal II*—.

³ En adelante, Tratado Constitutivo CEE. El Tratado Constitutivo de la CEE fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Sus principales modificaciones se llevaron a cabo a través del Acta Única Europea firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986; la Haya el 28 de febrero de 1986 (*DO*, núm. L 169 de 29 de junio de 1987); del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (*DO*, núm. 191, de 29 de julio de 1992) —Tratado de Maastricht, a partir del cual el Tratado que nos ocupa pasó a denominarse Tratado de la Comunidad Europea (TCE)—; del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (*DO*, núm. C 340, de 10 noviembre de 1997) —Tratado de Ámsterdam—; del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001 (*DO*, núm. 80, de 10 de marzo de 2001) —Tratado de Niza de 2001— y, finalmente, del Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*DO*, núm. C 306, de 17 de febrero de 2007) —Tratado de Lisboa de 2007—, que entró en vigor en 2009, momento a partir del cual el Tratado Constitutivo pasó a denominarse, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE, versión consolidada en: *DO*, núm. C 83/47, de 30 marzo de 2010—. [Las fechas de publicación de los instrumentos de ratificación pueden verse en la Bibliografía final].

comunitarias dictadas en materia de contratación pública, disposiciones que se deberán interpretar en consonancia con los criterios sustentados en reiteradas ocasiones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La labor del Tribunal europeo a través de las distintas sentencias condenatorias a los Estados miembros, junto con la de la Comisión Europea —como órgano encargado de vigilar y denunciar el incumplimiento del Derecho comunitario—, ha sido fundamental en la adaptación de las legislaciones nacionales a los mandatos europeos, y en concreto, y en lo que ahora nos interesa, en la transposición del concepto comunitario de “organismo de Derecho público”. La importancia de la contratación pública para el buen funcionamiento de la Unión Europea, derivada no sólo del impacto económico que tiene para los mercados nacionales, sino también porque se trata un instrumento eficaz de ciertas políticas públicas —como el fomento de la libre competencia, la protección social, el empleo, la integración de las personas socialmente marginadas, o el medio ambiente—⁴, ha provocado que las instituciones europeas no hayan cejado en su esfuerzo en normativizar y unificar sobre la materia, y se puede afirmar, en relación con el Reino de España, que ello se ha visto recompensado por el hecho de que finalmente se ha dado efectivo cumplimiento al Derecho europeo⁵.

⁴ Los contratos públicos no son sólo un medio de abastecerse de materias primas o de servicios, sino que a medida que han ido surgiendo nuevas necesidades en los países, los poderes públicos han descubierto en la contratación pública un instrumento de intervención en la vida económica, política y social. Como afirma MATTERA:

Podrían citarse numerosos ejemplos de casos en los que la contratación pública figura entre los instrumentos de intervención privilegiados de los poderes públicos: tanto cuando se trata de promover la transformación y la adaptación de las estructuras de producción, de favorecer la reconversión de ciertos sectores o de estimular el dinamismo productivo, de reactivar las inversiones o de influir en la coyuntura, como cuando es necesario acudir en ayuda de categorías sociales o profesionales desfavorecidas, de luchar contra el desempleo, de compensar los daños sufridos por ciertos sectores como consecuencia de guerras, divisiones territoriales, persecuciones políticas, etcétera.

MATTERA RICIGLIANO, A. *El mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991, p. 386 [tr. Cora Zapiro Landrove].

En línea con lo apuntado, GIMENO FELIU señala:

No obstante una cosa debe quedar clara, la política de contratación pública está orientada, ciertamente, a la consecución de objetivos de eficiencia económica, pero también, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configuradas como políticas propias del Tratado).

GIMENO FELIU, J.M. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas: Madrid, 2006, pp. 47y 48.

⁵ El legislador europeo lleva más de cuarenta años dictando disposiciones en materia de contratación pública con el claro objetivo de impedir restricciones entre los licitadores, evitar el proteccionismo nacional de los Estados miembros, y garantizar la apertura a la competencia. Se

En el Tratado Constitutivo CEE no se realizaba ninguna referencia explícita a los contratos públicos, lo que concuerda con su finalidad, consistente en definir los objetivos fundamentales de la Comunidad y establecer los principios generales y la estructura normativa básica⁶. No obstante, se podía detectar la intención del autor del Tratado de incidir en la contratación pública mediante la inserción de determinados principios como el de no discriminación por razón de la nacionalidad y el de libre circulación de personas, servicios y mercancías⁷. De

trataba de detener la tan arraigada *compra nacional*, que puede encontrar su incorrecta justificación en obstáculos de orden psicológico —como la fuerza de los usos, la confianza en la fiabilidad de los productos nacionales, las relaciones de negocios, los vínculos financieros, e incluso, un cierto espíritu gremial y de solidaridad—.

Vid.: FERNÁNDEZ NAVAJAS, E. “La Contratación Pública en el ordenamiento comunitario”. *Revista Jurídica de Navarra (RJN)*, núm. 9, 1990, p.197; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “Las nuevas directivas sobre la contratación pública en la Unión Europea: renovación normativa y experiencia judicial”. *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, 2006 (*REDE*), p. 153-203; y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 37.

⁶ Vid.: MATTERA RICIGLIANO, A. *Op. Cit.*, p. 387.

Por otra parte, OJEDA MARTÍN lo justifica en los siguientes términos:

(...) es con sabiduría como los autores del Tratado han resuelto el problema planteado, porque parece evidente, a mi entender, que, llegado el momento de ratificar el Tratado, los Parlamentos nacionales no habrían aceptado la supresión de discriminaciones en la adjudicación de obras. Las tradiciones proteccionistas son, en efecto, mucho más intensas de lo que se hubiera esperado.

OJEDA MARTÍN, A. L. “La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública”. *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 116, 1988, p. 414.

En el mismo sentido vid.: PIÑAR MAÑAS, J.L. “El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004, pp.32 y 33.

⁷ Siguiendo a MATTERA, se puede afirmar que las reglas del Tratado Constitutivo CEE que constituyen la fuente normativa de la actuación comunitaria en sede de contratación pública son las siguientes:

- a) Las normas relativas a la libre circulación de mercancías entre Estados miembros, por lo que respecta a la supresión de las restricciones existentes en el sector de los suministros [artículo 28 y siguientes de la versión consolidada del TFUE].
- b) Las normas relativas al Derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios, en lo que se refiere a la eliminación de las restricciones aplicadas por los Estados miembros en la adjudicación de los contratos de obras [artículo 49 y siguientes de la versión consolidada del TFUE].

Las normas relativas a las empresas públicas y a las empresas que gestionan servicios de interés económico general [artículo 106 y siguientes de la versión consolidada del TFUE].

- c) Las normas relativas a la aproximación de las legislaciones y prácticas aplicadas por los Estados miembros en el sector de la contratación pública, en lo que respecta a los procedimientos de contratación de suministros y obras en el ámbito comunitario [artículo 114 y siguientes de la versión consolidada del TFUE].

hecho, en las sentencias dictadas por parte del Tribunal europeo en sede de contratación pública se hace especial referencia a estos principios como fundamento de la configuración legal de las adjudicaciones de los contratos de obras, servicios y suministros⁸. Como señala GEORG RESS, las tres libertades básicas recogidas en el Tratado Constitutivo CEE —libre circulación de trabajadores, libre prestación de servicios y libertad de establecimiento— tienen valor de Derechos fundamentales y deben ser directamente aplicables por los Estados miembros, teniendo primacía sobre el Derecho nacional⁹.

En las reformas posteriores del Tratado Constitutivo CEE no se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública, salvo en el artículo 163 cuando regula uno de los objetivos de la Comunidad, relativo al fortalecimiento de las bases científicas y tecnológicas de la industria. En concreto, la breve referencia a la contratación pública se encuentra contenida en el apartado segundo del citado precepto, al señalar:

A tal fin, la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación¹⁰.

Sin embargo, han sido las Directivas comunitarias aprobadas por el Consejo, el instrumento normativo utilizado con más frecuencia para regular la contratación

Vid.: MATTERA RICIGLIANO, A. *Op. Cit.*, p. 388 y 389 y, también, DE SOLAS RAFECAS, J.M. La Ley de contratos del sector público: Dos regulaciones de naturaleza distinta en un solo texto legal. En: CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. DE LA.; *et al. Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 493-520.

⁸ En este sentido, y entre otras, la STJCE de fecha 9 de julio de 1987 —Asuntos acumulados C- 27 a 29/86, CEI y *Bellini*—.

⁹ RESS, G. “La libre circulación de personas, de servicios y de capitales”. En: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Ed.). *Treinta años de Derecho Comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1984, p. 308.

¹⁰ Esta previsión fue introducida en el Tratado Constitutivo CEE por el Acta Única europea de 1986 que añadió en la Tercera Parte de dicho Tratado un Título VI, relativo a la investigación y el desarrollo tecnológico —artículos 130 F y ss.—. Posteriormente, con el Tratado de *Maastrich*, la referida previsión fue matizada en los términos transcritos ut *supra* —artículo 163— que se ha mantenido inalterada en el actual 179 TFUE.

pública y conseguir la pretendida armonización entre los Estados miembros¹¹. Con anterioridad a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios —norma europea esencial en nuestro trabajo de investigación—¹²,

¹¹ El Tribunal de Justicia ha fijado los siguientes criterios en relación con la adaptación de las Directivas por parte de los Estados miembros: a) Obligatoriedad de adaptación a los ordenamientos nacionales; b) Se deberá llevar a cabo en el plazo fijado en las Directivas; c) Comunicación de la adaptación a la Comisión; d) Se deberá efectuar mediante normas de rango adecuado; e) La transposición se llevará a cabo de forma completa; y f) El Derecho interno se interpretará conforme a dichas Directivas.

En este sentido, entre otras, se han de citar las siguientes Sentencias del TJCE: 22 de septiembre de 1976 —Asunto C-10/76—; 17 de septiembre de 1997 —Asunto C-54/96—; de 24 de septiembre de 1998 —Asunto C-76/97—; y de 4 de marzo de 1999 —Asunto C-258/97—.

Además, el Tribunal europeo ha desarrollado la conocida jurisprudencia sobre el efecto directo de las Directivas con el fin de salvaguardar los Derechos de los nacionales frente al incumplimiento de las autoridades nacionales de sus obligaciones comunitarias. Los dos requisitos que han de concurrir son los siguientes: a) Que el contenido de la norma comunitaria sea claro, no condicionado y no necesite de medidas de ejecución y b) Que la invocación de tal disposición se haga frente al Estado o respecto de una entidad asimilada.

Una de las sentencias más elaboradas sobre la invocación frente al Estado de las Directivas no transpuestas es la de fecha 22 de junio de 1989 —Asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo*—, donde se señala:

29. (...) cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

30. Se debe señalar que si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.

31. Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una Directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como puede ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.

En cualquier caso, si no se pudiese predicar el efecto directo de las Directivas, los nacionales tendrían derecho a obtener las reparaciones patrimoniales derivadas de la no transposición en plazo de la Directiva correspondiente. El TJCE fue perfilando su doctrina, cuyo punto de partida lo encontramos en la Sentencia de 19 de noviembre de 1991 —Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Franovich*— que recibió un gran impulso con la Sentencia de 5 de marzo de 1996 —Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasseriu du Pecheu* y *Factortame*— y de 24 de septiembre de 1998 —Asunto C-319/96, *Brimkmauer Tabakfabriken*—. También, se ha de tener en cuenta la STJCE de 26 de marzo de 1996 —Asunto C-392/93, *British Telecommunications*—.

¹² DO, núm. L 134, de 30 de abril de 2004; en adelante, Directiva 2004/18.

se han descrito hasta tres etapas en la evolución de la normativa comunitaria sobre contratación pública¹³. La primera, atendió a su liberalización, suprimiendo las restricciones a la libre concurrencia y a la libre circulación de mercancías que existían en los Estados miembros. La segunda, en la que se pretendía remover los obstáculos en el mercado, coordinando la acción de los Estados miembros mediante la elaboración de normas que asegurasen la libre concurrencia de los empresarios comunitarios y, la tercera, parte de la presentación por la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 1985 del Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior¹⁴, consagrado por el Acta Única de 1986 con el objetivo de lograr un mercado único europeo de mercancías, servicios, personas y capitales.

A comienzos de los años setenta¹⁵, se empieza a legislar en materia de los contratos públicos. La primera Directiva a la que debemos hacer referencia es la 70/32/CEE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos al Estado, sus entes territoriales y personas jurídicas de Derecho

¹³ SANTÍAS VIADA, J.A.; *et al.* *El derecho comunitario de la contratación pública*. Madrid: Escuela de Hacienda Pública, 1991, p. 33.

¹⁴ Libro Blanco al Consejo Europeo para la consecución del mercado interior, de 14 de junio de 1985 [COM (85) 310 final]; [On line] http://ec.europa.eu/white-papers/index_es.htm#before [Consulta: 23 de junio de 2013].

¹⁵ Transcurrieron más diez años desde la promulgación del Tratado Constitutivo de la CEE sin que se dictase norma alguna que regulara de forma expresa la contratación pública. Ello fue debido, entre otros motivos, a la propia pasividad de los Estados miembros a suprimir las reglamentaciones proteccionistas, a la disparidad de legislaciones en materia de contratación pública y a que la implantación del Mercado Común no podía hacerse de forma instantánea en virtud de las prescripciones del propio Tratado.

Al respecto, BASSOLS afirma:

Hay que tener en cuenta muy especialmente que la implantación del Mercado Común no podía ser instantánea en virtud de las meras prescripciones de las normas del Tratado, sino que éstas exigían en la mayoría de los casos medidas complementarias de aplicación y ejecución de gran complejidad. El propio Tratado, en su art. 8, preveía un período transitorio de doce años, dividido en tres etapas, de cuatro años cada una, asignándose en cada una de ellas una programación de acciones “que deberán emprenderse y realizarse conjuntamente”. Obviamente, en cada una de estas etapas el propósito de aplicar las normas del Tratado a la realidad tan compleja de los Estados miembros determinó la emergencia de problemas nuevos que los autores de aquél ni siquiera imaginaron y que exigieron un esfuerzo interpretativo del Tribunal de Justicia, por vía jurisprudencial, y una actuación complementaria del Consejo y de la Comisión por vía normativa. Entre éstos, se encontraba la actuación contractual de las Administraciones Públicas, que progresivamente iba adquiriendo en los diversos Estados un volumen cada día más creciente al compás de la expansión de los fines estatales.

BASSOLS COMA, M. “Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa”. *Noticias CEE: servicio de información sobre la Comunidad Económica Europea (Noticias CEE)*, núm. 21, 1986, p. 29 [De 1994, en adelante, continúa con: *Noticias de la Unión Europea*].

público; junto con la Directiva 71/304/CEE del Consejo de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales, son conocidas como las “Directivas de liberalización”¹⁶.

Si bien la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios producida con las “Directivas de liberalización” podía catalogarse como un logro, en cuanto atribuía a los ciudadanos de los Estados miembros igualdad y paridad de derechos, lo cierto es que fue necesario completar estas medidas con el objetivo de asegurar que no se produjesen discriminaciones al amparo de las normativas internas de los Estados. Con este fin, se inicia una segunda etapa con el desarrollo de unas nuevas Directivas para sentar las bases de coordinación de los procedimientos de selección y

¹⁶ DO, núm. L 13, de 19 de enero de 1970, en adelante, Directiva 70/32 y DO, núm. L 185, de 16 de agosto de 1971, en adelante, Directiva 71/304, respectivamente.

En el artículo 3 de la Directiva 71/304 se señalan tres categorías de restricciones, y se establece que los Estados miembros suprimirán las siguientes:

1. Las restricciones que impiden a los beneficiarios llevar a cabo sus prestaciones en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales; entre las restricciones que deberán suprimirse figuran, en particular, las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y las prácticas administrativas que impongan o permitan la aplicación de un trato discriminatorio a los beneficiarios por parte de las personas físicas o jurídicas con las que se haya celebrado un contrato por el que se les encomiende la ejecución o explotación de obras o la gestión de servicios públicos, mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos para contratos que ellos puedan adjudicar a su vez a la hora de ejecutar dichas obras.
2. Las restricciones que origina una práctica administrativa que tenga la aplicación a los beneficiarios un trato discriminatorio con respecto a los nacionales.
3. Las restricciones resultantes de las disposiciones o prácticas que, aunque aplicables sin acepción de nacionalidad, obstaculizan exclusiva o principalmente la actividad profesional de los nacionales de los otros Estados miembros. Entre las restricciones que han de eliminarse figuran las especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio.

Como señala LÓPEZ BENÍTEZ sobre el alcance de estas Directivas:

Así, la Directiva 70/32/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, impuso a los Estados, los entes territoriales y las demás personas jurídicas de Derecho Público la obligación de eliminar todas las restricciones existentes en materia de suministros. El alcance de esta Directiva era, no obstante, muy limitado, ya que realmente no pretendía establecer una disciplina comunitaria sobre los contratos públicos de suministro, sino sólo tipificar una medida de efecto equivalente más, dentro del casuismo, legislativo y jurisprudencial, que venía caracterizando el desentrañamiento de este concepto. Sin embargo, la importancia de esta incompleta y fragmentaria Directiva radica en que realiza un primer esquema de los sujetos públicos que pueden, mediante su actuación contractual, quebrantar y poner en peligro la efectividad de las libertades comunitarias.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. “Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 36, 1996, pp. 49-62.

adjudicación de los contratos públicos. En esta fase, nos debemos referir a la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras — modificada posteriormente por la Directiva 89/440/CEE del Consejo de 18 de julio de 1989, sobre adjudicación de contratos públicos de obras— y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro —modificada años más tarde por la Directiva 88/295/CEE del Consejo de 22 de marzo de 1988—¹⁷. La finalidad de estas Directivas era materializar la libertad de circulación de mercancías y de servicios y así evitar que se produjeran cupos de contratación en favor de las empresas nacionales, aumentando el grado de participación intracomunitaria. Se pretendía conseguir que los poderosos mercados de obras, servicios y suministros se abriesen a la competencia. Si hay un rasgo que caracterice estas disposiciones comunitarias es su reiterada e insistente proclamación de los principios de publicidad, concurrencia y prohibición de efectos discriminatorios. Además, su objetivo era coordinar los procedimientos para garantizar la efectividad de los principios de igualdad y no discriminación, prohibiendo la fijación de especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio, dando suficiente publicidad a los contratos y estableciendo un procedimiento que permitiese velar por el cumplimiento de estos principios¹⁸. La jurisprudencia comunitaria tuvo la oportunidad de

¹⁷ *DO*, núm. L 185 de 16 de agosto de 1971), en adelante, Directiva 71/305; *DO*, núm. L 210, de 21 julio 1989, en adelante, Directiva 89/440; *DO*, núm. L 13, de 15 enero de 1977, en adelante, Directiva 77/62; y *DO*, núm. L 127, de 20 mayo de 1988, en adelante, Directiva 88/295; respectivamente.

Los principales motivos que justificaron la promulgación de la Directiva 77/62 fueron los siguientes:

1. El TCE prohibía las restricciones a la libre circulación de mercancías en el sector de los suministros públicos.
2. El Consejo consideró necesario completar dicha prohibición con una coordinación de los procedimientos en materia de contratos públicos de suministros con el fin de garantizar, mediante el establecimiento en todos los Estados de idénticas condiciones de participación en esos contratos, y una transparencia que permitiera controlar la observancia de dicha prohibición.
3. Se consideró que era necesario extender a los contratos de suministros aquellos principios y métodos impuestos al contrato de obras.

¹⁸ En los Considerandos de la Directiva 71/305 se señala:

Considerando que la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras efectuada en los Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de entidades de derecho público, lleva consigo paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras.

pronunciarse en relación con la finalidad de estas Directivas, insistiendo en la necesidad de suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y mercancías con la finalidad de salvaguardar los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que desearan ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro. Como nos recuerda el Tribunal de justicia, el principio de igualdad de trato —del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad es una expresión específica—, se configura como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario¹⁹.

Considerando que dicha coordinación debe respetar, en la medida de lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros.

Considerando que el Consejo, en su declaración referente a los programas generales arriba citados, ha estipulado que la coordinación debería efectuarse en base a los siguientes principios: prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos, elaboración de un procedimiento que permita velar en común por el cumplimiento de dichos principios.

En términos similares se expresan los Considerandos de la Directiva 77/62 al referirse a lo siguiente:

Considerando que, en virtud de los artículos 30 y siguientes del Tratado, están prohibidas las restricciones a la libre circulación de mercancías en el sector de los suministros públicos;

Considerando que es necesario completar dicha prohibición con una coordinación de los procedimientos en materia de contratos públicos de suministro con el fin de garantizar, mediante el establecimiento en todos los Estados miembros de idénticas condiciones de participación en esos contratos, una transparencia que permita controlar la observancia de dicha prohibición.

¹⁹ A título de ejemplo, se pueden citar las siguientes sentencias:

- a) STJCE de 8 de octubre de 1980 —Asunto C- 810/79, *Überschär*—.
- b) STJCE de fecha 10 de febrero de 1981 —Asunto C-133/80, Comisión contra Italia— donde se señala:

La Directiva 77/62 del Consejo contiene un conjunto de disposiciones destinadas a asegurar el respeto, en el marco del mercado público de suministros, a la prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías proscrita por los artículos 30 a 37 del Tratado CEE. Las disposiciones de la Directiva tienen por objeto coordinar los procedimientos nacionales relativos al mercado público de suministros, fundamentalmente para la instauración de condiciones iguales de participación en este comercio de todos los Estados miembros, y de asegurar una transparencia que permita del mejor modo el respeto a la interdicción vista de los artículos 30 a 37 mencionados.

- c) STJCE de fecha 10 de febrero de 1982 —Asunto C-76/81, *SA Transporoute et travaux contra Ministère des travaux publics*—.
- d) STJCE de fecha 9 de julio de 1987 —Asuntos acumulados C- 27 a 29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles* (CEI) y otros, contra la Sociedad cooperativa *Association intercomunale pour les autorzoutes des Ardennes* y otros—.

Sin embargo, estas finalidades no se lograron alcanzar y, consecuentemente, la Comisión Europea denunció la utilización por parte de Estados miembros de fórmulas jurídicas que impedían una auténtica competencia entre los licitadores²⁰. Así, en el año 1985 se aprobó el Libro Blanco para la consecución del mercado interior, con el objetivo de lograr un mercado único europeo de mercancías, servicios, personas y capitales²¹. El Libro Blanco —fechado el 14 de junio de 1985—, fue presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Milán los días 28 y 29 de junio de 1985²². Además, la Comisión Europea elaboró el

²⁰ En el propio Libro Blanco se señalaba que la contratación pública en la Comunidad tenía un peso aproximado de casi el 15% de su PIB y que sin embargo, sólo un 2% de los contratos públicos se adjudicaban a empresas de Estados miembros distintos al adjudicador.

²¹ La aprobación del Libro Blanco vino precedida por la constatación de que las anteriores Directivas no habían surtido los efectos pretendidos. Este hecho se puso ya de manifiesto en la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos de 14 de diciembre de 1984 [no publicada en Diario Oficial], mediante la que se procede a exponer los inconvenientes detectados en el cumplimiento de la normativa europea. Las irregularidades detectadas en el cumplimiento de la normativa comunitaria, reflejadas en la citada Comunicación de la Comisión, fueron las siguientes:

1. La falta de transposición o la transposición incorrecta de las Directivas.
2. La fuerte crisis económica de los años setenta motivó que los Estados reforzaran su protección a sus nacionales y consecuentemente se detectó la ausencia de publicaciones de licitaciones en los diarios comunitarios.
3. Se detectó una costumbre arraigada en numerosos países consistente en el fraccionamiento del objeto contractual con el fin de eludir la normativa europea.
4. Se detectó la fijación de criterios selectivos discriminatorios.

²² En el Libro Blanco se abordó la temática de la contratación pública. En concreto, en la Parte segunda, apartado II, puntos 81 a 87, se señala lo siguiente:

(81) Public procurement covers a sizeable part of GDP and is still marked by the tendency of the authorities concerned to keep their purchases and contracts within their own country. This continued partitioning of individual national markets is one of the most evident barriers to the achievement of a real internal market. (...) (83) Statistics however indicate a minimal application of the Directives; less than 1 ECU in 4 of public expenditure in the areas covered by the co-ordination Directives is the subject of publication in the Official Journal and thus, even theoretically, of Community-wide competition. (84) The Commission will open discussions with Member States and through them with the awarding entities on the application of the Directives. Such discussions have to be based on detailed studies of the Directives' transposition and application in each Member State (...) (85) In order to stimulate a wider opening up of tendering for public contracts, there is a serious and urgent need for improvement of the Directives to increase transparency further. Priority should be given to a system of prior information; to publication of the intention to use single tender procedures; to publication of the awards of contracts; and to improved quality and frequency of statistics (...).

De lo anterior, merece la pena destacar las siguientes consideraciones:

1. Los contratos públicos representan una parte importante del producto nacional bruto y están todavía marcados por la tendencia de las autoridades responsables de reservar las compras y los contratos a su propio país, constituyendo esta circunstancia uno de los obstáculos más evidentes para la realización de un auténtico mercado interior.
2. Pese a los principios del Tratado de Roma y las Directivas vigentes sobre contratos públicos de suministros y de obras, las estadísticas revelan que dichas Directivas no se aplican más que en

Documento denominado: *Apertura de la Contratación Pública de Cara a 1993*²³, donde se exponía la situación de grave incumplimiento de las Directivas comunitarias por parte de los Estados miembros y los motivos que generaron dicho incumplimiento, señalando principalmente los siguientes: el desconocimiento de la normativa, la mala fe de las entidades contratantes —lo cual se traducía en fraccionamientos fraudulentos de los contratos—, la utilización abusiva de la contratación directa y la inclusión de cláusulas discriminatorias²⁴.

A finales de los años ochenta y principios de los noventa, a resultas de las críticas de las autoridades comunitarias, comienza una auténtica vorágine normativa con la aprobación de hasta nueve Directivas, con el objetivo de que las empresas comunitarias se encontrasen en condiciones de igualdad real²⁵.

medida muy reducida: menos de un Ecu de cada cuatro de gastos públicos en el ámbito de aplicación de las Directivas es objeto de publicación del DOCE.

3. La Comisión va a iniciar conversaciones con los Estados miembros y, a través de ellos, con los órganos de contratación, sobre la aplicación de las Directivas. Estas conversaciones deberán fundarse en un examen detallado de la trasposición y aplicación de las Directivas en cada Estado miembro.
4. Se considera absolutamente necesario, para la apertura de los contratos públicos a un mayor número de candidatos, mejorar urgentemente las Directivas para garantizar la transparencia. En este sentido se señalan, como objetivos prioritarios, prever un sistema de información previa, publicar la intención de recurrir a la contratación directa, publicar las adjudicaciones y mejorar el contenido y frecuencia de remisión de los datos estadísticos.

²³ COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DEL MERCADO INTERIOR Y SERVICIOS. *Apertura de la Contratación Pública de Cara a 1993*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1991, p. 29 y ss. [eBook] http://bookshop.europa.eu/es/apertura-de-la-contrataci-n-p-blica-de-cara-a-1993-pbCO7191728/downloads/CO-71-91-728-ES-C/CO7191728ESC_001.pdf;pgid=y8dIS7GUWMdSR0EAlMEUUsWb0000cFHq32qN;sid=HCZyb6yGfqNya_01DfnsyM6jG_V0vOHIAIQ=?FileName=CO7191728ESC_001.pdf&SKU=CO7191728ESC_PDF&CatalogueNumber=CO-71-91-728-ES-C [Consulta: 10 de junio de 2013].

²⁴ Tal y como apunta PIÑAR MAÑAS la situación de incumplimiento de las Directivas es un problema generalizado y común a todos los Estados miembros y ninguno es ejemplarmente respetuoso con las normas europeas.

Vid.: PIÑAR MAÑAS, J.L. *Op. cit.*, p. 43.

²⁵ Las Directivas aprobadas fueron las siguientes:

1. Directiva 88/295, ya citada.
2. Directiva 89/440, ya citada.
3. Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras, en adelante, Directiva 89/665 (DO, núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989).
4. Directiva 90/531/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en adelante, Directiva 90/531 (DO, núm. L 297, de 29 octubre de 1990).

Esta finalidad se recoge de forma reiterada en los Considerandos de las Directivas sobre contratación. Así, por ejemplo, la Directiva 92/50 relativa al contrato de servicios se refería de forma explícita a la necesidad de

adoptar medidas destinadas a establecer de manera progresiva el mercado interior (...) que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (...), [para lo que] es necesario evitar las trabas a la libre circulación.

En el mismo sentido se expresa la Directiva 93/36, relativa al contrato de suministros, cuando señala que: “la realización de la libertad de circulación de productos (...) lleva consigo una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos de suministros paralela a la eliminación de las restricciones”.

La labor del legislador comunitario no se detuvo en la anterior regulación y, en el año 2004 aprueba la Directiva 2004/18, con el objeto de refundir en un solo texto la Directiva 92/50 —relativa a los contratos de servicios—, la Directiva 93/36 —concerniente a suministros—, y la Directiva 93/37 —obras—²⁶. Ese mismo año,

-
5. Directiva 92/13/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en adelante, Directiva 92/13 (DO, núm. L 076, de 23 de marzo de 1992).
 6. Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en adelante, Directiva 92/50 (DO, núm. L 209, de 24 de julio de 1992).
 7. Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en adelante, Directiva 93/36 (DO, núm. L 199, de 09 de agosto de 1993).
 8. Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, en adelante, Directiva 93/37 (DO, núm. L 199, de 09 de agosto de 1993).
 9. Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en adelante, Directiva 93/38 (DO, núm. L 199, de 09 de agosto de 1993).

²⁶ Las disposiciones de la Directiva 2004/18 son el resultado del debate lanzado por el Libro Verde sobre los contratos públicos adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996 titulado “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro [COM (96) 583 final]; [*On line*] http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm [Consulta: 23 de junio de 2013].

También puede verse al respecto el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro” (DO, núm. C 244, de 11 de agosto de 1997) y el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde “La

aprueba, también, la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales —los denominados, convencionalmente “sectores excluidos” o “sectores especiales”—²⁷, que sustituye a la Directiva 93/38.

La Directiva 2004/18 supuso un cambio en relación con las Directivas que refunde. En cuanto a los criterios de adjudicación se refiere, se clarifican los criterios con los que cuentan los poderes adjudicadores para atender a las necesidades de los ciudadanos afectados; se fomenta la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; y se garantiza que los entes adjudicadores puedan obtener sus contratos en las mejores condiciones de calidad/precio. Además, esta disposición comunitaria presta especial atención a los procedimientos electrónicos de adjudicación de los contratos, recoge una definición comunitaria de las subastas electrónicas que delimita mediante unas normas específicas orientadas a garantizar que se desarrollen dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Por otra parte, la Directiva 2004/17 se refiere a la adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios que adjudiquen entidades que no tengan la consideración de Administraciones Públicas y que realicen actividades de explotación de redes o servicios públicos en esos sectores. Las entidades a las que se refiere la citada Directiva, no son sólo las entidades de Derecho público o empresas públicas, sino también aquellas otras que gocen de un Derecho especial o exclusivo otorgado por una autoridad competente, en virtud de una disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto la reserva del ejercicio de las citadas actividades. El Derecho europeo considera que estas entidades también deben estar sujetas a los principios de publicidad y concurrencia cuando contratan con terceros, así como a las reglas y procedimientos que garantizan su efectividad, y ello en base a la situación privilegiada derivada de los derechos conferidos²⁸.

contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro” (DO, núm. C 287, de 22 de septiembre de 1997). Igualmente, se ha de tener en cuenta, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (DO, núm. C 255, de 13 de septiembre de 2001).

²⁷ DO, núm. L 134, de 30 de abril de 2004, en adelante, Directiva 2004/17.

²⁸ La nueva Directiva de los sectores especiales conlleva dos grandes novedades: La exclusión del sector de las telecomunicaciones y la regulación de los servicios postales. El proceso de liberalización ha supuesto la exclusión de determinados sectores, como es el caso de las

En materia de recursos, el legislador comunitario, en fecha 11 de diciembre de 2007, dictó la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modificó sustancialmente las anteriores Directivas 89/665 y 92/13 reguladoras de los recursos en materia de contratación, tanto en relación con los contratos del sector público como en lo que se refiere a los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. La última Directiva que afecta de pleno a la contratación pública ha sido la de fecha 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de determinados contratos de obras, de suministros y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad: la Directiva 2009/81/CE²⁹.

Por tanto, que la contratación pública es una de las principales preocupaciones de la Unión Europea se evidencia en la ingente labor legislativa que hemos puesto de manifiesto anteriormente. No obstante, la cuestión va más allá y buena prueba de este acervo legislativo lo representa la Resolución del Parlamento Europeo sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública³⁰; el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente³¹; el Acta de Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza: Juntos por un nuevo crecimiento³²; o las tres

telecomunicaciones, transportes aéreos y marítimos y, al mismo tiempo, han regulado, por primera vez, los servicios postales.

²⁹ Publicadas en el *DO*, núm. L 335, de 20 de diciembre de 2007 y *DO*, núm. L 216, de 20 de agosto de 2009, respectivamente.

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública [2009/2175(INI)] (*DO*, núm. C 161, de 30 de mayo de 2011).

³¹ La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos basados en el mercado, que deben utilizarse para realizar estos objetivos. Más concretamente en la estrategia Europa 2020 se pretende que la contratación pública:

- a) Mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas, haciendo un uso pleno de las políticas de demanda.
- b) Apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, por ejemplo, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica.
- c) Mejore el entorno empresarial, en especial las PYME innovadoras.

Vid.: Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE de fecha 27 de enero de 2011 [COM (2011) 15 final], p.3 [*On line*] http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm [Consulta: 23 de junio de 2013].

³² Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de abril de 2011, Acta de

nuevas propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, todas de fecha 20 de diciembre de 2011, en materia de contratación pública³³; en relación con la contratación de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales³⁴ y; la concerniente a la adjudicación de contratos de concesión³⁵. Asimismo, recientemente, la Comisión Europea ha propuesto un proyecto de Directiva sobre facturación electrónica en materia de contratación pública³⁶.

Como ya hemos expuesto, el propósito de las Directivas de contratación es conseguir que los poderosos mercados públicos de obras, servicios y suministros, se abran a la libre competencia de las empresas, de modo que se cree un verdadero mercado único³⁷. Por este motivo, estas disposiciones

Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza: Juntos por un nuevo crecimiento [COM (2011) 206 final]; [On line] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:es:PDF> [Consulta: 23 de junio de 2013].

³³ En la Exposición de Motivos de la propuesta de la nueva Directiva de contratación pública se señalan los siguientes objetivos complementarios:

- a) Incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos relación calidad/precio. Esto implica, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes. Unos procedimientos más racionales y eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos.
- b) Permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación pública, [COM (2011) 896 final] (DO, núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

³⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [COM (2011) 895 final] (DO, núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

³⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM (2011) 897 final] (DO, núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

³⁶ Propuesta de Directiva de la Comisión Europea al Parlamento Europeo de 26 de junio de 2013 sobre facturación electrónica en materia de contratación pública [COM (2013) 449 final] —no publicada en Diario Oficial— [On line] http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/einvoicing/directive/e-invoicing_directive_proposal_en.pdf [Consulta: 2 de julio de 2013].

³⁷ Vid.: BAÑO LEÓN, J.M. “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. *RAP*, núm. 151, 2000, pp. 11- 37.

comunitarias establecen un umbral económico objetivo aplicable a aquellos contratos que se considere que puedan tener un interés comunitario³⁸. Por otra parte, y en cuanto al ámbito objetivo se refiere, la Directiva 2004/18 es de aplicación sólo a determinados contratos nominados y, en concreto, a los contratos públicos de obras, de concesión de obra pública, de suministros y de servicios. Así, y a título de ejemplo, no sería de aplicación a los contratos de concesión de servicios³⁹.

Por debajo de estos umbrales económicos y para aquellos contratos no nominados por las Directivas, la Comisión Europea emitió una importante Comunicación interpretativa, transmitiendo a los Estados miembros que también se debían aplicar toda una serie de buenas prácticas, derivadas directamente de los Tratados fundacionales, por cuanto fomentan los principios de libertad de concurrencia, no discriminación, libre prestación de servicios, igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo⁴⁰. En todo caso, la

³⁸ Los nuevos umbrales comunitarios, vigentes en la actualidad, fueron aprobados mediante el Reglamento UE núm. 1251/2011, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17, 2004/18 y 2009/81 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (*DO*, núm. L 319, de 2 de diciembre de 2011), en adelante, Reglamento UE núm. 1251/2011.

³⁹ Según el artículo 1. 4 de la Directiva 2004/18 la “concesión de servicios” es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Por otra parte, el artículo 17 de la citada Directiva señala: “Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable, a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 de artículo 1”.

⁴⁰ Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (*DO*, núm. C 179, de 1 de agosto de 2006).

En cuanto a su ámbito de aplicación, el apartado 1.2 de la Comunicación señala:

El TJCE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, “consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

Estos criterios se aplican en la adjudicación de contratos de concesiones de servicios, los contratos cuyo importe es inferior a los umbrales establecidos y los contratos de servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE por lo que respecta a los casos no contemplados en estas Directivas. El TJCE afirmó explícitamente que “aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos,

Comisión aclara que las normas y principios derivados del Tratado “se aplican sólo en la adjudicación de los contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior”⁴¹, de manera que corresponde a la entidad adjudicadora el juicio de valor acerca de la escasa trascendencia económica o la falta de interés para el mercado interior, atendiendo a las circunstancias del caso, como puede ser el objeto del contrato, su cuantía, o bien, el tamaño de mercado afectado⁴².

las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado”.

⁴¹ El apartado tercero, del punto primero de la referida Comunicación señala:

Las normas derivadas del Tratado CE se aplican sólo en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior. A este respecto, el TJCE ha declarado que, en determinados casos, debido a “circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica”, una adjudicación de contrato carecerá de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. En tal caso, “los efectos sobre las libertades fundamentales (...)” son “demasiado aleatorios y demasiado indirectos” como para justificar la aplicación de normas derivadas del Derecho primario comunitario.

Corresponde a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación de contrato [sic] prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros. La Comisión estima que esta decisión deberá basarse en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato.

Si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que el contrato reviste importancia para el mercado interior, deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario.

Si la Comisión viene en conocimiento de una posible contravención de las normas básicas de adjudicación de los contratos públicos no regulados por las Directivas sobre contratación pública, examinará la importancia del contrato para el mercado interior a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Sólo incoará el procedimiento de infracción previsto en el artículo 226 del Tratado CE cuando lo considere adecuado a tenor de la gravedad de la infracción y de sus repercusiones en el mercado interior.

⁴² En el mismo sentido se expresa el Considerando Segundo de la Directiva 2004/18, cuando señala en su apartado segundo, lo siguiente:

La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria, disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública.

En coherencia con lo anterior, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la necesidad de que los Estados miembros apliquen los principios del Tratado Constitutivo CEE a aquellos contratos que no se vean afectados por las Directivas, ya sea desde un punto de vista objetivo —al no incluirse en ninguno de los nominados—, o bien, desde el económico —al encontrarse por debajo de los umbrales económicos fijados en cada momento—. En este sentido, es interesante traer a colación la STJCE de 13 de octubre de 2005 —Asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH*—, donde el Tribunal aleccionó al Tribunal Administrativo de la provincia italiana de *Bozen* sobre la aplicación del Tratado a un contrato de gestión de aparcamientos públicos de pago. En el asunto enjuiciado, el Tribunal, pese a evidenciar que las concesiones de servicios públicos estaban excluidas del ámbito de aplicación objetivo de las Directivas, concluye que su adjudicación no se podía alejar de las normas del Tratado. Al respecto, la Sentencia señala:

49. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de otro licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido la sentencia *Teleaustria y Telefonadress*, antes citada, apartados 61 y 62).

50. Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. (...)

52. De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación o transparencia⁴³.

⁴³ En el mismo sentido se expresan las siguientes Sentencias:

a) STJCE de fecha 7 de diciembre de 2000 —Asunto C-324/98, *Telaustria*—, donde se señala lo siguiente:

35. A este respecto procede señalar que, pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a

Por otra parte, las Directivas comunitarias no regulan de forma exhaustiva la fase de ejecución del contrato, limitándose a la selección del contratista. Tal forma de proceder se encuentra justificada, sin embargo, por la disparidad de legislaciones nacionales en sede de ejecución contractual y, principalmente, por la dualidad: contrato administrativo *versus* contrato privado. La diversidad de regímenes nacionales, con distintas realidades y tradiciones jurídicas ha conllevado que no se pretendiese una homogeneidad de los ordenamientos nacionales en materia de ejecución de los contratos. Como dice GIL IBÁÑEZ:

Resultan un tanto ajenos al Derecho comunitario los problemas referidos a las prerrogativas que pueda tener la Administración contratante, la

respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado, y en especial, el principio de no discriminación por razón de la materia.

b) STJCE de fecha 21 de julio de 2005 —Asunto C-231/03, *Coname*—, cuando al referirse a las normas fundamentales del Tratado y en particular al principio de no discriminación, concluye, sin ningún atisbo de duda, que estos criterios se aplican con mayor razón a aquellos contratos de servicios que no superen los umbrales comunitarios.

c) STJCE de fecha 20 de octubre de 2005 —Asunto C-264/03, Comisión contra República de Francia—, donde se afirmó lo siguiente:

33. Este criterio se aplica con mayor razón aun cuando se trata de contratos públicos de servicios cuyo valor no supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50. El mero hecho de que el legislador haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (véase el auto Vestergaard, antes citado, apartado 19). Asimismo, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, al igual que los contratos de concesión, están sujetos a las normas generales del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16).

d) STJCE de 14 de junio de 2007 —Asunto C-6/05, *Mediapac-Kazantzidis*—, donde se recoge lo siguiente:

33. Efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de entidad adjudicadora. Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de éstas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquel. (...)

e) STJUE de fecha 13 de abril de 2010 —Asunto C-91/08, *Wall Ag*— en la que se insiste en la idea de que una concesión de servicios, que como ya hemos dicho está excluida de la Directiva 2004/18, está sometida a los principios del Tratado.

dualidad de regímenes civil/administrativo de los contratos, los efectos que producen, etc⁴⁴.

Un ejemplo de las diferencias entre las diversas legislaciones europeas lo encontramos en el ordenamiento español y en el alemán —supuestos prácticamente antitéticos—. El nuestro se ha caracterizado por incorporar en el Derecho interno la legislación europea —incluso aplicándola a aquellos contratos que, desde un punto de vista objetivo, no les afecta—, mientras que el alemán ha mantenido una estricta dualidad en su contratación, de forma que las normas alemanas internas que incorporan el Derecho comunitario sólo se aplican a los contratos sujetos al mismo. En la legislación alemana, a diferencia de la española, se parte de la inclusión del contrato de la Administración Pública dentro del Derecho privado, pues el Derecho administrativo no se ha desarrollado en ese ámbito contractual, rigiendo el principio de libertad de pactos, propio de los contratos de Derecho civil⁴⁵.

⁴⁴ GIL IBÁÑEZ, J.L. “La recepción del Derecho comunitario en las normas españolas sobre contratos públicos. La transposición de la Directiva 97/52/CE por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre”. *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 2000, pp. 1010 y 1011.

Sobre este mismo respecto, SÁNCHEZ MORÓN hace notar que:

Hay que tener en cuenta que la armonización del Derecho europeo de la contratación pública, aunque parcial y relativa, planea sobre realidades y tradiciones jurídicas y administrativas muy diferentes. Afecta por igual a los países que han recibido el modelo de *régime administratif* que a los países del *common law*, a sistemas en los que el Estado de Derecho o *rule of law* se entiende de diversa manera, a Estados centralizados y descentralizados y con muy distintos modelos burocráticos, sin perjuicio de la falta de homogeneidad de las instituciones y del diferente esquema de relaciones entre los Poderes constituidos. Y, a pesar de ello, con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las circunstancias cambiantes, las reglas básicas sobre adjudicación de los contratos públicos más importantes y las garantías esenciales para su ejecución son las mismas en los veintisiete Estados que, hoy por hoy, integran la Unión.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.). *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 8.

⁴⁵ Son muy ilustrativas las palabras de GONZÁLEZ-VARAS cuando analiza el sistema de compras alemán, y al respecto señala:

El sistema de fuentes precisa ciertas peculiaridades. Junto al Código Civil, la regulación de los contratos se completa (desde 1926) mediante una serie de disposiciones (Bestimmungen) donde se establecen determinadas “pautas para la contratación” de los particulares, en materia de contratación de obras y de servicios (las llamadas Verdingungsordnungen für Bauleistungen und für Leistungen). En el ámbito interno pasan a configurarse como “normas internas”, es decir, sin que los licitadores tengan derecho subjetivo alguno.

Con este carácter, en estas disposiciones (órdenes de adjudicación) se presupone un concurso público con carácter general y ciertas reglas de publicidad de los contratos, aunque sin vinculación a la mejor oferta. Además, por su naturaleza jurídica, no tienen aquéllas carácter de normas vinculantes, al ser simples recomendaciones cuya aplicación o validez se produce sólo en caso de que las partes contratantes pacten su sometimiento

Esta aparente indiferencia del Derecho comunitario por la fase de ejecución contractual deriva del espíritu finalista de las Directivas comunitarias, al que preocupan más los objetivos comunitarios que los instrumentos jurídicos a través de los que se logren. Por ese motivo, el Derecho comunitario ha sido calificado como Derecho parcial⁴⁶. No obstante, el legislador comunitario no se ha desvinculado totalmente de la fase de ejecución del contrato, principalmente, en relación con aquellas incidencias que deriven de la selección del contratista. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el tratamiento que las instituciones comunitarias están procurando a los contratos modificados que, si bien en un plano temporal acaecen en sede de ejecución contractual, lo cierto es que en numerosas ocasiones proceden de una incorrecta delimitación del objeto contractual en la fase de selección del contratista, pudiendo infringir los principios de transparencia, igualdad y concurrencia previstos en las Directivas comunitarias. Consecuentemente, cuando las modificaciones contractuales presenten características sustancialmente diferentes a las que sirvieron para la adjudicación del contrato inicial, se precisará de una nueva licitación, al afectar de lleno al proceso de selección del contratista. La modificación de un contrato

a las mismas. De ahí que pueda afirmarse que el carácter civil de la contratación impregna el momento mismo de la adjudicación.

Con ocasión de las directivas comunitarias, y a efectos de afirmar el cumplimiento de los principios de las directivas comunitarias, Alemania ha optado por otorgar a dichas disposiciones u órdenes de adjudicación un “valor vinculante” reformando en 1993 la Ley de Principios Presupuestarios (artículo 57), de 1969, cuando contrata un “poder adjudicador” (en el sentido de las directivas comunitarias).

Se establecen en principio las garantías de las directivas y se dictan dos reglamentos que se “remiten” a dichas disposiciones. Mediante estas remisiones reglamentarias las mencionadas disposiciones alcanzarían valor normativo a pesar de ser elaboradas por particulares. Este sistema se deroga en 1999 cuando el legislador alemán opta por incluir la regulación contractual en la Ley de Defensa de la Competencia, dictándose (en 2001) un nuevo reglamento que, como el anterior de 1994, se remite a las mencionadas disposiciones, pretendiendo que éstas, de esta forma, alcancen rango normativo. De ahí que, aún hoy, el sistema contractual alemán pueda ser criticado desde el punto de vista del principio de legalidad y democrático.

Pues bien, esta referencia a la repercusión de las directivas comunitarias sobre el Derecho alemán es importante con el fin de observar el “efecto de legalización” que sufre la fase de adjudicación de este tipo de contratos. Dicho “efecto” recae sobre contratos cuyo régimen es el propio de la contratación civil. Sin embargo, las directivas comunitarias se dirigen contra el principio característico de la libertad de selección de contratistas afirmando en su lugar la aplicación de criterios, vinculantes por otra parte, de legalidad administrativa, los cuales constituyen la nueva legalidad pública que, en este país, como en los demás de la Unión Europea, ha de cumplirse.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Op. cit.*, p. 65 y ss.

⁴⁶ Vid.: SANTÍAS VIADA, J.A. ; *et al. Op. cit.*, p. 23.

en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de licitación, habría permitido la participación de otros licitadores distintos a los que se presentaron. Como decimos, el Tribunal de Justicia siempre ha sido muy restrictivo con las modificaciones contractuales y ha condenado aquellas prácticas que vulneran la concurrencia de los licitadores, la igualdad y la transparencia⁴⁷.

⁴⁷ En este sentido se manifestó el Tribunal Europeo en la Sentencia de fecha 24 de abril de 2004 —Asunto C-496/99 Comisión/CAS *Succhi di Fruta Sp*—, cuando señaló lo siguiente:

116. Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

117. De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse.

118. En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

119. Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento condiciones distintas a las estipuladas inicialmente. (...)

121. Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

El Tribunal europeo llega aún más lejos en la Sentencia de fecha 13 de abril de 2010 —*Wall AG*, ya citada—, que en un supuesto de concesión de servicios públicos, contrato que no entra dentro del espectro de las Directivas, declara en su fallo:

Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestren la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada.

Los distintos pronunciamientos judiciales que recayeron al respecto, junto a una nueva denuncia de la Comisión Europea contra el Reino de España⁴⁸, provocaron que nuestra legislación interna se tuviese que adaptar a esos criterios comunitarios; adaptación, que se llevó a cabo mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁴⁹. Esta Ley incorpora los supuestos en los que es posible efectuar modificaciones contractuales, advirtiendo que no se podrán realizar con el propósito de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que se puedan cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. Además, las referidas previsiones son de aplicación a todos los contratos del sector público y no sólo a los suscritos por las Administraciones Públicas o por los poderes adjudicadores, no Administración Pública.

⁴⁸ Comunicación que la Comisión Europea remitió a España el 8 de mayo de 2008 por la que se le emplaza a adecuarse a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 y de los artículos 12, 43 y 49 Tratado CE en la medida que “la legislación española no garantiza que las modificaciones del proyecto que supongan una modificación esencial de las condiciones de adjudicación sólo se llevarán a cabo tras una nueva licitación”.

⁴⁹ En adelante, LES.

Mediante la LES se introduce un nuevo Título en el Libro I de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público —en adelante, LCSP—, en concreto, el Título V rubricado: “Modificación de los contratos”. Además, se procede a modificar toda una serie de preceptos de la Ley.

En la Exposición de Motivos de la LES —Expositivo III— se justifica la modificación operada en los siguientes términos:

(...) La adopción de estas medidas conlleva la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificada en la disposición final decimosexta. En especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato.

Actualmente, los preceptos introducidos por la LES han sido incorporados en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre —en adelante, TRLCSP—, en concreto, en el Título V del Libro I. En relación con los modificados, el artículo 105.1 establece lo siguiente:

Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

Igualmente, el legislador europeo no sólo se ha preocupado de la ejecución contractual en sede de contratos modificados, sino que también lo ha hecho en relación con los plazos de pago por parte del poder público y ello por las graves consecuencias que la morosidad provoca a las empresas contratistas. Así, el primer texto normativo europeo relevante en la materia fue la Directiva 2000/35 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁵⁰. La Unión Europea retomó su interés por esta cuestión en la Agenda de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo y lo señaló de una forma muy contundente en el documento *Small Business Act* y en el Plan Europeo para la Recuperación Económica en el que “Una condición previa para la inversión, el crecimiento y la creación de puestos de trabajo en el contexto de crisis económica es contar con financiación suficiente y viable”⁵¹, por lo que la UE y los Estados miembros deben velar porque los poderes públicos paguen sus facturas en el plazo de un mes.

Recientemente, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, conscientes de que la morosidad constituye un grave problema que requiere de un cambio hacia una cultura de pago sin demora, han dictado la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 16 de febrero de 2011⁵², texto que refunde las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y establece una serie de plazos de pago que deberán ser observados por los poderes adjudicadores⁵³. La citada Directiva se transpuso

⁵⁰ Publicada en el *DO*, núm. L 200, de 8 de agosto de 2000. La transposición de esta Directiva en la legislación interna española se llevó a cabo a través de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁵¹ Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 26 de noviembre de 2008 denominada “Un Plan Europeo de Recuperación Económica” [COM (2008) 800 final – no publicada en el Diario Oficial] [On *line*] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:es:PDF> [Consulta: 23 de junio de 2013].

⁵² Publicada en el *DO*, núm. L 48 de 23 de febrero de 2011.

⁵³ El Plan Europeo para la Recuperación Económica, insiste en que el acceso de las empresas a fuentes de financiación sencillas es esencial para que puedan fomentarse las inversiones y con ello el crecimiento económico y la creación de empleo. En estrecha vinculación con lo anterior, se pide explícitamente a los estados miembros y a la propia UE que velen por que las autoridades públicas paguen sus facturas en el plazo de un mes. Por su parte, la nueva Directiva sobre la morosidad pone en práctica, también, la Comunicación de 25 de junio de 2008, conocida como *Small Business Act* —“Pensar primero a pequeña escala”— que tiene por objeto mejorar la capacidad de autofinanciación de las empresas europeas, con el fin de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior eliminando las barreras al comercio transfronterizo.

en el Derecho nacional mediante el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁵⁴.

Vid.: Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008, —*Small Business Act*— para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas” [COM(2008) 394 final - no publicada en el Diario Oficial] [On line] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0394:ES:NOT> [Consulta: 23 de junio de 2013], y la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 26 de noviembre de 2008 denominada “Un Plan Europeo de Recuperación Económica”, *Op. cit.*

⁵⁴ La Exposición de Motivos del citado Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero —Expositivo IV—, establece lo siguiente:

Por otra parte, la morosidad en el pago de deudas contractuales entre empresas, al igual que entre estas y las Administraciones públicas, y los plazos de pago vienen siendo objeto de especial atención tanto en la Unión Europea como en nuestro país. La razón de esta preocupación obedece a los efectos negativos que tanto esa morosidad como unos plazos de pago excesivamente largos tienen sobre el empleo, la competitividad y la propia supervivencia de las empresas.

Fruto de lo anterior fue la aprobación de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que España transpuso a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Al tiempo que la Unión Europea comenzaba la revisión de la Directiva 2000/35/CE, España también abordó la modificación de nuestra Ley, la cual se plasmó en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

De esta forma, se anticiparon diversas medidas que posteriormente se incluyeron en la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que vino a sustituir a la anterior Directiva del año 2000. Así ha ocurrido con los plazos de pago, incluidos los del sector público.

Aunque el Derecho español después de la modificación indicada cumple, en líneas generales, con las nuevas exigencias de la Unión Europea, hay determinados aspectos en los que existe alguna divergencias que hace ineludible la reforma de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que se acomete en el capítulo segundo del Título III del presente real decreto-ley

Entre las modificaciones que ahora se operan, en primer término, se encuentra la determinación de los plazos de pago, que es objeto de simplificación. Se precisan tanto los plazos de pago como el cómputo de los mismos, con la novedad de la previsión de procedimiento de aceptación o de comprobación, que han de regularse para impedir su utilización con la finalidad de retrasar el pago.

Se incorpora la previsión relativa a los calendarios de pago y cómo se calcularán los intereses en caso de que alguno de los plazos no se abonara en la fecha pactada.

Se reforma también el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar, que pasa de siete a ocho puntos porcentuales los que se han de sumar al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación.

En la indemnización por costes de cobro se prevé que en todo caso se han de abonar al acreedor una cantidad fija de 40 euros, sin necesidad de petición previa, que se añadirán a la que resulte de la reclamación que sigue correspondiéndole por los gastos en que se incurrió para conseguir el cobro de la cantidad adeudada. Además, desaparece el anterior límite de esta indemnización, que no podía superar el 15 por ciento de la deuda principal.

Por último, y en sede de ejecución contractual, no podemos dejar de decir que la Directiva 2004/18 también se ocupa de regular algunos aspectos de la subcontratación y de las condiciones de ejecución del contrato, en concreto, en los artículos 25 y 26⁵⁵.

2. EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS ANTERIORES A LA ACTUALMENTE EN VIGOR: REGLAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL EUROPEO

Los Estados miembros han sido especialmente reacios a transponer correctamente las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, circunstancia que se ha evidenciado de forma flagrante en relación con el concepto de poder adjudicador contenido desde un principio en las primeras disposiciones europeas. Este incumplimiento ha provocado la creación de una consolidada y reiterada jurisprudencia europea, derivada, entre otros motivos, de la poca claridad en la delimitación conceptual del poder adjudicador.

En esta indemnización se podrán incluir, entre otros, los gastos que la mora ha comportado para el acreedor por la contratación de un abogado o de una agencia de gestión de cobro.

Otra novedad consiste, precisamente, en la inclusión entre las cláusulas abusivas y, por tanto nulas, como regula la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las que excluyan la indemnización por costes de cobro, las cuales serán contrarias a la ley, salvo que el deudor demostrase que dicha exclusión no es abusiva. Y junto a esas cláusulas la previsión de que la infracción de esta ley se produzca a través de prácticas comerciales, que también reciben la calificación de abusivas y tendrán el mismo régimen de impugnación.

⁵⁵ El artículo 25 de la Directiva señala:

En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.

Por otra parte, el artículo 26, al regular las condiciones de ejecución del contrato establece:

Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

2.1 El concepto de “poder adjudicador” en las Directivas comunitarias anteriores a la Directiva 2004/18

El legislador europeo, en las Directivas anteriores a la actualmente en vigor, utilizó en la delimitación de los poderes adjudicadores conceptos jurídicos que podían ser susceptibles de distintas interpretaciones y que ocultaban auténticos problemas, a veces de difícil solución. Como abordaremos a continuación, estos problemas derivaban, principalmente, de la técnica de la remisión a los anexos para determinar a las entidades adjudicadoras.

2.1.1 Directivas 70/32, 71/304, 71/305, 77/62 y 80/767/CEE del Consejo de 22 de julio de 1980, adaptando y completando, en lo que concierne a determinados poderes adjudicadores, la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro⁵⁶

El artículo 1 de la Directiva 70/32 sobre suministros, delimitaba su ámbito subjetivo en los siguientes términos: “La presente Directiva tiene por objeto el suministro de productos al Estado, a los entes territoriales y a las demás personas jurídicas de Derecho público”. No obstante, en la citada norma no se definía el concepto de “persona jurídica de Derecho público”, ni en términos similares a lo que ahora conocemos, ni tampoco por referencia a ningún anexo. Por tanto, difícilmente se podía sostener que las entidades sometidas al Derecho privado pudiesen estar sujetas a la normativa comunitaria. En el mismo sentido, se expresaba el artículo 1 de la Directiva 71/304 relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales, haciendo extensiva su aplicación en el artículo 3.a) a los concesionarios de obras y de gestión de servicios públicos, en cuanto actuasen por medio del otorgamiento a su favor de derechos especiales o exclusivos para los contratos de obras con terceros que pudiesen celebrar en el ámbito de la concesión⁵⁷.

⁵⁶ DO, núm. L 215, de 18 de agosto de 1980, en adelante, Directiva 80/767.

⁵⁷ El artículo 1 de la Directiva 71/304, señalaba:

Los Estados miembros suprimirán, en favor de las personas físicas y de las sociedades mencionadas en cada uno de los Títulos de los Programas generales que actúen como prestadores de servicios o por mediación de agencias o de sucursales, en los sucesivos

La referencia a los anexos como forma de definir a las “personas jurídicas de Derecho público” aparece por primera vez en la Directiva 71/305 sobre obras, y, en concreto, en su artículo 1.b) cuando establecía que “se considerarán como poderes adjudicadores al Estado, a las colectividades territoriales y a las personas jurídicas de Derecho público enumeradas en el Anexo I”. En términos similares se expresaba el artículo 1.b) de la Directiva 77/62 sobre suministros, cuando señalaba lo siguiente:

Se considerarán poderes adjudicadores el Estado, los entes públicos territoriales y las personas jurídicas de Derecho público y, en el caso de los Estados miembros que desconozcan esta noción, las entidades equivalentes que se enumeran en el Anexo I.

Así, mientras que en la Directiva 71/305, las entidades son sólo y exclusivamente las del Anexo I, bajo el título: “Relación de las personas jurídicas de Derecho público mencionadas en la letra b) del artículo 1”; del contenido de la Directiva 77/62, se desprende que la interpretación sobre el alcance de “persona jurídica de Derecho público” la debía realizar cada Estado miembro por equivalencia según la descripción de las entidades relacionadas en el Anexo I, bajo el título: “Relación de las personas jurídicas de derecho público y de las entidades equivalentes a las que se refiere la letra b) del artículo 1”. Esta interpretación podía provocar una categorización distinta de poderes adjudicadores, atendiendo a los heterogéneos ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro. La indefinición a la que hacemos referencia se evidencia aún más en la Directiva 80/767, cuyo objeto era adaptar y completar, en lo

denominadas beneficiarios, las restricciones contempladas en cada uno de los Títulos III de dichos Programas que hacen referencia al acceso, la adjudicación, la ejecución o la participación en la ejecución de los contratos de obras por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de las personas jurídicas de derecho público.

Por otra parte, el artículo 3.a) de la citada Directiva, añadía:

1. Los Estados miembros suprimirán las restricciones, y, en particular, aquéllas:
 - a) Que impidan a los beneficiarios llevar a cabo sus prestaciones en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales; entre las restricciones que deberán suprimirse figura, en particular, las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y las prácticas administrativas que imponga o permitan la aplicación de un trato discriminatorio a los beneficiarios por parte de las personas físicas o jurídicas con las que se haya celebrado un contrato por el que se les encomiende la ejecución o la explotación de obras o la gestión de servicios públicos, mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos para contratos que ellos puedan adjudicar a su vez a la hora de ejecutar dichas obras.

concerniente a determinados poderes adjudicadores, la Directiva 77/62, sobre coordinación de procedimiento de adjudicación de los contratos de suministros, al señalar en el artículo 1 que “serán consideradas como poderes adjudicadores las entidades mencionadas en el Anexo I, y en la medida en que se hubieran aportado rectificaciones, modificaciones o enmiendas, las entidades que les hubieran sucedido”. Como se puede apreciar, cualquier cambio organizativo en el seno de los Estados podía dejar desfasada la lista de poderes adjudicadores⁵⁸.

La descripción que del poder adjudicador llevan a cabo estas Directivas es totalmente imprecisa en cuanto a las personas jurídicas de Derecho público se refiere, ya que era difícilmente deducible que se pudiesen incluir en su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado. No debemos olvidar que, a diferencia de lo que sucede en la actual normativa, la referencia a los anexos era taxativa, por tanto, únicamente quedaban sujetas a la normativa europea las entidades allí relacionadas, las cuales constituían un verdadero *numerus clausus* de sujeción a la normativa. Por tanto, el criterio de la interpretación funcional, al que aludiremos más tarde, era difícil de sostener en ese momento, atendiendo a que resultaba excesivamente forzado considerar que tras esa redacción, debían encuadrarse todo tipo de entidades, tanto públicas como privadas.

⁵⁸ Al respecto SANTÍAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES y LÓPEZ BLANCO señalan:

Para la determinación de los poderes adjudicadores la Directiva 80/767/CEE utiliza el sistema de listas que, diferenciadas por países se recogen en el Anexo I, si bien debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que el sistema de listas, tal y como aparece concretado en la Directiva 80/767/CEE, resulta imperfecto, dado que cualquier cambio organizativo en los Estados miembros puede dejar desfasada la respectiva lista y, sobre todo, porque se observan diferencias numéricas considerables entre las listas de los distintos Estados miembros, que no pueden responder a la realidad. Por ello existen tendencias normativas en la Comunidad que, además de prever la actualización de las listas, combinan este sistema con el de la definición de criterios a que deben responder los poderes adjudicadores para la sumisión a una Directiva concreta, sistema mixto que debe considerarse más perfecto en cuanto permite una mayor aplicación práctica efectiva.

Por lo que respecta a España, el Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados dispone que el Anexo I de esta Directiva 80/767/CEE “deberá completarse añadiendo la lista de dichos organismos en los nuevos Estados miembros, que se definirán en función del resultado de las negociaciones que deberán llevarse a cabo a tal fin en el seno del GATT”, con lo que en definitiva y para España, la cuestión de la lista de poderes adjudicadores que debe incorporarse al Anexo I de la Directiva 80/767/CEE, es idéntica y deberá ser resuelta simultáneamente al de la lista de entidades sujetas al Acuerdo sobre compras del sector público del GATT(...).

SANTÍAS VIADA, J.A.; *et al.* *Op. cit.*, pp. 43 y 44.

2.1.2 Directivas 89/440 y 90/531: “Interés general que no tenga carácter mercantil” y “control”

En las posteriores Directivas se intentará corregir esas deficiencias técnicas, y así en la 89/440⁵⁹ —que modifica la Directiva 71/305 sobre obras—, se introduce por primera vez una definición de “organismo de Derecho público” de características similares a la que ahora conocemos, introduciendo los conceptos de “interés general que no tenga carácter mercantil” y “control”. Se sustituye el término “personas jurídicas de Derecho público”, mucho más restrictivo y que podría dar lugar a mayores problemas interpretativos, por el de “organismo de Derecho público”, que pretendía ser más amplio y abarcar a todo tipo de entidades⁶⁰. Si bien es de alabar la modificación operada en el año 1989, porque a partir de esa fecha podemos empezar a afirmar que el concepto de “poder adjudicador” se encuentra definido con una mayor precisión, lo cierto es que la remisión a los anexos, en los términos que abordaremos seguidamente, ha llevado aparejados, también, numerosos problemas de orden interpretativo.

A tal efecto el artículo 1. b) de la Directiva 71/305 de obras, tras la modificación operada por la Directiva 89/440, quedó redactado en los siguientes términos:

⁵⁹ Ya se establecía en los Considerandos de la citada Directiva que uno de los motivos que, precisamente, justificaba su razón de ser era la necesidad de que la lista de los organismos que figuraban en el Anexo fuese lo más completa posible.

⁶⁰ Esta modificación también fue detectada por OLIVERA MASSO cuando afirma lo siguiente:

A diferencia de la constante terminología con que son aludidos el Estado y las administraciones locales y regionales, la categoría representada por el “resto de los poderes adjudicadores” ha sido referida usando expresiones que han ido evolucionando con el tiempo. Al definir el contenido de esta categoría, la primera Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (Directiva de suministros) contiene una distinción explícita entre “personas jurídicas sujetas al derecho público” (una referencia a los países del derecho continental) y “en estados miembros donde las anteriores entidades no son conocidas, organismos especificados en el Anexo I” (con referencia a los países de la Common Law). Esta terminología será cambiada después de la revisión general que sobre las directivas de contratación pública se realiza en 1993, con el resultado de la aprobación de los textos refundidos de las Directivas de Obras, de Suministros y de Servicios. A partir de tales directivas se instituyó el uso de un nuevo término para referirse a las entidades sujetas a la regulación sobre contratación pública que no son Estado ni administraciones locales o regionales. Este será el de “un organismo sujeto a derecho público” (body governed by public law).

OLIVERA MASSO, P. “La problemática de la delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales sobre contratación pública: La Administración instrumental en las directivas de la Comunidad Europea y en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio”. *RAP*, núm. 145, 1998, p. 452.

Se entenderá por “poderes adjudicadores”, el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o dichos organismos de derecho público.

Se entenderá por “organismo de derecho público” todo organismo:

- creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil,
- dotado de personalidad jurídica
- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión, se haya sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el Anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posibles y podrán ser revisadas según el procedimiento previsto en el artículo 30. A tal efecto, los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

Como es de ver, según la propia Directiva, en el Anexo se relacionan los organismos que reúnen los criterios señalados en el artículo 1.b), de forma que las listas contenidas en el referido Anexo son “lo más completas posibles”, debiendo ser revisadas por los Estados miembros. No obstante, si acudimos al apartado relativo a España, lo cierto es que únicamente se contemplaba lo siguiente: “Las demás personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos”. Por tanto, se podría deducir que en esta Directiva se prima la inclusión en el Anexo del organismo en cuestión sobre las características del ente, inscripción que, por otra parte, corresponde a los Estados miembros por medio de notificaciones periódicas. En conclusión, si bien la Directiva ofrece elementos caracterizadores de lo que se ha de entender por “organismo de Derecho público”, podría sostenerse que condiciona su existencia a su inclusión en el Anexo.

Posteriormente, mediante la Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1990, se actualiza el Anexo I de la Directiva 89/440⁶¹ y, en lo que se refiere al Estado

⁶¹ Publicada en *DO*, núm. L 187, de 19 de julio de 1990.

español, se sustituye la remisión genérica a “las personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos” por los siguientes organismos: Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, Organismos Autónomos de la Administración General del Estado, de las Comunidades autónomas y de las Entidades Locales y otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español⁶².

Por otra parte, la Directiva 90/531, relativa a los sectores excluidos, describía en el artículo 1 a los “poderes públicos” en términos similares a la contenida en la Directiva 89/440. La única adición que se llevaba a cabo era la alusión al carácter comercial cuando establecía “haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no sean de carácter industrial o comercial”. Asimismo, no se hacía referencia alguna a los anexos, como documento comprensivo de las entidades a las que se podría aplicar la norma comunitaria.

2.1.3 Directivas de los años noventa. Antecedentes inmediatos a la actualmente en vigor

La delimitación de los poderes adjudicadores emprendida por la Directiva 89/440 siguió reflejada en términos casi idénticos en las Directivas clásicas de los años 1992 y 1993, la principal novedad consistió en la adición del calificativo “industrial” al requisito de mercantilidad ya contenido en las anteriores disposiciones comunitarias. En el Anexo I de la Directiva 93/37, relativa al contrato de obras, en el apartado correspondiente a España, se relacionaban las mismas entidades que las previstas en la Directiva 89/440⁶³. Sin embargo, en la

⁶² Al respecto, SANTÍAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES y LÓPEZ BLANCO, ya ponían de manifiesto que tal y como se encontraba redactado el artículo 1, b) y el Anexo de la Directiva 89/440 la expresión “persona jurídica de derecho público” podría ser objeto de muy diversas interpretaciones, teniendo en cuenta la gran tipología de entes que en nuestro Estado integraban la Administración Institucional, en concreto, los autores afirman: “Creemos sin embargo que el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva no debe extenderse, en lo que a España se refiere, a organismos diferentes de aquellos a los que se aplica la legislación de contratos del Estado”.

SANTÍAS VIADA, J.A.; *et al. Op. cit.*, p. 73.

⁶³ A tal efecto, el artículo 1.b, último párrafo de la Directiva 93/37, en relación con los anexos, establecía lo siguiente:

En el Anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posibles y podrán ser revisadas según

Directiva 93/36, relativa al contrato de suministros, en el apartado correspondiente a España, aparece una relación de los Ministerios, sin hacer referencia a ninguna otra entidad, y sin justificar la diferencia de trato⁶⁴.

En la Directiva 92/50 —primera norma comunitaria que regulaba específicamente los contratos públicos de servicios—, se detectan una serie de variaciones en relación con las otras disposiciones —de obras y de suministros— que si bien no conllevan ninguna diferencia sustancial en cuanto al tratamiento de los entes adjudicadores, lo cierto es que no se llega a comprender su justificación. Las principales novedades consisten en el empleo de términos distintos para referirse a idénticas realidades. Así se denomina “entidad adjudicadora” en lugar de “poder adjudicador”; “asociación formada” en vez de “asociación constituida”; “supervisión”, en sustitución de “control” y, “órganos de supervisión” en lugar de “órganos de vigilancia”. En cuanto a la remisión a los anexos, su redacción es muy similar a las de las otras Directivas⁶⁵.

el procedimiento previsto en el artículo 35. A tal efecto, los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

Se ha de recordar que las entidades indicadas en el Anexo eran las siguientes:

- Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- Organismos Autónomos de la Administración del Estado.
- Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas.
- Organismos Autónomos de las Entidades Locales.
- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español.

⁶⁴ En el Anexo de la Directiva 93/36, en relación con España aparecían los siguientes Ministerios: Asuntos Exteriores; Justicia; Defensa; Economía y Hacienda; Interior; Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente; Educación y Ciencia; Trabajo y Seguridad Social; Industria y Energía; Agricultura, Pesca y Alimentación; Presidencia; Administraciones Públicas; Cultura; Comercio y Turismo; Sanidad y Consumo; y Asuntos Sociales.

⁶⁵ El artículo 1, letra b) de la Directiva 92/50 señala:

Entidad adjudicadora: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:

- Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil.
- Dotado de personalidad jurídica.
- Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

Del contenido de las Directivas mencionadas podemos extraer la conclusión de que el legislador comunitario no tuvo mucho acierto al abordar la definición de “organismo de Derecho público” mediante el empleo de la técnica de la remisión a los anexos, y ello por cuanto lo lleva a cabo de forma taxativa y no meramente indicativa. Hubiera sido totalmente justificable —además de lógico y acertado— que el legislador comunitario, desconociendo la totalidad de las entidades reguladas en los Derechos nacionales que pudiesen ser consideradas “organismos de Derecho público”, integrara en los listados aquéllas más representativas a título ilustrativo; ahora bien, según se ha podido apreciar, del tenor literal del precepto no se alcanza tal conclusión, pues se afirma con contundencia que los entes adjudicadores no son otros más que los detallados en el anexo, sin dejar margen de actuación al destinatario de la norma.

Los problemas interpretativos derivados de la falta de claridad de las normas comunitarias ya fueron evidenciados por parte de la doctrina española, y así, por ejemplo, PIÑAR MAÑAS señaló que el ámbito subjetivo de las mismas no era claro ni tampoco homogéneo, llegando a concluir que la privatización de una empresa pública o su creación, en lugar de la constitución de un Organismo Autónomo o de una entidad con personalidad jurídica-pública, podría dar lugar a la no aplicación de las Directivas sobre contratos⁶⁶. Por otra parte, LÓPEZ BENÍTEZ ya

En el Anexo I de la Directiva 71/305/CEE, figuran las listas de los organismos de Derecho público o de categorías de estos organismos que responden a los criterios contemplados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas serán tan completas como sea posible y podrán revisarse con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 30 *ter* de dicha Directiva.

⁶⁶ El citado autor señala:

Hasta la publicación de las muy recientes Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, ambas de 14 de junio, el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas no era claro ni homogéneo. En el ámbito del contrato de suministros, se consideraban poderes adjudicadores “el Estado, los entes públicos territoriales y las personas jurídicas de Derecho Público (art. 1º de la Directiva 77/62/CEE)”. Parece que no abarcaba a las empresas públicas, pero sí a los organismos autónomos (incluidos los de carácter comercial o industrial) y las personificaciones de Derecho público sometidas al Derecho privado. De modo que la conversión de éstos en empresa pública (con personificación jurídico-privada) eludiría las Directivas.

En el ámbito de los contratos de obras el ámbito subjetivo es diferente. Por poderes adjudicadores se entendía (art 1º de la Directiva 80/440(CEE) “el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público, y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”. Del concepto de organismo de Derecho público se excluyen, a contrario, aquellos creados para satisfacer necesidades de interés general, que tengan carácter mercantil. No obstante, según la Decisión de la Comisión 90/380/CEE, de 13 de julio de 1990, deben considerarse organismos de Derecho público, en todo caso, los organismos autónomos (sin distinción

señaló que el carácter imperativo de la remisión a los anexos de las Directivas podía provocar que determinados organismos no estuviesen sujetos a las normas comunitarias⁶⁷. En términos similares se pronuncia OLIVERA MASSÓ cuando evidencia la situación artificial que la literalidad de las Directivas podía provocar en los países de Derecho continental al generar una dualidad de organismos públicos, pese a tener idéntica naturaleza jurídica: los sujetos a las directivas sobre contratación pública —por estar citados en la lista de entidades— y los no sujetos —por no estar citados en lista—⁶⁸.

alguna), y “otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español”. En definitiva sólo las empresas públicas stricto sensu y las personificaciones de Derecho público que persigan fines de carácter mercantil y estén además excluidas de la aplicación de la legislación de contratos, quedarían al margen de la Directiva de obras. (...)

A la vista de lo anterior, podemos llegar a una conclusión: la privatización de una empresa pública o la creación de una en lugar de la constitución de un organismo autónomo o de una entidad con personalidad jurídica-pública, puede dar lugar a la no aplicación de las Directivas sobre contratos (con la excepción, en su caso, de la 93/38/CEE). De hecho, es evidente que una de las razones que han impulsado a constituir sociedades anónimas para la gestión de los llamados “acontecimientos del 92” (Olimpiadas y Expo) se encuentra en la intención de eludir los trámites y las exigencias de objetividad y transparencia que exige el Derecho administrativo.

PIÑAR MAÑAS, J.L. “Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario”. *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 43 y 44.

⁶⁷ El citado autor señala:

Pese a su aparente simplicidad, el esquema no es, desde luego, claro. En primer lugar, la alusión al Estado, que resulta pletórica de significado para algunos Estados miembros, es problemática para otros, si se refiere a la conclusión de contratos en el ámbito interno, supuesto que la personalidad jurídica del Estado, como tal, en dicho ámbito dista en exceso de ser una cuestión pacífica. Por otra parte, la noción de persona jurídica de Derecho público posee tal generalidad que incluso puede devenir inoperativa o hacerla inoperativa la acción legislativa de los diversos estados. Además, puesto que, en último extremo, el sometimiento efectivo de estas entidades deriva de que resulten enumeradas en el Anexo, puede darse el caso de que haya entidades que reúnan esas características y que, sin embargo, por mor de su falta de inscripción, no queden sujetos a los imperativos de la Directiva.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Op. cit.*, pp.50 y 51.

⁶⁸ El citado autor señala:

El significado de la lista de organismos contenida en la citada directiva tendrá una distinta dinámica dependiendo del sistema jurídico del Estado afectado. En el caso de los países de la Common Law, las listas se interpretaron de forma exhaustiva, es decir, las entidades del Reino Unido y de Irlanda no mencionadas en los Anexos no se consideraban sujetas a lo dispuesto por las Directivas sobre contratación. Sin embargo, en los países de derecho continental, la utilización de un doble criterio para definir el ámbito subjetivo de la Directiva dará lugar a un efecto muy peculiar.

En concreto en los países de derecho continental, el hecho de que el ámbito subjetivo de las directivas quedara delimitado por el doble requisito de ser un organismo de derecho público y estar mencionado expresamente en las listas producía, como consecuencia inmediata, una dualidad de organismos públicos: los sujetos a las directivas sobre contratación pública (por estar citados en la lista de entidades) y los no sujetos (por no estar citados en lista). Este régimen dual era bastante artificial para la mentalidad de

2.2 Criterios interpretativos mantenidos por el Tribunal europeo

Desde un buen inicio, el Tribunal europeo intentó zanjar los problemas que se podían derivar de la lógica interpretación literal que se deducía del contenido de las Directivas comunitarias, fijando una serie de criterios que garantizaban el necesario “efecto útil” que se debe predicar de la normativa comunitaria. Así, según el criterio funcional, se deberá estar al significado material de las definiciones que invoca el Derecho comunitario, y no a los elementos formales o nominales, de forma que cuando una entidad no se encuentre detallada y relacionada en los anexos de las Directivas, se ha de proceder a analizar su situación fáctica y jurídica con el fin de determinar si se debe o no incluir en el concepto de “organismo de Derecho público”⁶⁹. Sobre esta cuestión, resultan interesantes las conclusiones del Abogado General el Sr. Alber presentadas el 21 de marzo de 2002 en el Asunto *Truley*, cuando señala que si bien la lista anexa a la Directiva 93/37 pretende ser lo más completa posible, la misma no tiene carácter taxativo, conteniendo ejemplos de entidades que se deben considerar organismos de Derecho público. Al respecto señala:

La definición legal del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, que es idéntica a la definición del artículo 1, letra b) de la Directiva 93/36 que debe interpretarse en el presente procedimiento, fue introducida por el Parlamento Europeo. Para garantizar una aplicación lo más amplia posible de la Directiva, el Parlamento introdujo el concepto de “entidad de Derecho público”, que posteriormente se cambió por el de “organismo”. La inclusión de esta definición legal tenía por objeto sustituir las listas que debían elaborar con arreglo al artículo 1, letra b) de la Directiva 71/305/CEE, en las que se enumeraban a las entidades adjudicadoras. Con ello se pretendía garantizar la aplicación de la Directiva. La intención era extender el ámbito de aplicación de la Directiva a las obras ejecutadas por terceros que fueran financiadas total o parcialmente, directa o indirectamente, mediante fondos públicos. El sentido de la definición general del concepto de entidad adjudicadora consiste

derecho público continental, ya que la naturaleza jurídica de las entidades públicas en cada grupo, las listadas y las no listadas, era idéntica, y no existía un criterio homogéneo para mencionar u omitir entidades en la redacción de las listas. La disparidad entre el reducido número de menciones contenidas en las listas de la Directiva y el amplio significado del término “organismos regulados por el derecho administrativo”, suscitaba la inmediata duda sobre un organismo regulado por el derecho público, pero no mencionado en las listas de entidades incluidas en las directivas sobre contratación, debería considerarse dentro del ámbito subjetivo de tales directivas.

OLIVERA MASSO, P. *Op. Cit.*, p. 454.

⁶⁹ En este sentido, STJCE de fecha 27 de febrero de 2003 —Asunto C-373/00, *Adolf Truley GmbH*—, en adelante, Asunto *Truley*.

precisamente en someter a la obligación de licitación, en la medida de lo posible, a todos los organismos que pertenezcan, desde un punto de vista material, al sector público, con independencia de si están incluidos en la lista o no. En esta medida, la lista no tiene carácter taxativo. Por ello, no parece haber justificación para ver en la referencia a la lista una remisión incidental al Derecho nacional. En consecuencia, la conclusión sigue siendo que el concepto de necesidades de interés general debe interpretarse con arreglo al Derecho comunitario⁷⁰.

Además, y a fin de dar plena efectividad al efecto útil del Derecho europeo, el Tribunal ha fijado como criterio que los conceptos referidos en las normas nacionales que deriven del Derecho europeo se deben interpretar desde esta vertiente, y no desde el Derecho interno, ya que de lo contrario no se obtendría un resultado uniforme aplicable a todos los Estados miembros. Además, y como podremos constatar, la interpretación amplia de los elementos configuradores del poder adjudicador va a conllevar expansivamente la atracción de numerosas entidades hacia el espectro de las Directivas comunitarias.

2.2.1. Interpretación funcional del concepto de poder adjudicador

De conformidad con la interpretación funcional sostenida por el Tribunal europeo, determinadas entidades de Derecho privado que reúnan una serie de características deben ser consideradas “organismos de Derecho público” a efectos de la normativa comunitaria ya que, de lo contrario, los principios básicos, vertebradores del mercado único europeo, como son la libertad de establecimiento, la libre circulación o la libre prestación de servicios, podrían verse vulnerados. La jurisprudencia comunitaria ha optado por una definición subjetiva funcional, prescindiendo de la base pública o privada de la entidad y centrándose en su actividad y en el control al que se encuentra sometida. Se trata de una interpretación sistemática y teleológica que permite conseguir un efecto útil de la normativa comunitaria. El criterio determinante son las funciones de los entes, más que el procedimiento de creación y la vestidura jurídica formal de cobertura, siendo la forma jurídica de la entidad totalmente irrelevante. La auténtica naturaleza de una institución o de una entidad no se encuentra en las variadas fórmulas de creación, ni en los presupuestos formales de su existencia, sino en las funciones o tareas materiales que ha de satisfacer. El estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye sin más un criterio excluyente o

⁷⁰ Las Conclusiones de los Abogados Generales analizadas en el presente trabajo de investigación están disponibles [On line] <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm> [Consulta: 5 de julio de 2013].

libertador de las Directivas comunitarias. Con este planteamiento, el Tribunal europeo ha compensado lo que a nivel interno hemos venido a denominar como la “huida del Derecho administrativo”, ya que como después veremos, la interpretación amplia del concepto de poder adjudicador provoca que numerosas entidades privadas queden sujetas a la contratación pública.

Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 20 de septiembre de 1988 —Asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes*—⁷¹ el Tribunal europeo tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, cuando enjuició la adjudicación de un contrato de obras por parte de la Comisión Local de Concentración Parcelaria. De conformidad con los antecedentes obrantes en la referida Sentencia, se trataba de una entidad sin personalidad jurídica cuyos miembros eran designados por la Diputación provincial⁷². Al respecto, el Tribunal manifiesta:

11. El concepto de Estado, en el sentido de esta disposición, debe recibir una interpretación funcional. El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desarrollar las tareas que la Ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la administración del Estado.

12. Por consiguiente, un organismo cuya composición y funciones, como sucede en el caso de autos, están previstas por la Ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya una parte integrante de él⁷³.

⁷¹ En adelante, Asunto *Beentjes*.

⁷² Sobre la cuestión, vid.: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.F. “El procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas en el Derecho comunitario (El Caso *Gebroeders Beentjes Bve/Estado de los Países Bajos* de 20 de septiembre de 1988)”. *Noticias CEE*, núm. 65, 1990, pp.133-138.

⁷³ Tal y como nos recuerda LÓPEZ BENÍTEZ, el concepto amplio invocado por el Tribunal europeo ya había sido utilizado en un caso anterior —aunque no en sede de contratación pública— y, en concreto, en la STJCE de 26 de febrero de 1986 —Asunto C- 152/84, *Marshall*— en la que se analizaba si la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres podía ser invocada frente a la Autoridad Sanitaria de *Southampton*. Al respecto el Tribunal entendió que esta autoridad se debía considerar como una emanación del Estado.

Vid.: LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

Son sumamente ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon presentadas el día 4 de mayo de 1988 en relación con el Asunto *Beentjes*, cuando señala la necesidad de superar los criterios formales y de atender a la verdadera sustancia del problema. Según el Abogado General se asiste a la ruptura del modelo clásico de la Administración Pública y a la emergencia de lo que llama “desmembraciones de la Administración”, entre las que incluye a las autoridades administrativas independientes y a toda una serie de organismos. De esta forma, se proponía al Tribunal que cuando una entidad carente de personalidad jurídica propia estuviese encargada de una función comprendida en las competencias del Estado o de una colectividad territorial, se rigiera por las disposiciones de las Directivas comunitarias⁷⁴.

Este mismo criterio se mantuvo años más tarde para declarar que *L'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato* —Administración Autónoma de los Monopolios del Estado Italia— era un poder adjudicador al tratarse de una unidad administrativa, sin personalidad jurídica propia de modo que los actos de la Administración Autónoma eran imputables al Ministerio de Finanzas — Sentencia del TJCE de fecha 26 de abril de 1994, Asunto C-272/91, Comisión contra la República de Italia—⁷⁵. La citada Sentencia señaló:

⁷⁴ El Abogado General Sr. Darmon señaló lo siguiente:

11. En la medida en que la Comisión local de concentración parcelaria neerlandesa nos parece expresión de este fenómeno de desmembración de la Administración, en el fondo la cuestión planteada a este Tribunal de Justicia, consiste en determinar si es posible sustraer, de las normas comunitarias que obligan al Estado o a las colectividades territoriales, a los organismos situados fuera de las estructuras clásicas de la Administración, pero que sin estar dotados de personalidad jurídica propia ejercen funciones normalmente confiadas al Estado o a dichas colectividades.

12. Es importante, a este respecto, no confundir independencia funcional y autonomía. Liberados de subordinación jerárquica respecto de la Administración “clásica”, central o local, los organismos considerados no actúan con un interés diferente al del Estado o al de una colectividad territorial. Persiguen objetivos propios de la competencia normal del Estado, de una colectividad territorial, como el tribunal de un concurso decide en materia de concesión de diplomas, y no en nombre de inexistentes intereses diferenciados. El hecho de tomar en consideración intereses de los administrados, bien a través de la composición de los organismos, bien a través de su independencia funcional, no transforma por ello su finalidad que, a falta de personalidad jurídica propia, sólo consiste en representar, con arreglo a modalidades originales, al Estado o a una colectividad territorial. A falta de disposiciones especiales, las normas comunitarias aplicables al Estado o a las colectividades territoriales deben también regir de pleno derecho las actividades de organismos como los aquí contemplados.

13. Es necesario, sin embargo, al tratarse de la aplicación de las normas comunitarias debatidas, determinar los criterios de tal insociabilidad entre ciertos organismos, de un lado, y el Estado o las colectividades territoriales, de otro.

⁷⁵ En adelante, Asunto C-272/91, Comisión contra la República de Italia.

26. Seguidamente, el Gobierno italiano mantiene que la Administración concedente, es decir, la Administración Autónoma de los Monopolios del Estado (en lo sucesivo, "AAMS"), no está incluida en la lista de poderes adjudicadores que figura en el Anexo I de la Directiva 80/767/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1980 (...).

28. Como la Comisión ha destacado pertinentemente, se desprende del apartado 4 del artículo 4 de la Ley italiana nº 528, de 2 de agosto de 1982 (GURI nº 222 de 13.8.1982), en su versión modificada por el artículo 2 de la Ley nº 85, de 19 de abril de 1990 (GURI nº 97 de 27.4.1990), que el ministerio delle Finanze italiano es el único órgano de contratación autorizado del contrato público de que se trata. En todo caso, la AAMS, que gestiona el juego de la lotería, es una mera unidad administrativa, sin personalidad jurídica autónoma, del ministerio delle Finanze, de modo que los actos formalmente imputables a la AAMS dependen, en cuanto al fondo, de la esfera de decisión de dicho Ministerio.

A partir de esta Sentencia, el Tribunal europeo mantuvo inalterado este criterio. A título de ejemplo podemos referir la Sentencia de fecha 10 de noviembre de 1998 —Asunto, C- 360/96 *BFI Holding BV*—⁷⁶, en la que señaló: "es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional". En la misma línea que la apuntada, también se invocó este criterio interpretativo en la Sentencia de fecha 17 de diciembre de 1998 —Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda—⁷⁷ donde se analizaba si el *Irish Forestry Board* —Servicio de Bosques Irlandés— debía considerarse poder adjudicador. Al respecto manifestó: "que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de poder adjudicador debe recibir una interpretación funcional"⁷⁸.

No sólo la jurisprudencia comunitaria se alzó en contra de la interpretación literal de las Directivas comunitarias, sino que la doctrina mayoritaria española hizo lo propio, entendiendo que el criterio funcional debía prevalecer sobre el literal. Así, por ejemplo, DEL SAZ sostiene que de no prosperar esta interpretación, ello implicaría que numerosas entidades no estuviesen sujetas a la normativa comunitaria de contratación pública, siendo un fraude del Derecho comunitario.

⁷⁶ En adelante, Asunto, *BFI Holding BV*.

⁷⁷ En adelante, Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda.

⁷⁸ También se aludió a este criterio interpretativo, entre otras, en la STJCE de fecha 12 de diciembre de 2002 —Asunto C-470/99, *Universale-Bau AG*—, en adelante, Asunto *Universale-Bau*; y la STJCE de 13 de diciembre de 2007 —Asunto C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*—, en adelante, Asunto *Bayerischer*, pronunciamientos que después serán ampliamente comentados.

Por esta razón, dice la autora, se ha de estar al espíritu y finalidad de las Directivas, atrayendo hacia su ámbito a determinadas entidades sujetas al Derecho privado⁷⁹. En el mismo sentido, y siguiendo a la citada autora, se expresa GIMENO FELIU cuando señala:

(...) de entender, como han pretendido algunos autores, que la lista del Anexo tiene carácter exhaustivo y que prima sobre la definición no tendría ningún sentido haber introducido una definición de “Ente de Derecho Público”, bastaría con haber remitido directamente al Anexo⁸⁰.

No obstante, y como ya se ha podido constatar *ut supra*, tanto el posicionamiento del Tribunal europeo como el de los autores no se podía deducir del contenido literal de las Directivas comunitarias al remitirse a los anexos de forma taxativa y no meramente indicativa a efectos de delimitar a los “organismos de Derecho público”. Con anterioridad a la Directiva 2004/18, se podría sostener que el criterio sustentado por el Tribunal era excesivamente forzado, circunstancia que se evidencia por el hecho de que en la actual redacción sí queda claro que las entidades relacionadas en los anexos son meramente ejemplificativas.

⁷⁹ En dicho sentido, la autora señala lo siguiente:

Además, otra interpretación llevaría a un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y finalidad de la directiva, ya que si no se aplican los procedimientos administrativos a los contratos públicos que lleven a cabo las entidades públicas que sujetan su actividad al Derecho privado, quedarían excluidos del ámbito de la Directiva, a voluntad al fin y al cabo de un Estado miembro, la mayoría o todos los contratos de obras de nuestra Administración. Bastaría con que las leyes nacionales fueran progresivamente creando entes públicos descentralizados que contratasen en régimen de Derecho privado, transformando de esta suerte todas las Direcciones Generales o creando sociedades anónimas interpuestas para evitar la aplicación *in totum* de las Directivas comunitarias y burlar los derechos y libertades de circulación de mercancías, de establecimiento y de libre circulación de servicios consagrados en el Tratado de la CEE. No hay que olvidar, en fin, que el Derecho comunitario impone su vigencia sobre supuestos de hecho definidos por sus propias normas y, consiguientemente, el concepto de Administración pública y el deslinde de otros Entes no puede depender de las interesadas calificaciones de los Estados miembros sino de los criterios de la Directiva comunitaria. Así, cuando la Directiva sujeta a sus mandatos al Estado, entes territoriales y otros entes de Derecho público, abarca un círculo de entes definido por el Derecho comunitario y por los derechos nacionales.

SAZ CORDERO, S. DEL. “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”. *RAP*, núm. 133, 1994, p. 90.

⁸⁰ GIMENO FELIU, J.M. *Op. cit.*, p. 85.

2.2.2. Interpretación autónoma y uniforme del concepto de poder adjudicador

Como hemos visto, el instrumento necesario para una correcta interpretación del concepto de poder adjudicador ha sido la jurisprudencia comunitaria dictada al efecto, la cual es expansiva al tener por objetivo el mercado único europeo. De hecho, la Directiva 2004/18 reconoce en sus Considerandos que algunas de las modificaciones adoptadas se han inspirado en las sentencias del Tribunal europeo⁸¹. Los requisitos que de forma acumulativa tienen que concurrir para que una entidad deba ser considerada poder adjudicador han de ser interpretados de una forma común y uniforme para todos los Estados miembros, dado que los mismos pertenecen al Derecho comunitario que es autónomo frente a los Derechos nacionales. Esta interpretación se debe efectuar teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate. Es decir, prevalece la interpretación comunitaria sobre la interpretación nacional⁸². De no mantenerse este criterio se podría llegar al absurdo de que los Estados miembros alcanzasen conclusiones totalmente dispares, de forma que en un país, un determinado organismo se encontrase

⁸¹ Así, por ejemplo, se señala en el apartado 1 del preámbulo de la citada Directiva, en cuanto a los criterios de adjudicación se refiere:

La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados.

⁸² Dada la contundencia del posicionamiento del Tribunal europeo al respecto y, si bien no es aquí el lugar para exponer las teorías doctrinales a favor y en contra de la tesis comunitaria, se ha de apuntar que la mayoría de los autores coinciden en la conveniencia de un encuadramiento del alcance de los conceptos por parte del Derecho comunitario, aunque no hasta la solución extrema de que se acaben sustituyendo las decisiones de los Estados por las instituciones comunitarias.

Al respecto FERNÁNDEZ GARCÍA en palabras de WAELBROECK señala que “el contenido de la noción de interés general puede variar según los estados, a condición de que el Derecho comunitario le asigne una ‘esfera máxima de extensión’”.

WAELBROECK, M. *Le droit de la communauté Économique Européenne*. Vol. IV. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1970, p. 90 (Cit. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”. *RAP*, núm. 166, 2005, p. 298).

Por otra parte, VAN GEHUCHTEN entiende que si bien la calificación de una actividad como de interés económico general corresponde a los estados, resulta “juicioso en términos de seguridad jurídica que el Tribunal de Justicia pueda ir deduciendo poco a poco los contornos de esta noción a escala comunitaria, teniendo en cuenta en todo momento que el efecto útil (...) hace particularmente difícil toda definición unívoca”.

GEHUCHTEN, G. VAN. *La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE, en Interventions publiques et Droit communautaire*. Paris: Pedone, 1988, pp. 112 y 131 (Cit. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. *Op. cit.*, p. 299).

obligado a licitar y, en otro, una entidad con la mismas funciones y características no lo estuviese. Ello podría dar lugar a distorsiones de la competencia no queridas por la Unión Europea. Así lo ha manifestado el Tribunal europeo en reiteradas ocasiones. A título de ejemplo, se ha de destacar la Sentencia recaída en el Asunto *Truley*, en el que haciendo referencia a pronunciamientos anteriores, resuelve la cuestión prejudicial planteada consistente en si el concepto de “necesidades de interés general” debe o no derivarse del Derecho nacional. Al respecto, el Tribunal europeo señaló:

35. Según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, en particular, las sentencias *Ekro*, antes citada, apartado 11, de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, C-287/98, Rec. P. I-6917, apartado 43, y de 9 de noviembre de 2000, *Yiadom*, C-357/98, Rec.p.I-9265, apartado 26)

36. En el caso de autos, ha quedado acreditado que el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/36 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, de forma que los términos mencionados deben interpretarse de una manera autónoma y uniforme en toda la comunidad⁸³.

⁸³ Al respecto, son ilustrativas las Conclusiones del Abogado General Sr. Alber cuando señala lo siguiente:

40. El artículo 1 de la Directiva 93/36 no remite de manera expresa al Derecho nacional. No obstante, la letra b), del párrafo tercero, de dicha disposición contiene una remisión a la lista de organismos de Derecho público y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la letra b) que figura como anexo I de la Directiva 93/37. Esto podría constituir una remisión implícita. Con arreglo a la jurisprudencia, también las remisiones tácitas al Derecho de los Estados miembros pueden tener que ser tenidas en cuenta.

41. No obstante, debe tenerse presente que la lista anexa a la Directiva 93/37 no tiene carácter taxativo. Es cierto que dicha lista pretende ser lo más completa posible. Sin embargo, en la última instancia tan sólo contiene ejemplos de organismos que son organismos públicos a efectos de la letra b). La definición legal del artículo 1, letra b) de la Directiva 93/37, que es idéntica a la definición del artículo 1, letra b) de la Directiva 93/36, que debe interpretarse en el presente procedimiento, fue introducida a iniciativa del Parlamento europeo. Para garantizar una aplicación lo más amplia posible de la Directiva, el Parlamento introdujo el concepto de “entidad de Derecho público”, que posteriormente se cambió por el de “organismo”. La inclusión de esta definición legal tenía por objeto sustituir las listas que debían elaborar con arreglo al artículo 1, letra b) de la Directiva 71/305/CEE, en las que se enumeraban las entidades adjudicadoras. Con ello se pretendía garantizar la aplicación sin lagunas de la Directiva. La intención era extender el ámbito de aplicación de la Directiva a las obras ejecutadas por terceros que fueran financiadas total o parcialmente, directa o indirectamente, mediante fondos públicos. El sentido de la definición general del concepto de entidad adjudicadora consiste

Resulta necesario *ab initio* dejar sentado este posicionamiento, ya que cuando en una fase posterior analicemos las entidades reguladas por la legislación nacional española, tendremos que extrapolar las consecuencias que ahora extraigamos de la jurisprudencia comunitaria y aplicarlas a las entidades de Derecho público o privado reguladas en nuestro ordenamiento nacional. En otras palabras, el análisis que realicemos de las entidades regidas por el Derecho español se llevará a cabo de conformidad con las distintas conclusiones que ahora alcancemos de acuerdo con el único instrumento interpretativo del que disponemos y que se ha considerado válido, la jurisprudencia del Tribunal europeo. No obstante, ya se anuncia que la claridad de los pronunciamientos judiciales, en cuanto a los requisitos que han de concurrir en las entidades para ser consideradas poderes adjudicadores, dista de ser la ideal en el plano práctico. Es ilustrativa a efectos conceptuales, pero la interpretación excesivamente amplia que viene haciendo el Tribunal europeo podría no permitir analizar, en lo concreto, la realidad de las cosas, de tal modo que podría llevar a categorizar como poderes adjudicadores a entidades no queridas por el legislador.

3. LOS PODERES ADJUDICADORES EN LA DIRECTIVA 2004/18

3.1 Planteamiento del tema

La Directiva 2004/18 es un instrumento esencial en nuestro trabajo de investigación, y ello por cuanto el actual artículo 3 del TRLCSP, precepto que delimita el ámbito subjetivo en el Derecho español, ha tenido por objetivo, entre otros cometidos, llevar a cabo la transposición de la citada norma comunitaria. Su correcto entendimiento requiere que con carácter previo se proceda al análisis exhaustivo del artículo 1.9 de la actual Directiva comunitaria —precepto que contiene la definición del poder adjudicador—, interpretado de conformidad

precisamente en someter a la obligación de licitación, en la medida de lo posible, a todos los organismos que pertenezcan, desde un punto de vista material, al sector público, con independencia de si están incluidos en la lista o no. En esa medida, la lista no tiene carácter taxativo. Por ello, no parece haber justificación para ver en la referencia a la lista una remisión incidental al Derecho nacional. En consecuencia, la conclusión sigue siendo que el concepto de necesidades de interés general debe interpretarse con arreglo al Derecho comunitario.

con la jurisprudencia europea que ha fijado los criterios delimitadores de los conceptos: “interés general”, “actividad industrial o mercantil” y “control”. Desde el año 1998, el Tribunal europeo ha mantenido un criterio constante y uniforme sobre los referidos conceptos, interpretándolos de una forma amplia y funcional, y atrayendo hacía el Derecho de la contratación pública a todo un elenco de entidades que en una primera aproximación podrían considerarse ajenas al mismo.

De acuerdo con el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, son considerados poderes adjudicadores “el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”. Por otra parte, se entiende por “organismo de Derecho público”, cualquier entidad en la que concurren las siguientes circunstancias: a) Dotada de personalidad jurídica; b) Creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y c) Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por los poderes adjudicadores.

Se puede afirmar que artículo 1.9 de la Directiva delimita a los poderes adjudicadores mediante la utilización de dos criterios. En un primer bloque, incluye a una serie de entes sin definirlos —Estado, entidades territoriales, organismos de Derecho público y asociaciones de estos entes— y, a renglón seguido, se limita a abordar la definición de uno de ellos —organismos de Derecho público— por referencia expresa a los otros, a través del control⁸⁴.

⁸⁴ GARCÍA-ANDRADE distingue entre los “poderes primarios”, que se corresponden con el Estado y con los entes territoriales, y los “derivados”, que son los “organismos de Derecho público”, dependientes de los poderes primarios. Los poderes primarios serán considerados poderes adjudicadores sin más requisitos. En cambio, los poderes derivados lo serán, siempre y cuando satisfagan necesidades de interés general de carácter no mercantil o industrial y tengan una estrecha dependencia o vinculación con los poderes primarios.

Vid.: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p.46 y ss.

Por otra parte, MORENO MOLINA señala:

Por consiguiente, para la determinación de su ámbito subjetivo, las Directivas siguen un criterio mixto, de carácter definitorio y enumerativo. De un lado, enumera las figuras

3.2 En cuanto al Estado, los entes territoriales y las asociaciones constituidas por dichos entes

En este primer bloque se debe incluir al Estado, a los entes territoriales y a las asociaciones constituidas por dichos entes. Su importancia es máxima en el panorama europeo, dado que, además de constituir poderes adjudicadores en primera persona, sirven para delimitar, a través de su control, al resto de los mismos. El legislador no los define y se remite a las regulaciones internas de los Estados miembros, interpretadas de conformidad con los criterios amplios sustentados por el Tribunal europeo. Para el legislador comunitario es irrelevante la forma en que se manifieste el Estado o el ente territorial correspondiente. Le es indiferente que se trate del ejecutivo, el judicial, o el legislativo, y que se identifiquen o no como Administraciones Públicas⁸⁵. Se puede afirmar que el Derecho comunitario no regula el Derecho de contratación de las Administraciones Públicas, no desea crear un substrato único y común de todas ellas para los Estados miembros, lo deja en manos de sus legislaciones

subjetivas definibles como públicas: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos; de otro lado, definen lo que para ellas son los organismos de derecho público atendiendo no a una cláusula general, sino a través de unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión.

MORENO MOLINA, J.A. "El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública". *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, p. 27.

⁸⁵ MORENO MOLINA afirma al respecto lo siguiente:

La inexistencia en el Derecho comunitario de una definición unitaria de la noción de Administración pública, se debe sobre todo a factores que son intrínsecamente propios del ordenamiento comunitario y de la articulación de sus relaciones con los ordenamientos nacionales. En particular deriva de la falta de una separación de poderes dentro del ordenamiento comunitario, por un lado, y del juego del principio de autonomía institucional de los Estados miembros, por otro. La realidad de la Comunidad Europea es distinta de aquella de los poderes públicos nacionales, razón por lo cual los conceptos tradicionales no resultan aplicables, siendo preferible examinar los datos positivos.

Así, una noción comunitaria de Administración pública se ha ido formando casi exclusivamente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien el Derecho comunitario presenta cada vez más, junto a definiciones jurisprudenciales de la Administración pública, definiciones legales de la misma noción. No es que el Derecho comunitario desconozca, el concepto "Administración pública", es que no le da un sentido unívoco, sino funcional, instrumental. En el Derecho comunitario, la noción de Administración es una noción cambiante, de "geometría variable".

MORENO MOLINA, J.A. *Op. cit.*, pp. 22 y 23.

internas⁸⁶. El legislador comunitario no desea inmiscuirse en la organización política y administrativa de los Estados, ni en disquisiciones sobre si el Estado ostenta personalidad jurídica, o si se le debe atribuir a las Administraciones Públicas⁸⁷. El legislador comunitario solventa el problema atribuyendo al Estado o a los entes territoriales, indistintamente, la aptitud para ser poder adjudicador⁸⁸.

⁸⁶ En la normativa española, el artículo 97 de la Constitución española de 1978 —en adelante, referida como CE— señala que el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y mercantil y la defensa del Estado. El Gobierno es un órgano de doble naturaleza, por una parte, es el órgano superior jerárquico de la Administración General del Estado y, por la otra, en el plano de la función política, basa su actuación en el principio de legitimación democrática. Al margen de este aparato, quedarán los demás Poderes Constitucionales —Legislativo y Judicial—, y ciertos órganos que la CE separa de los tres poderes.

A ello debemos añadir la diversificación jurídica que se produce en las Comunidades Autónomas entre la entidad política y su personalidad jurídica. Esta diferenciación, sin embargo, no se produce en las Entidades Locales, en las que la personificación cubre a la entidad. Junto a estas Administraciones territoriales, como vemos, la Administración Pública es un concepto institucional que se traduce en una pluralidad de personificaciones jurídicas independientes. La atribución de la personalidad jurídica viene dada en algunos casos por la CE y, en otros, por las Leyes.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, el Estado tiene un claro carácter anfibológico, por el que se designa tanto a la totalidad de la organización jurídico-política de la nación como al conjunto de instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, en contraposición con las instituciones de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos. En este sentido, entre otras, la STC núm. 32/1981, de 28 de julio y núm. 129/2001, de 4 de junio [A efectos aclaratorios, se debe indicar que en cuerpo del presente trabajo de investigación se hará referencia de manera completa al “Tribunal Constitucional” y a los órganos jurisdiccionales, mientras que se emplearán las abreviaturas de uso común en las notas al pie].

⁸⁷ No existe en nuestra legislación interna norma de Derecho positivo que atribuya al Estado personalidad jurídica. No obstante, lo cierto es que sí que ha existido un debate doctrinal interno, —como sucedió también en su momento en Alemania, Francia, Italia o Reino Unido— sobre si el Estado debe o no ser considerado como verdadero sujeto de derechos y deberes con personalidad jurídica y, precisamente, lo que no desea el legislador comunitario es interferir en esas discusiones sobre la atribución de personalidad jurídica al Estado o a las Administraciones Públicas, de forma que, como decimos, solventa el posible problema atribuyendo al Estado o a los entes territoriales, indistintamente, la aptitud para ser poder adjudicador.

A meros efectos ilustrativos, y avanzando que nos posicionamos con GARCÍA DE ENTERRÍA, veamos ahora algunas de las distintas tesis de los autores españoles en relación con la atribución al Estado de personalidad jurídica a fin de evidenciar que el asunto no es pacífico, y que el legislador comunitario ni quiere ni puede regular el Derecho interno de todos y cada uno de los Estados miembros.

Así, por ejemplo, GARCÍA TREVIJANO ha sostenido que la personalidad jurídica corresponde al Estado, que se manifiesta a través de sus órganos. Al respecto el autor afirma:

Lo que ocurre es que, normalmente, la faceta más concreta es la administrativa y es la que entra en relación directa con terceros, aunque los órganos legislativos también se relacionan hacia fuera, y todos ellos imputan su actividad al Estado como persona (...). Los órganos legislativos contratan servicios, material, obras, mantienen funcionarios, etc., y no lo hacen en nombre propio, sino como órganos del Estado (...), la importancia de la función desarrollada no empaña el hecho de que jurídicamente se integran en la Unidad del Estado.

GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, vol. I. Madrid: Revista de derecho privado, 1971, pp. 203 y 204.

En el mismo sentido, GARRIDO FALLA que tras la aprobación de la CE se pronuncia sobre “la necesidad de *reconquistar el concepto de Estado* en cuanto sujeto de toda actividad sometida al

Así, según el Tribunal europeo en la Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1998 —Asunto C-323/96, Comisión contra Bélgica—⁸⁹:

27. El concepto de Estado al que se refiere esta disposición comprende necesariamente todos los órganos que ejercen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo mismo sucede con los órganos que, en un Estado de estructura federal, ejercen estos poderes en la esfera de las entidades federadas.

En el supuesto enjuiciado, el Gobierno de Bélgica partía de la convicción de que sólo el poder ejecutivo se encontraba sujeto a las normas en materia de

control jurisdiccional y al régimen jurídico-administrativo”; y LÓPEZ GUERRA, quien apunta la exigencia de comprender a la Administración como parte de una entidad estatal de nivel superior.

GARRIDO FALLA, F. “Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español”. *RAP*, núm. 97, 1982, p. 28; y LÓPEZ GUERRA, L. “Sobre la personalidad jurídica del Estado”. *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, 1980, pp. 17-35 [publicación periódica de la UNED, anteriormente: *Boletín informativo del Departamento de Derecho Político* y, después de 1981, y hasta la actualidad: *Revista de Derecho Político*].

Por el contrario, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ rechazan con vehemencia la personalidad jurídica del Estado, al señalar que desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece esa personalidad un tanto mística del Estado, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública. Es más, ensalzan la solución adoptada a nivel interno —a diferencia de otros estados europeos— con las siguientes palabras que valga la pena reproducir:

El Derecho español, más correctamente, con una austeridad mental que es aquí elogiada, afirma únicamente la personalidad de la Administración del Estado, sin incluir en esta personificación los órganos legislativos y judiciales y menos aún a la colectividad en su conjunto, al servicio de la cual se ordena, precisamente, porque es un quid aliud.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Navarra: Aranzadi, 13.ª ed., 2006, p. 372. Sobre la discusión de la personalidad jurídica del Estado y de la Administración General del Estado o de las Administraciones del Estado vid.: de la misma obra y del mismo Tomo, los Capítulos I y IV *in toto*. Asimismo, vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El Concepto de Personalidad Jurídica en el Derecho Público”. En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T.I. Madrid: Civitas, 1994, pp. 825 a 836, donde el profesor realiza una brillante exposición de la problemática sobre la personalidad jurídica en el Derecho Público a nivel comparado —Alemania, Francia y Reino Unido— y da sobradas razones para circunscribirla a la Administración y no al Estado, toda vez que rebate de manera contundente posicionamientos doctrinales opuestos al suyo.

En el mismo sentido SANTAMARÍA PASTOR señala que la personalidad jurídica de la Administración deriva de los siguientes extremos: a) La Constitución no reconoce al Estado la cualidad de persona jurídica; b) La tesis contraria carece de sólida tradición en nuestra doctrina; c) en el supuesto de que se reconociese teóricamente la personalidad al Estado, habría que superar el escollo legal de que nuestro ordenamiento la atribuya a la Administración del Estado.

Vid.: SANTAMARÍA PASTOR, J.A. “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”. *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pp. 7-20.

⁸⁸ No debemos olvidar tampoco que las instituciones comunitarias también están sujetas a las Directivas de contratos públicos. En estos términos se pronunció la STPICE de 12 de marzo de 2008 —Asunto T-345/03, *Evropaiki Dynamiki*— relativa a un contrato licitado por la Comisión Europea o la STPICE de fecha 20 de mayo de 2009 —Asunto T-89/07, *VIP Car Solutions SARL*— suscrito por el Parlamento Europeo.

⁸⁹ En adelante, Asunto C-323/96, Comisión contra Bélgica.

adjudicación de contratos, razón por la cual, el *Vlaamse Raad* o Parlamento flamenco no se encontraba obligado a observarlas⁹⁰. El Tribunal europeo, invocando la Sentencia antes referida, recaída en el Asunto *Beentjes*, donde se analizaba la sujeción de la Comisión Local de Concentración Parcelaria que no ostentaba personalidad jurídica, consideró que le era de plena aplicación el Derecho comunitario en materia de contratación pública, y con tal objetivo aplicó el criterio de interpretación funcional al que nos hemos referido anteriormente⁹¹. El Tribunal mantiene un criterio amplio y flexible de la noción de Estado “superador de los envoltorios meramente formales y encaminado directamente al desentrañamiento del verdadero núcleo de lo público”⁹². Así, y en sede de efecto directo de las Directivas comunitarias, la Sentencia de fecha 12 de julio de 1990 recaída en el Asunto C-188/89, *British Gas*, señaló que debe figurar cualquier organismo que disponga “de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares”.

En este sentido, son ilustrativas las palabras de RAZQUIN LIZARRAGA que, haciéndose eco de las reflexiones de HECQUARD-THERON, concluye que la noción de Estado es una creación jurisprudencial del Tribunal europeo que le

⁹⁰ El Tribunal europeo analiza la sujeción a la normativa de contratación pública de la construcción de un edificio por parte del *Vlaamse Raad* —Parlamento flamenco en el sistema federal belga—, denunciado por la Comisión Europea al no observar las Directivas 89/440 y 93/37.

Al respecto son ilustrativas las Conclusiones del Abogado General Sr. Alber presentadas el 19 de marzo de 1998 cuando señala lo siguiente:

13. Así pues, únicamente cabe preguntarse si también el poder legislativo está vinculado por las Directivas comunitarias. La respuesta a esta cuestión ha de ser en principio afirmativa, ya que el mandato de legislar contenido en una Directiva, por regla general, se dirige directamente a los órganos legislativos. En el ámbito de la contratación pública, más allá de esta formulación abstracta, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal en el asunto *Beentjes*, “el concepto de estado (...) debe recibir una interpretación funcional”. Por lo general, en la jurisprudencia existente hasta la fecha en materia de contratos públicos, la cuestión de si el organismo que adjudica el contrato de obras de que se trata constituye un poder adjudicador a efectos de la Directiva se planteaba en términos distintos de los del presente caso. Se trataba principalmente de organismos e instituciones de carácter subordinado que no habían respetado las normas en materia de adjudicación de contratos.

14. Un Parlamento, en cambio, en su calidad de autoridad estatal, forma sin duda parte del Estado en sentido funcional. Esta conclusión, evidentemente, tiene también validez en una estructura federal con respecto a los Parlamentos de los Estados federados.

⁹¹ Como ya hemos visto —*supra*—, este criterio también se mantuvo en la Sentencia recaída en el Asunto C-272/91, Comisión contra la República de Italia, donde se analizaba la sujeción a las Directivas comunitarias de un ente sin personalidad jurídica, como la Administración Autónoma de los Monopolios del Estado.

⁹² LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Op. cit.*, p.53.

otorga uno u otro significado según el ámbito del Derecho comunitario que estemos tratando. Así, el autor señala:

Por un lado la noción de Estado se puede identificar con un conjunto de autoridades públicas entre las que se incluyen diversas emanaciones del Estado (Gobierno central, poder legislativo, jueces nacionales, establecimientos públicos), administraciones descentralizadas (municipios, departamentos y regiones) e, incluso, organismos de base corporativa. Por otro lado la identificación varía según el conjunto de misiones que corresponde desarrollar al Estado bien de soberanía o autoridad o de intervención. Sin embargo no acaba ahí la noción de Estado porque ésta adquiere diversos significados bien como instrumentos de integración negativa o positiva. En definitiva, el concepto de Estado es una creación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que tiende, según la función del mismo en cada uno de los ámbitos del Derecho comunitario a otorgarle uno u otro significado. Hay que recordar como hace este autor que, a diferencia del Derecho francés, en el Derecho inglés predomina el criterio funcional dado que el concepto de Estado como persona jurídica ha estado ausente del derecho interno británico hasta su ingreso en las Comunidades Europeas. Por ello destaca que la reforma operada en las Directivas sobre contratos de obras del concepto de poderes adjudicadores se fundamenta en esta concepción funcional del Estado lo que ha hecho que se incluyan como poderes adjudicadores “no solamente al Estado y a las administraciones territoriales sino también a los “organismos de derecho público”, las personas privadas concesionarias y aquellas otras beneficiarias de una financiación pública mayoritaria⁹³.

Además, en este primer bloque de poderes adjudicadores también se deben incluir a las asociaciones constituidas por el Estado, los entes territoriales o los organismos de Derecho público, las cuales fueron contempladas por primera vez en la Directiva 89/440 de obras. El legislador comunitario, de una forma extraordinariamente amplia, pretende que ningún poder adjudicador se escape del espectro de las Directivas por el mero hecho de asociarse y, a tal efecto, introduce este supuesto, de forma que cualquier ente asociativo pueda ser considerado poder adjudicador con independencia de que se encuentre integrado por uno o varios de ellos, y siendo indiferente, además, que cualquiera de los restantes asociados tenga o no la consideración de poder adjudicador⁹⁴.

⁹³ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. *Contratos públicos y Derecho comunitario*. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 230 y 231.

⁹⁴ En este sentido, GARCÍA-ANDRADE señala:

Esta categoría de las asociaciones de poderes adjudicadores seguramente sea la que esté más necesitada de matización y concreción, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial. Pero entre tanto, llega, no cabe perder de vista su potencial efecto expansivo, pues bastará la presencia de un poder adjudicador en una asociación,

Ahora bien, se puede afirmar que el supuesto en cuestión está previsto para aquellos casos en los que la asociación no pueda incluirse en las categorías de Estado, ente territorial u organismo de Derecho público ya que, de lo contrario, la entidad debería ser considerada poder adjudicador de conformidad con los otros supuestos previstos en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18: Estado, ente territorial u organismo de Derecho público. Esta posición se encuentra refrendada por el Abogado General Sr. La Pégola en las conclusiones presentadas el día 19 de febrero de 1998 en el Asunto *BFI Holding BV*, cuando apuntó que la categoría de las asociaciones tiene una función residual, comprendiendo todas aquellas formas de cooperación pública que dan lugar a una entidad sin personalidad jurídica, pero que no son ni entes locales o territoriales ni tampoco asimilables al concepto de organismo de Derecho público⁹⁵.

En las nuevas propuestas de Directivas en materia de contratos que actualmente se están tramitando, se prevé expresamente la adjudicación conjunta de contratos públicos por parte de varios poderes adjudicadores, ubicados tanto en

sociedad, mancomunidad, etc., para que esta última pueda ser considerada una asociación de poderes adjudicadores a las reglas comunitarias.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Op. cit.*, p. 50.

⁹⁵ Sobre el respecto, el Abogado General expuso:

41. (...) La conclusión a la que he llegado presupone, además que el legislador comunitario pretendió dar al concepto de entidad adjudicadora un sentido bastante amplio, incluyendo en él todas las formas posibles de ejercicio de los poderes públicos. Asimismo, excluyo que incurriera en solapamientos conceptuales inútiles y equívocos, que además podrían causar dificultades de interpretación a la hora de clasificar a las entidades obligadas a respetar la Directiva. (...)

Además, al modificar y reformular el concepto de poder adjudicador, el legislador comunitario contempló específicamente, por un lado, la figura de las asociaciones y, por otro, la de los organismos de Derecho público. De este modo, sometió expresamente al ámbito de aplicación de las Directivas sobre “contratos públicos” tanto a los organismos sin personalidad jurídica, que frecuentemente constituyen modelos asociativos de índole entre entes públicos, cuyas características y naturaleza jurídica resultan difíciles de determinar *a priori*, como los organismos de Derecho público que, en virtud de disposiciones normativas específicas, deben tener, en cambio, una personalidad jurídica propia. Así pues, el hecho de que ARA posea personalidad jurídica propia lleva a excluir que dicho organismo pueda ser asimilado a la categoría de las “asociaciones”.

En sentido contrario, se expresa GARCÍA-ANDRADE cuando señala que la interpretación amplia del precepto implica que no sólo se aplique a las asociaciones en sentido estricto, sino a cualquier persona jurídica o entidad en la que participe un poder adjudicador en conjunción con otros, con independencia de que ostente o no personalidad jurídica.

Vid.: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Ibíd.*

el mismo Estado miembro como en distintos. Así, en el Considerando 26 de la propuesta concerniente a los contratos públicos antes referida se señala:

Pese a que la Directiva 2004/18/CE permitía implícitamente la contratación pública conjunta transfronteriza, en la práctica varios sistemas jurídicos nacionales la han hecho explícita o implícitamente insegura o imposible desde el punto de vista jurídico. Los poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros pueden estar interesados en cooperar y adjudicar conjuntamente contratos públicos para aprovechar al máximo las ventajas del mercado interior en términos de economías de escala y reparto de riesgos y beneficios, sobre todo en relación con proyectos innovadores que conllevan un riesgo mayor del que razonablemente puede asumir un único poder adjudicador. Por lo tanto, deben establecerse nuevas normas sobre contratación conjunta transfronteriza que designen la legislación aplicable, a fin de facilitar la cooperación entre los poderes adjudicadores de todo el mercado único. Además, los poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros podrán crear entidades jurídicas comunes en virtud de la legislación nacional o de la Unión. Deben establecerse normas específicas para esta forma de contratación conjunta⁹⁶.

3.3 En cuanto a los organismos de Derecho público

El segundo bloque de poderes adjudicadores es el que ha provocado mayor número de pronunciamientos por parte del Tribunal europeo, derivado de la utilización de tres conceptos jurídicos indeterminados cuya aplicación en los Derechos nacionales ha dado lugar a auténticos problemas interpretativos. La definición de “organismo de Derecho público” procede de la Directiva 89/440 de obras —que modificaba la Directiva 71/305— y que sustituyó la referencia anterior: “personas jurídicas de derecho público”. Pese a que la delimitación conceptual de la entidad adjudicadora fue introducida en el Derecho comunitario en el año 1989, tuvieron que transcurrir casi diez años hasta que el Tribunal europeo empezase a consolidar su doctrina jurisprudencial sobre los conceptos de “interés general”, “actividad industrial o mercantil” y “control”. Se puede

⁹⁶ El artículo 37.1 de la propuesta de la Directiva se refiere a la contratación conjunta esporádica en los siguientes términos: “Uno o varios poderes adjudicadores podrán acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas”. Por otra parte, el artículo 38 de la propuesta de la Directiva regula la contratación conjunta entre poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

Recientemente, la Comisión permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña, en el Informe 12/2012, de 30 de noviembre, ha extrapolado el contenido de las citadas Directivas al Derecho nacional, concluyendo que las contrataciones conjuntas son conformes con los principios comunitarios.

afirmar que a partir de 1998 la jurisprudencia es constante y uniforme sobre los elementos configuradores de “organismo de Derecho público”.

De conformidad con el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, se considera “organismo de Derecho público”, cualquier entidad en el que concurren los siguientes requisitos de forma acumulativa: a) Personalidad jurídica del ente contratante; b) Satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y c) Control público o influencia dominante sobre dicho sujeto, que se debe manifestar a través de alguna de las siguientes vías alternativas: financiación, gestión de la entidad, o bien a través de los órganos de gobierno. Por otra parte, la Directiva hace referencia a los anexos en los siguientes términos: “En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo”. Los Estados miembros se encuentran obligados a notificar periódicamente a la Comisión Europea las modificaciones que se hayan producido en las listas, figurando en la redacción originaria de la Directiva 2004/18 —en el apartado correspondiente a España—, las siguientes entidades:

- a) Los organismos y entidades de derecho público sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo los que forman parte de la Administración General del Estado.
- b) Los organismos y entidades de derecho público sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo los que forman parte de la Administración de las Comunidades Autónomas.
- c) Los organismos y entidades de derecho público sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo los que forman parte de las Corporaciones Locales.
- d) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social⁹⁷.

⁹⁷ Al respecto se ha de tener en cuenta la Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2008 mediante la cual se modifican las listas de entidades adjudicadoras y de poderes adjudicadores que figuran en los anexos de las Directivas 2004/17 y 2004/18 [C (2008) 7871]; (DO, núm. L 349, de 24 de diciembre de 2008).

En el apartado correspondiente a España, se señala:

- Organismos y entidades sujetos a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, conforme a lo dispuesto en su artículo 3, distintos de los que forman parte de la Administración General del Estado, de la Administración de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.
- Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Como podemos apreciar, del contenido de este precepto se deduce que los problemas interpretativos que pudieron surgir en relación con las anteriores Directivas en cuanto a la remisión a las entidades relacionadas en los anexos, no se deberían producir con la actualmente en vigor, porque en este momento temporal, la jurisprudencia comunitaria se encuentra ya consolidada en relación con la interpretación funcional del concepto de poder adjudicador. Además, la remisión que se hace a los anexos no es taxativa como sucedía con las anteriores Directivas, sino meramente indicativa, por cuanto expresamente señala que las listas no son exhaustivas de los organismos. Como ya hemos visto, este cambio en la actual Directiva nos debe llevar concluir que la interpretación mantenida por el Tribunal europeo y por los distintos autores a los que hemos hecho referencia anteriormente era extremadamente forzada en relación con la referencia de los anexos contenida en las anteriores disposiciones comunitarias, donde no se indicaba el carácter “no exhaustivo” de las entidades relacionadas en los mismos.

3.3.1 En cuanto a la personalidad jurídica de la entidad contratante

La entidad, para considerarse “organismo de Derecho público” y, consecuentemente, poder adjudicador, debe ostentar personalidad jurídica propia como centro de imputación de derechos y obligaciones y como sujeto de relaciones jurídicas. Ahora bien, como ya hemos dicho anteriormente, para el Derecho comunitario, la forma jurídica adoptada no es por sí un criterio decisivo, debe realizarse una interpretación funcional del concepto y, por tanto, su vestimenta —pública o privada— es indiferente a los efectos que ahora nos ocupan. Si tomamos como ejemplo nuestra legislación interna, tanto un Organismo Autónomo, una Entidad Pública Empresarial, una sociedad mercantil o una fundación, podrían ser considerados entes contratantes, siempre que concurren los requisitos que ahora se dirán. Ello es así porque el legislador comunitario desconoce la diversidad de entes que pueden coexistir en los Estados miembros y la categorización que las legislaciones nacionales hacen de éstos. De ahí que, para poder lograr una correcta aplicación de las Directivas, ha sido necesario determinar con claridad el ámbito subjetivo de aplicación, de forma que las definiciones de los sujetos obligados por la contratación pública comprendieran las distintas fórmulas de organización política y administrativa de

los ordenamientos nacionales. Desde siempre, se ha tratado de evitar que los mandatos europeos pudieran burlarse con mecanismos o técnicas que reflejasen una huida al Derecho privado. Al respecto, es interesante citar la doctrina contenida en la Sentencia recaída en el Asunto *BFI Holding BVA* donde se señala lo siguiente:

41. Es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional. Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifiquen las necesidades que éste debe satisfacer⁹⁸.

Si bien actualmente se podría afirmar que la inclusión de las entidades de base privada en el concepto de “organismo de Derecho público” no es una cuestión polémica, no podemos dejar de decir que esta circunstancia provocó en su momento un gran debate doctrinal que conllevó modificaciones legislativas de calado en nuestro Derecho nacional. Las sociedades mercantiles y las fundaciones fueron el caballo de batalla del Tribunal europeo y, como después analizaremos ampliamente, su exclusión de la normativa nacional provocó que el Tribunal europeo condenase a nuestro país, hasta en tres ocasiones, por una incorrecta transposición del Derecho comunitario. Así, en la primera de ellas, la Sentencia de fecha 15 de mayo de 2003 —Asunto C-214/00, Comisión contra el Reino de España—⁹⁹, donde se enjuiciaba el cumplimiento o no de la Directiva 89/665 relativa al régimen de recursos, se señalaba que la efectividad y garantía de la aplicación de las normas comunitarias y el cumplimiento del objetivo de apertura a la competencia y de transparencia, requiere sostener que el concepto de “organismo de Derecho público” se interprete funcional y ampliamente, de forma que el estatuto de Derecho privado de una entidad no pueda constituir un criterio para excluir su calificación como entidad adjudicadora. El Tribunal concluye que “no se puede excluir de antemano a las sociedades mercantiles

⁹⁸ En el asunto enjuiciado por el Tribunal europeo, varios ayuntamientos decidieron fusionar sus servicios de recogida de basuras para lo que crearon una sociedad mercantil mayoritariamente pública, a la que se adjudicó la recogida de basuras y la limpieza de las vías públicas. Con posterioridad, los Ayuntamientos decidieron distribuir de manera selectiva la recogida de residuos. La sociedad creada se encargaría de las basuras domésticas y otra sociedad de los residuos industriales. Además, se creó una entidad que, como sociedad holding, poseía todas las acciones de las otras dos sociedades. Ante estas actuaciones, una sociedad mercantil privada —*BFI Holding BV*— dedicada a la recogida de residuos, suscitó el conflicto al entender que la adjudicación de los contratos se debía sujetar a la normativa europea de contratación.

⁹⁹ En adelante, Asunto C-214/00, Comisión contra el Reino de España.

bajo control público del ámbito personal de estas Directivas"¹⁰⁰. La misma conclusión, e invocando los mismos argumentos, alcanza el Tribunal en las sentencias de fecha 16 de octubre de 2003 —Asunto C-283/00, SIEPSA—¹⁰¹, donde se analizaba la incorrecta transposición del Derecho nacional de la Directiva 93/37, de obras; y en la de fecha 13 de enero de 2005 —Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España—¹⁰², en la que se constató el incumplimiento de las Directivas 93/36, de suministros y 93/37, de obras. A estos efectos, son ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Alber presentadas el 7 de noviembre de 2002 en el Asunto SIEPSA —de condena a España por razón de la actividad contractual de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.—, cuando pone de manifiesto un ejemplo a fin de evidenciar que el Derecho comunitario, dirigido a contribuir al establecimiento y al funcionamiento del mercado interior, se encuentra por encima de las regulaciones nacionales en cuanto a la decisión de que una entidad se encuentre o no sujeta al Derecho público de contratos. Al respecto señala:

50. El siguiente ejemplo puede dar lugar a una imagen de dicho razonamiento. Si fuese decisivo a qué rama del Derecho está sujeto el organismo según las disposiciones nacionales, las autoridades de un Estado miembro podrían eludir fácilmente la aplicación de las directivas sobre contratos públicos. Bastaría con crear una sociedad, por ejemplo, una "sociedad anónima de suministros", sujeta únicamente al Derecho privado y prever como objeto social el suministro de mobiliario de oficina, papel, etc. a las autoridades estatales. Aunque el Estado sería accionista único y podría influir en todas las decisiones de la sociedad anónima de suministros, no estaría obligado a publicar anuncios de licitación, porque la sociedad anónima de suministros no estaría sujeta al Derecho público, sino al privado. Es evidente que lo anterior no es conforme con el espíritu y la finalidad de las directivas sobre contratos públicos.

¹⁰⁰ Al respecto el Abogado General Sr. Léger en sus conclusiones presentadas el 13 de junio de 2002 señaló lo siguiente:

64. De lo antedicho se infiere que a los organismos, entidades y empresas que entran en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre procedimientos les afecta la Directiva sobre recursos. En otras palabras, dichas entidades han de considerarse entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, si cumplen los tres requisitos acumulativos enunciados en el apartado 1, letra b) de las Directivas, sobre procedimientos. A este respecto, procede subrayar que, con arreglo al artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos, la forma y régimen jurídicos de un organismo no constituyen uno de los criterios que permiten calificarlo de organismo de Derecho público o de entidad adjudicadora.

¹⁰¹ En adelante, Asunto C-283/00, SIEPSA.

¹⁰² En adelante, Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España.

Por tanto, la inclusión de las entidades de Derecho privado en el espectro de las Directivas no alberga duda alguna y no es interpretable o cuestionable como lo pudo ser en épocas pasadas.

3.3.2 Entidades creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

La falta de una definición legal de “entidades creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, requiere que acudamos de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal europeo con el fin de precisar su significado y concretar cuáles son las circunstancias que deben rodear la creación y la actividad de la entidad en cuestión. A diferencia de lo que sucede con la noción de “personalidad jurídica”, el concepto de “interés general que no tenga carácter industrial o mercantil” —concepto jurídico indeterminado por excelencia—, tiene un alcance que no es tan sencillo de precisar, al tratarse de un requisito que presenta una mayor complejidad de delimitación conceptual, y sobre el que se asienta gran parte de la teoría del poder adjudicador. A tal efecto, se ha de determinar si la entidad en cuestión satisface, por una parte, “necesidades de interés general” y, por la otra, si posee o no “carácter industrial o mercantil”, son dos conceptos en uno. Como refleja la Sentencia recaída en el *Asunto BFI Holding BV* antes citada, el efecto útil de las Directivas comunitarias pasa por entender que se ha creado dentro de la categoría de “necesidades de interés general”, una subcategoría representada por las “necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil”. Al respecto, el Tribunal europeo en la citada Sentencia, señala:

35. En efecto, si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento carecería de utilidad.

36. Por consiguiente procede responder a la primera cuestión que el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 209 de 24 de julio de 2002, debe interpretarse en el sentido de que el legislador distingue entre [sic], por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil.

La jurisprudencia comunitaria, con la finalidad de dar efectividad a los principios comunitarios en materia de contratación pública, ha fijado unos criterios extraordinariamente amplios, atrayendo hacia el poder adjudicador a todas aquellas entidades que realicen actividades que representen un mínimo atisbo de interés general; siendo constante y reiterado el menosprecio de las actividades de carácter industrial o mercantil cuando en alguna medida, aunque mínima, la entidad realice otras que puedan catalogarse de interés general. Así las cosas, y constatado este criterio, lo deseable hubiera sido delimitar de forma distinta el concepto comunitario de “organismo de Derecho público”, ajustándolo más a la interpretación jurisprudencial, que dista mucho de la literalidad de la norma comunitaria. Además, al Tribunal europeo le es indiferente el motivo que justificó en su momento la creación del ente, de tal forma que no se han de analizar las circunstancias concretas que rodearon su constitución, sino las que concurren en el momento en que se proceda a su examen y revisión. De esta forma, el requisito que enuncia el artículo 1.9 de la Directiva cuando se refiere a “creado específicamente” no tiene reflejo alguno en la jurisprudencia comunitaria. Estas dos circunstancias nos van a llevar a formular al final del presente epígrafe una propuesta de concepto de poder adjudicador más acorde con los dictados jurisprudenciales.

Pues bien, dado que son varias las circunstancias consideradas por parte del intérprete europeo en la delimitación conceptual de las “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, se hace necesario, a efectos de una mejor comprensión, analizarlas de forma individualizada con la finalidad de intentar extraer criterios generales extrapolables a las entidades reguladas en el Derecho nacional. Ya se advierte, como lo hace el Abogado General Sr. La Pergola en las conclusiones presentadas en el Asunto *BFI Holding BV*, que estamos en presencia de una disposición que se presta mal a recibir interpretaciones generales y abstractas porque precisamente el legislador comunitario pretendió conferir a la norma el carácter funcional.

a) El carácter industrial o mercantil se debe predicar de las actividades

El carácter industrial o mercantil se debe predicar de las actividades del organismo y no de las necesidades que debe satisfacer. Esta conclusión trajo a nuestro Derecho interno verdaderas dificultades interpretativas, no solo

exegéticas, sino aplicativas, que se pusieron de manifiesto por parte de la doctrina. Así, ya un antiguo Dictamen del Consejo de Estado —analizando de forma literal la hoy derogada Directiva 93/37 de obras—, justificó la exclusión del Instituto de Comercio Exterior —ICEX— de la normativa interna de contratación pública al entender que la mercantilidad a la que hacía referencia la norma se refería a “las necesidades” y no a la “actividad de la entidad”. El Consejo de Estado señaló al respecto:

El precepto que aquí se examina tiene un claro sentido literal y es que lo del carácter industrial o mercantil se predica de las necesidades, como sujeto próximo, no de las entidades que figuran en otra frase anterior. Interpretación que viene corroborada por los antecedentes legislativos de este precepto, el cual es una mera transposición del art. 1.b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 de 14 de junio, del Consejo, con la particularidad de que la Directiva arranca de un sujeto en singular – el organismo público – y dice “creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, sin dejar lugar a dudas de que lo del carácter se refiere a las necesidades, no al organismo. Aparte de que si el legislador no hubiera querido atribuirlo a las necesidades hubiera dicho simplemente y sin rodeos “a) Que no tengan carácter industrial o mercantil”¹⁰³.

No obstante, la interpretación teleológica y funcional ha de prevalecer sobre la literal que mantuvo el Consejo de Estado, de forma que de una correcta aplicación de estos criterios se deduce que el requisito del carácter industrial o mercantil se debe predicar de la actividad del organismo y no de las necesidades. GARCÍA-ANDRADE y GIMENO FELIU han tenido la ocasión de criticar las conclusiones alcanzadas por el órgano consultivo, aduciendo que no procede su interpretación literal, debiendo estar al tipo de actividad que la entidad realice y no a las necesidades que se pretendan satisfacer¹⁰⁴.

¹⁰³ Dictamen del Consejo de Estado núm. 2718/1995, de 14 de diciembre.

¹⁰⁴ Al respecto, GARCÍA-ANDRADE señala:

Esta interpretación no deja de ser sorprendente, incluso lo es la cita que se hace de la Directiva 93/37/CEE, pues la Ley de Contratos no sólo transpone esa Directiva, sino también la 92/50/CEE, cuyo art. 1. b) dispone que “se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo: creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil”. Esto es, a diferencia de las Directivas de 1993, la ahora citada predica el carácter mercantil, en singular, del organismo y no de las necesidades, en plural. Si se consultan las versiones de las Directivas en otras lenguas, tampoco es posible llegar a resultados concluyentes sobre el sentido de la mercantilidad a través de la sintaxis. Así, paradójicamente, las versiones alemanas de las Directivas 92/50 y 93/37 se refieren al organismo en singular – Einrichtung – y sin embargo el carácter mercantil lo predicen de las necesidades en plural – die nicht gewerblicher Art sind -.

Que la mercantilidad a la que alude la norma se refiere a la actividad y no a las necesidades, se deduce de la propia jurisprudencia del Tribunal europeo, único instrumento válido en la interpretación de los conceptos de Derecho comunitario ante los que nos encontramos. Así, y como a continuación ponemos de relieve,

En este sentido, es oportuno recordar la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en cuanto a las eventuales discrepancias en las distintas versiones lingüísticas de las normas europeas, en el sentido de darles una importancia secundaria y atender más a la finalidad perseguida con los textos legales. Lo que unido a que el Tribunal de Justicia viene declarando reiteradamente que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil “pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate” (entre otras, Sentencias de condena a España por razón de la actividad contractual de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.). Predica la mercantilidad de las actividades, las necesidades de las propias circunstancias de la entidad de que se trate, lo que es coherente con el antiformalismo propio del derecho contractual público europeo.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Op. cit.*, p. 104 y ss.

En el mismo sentido, vid.: GIMENO FELIU, J.M. “Los sujetos contratantes: alcance del poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público”. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, 2009, pp. 55-70.

En sentido contrario se pronuncia DE AHUMADA cuando señala que existe una confusión entre las necesidades y las actividades a desarrollar por parte del organismo en cuestión, tratándose de cosas distintas. Según el autor, se ha de estar a las necesidades que ha de satisfacer el organismo, atendiendo a su objetivo y finalidad, y no a la actividad de éste.

El citado autor señala:

Lo verdaderamente decisivo es que las “necesidades a satisfacer por un Organismo” y “las actividades realizadas por dicho Organismo para la satisfacción de aquellas necesidades” son cosas distintas, que se mueven en planos distintos; resultando manifiesto que la caracterización que pueda hacerse de una necesidad de interés general es independiente del carácter que revistan las actividades del Organismo encargado de satisfacerlas así como de las condiciones en que tales actividades se realicen.

En efecto, por lo que se refiere a las “necesidades” resulta innegable que las caracterización material objetiva de cualquier necesidad de interés general viene determinada atendiendo a su objetivo y finalidad, existiendo necesidades relativas a la defensa nacional, a la seguridad ciudadana y el orden público, a la sanidad y salud públicas, a la educación, a la conservación de la naturaleza, a la protección del medio ambiente, al desarrollo urbanístico..., así como necesidades relativas a la industrial y el comercio. La organización administrativa en los diversos Departamentos ministeriales responde precisamente a este criterio material: lo mismo que la normativa sectorial característica del Derecho Administrativo. Por lo demás, el criterio material sobre las “necesidades de interés general” es manejado con normalidad en los numerosos pronunciamientos del TJUE que hemos tenido ocasión de analizar (supra) en los que el carácter de una necesidad de interés general viene fijado exclusivamente en función del objeto y finalidad a la que aquélla atiende, sin mirar a las condiciones (competencia o no, ánimo de lucro o no, etc.) en que se satisface aquella necesidad. El supuesto paradigmático lo encontramos en la Sentencia Mannesmann, relativa al BOE austriaco.

Confundir o superponer ambas realidades (necesidades/actividades) como hemos visto que hace el TJUE y algunos autores, constituye un grave error conceptual que conduce a desdibujar el concepto de “organismo de Derecho público-poder adjudicador” generando ello una fuerte inseguridad jurídica.

AHUMADA RAMOS, F.J. DE. “Delimitación del concepto de ‘organismo de derecho público-poder adjudicador’. Una propuesta de reforma del art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE”. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 148, 2010. p. 801.

cuando el Tribunal de justicia analiza la concurrencia o no de esta circunstancia, examina las características de la actividad de la entidad como son la competencia en el mercado, el ánimo de lucro o asunción real de riesgos por parte de la entidad.

b) Interés general: Delimitación conceptual

Del análisis exhaustivo de los asuntos enjuiciados por el Tribunal, se puede apreciar como la gran mayoría de necesidades son catalogadas de interés general, ya que de forma directa o indirecta siempre se acaba beneficiando a la colectividad de que se trate, bien sea mediante la creación de puestos de trabajo, el pago de tributos, el desarrollo de determinadas zonas de población, o la organización de festejos, entre otros. Los intereses generales se diferencian de los particulares al ser sociales o colectivos que afectan a la colectividad y que el Estado asume como propios, de ahí que los poderes públicos los convierten en objetivos y en prioridades políticas, lo que les lleva a movilizar los recursos necesarios para gestionarlos y defenderlos¹⁰⁵. Así, se ha reconocido en la jurisprudencia comunitaria que son necesidades de interés general, entre otras: la elaboración de impresos administrativos como los pasaportes y permisos de conducir, la retirada y el tratamiento de basuras domésticas, los servicios

¹⁰⁵ Siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN, en cuanto a nuestra legislación interna se refiere, se puede afirmar lo siguiente:

La propia Constitución encomienda una serie de tareas o funciones a los poderes públicos, determinando así, en sus aspectos esenciales, algunos intereses generales primarios. Por ejemplo, la Administración debe garantizar y tutelar – no sólo respetar pasivamente – los derechos y libertades constitucionales. Así se deduce del Título I y, específicamente, el artículo 104 asigna a una rama de la Administración Pública, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, “la misión” de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana. Pero en un Estado Social como el que nuestra Constitución sanciona, los poderes públicos están obligados a tutelar otros muchos intereses mediante políticas activas. El Capítulo III del Título I de la Constitución, que establece los principios rectores de la política económica y social, regula estos fines públicos: proteger a la familia (art. 39), promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y el pleno empleo (art. 40), mantener un régimen público de Seguridad Social y garantizar unas prestaciones sociales suficientes (art.41), proteger la salud (art. 43), promover el acceso a la cultura y a la investigación científica y técnica (art. 44), defender y restaurar el medio ambiente (art.45) y el patrimonio histórico-artístico (art.46), promover las condiciones para que todos puedan acceder a una vivienda digna (art.47), promover la participación de la juventud en el desarrollo político, económico y social y cultural (art 48), y la integración de las personas con minusvalías (art.49), mantener un sistema de pensiones y de servicios sociales (art.48), defender a los consumidores (art.51). Otros preceptos constitucionales completan el listado de los intereses generales primarios (la enseñanza, art. 27; la defensa nacional, art. 30; la modernización y desarrollo de los sectores económicos, art 130), etc.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo, Parte General*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 130.

funerarios, la conservación de los bosques nacionales, la explotación de una Universidad, la explotación de redes públicas de telecomunicaciones, la construcción de viviendas sociales, y la organización de ferias y exposiciones.

En la Sentencia de fecha 15 de febrero de 1998, Asunto C-44, *Mannesmann*¹⁰⁶, analizando a la entidad *Österreichische Staatsdruckerei*, —ÖS— que se creó para asumir con carácter exclusivo la impresión de documentos administrativos oficiales, de los cuales algunos tenían carácter confidencial o estaban sujetos al cumplimiento de normas de seguridad —como son los pasaportes, los permisos de conducir, los documentos de identidad, el Diario Oficial Federal, las recopilaciones federales de las leyes y decisiones, los formularios y el *Wiener Zeitung* (diario de Viena en manos del gobierno, quien es el editor)—, el Tribunal europeo entendió que esta actividad se encontraba estrechamente vinculada al orden público y al funcionamiento institucional del Estado y que, por tanto, exigía una garantía de abastecimiento y unas condiciones de producción que asegurasen el cumplimiento de las normas de confidencialidad y de seguridad, catalogando las necesidades como de interés general. Asimismo, en la Sentencia recaída en el Asunto SIEPSA, el Tribunal europeo entendió que las necesidades de interés general que la entidad se encargaba de satisfacer estaban intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado. Este vínculo se manifestaba al constatarse que se ejecutaba un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que, además, realizaba sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública. En el caso analizado, las necesidades a satisfacer por parte de SIEPSA eran claramente tendentes a conseguir el interés general consistente en crear centros penitenciarios.

También aborda la cuestión la Sentencia recaída en el Asunto *BFI Holding BV*. En este supuesto, la actividad consistía en la recogida y el tratamiento de basuras domésticas que, igualmente, acabó considerándose necesidad de interés general, dado que su efectiva prestación y grado de satisfacción afectaba de plano a razones de salud pública y protección del medio ambiente. En el mismo sentido, el Tribunal europeo, en la Sentencia recaída en el Asunto

¹⁰⁶ En adelante, Asunto *Mannesmann*.

*Truley*¹⁰⁷, sostiene que existen determinadas actividades, relacionadas con los servicios mortuorios y de pompas fúnebres, que pueden considerarse que responden efectivamente a una necesidad de interés general. El Estado tiene un interés manifiesto en controlar estrechamente la expedición de certificados tales como los de nacimiento y defunción, a lo que se ha de añadir razones de higiene y de salud pública que justifican, en relación con dichas actividades, que el Estado conserve una influencia determinante y que adopte una serie de medidas de control¹⁰⁸. Al respecto, el Tribunal señaló:

57. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, procede, por tanto, responder a la segunda pregunta que las actividades mortuorias y de pompas fúnebres pueden responder a una necesidad de interés general. La circunstancia de que ente público territorial esté legalmente obligado a hacerse cargo de las exequias – y, en su caso, a asumir su coste –, en el supuesto de que nadie se ocupe de ello dentro de un determinado plazo tras la expedición del certificado de defunción, constituye un indicio de la existencia de tal necesidad de interés general.

El Tribunal europeo llegó más lejos al incluir otras actividades cuya incidencia en el interés general podría ser más que discutible, en base a una interpretación, a nuestro criterio, excesivamente amplia y que excede de la finalidad de las Directivas comunitarias. Así, a título de ejemplo, la actividad desempeñada por una sociedad anónima consistente en contratar servicios con vistas a la construcción de edificios destinados al uso exclusivo de empresas privadas, ha sido considerada por el Tribunal una actividad de interés general, dado que la

¹⁰⁷La cuestión principal giraba en torno a determinar si las actividades mortuorias y de pompas fúnebres respondían a una necesidad de interés general que no tuviese carácter industrial o mercantil —en el sentido del art. 1, letra b) de la Directiva 93/36—, partiendo de la base de que en Austria existían más de 500 empresas que operaban en el sector, pero en Viena la competencia era inexistente. Así, el Concejo Municipal de Viena decidió disociar las *Wiener Stadtwerke* de la Administración municipal y constituir una nueva sociedad con personalidad jurídica propia —*WSH*—, cuyas acciones pertenecían al Ayuntamiento de Viena, y que integraba seis filiales operativas, entre las que figuraba la que licitó el procedimiento para la adquisición de accesorios de ataúdes —la sociedad *Bestattung Wien*—, que fue impugnado por *Truley*.

¹⁰⁸A meros efectos ejemplificativos, y en nuestra legislación interna, estas actividades, en las que el Poder Público tendría especial interés en influir por la actividad en sí misma considerada, se podrían identificar en su mayoría con las establecidas expresamente por el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local —en adelante, LBRL—. El legislador español atribuye *ex lege* competencia a los municipios, precisamente, sobre materias que considera conveniente ejercer cierta influencia. Entre otras, se han de destacar las siguientes: seguridad en lugares públicos; ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas, parques y jardines; pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales; protección del medio ambiente; abastos, mataderos, ferias, mercados; defensa de usuarios y consumidores; cementerios y servicios funerarios; suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria; de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales; transporte público de viajeros; actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; y turismo.

sociedad no actuaba únicamente en interés particular de las empresas directamente afectadas por dicho proyecto, sino también, en provecho del poder público. Este es el caso de la Sentencia del TJCE, de 22 de mayo de 2003 — Asunto C-18/2001, *Korhonen*—¹⁰⁹, donde el Tribunal partió de la consideración de que la actividad principal de la empresa nacional —*Taitotalo*—, que consistía en la adquisición, venta y arrendamiento de bienes inmuebles, así como en la organización y prestación de servicios de gestión inmobiliaria:

45. (...) satisfacen necesidades de interés general, en la medida en que puede impulsar los intercambios, así como el desarrollo económico y social del ente territorial de que se trate, dado que la implantación de empresas en el territorio de un municipio suele repercutir favorablemente en éste en relación con la creación de empleo, el aumento de los ingresos fiscales así como la mejora de la oferta y la demanda de bienes y servicios.

La actividad de la empresa *Taitotalo* consistía, principalmente, en los servicios de planificación y de construcción en el marco de un proyecto inmobiliario relativo a la construcción de varios edificios de oficinas y de un edificio de estacionamiento cubierto. Aunque *a priori*, el objeto de la sociedad no presentaba indicios de contribuir a satisfacer necesidades de interés general, el intérprete comunitario entendió que sí lo hacía de manera indirecta en relación con los habitantes del municipio en cuestión. Al respecto el Tribunal señala:

42. En la medida en que dicha operación es resultado de la decisión adoptada por el Ayuntamiento de Varkaus de crear en su territorio un polo de desarrollo tecnológico y que el objetivo declarado por *Taitotalo* es adquirir el terreno a dicho Ayuntamiento una vez realizada la parcelación y poner los edificios recién construidos a disposición de la industria de alta tecnología, su actividad puede satisfacer una necesidad de interés general¹¹⁰.

Pero la interpretación amplia que lleva a cabo el Tribunal sobre el concepto “interés general” se evidencia, aún más, en la Sentencia de fecha 10 de mayo de

¹⁰⁹ En adelante, Asunto *Korhonen*.

¹¹⁰ En las conclusiones del Abogado General Sr. Alber, presentadas el 11 de julio de 2002, se señala:

64. Considero que es indiscutible, que las condiciones para las actividades económicas no se crean, generalmente, porque así lo deseen las empresas, sino precisamente porque mediante el establecimiento de empresas en su territorio, los municipios esperan obtener nuevos impulsos para el comercio, el empleo y los ingresos fiscales.

2001 —Asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99, *Agorà y Excelsior*—¹¹¹, donde se enjuiciaba al ente *Fiera Internazionale di Milano* que tenía por objeto desarrollar y apoyar cualquier actividad dirigida a la organización de ferias, exposiciones y congresos y cualquier otra iniciativa que, favoreciendo el intercambio, fomentase la presentación de la producción de bienes y servicios y, eventualmente, su venta. En esta Sentencia se señala que la actividad de organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares, cumplen una necesidad de interés general, al reunir en un mismo lugar geográfico a fabricantes y comerciantes que no actúan exclusivamente en favor de su interés particular, sino que también se procura una información a los consumidores que acuden a estos eventos que les permite elegir en condiciones óptimas. Como vemos, la interpretación que realiza en ocasiones el Tribunal de Luxemburgo del concepto “interés general” es excesivamente amplia e, incluso, discutible, relegando totalmente los intereses particulares¹¹².

c) Carácter industrial o mercantil

Una vez desmenuzado el concepto de “interés general”, se ha de entrelazar con el subconcepto “carácter industrial o mercantil”; así, se va a poder constatar que su compleja delimitación no se produce a través de un único factor, sino que supone la conjunción de varios de ellos. Ahora bien, no debemos olvidar que esta característica puede ser tratada de forma diferente en los distintos ordenamientos nacionales y que dependerá, en gran medida, de la organización interna del correspondiente Estado miembro, de tal suerte que la connotación de la mercantilidad podría variar en función, por ejemplo, del mayor o menor protagonismo que se dé al fenómeno de la privatización de los servicios públicos destinados a satisfacer estas necesidades en el ámbito nacional. Ello implicaría la necesidad de un análisis concreto del ordenamiento nacional correspondiente,

¹¹¹ En adelante, Asunto *Agorà y Excelsior*.

¹¹² En la Sentencia *Agorà y Excelsior*, textualmente se indica:

34. En efecto, el organizador de dichas manifestaciones, al reunir en un mismo lugar geográfico a fabricantes y comerciantes, no actúa sólo en interés particular de éstos, que disfrutan, de esta manera, de un espacio de promoción para sus productos y mercancías, sino que también procura a los consumidores que acuden a estas manifestaciones una información que les permite elegir en condiciones óptimas. Se puede considerar que el impulso que se da así a los intercambios es del interés general.

y el vínculo que une la satisfacción de las necesidades con la estructura del Estado —entendido en sentido amplio—¹¹³.

El primer elemento a considerar para identificar la mercantilidad de la actividad desarrollada por una entidad es el grado de competitividad en el mercado en el que actúa, es decir, si la demanda o las necesidades se satisfacen con la oferta de bienes o servicios en el libre mercado. Si existen operadores privados que presten los mismos servicios que los del ente analizado, se podría afirmar, *a priori*, que la actividad es mercantil. No obstante, se trata de un primer indicio al que se deben adicionar otras circunstancias. Así, la Sentencia recaída en el Asunto *Truley* señala:

66. Atendidas las consideraciones que preceden, procede responder a la segunda cuestión que la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil¹¹⁴.

Como venimos diciendo, este primer requisito ha de ser matizado, ya que la existencia de competitividad no afectará en nada cuando estemos refiriéndonos a determinadas actividades donde el poder público quiera ejercer una determinada influencia. En estos casos, el dato de que coexistan operadores privados no implicará que la actividad deba ser considerada como industrial o mercantil. Así se desprende de la jurisprudencia comunitaria, entre otras, en la citada Sentencia recaída en el Asunto *BFI Holding BV*, cuando señala:

52. Es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección de medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede

¹¹³ En este sentido, el Abogado General Sr. La Pergola en sus conclusiones presentadas en el Asunto *BFI Holding BV* señala:

44. (...) En consecuencia, un síntoma manifiesto de la dependencia con respecto al sector estatal se deriva precisamente de la inexistencia de riesgo en las actividades que debe ejercer el organismo considerado en cada caso. En cambio, cuando las actividades de dicho organismo entrañan, aunque sea potencialmente, una posibilidad de lucro, o cuando su gestión se basa en todo caso en criterios de eficiencia y autonomía financiera, estaremos con toda certeza, a mi modo de ver, fuera del ámbito así delimitado, por lo que no habrá razón alguna para incluir al organismo de que se trate entre los contemplados por la Directiva.

¹¹⁴ En línea con lo apuntado, la Sentencia recaída en el Asunto *BFI Holding BV* señala:

decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante¹¹⁵.

43. Pues bien, el hecho de que haya competencia no basta para excluir la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíen por consideraciones que no tengan carácter económico. En consecuencia, tal organismo podría verse inducido, por ejemplo, a sufrir pérdidas económicas con el fin de seguir una determinada política de compras de la entidad de la que depende estrechamente.

44. Además, dado que es difícil imaginar actividades que no puedan ser realizadas en ningún caso por empresas privadas, el requisito de que no haya empresas privadas que se consideran capaces de satisfacer las mismas necesidades de interés general que el organismo de que se trate. En efecto, la protección de los competidores de los organismos de Derecho público ya está garantizada por los artículos 85 y siguientes del Tratado CE, habida cuenta de que la aplicación del artículo 6 de la Directiva 92/50 está supeditada al requisito de que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en las que se base el derecho exclusivo concedido a un organismo sean compatibles con el Tratado.

46. Por esta razón, el Tribunal de Justicia estimó en el apartado 24 de la sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, antes citada, que una imprenta del Estado satisfacía necesidades de interés general que no tenían carácter industrial o mercantil, sin examinar si empresas privadas podrían cubrir las mismas necesidades.

47. De lo anterior se deduce que la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 puede aplicarse a un organismo determinado, aunque empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, y que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.

¹¹⁵ Por su parte, en la Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann* fueron determinantes las características que rodeaban el ejercicio de la actividad de la entidad ÖS que ponían de manifiesto que la misma eludía en gran parte la competencia, dado que los precios se encontraban fijados por una autoridad que emanaba de los poderes públicos.

En línea con lo apuntado, las circunstancias tenidas en cuentas en el Asunto *Truley* fueron las siguientes:

63. En cambio, tanto de la resolución de remisión como de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se desprende, por una parte, que dicha actividad está sujeta a la concesión de una autorización previa, la cual depende de la existencia de una necesidad, así como de las medidas adoptadas por los ayuntamientos en materia funeraria, y por otra, que el Presidente del Land es competente para establecer las tarifas máximas de los servicios funerarios, ya sea para la totalidad del Land, ya por circunscripción administrativa o por municipio.

64. Además, del artículo 10, apartado 1, de la WLBG se deduce que el Ayuntamiento de Viena está obligado a asumir el coste de las exequias en el supuesto de que nadie se haga cargo de éstas o de que no estén cubiertas por el haber hereditario.

Al respecto, el Abogado General Sr. Alber señaló en sus conclusiones lo siguiente:

94. (...) Sea como fuere, la competencia que se hace jurídicamente posible mediante la autorización de varias empresas funerarias se ve limitada en la medida en que los precios no pueden determinarse mediante el libre juego de la oferta y la demanda. Esto podría constituir un indicio de que los servicios se prestan, en el sentido de la jurisprudencia antes citada, de un modo diferente que mediante la oferta en el mercado. Por lo demás, el sector público ejerce una cierta influencia en el ejercicio de la actividad de las empresas funerarias también mediante la determinación de precios máximos, algo que, de acuerdo, con la jurisprudencia antes citada, también debe considerarse.

Es criticable que el Tribunal reste importancia a la competitividad bajo la que actúe la entidad en cuestión, habida cuenta que la existencia de tal competencia en el mercado pone de relieve, cuando menos, que la actividad en sí misma considerada, tiene carácter mercantil. No debería sostenerse, por tanto, que cuando las empresas privadas y las públicas desarrollan en el mercado las mismas actividades, la de las primeras deba ser considerada mercantil y no la de las segundas.

El segundo factor que debe ser analizado es si la entidad en cuestión persigue o no ánimo de lucro. Se ha de tener en cuenta que el hecho de que concurra el ánimo de lucro en una entidad no implica por ello la atribución automática del carácter mercantil o industrial al que alude la norma comunitaria, es decir, por sí sola, esta característica no influirá en la categorización de la entidad como poder adjudicador. Se requiere que se adicione a ésta otros factores para concluir la nota de mercantilidad. Como ya hemos dicho anteriormente, en algunas ocasiones, la interpretación que hace el Tribunal europeo dista de ser clara e, incluso, se muestra contradictoria. Esta contradicción se hace evidente especialmente, en relación con el ánimo de lucro al que nos estamos refiriendo. Así, el Tribunal, en algún supuesto enjuiciado, ha considerado que el hecho de que una entidad no tenga ánimo de lucro denota que carece de la mercantilidad precisa para ser excluida de la aplicación de las Directivas de contratación, sin entrar a analizar el resto de factores que, sin embargo, en otros pronunciamientos examina de forma sistemática. Ello sucede en la Sentencia de fecha 11 de junio de 2009 —Asunto C-300/07, Asunto *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Shuhtechnik*—¹¹⁶ cuando afirma que las necesidades de interés general, relacionadas con la salud pública, satisfechas por unas “Cajas públicas del Seguro de Enfermedad alemanas” no tienen carácter industrial o mercantil en la “medida en que los servicios se prestan por las citadas cajas sin ánimo de lucro”. En otros supuestos, la ausencia de ánimo de lucro de la entidad no implica automáticamente que se pueda predicar la inexistencia de mercantilidad. El Tribunal, en estos otros casos, procede a analizar el resto de factores que de concurrir —por ejemplo, el de la asunción de riesgos que abordaremos a continuación—, va a considerar que la entidad en cuestión sí desempeña una actividad mercantil excluyente de las Directivas

¹¹⁶ En adelante, Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*.

comunitarias. Así, en la Sentencia recaída en los Asuntos *Agorà* y *Excelsior*, el Tribunal se detiene a analizar si la entidad asume o no las pérdidas y los riesgos, y ello a pesar de que, en un primer momento, se afirma que el ente analizado no persigue ánimo de lucro¹¹⁷.

El tercer factor a tener en cuenta, y el más determinante en cuanto a la mercantilidad de la actividad se refiere, es el análisis de la capacidad de la entidad en la asunción de riesgos, si va a soportar o no las pérdidas derivadas de su ejercicio o, por el contrario, las entidades madre son las que harán frente al rescate en el caso de una situación de insolvencia económica. Se trata de analizar si el ente debe o no asumir las consecuencias financieras de sus decisiones, si los poderes públicos se obligan a cubrir los posibles déficits generados por ellos¹¹⁸. En este sentido, en la Sentencia antes citada recaída en el Asunto *Agorà* y *Excelsior*, en la que la controversia principal fue determinar si el ente *Fiera Internazionale di Milano* satisfacía o no necesidades de interés general que no tuviesen carácter industrial o mercantil, llegó a la conclusión de que ello no concurría dado que, a pesar de que la entidad carecía de ánimo de lucro, su gestión se basaba en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, ya que no se había previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas financieras y, consecuentemente, la entidad soportaba el riesgo económico de sus actividades. El Tribunal señala:

42. Por último, el hecho de que una entidad como la que es parte en el litigio principal opere en un entorno competitivo, cosa que corresponde

¹¹⁷ El Tribunal señaló al respecto lo siguiente:

40. A continuación, es preciso subrayar que, aunque la entidad de que se trata carece de ánimo de lucro, como se deduce del artículo 1 de sus estatutos, su gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad. Dado que no se ha previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas financieras, soporta ella sola el riesgo económico de sus actividades.

Al respecto el Abogado General Sr. Alber en las conclusiones presentadas el día 30 de enero de 2001 señala que a pesar de que no existan fines de lucro y de los estrechos vínculos con el Estado, no existe peligro de que al adjudicar contratos, el ente tienda a favorecer a los prestadores de servicios nacionales, ya que éste debe soportar por sí solo el riesgo económico y financiero.

¹¹⁸ En este sentido, son ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Alber en el Asunto *Korhonen* cuando señala lo siguiente:

80. Para garantizar que las empresas que satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil puedan cumplir la misión que tienen encomendada, debe existir siempre la posibilidad de que los poderes públicos financien sus posibles pérdidas. Por tanto, los poderes públicos únicamente renunciarán a apoyarlas cuando ya no tengan ningún interés en garantizar dicha actividad precisamente porque ésta no satisface ya un interés general.

comprobar al juez nacional teniendo en cuenta el conjunto de sus actividades, que se extienden tanto a nivel internacional como nacional y regional, corrobora la interpretación según la cual la actividad consistente en organizar ferias y exposiciones no se ajusta al criterio definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guion, de la Directiva.

Declarando en su fallo, lo siguiente:

Una entidad que tiene por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares; que carece de ánimo de lucro, pero cuya gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, y que opera en un entorno competitivo, no es un organismo de Derecho público en el sentido de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos¹¹⁹.

Expuesto el posicionamiento del Tribunal en este supuesto, se hace necesario volver de nuevo sobre el Asunto *Korhonen* antes comentado. Como hemos analizado, concurrían en la entidad varios elementos que apuntaban que su actuación se desempeñaba bajo las reglas de mercado, lo que habría llevado a excluirla de las Directivas de contratación pública. No obstante, no fue así. Los argumentos que utilizó el Tribunal, en esa ocasión, consistieron en que, a pesar de que la entidad soportaba los mismos riesgos económicos que los operadores privados y podía ser declarada en situación de insolvencia, el hecho de que los poderes públicos que la crearon difícilmente la dejarían quebrar, determinaba su carácter no mercantil.

Como dice GARCÍA-ANDRADE, analizando la Sentencia referida:

Decimos que esta sentencia es especialmente llamativa porque el Tribunal, en su ánimo de extender las normas de contratación al mayor número posible de entidades, llega a reconocer a las actividades en sí mismas carácter mercantil para luego, tras constatar que además son de interés general, retirarles aquel calificativo. Esto es, el Tribunal, al encontrarse ante un operador económico en mano pública que además persigue finalidades de interés general, se apoya en las diferencias que este operador presenta frente a los sujetos enteramente privados para, de esta forma, negar a la entidad pública el carácter mercantil de su actividad. En realidad, los anteriores razonamientos del Tribunal no

¹¹⁹ En el mismo sentido, la Sentencia recaída en el Asunto SIEPSA, cuando señala lo siguiente:

91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.

aportan criterios para refutar el carácter mercantil de las actividades, sino que simplemente constatan que las actividades analizadas, además de ser mercantiles, satisfacían necesidades de interés general. Es evidente que los operadores económicos no se encuentran en la misma situación económica y jurídica cuando desarrollan actividades mercantiles de interés particular que cuando desarrollan estas mismas actividades en el interés general, pero cabe recordar que las Directivas asumen la existencia de ambos tipos de operadores, excluyéndolos a los dos de su ámbito de aplicación¹²⁰.

De todo lo hasta aquí expuesto, podemos deducir que la mercantilidad de una entidad requiere que concurren de forma acumulativa los siguientes rasgos delimitadores: competencia en el mercado, ánimo de lucro y asunción real de riesgos por parte de la entidad, es decir, si el organismo asume el riesgo económico de sus decisiones. No obstante, también se podría afirmar que, a la vista de los pronunciamientos judiciales, la concurrencia exclusiva de tercer factor —asunción del riesgo— podría evidenciar por sí mismo la mercantilidad de la entidad, se trata de la circunstancia con mayor relevancia en los requisitos analizados.

d) Necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y actividades de carácter mercantil: Prevalencia

Sentado lo anterior, hemos de plantearnos qué sucede en aquellos supuestos en los que la entidad satisface, por una parte, necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y, por la otra, actividades industriales o mercantiles. A tal efecto, se ha de analizar si las actividades de interés general poseen la suficiente fuerza expansiva como para atraer hacia sí las otras actividades de carácter industrial o mercantil.

El Tribunal europeo ya estableció desde un primer momento el criterio según el cual lo determinante era que las entidades satisficieran necesidades de interés general; ello supone que, con independencia de que se ejecuten actividades de carácter industrial o mercantil, se produce una *vis* atractiva de las primeras sobre las segundas. Así se constata en la Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann* en la que se analizaban las actividades realizadas por ÖS. Esta sociedad como hemos señalado fue creada para la producción de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad para la

¹²⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Op. cit.*, pp. 61 y 62.

Administración Federal Austriaca, no obstante, su normativa reguladora le permitía desarrollar otras actividades —que efectivamente ejecutaba también—, como la producción de otros impresos o la edición y distribución de libros o periódicos. Pues bien, al respecto el Tribunal europeo puntualizó que la actividad relativa a la impresión de documentos oficiales debía ser considerada de interés general; añadiendo, que resultaba indiferente que, además de cumplir dicha función, la entidad pudiese desempeñar otras como la producción de material impreso o la edición y la distribución de libros, ya que la mencionada entidad seguía encargándose de las necesidades de interés general que estaba obligada a satisfacer. Por tanto, no se puede descartar la conceptualización de una actividad como de interés general por el mero hecho de que el sujeto realice otras no calificables como tales, aún en el supuesto que el peso relativo a la primera actividad con respecto a la actividad global que desempeña sea menor. En definitiva, si hay una función de interés general, con independencia de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una *vis* atractiva hacia el primer elemento, debiendo someterse el ente a las reglas de la contratación pública¹²¹. Con esta claridad lo afirma la Sentencia al señalar:

25. (...) El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente importante de las actividades realmente emprendidas por la ÖS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer¹²².

¹²¹ En el mismo sentido se manifestó la Sentencia recaída en el Asunto *Truley* cuando señala que la condición de “organismo de Derecho público” no depende de la importancia relativa de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

¹²² El Abogado General Sr. Léger justificaba la necesidad de aplicar la teoría del contagio en base a las siguientes consideraciones recogidas en sus conclusiones presentadas en el Asunto *Mannesmann*:

77. Además de que no se desprende del tenor de la Directiva, el criterio de la parte relativa de la actividad del organismo dedicada a la satisfacción de necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil, defendido por los Gobiernos austriaco y neerlandés, puede, en mi opinión, facilitar el fraude de ley. En efecto, es del todo posible que, no obstante haber sido creada con el fin de satisfacer necesidades de carácter público, una entidad ejerza actividades estrictamente industriales o mercantiles. Ahora bien, si en su actividad prevalecen estas últimas funciones, la interpretación propuesta producirá el efecto de una elusión del régimen de la Directiva por parte del organismo en su totalidad. Así pues, a un ente público le bastará con emplear esta práctica de forma sistemática para lograr que la totalidad de los contratos públicos de obras eludan la legislación comunitaria.

78. Ciertamente, no debe restarse importancia al argumento según el cual la aplicación extensiva de esta legislación a actividades estrictamente industriales o mercantiles constituye una onerosa restricción, que puede parecer injustificada dado que los organismos constituidos para ejercer idénticas no están sometidos a ella.

Es lo que se denomina “teoría del contagio”, y se justifica en razones de seguridad jurídica que desaconsejan embarcarse en la tarea de desmembrar la parte de la gestión que satisface necesidades de interés general, de aquellas otras que no lo hacen. El argumento más utilizado a fin de invocar y justificar la aplicación de la teoría del contagio ha sido el de evitar eludir de modo fraudulento la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación, incorporando a las actividades de una entidad aquellas que revistan carácter industrial o mercantil “de suerte que toda su contratación, de cualquier naturaleza, vendría a llevarse a cabo sin las exigencias de la armonización comunitaria”¹²³.

La consecuencia inmediata que se deriva de la *vis* atractiva a la que nos hemos referido, es que todos los contratos que celebre una entidad que realice simultáneamente, actividades que satisfagan necesidades de interés general y

79. Este inconveniente podrá evitarse eligiendo el instrumento jurídico adecuado a los objetivos perseguidos por los entes públicos. Dado que el objetivo perseguido con la creación del organismo determina el régimen jurídico aplicable a los contratos que está llamado a celebrar, corresponde a quienes lo crean, con el fin de evitar los efectos perniciosos de dicho régimen en las actividades no comprendidas en el mismo, limitar su objeto social. Les corresponde asimismo desarrollarlo ulteriormente si, como sucede en el caso de autos, la aplicación de la legislación relativa a los contratos públicos a la parte de la actividad estrictamente industrial o mercantil de la empresa se juzga constrictiva en exceso.

¹²³ En este sentido, se han de citar las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo presentadas el 22 de noviembre de 2007 en el Asunto C-393/06, *Ing Aigner*, cuando afirma lo siguiente:

53. En realidad, la Directiva 2004/18 respira una concepción subjetiva, comprendiendo a toda estructura organizativa que se comporte como “poder adjudicador”, cualquiera que sea el ámbito material en el que opere (teoría del contagio), salvo que se implique en contratos excluidos en virtud de los artículos 12 a 18. Para los “organismos de derecho público”, se exige su específica creación para satisfacer necesidades de interés general que carezcan de impacto industrial o mercantil, por lo que el mercado que se ha de considerar para valorar su nivel de competencia y para tildar su actividad de industrial o de mercantil es aquel para el que se fundaron, en el caso de *Fernwärme Wien* el suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la combustión de residuos.

54. Otro planteamiento conduciría a un resultado opuesto a la interpretación funcional defendida por la jurisprudencia comunitaria, comprometiendo el efecto útil de la Directiva 2004/18. Bastaría, para eludir la aplicación de esta norma, que una entidad concebida sólo para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles se dedicara a negocios estrictamente comerciales, manteniendo su objeto inicial, y evitara, al ampliar los mercados en los que actúa, la calificación de “organismo de derecho público”, de suerte que toda su contratación de cualquier naturaleza, se llevara a cabo sin las exigencias de la armonización comunitaria. En el fondo, mi tesis complementa la solución de la sentencia *Universale-Bau* que contempló un supuesto inverso, pues había una empresa constituida para una actividad exclusivamente privada a la que, más tarde, se le encargó la explotación de un servicio público. En ambas hipótesis la interpretación funcional se orienta a que compañías gestoras de intereses generales capaces de operar al margen de las fuerzas del mercado contraten sin atenerse a esas propias fuerzas.

actividades mercantiles o industriales están sujetos a las reglas de contratación pública. Al respecto el Tribunal en la citada Sentencia recaída en el Asunto C-44/96, *Mannesmann* señala:

32. Por lo que atañe a dichas actividades, procede señalar en primer lugar que la letra a) del artículo 1 de la Directiva no distingue entre los contratos públicos de obras celebrados por un poder adjudicador para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función¹²⁴.

e) Momento temporal en que se deben analizar las actividades de la entidad: La incidencia del verbo “crear”

Una cuestión que incide de pleno en el tema que nos ocupa, es el análisis de lo que sucede cuando una entidad satisface necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil en un momento posterior a su creación. Se trata de determinar qué sucede con una entidad que no fue creada específicamente para ello, pero a la que posteriormente se le asigne su realización. Como ya hemos dicho anteriormente, la correcta resolución del tema planteado es determinante por cuanto vamos a poder apreciar cómo el intérprete comunitario se aleja mucho de la literalidad del contenido de las Directivas comunitarias, al no extraer conclusión alguna del verbo “crear” contenido en las mismas.

Atendiendo a la fuerza expansiva que tiene la noción “interés general” la respuesta a la cuestión planteada pasa por afirmar que es indiferente el tipo de actividad que realice la entidad en el momento en que se constituye, siendo reveladora, únicamente, la que ejecuta en el momento que se enjuicia la entidad correspondiente. En línea con lo apuntado, la Sentencia recaída en el Asunto

¹²⁴ FUERTES señala al respecto que:

(...) la finalidad de la normativa comunitaria es garantizar que todos los contratos que realicen los poderes públicos se encuentren sometidos a las normas de publicidad y concurrencia. De ahí que lo que interese sea determinar si el contrato se promueve o no por un poder adjudicador, y no la naturaleza mercantil, industrial o de protección de intereses generales de la actuación específica de esa entidad pública que ampara el contrato. La distinción entre las actividades mercantiles y de interés general se realiza para calificar a la entidad como poder adjudicador, pero una vez que se llega a esta conclusión, se somete toda su actividad contractual a las Directivas. Defender otra interpretación y en palabras del Tribunal en la Sentencia recaída en el *Mannesmann* “sería contraria al principio de seguridad jurídica que exige que una norma comunitaria sea clara y su aplicación previsible para todos aquellos que resulten afectados”.

FUERTES LÓPEZ, M. “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 279, 1999, p. 29.

Universale-Bau entendió que una sociedad que no había sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil, pero que posteriormente se había encargado de satisfacerlas, cumple el requisito exigido por las Directivas comunitarias para ser calificada de organismo de Derecho público, siempre que se pueda comprobar objetivamente que satisface tales necesidades. Es más, en aquel supuesto, el Tribunal llegó a afirmar que era indiferente que los estatutos de la entidad no recogieran formalmente la función de satisfacer este tipo de necesidades dado que, dicha función, se encontraba recogida en los contratos que había celebrado con el Ayuntamiento de Viena, por lo que ello se podía comprobar de manera objetiva. La citada Sentencia afirma que el efecto útil de las Directivas no quedaría plenamente garantizado si fuera determinante el mero hecho de que las tareas de interés general sin carácter industrial o mercantil que realiza en la práctica no le hubieran sido confiadas desde su creación¹²⁵. De ahí que debemos hacer hincapié en que, con independencia de que la entidad haya sido creada o no para satisfacer específicamente necesidades de interés general, lo determinante

¹²⁵ Al respecto, el Abogado General Sr. Alber en las conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2001 en el Asunto C-470/99, *Universale-Bau*, señaló lo siguiente:

37. Esta jurisprudencia permite hacer, en principio, dos afirmaciones. Por un lado, con arreglo a ella no debe tenerse en cuenta únicamente la situación existente en el momento de crearse el organismo, sino también la posterior evolución de éste. Por otro lado, deben tenerse en cuenta no sólo las modificaciones jurídicas, sino también las modificaciones de hecho en las actividades que ejerce dicho organismo. Como consecuencia de ello, es indiferente que los Estatutos originales de 1976 no contengan ningún indicio de que EBS fuera creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general. La situación existente en la fecha de su creación no resulta determinante, sino que debe tenerse en cuenta también su posterior evolución. Tampoco el hecho de que los Estatutos de EBS no fueran actualizados posteriormente excluye que se la considere, pese a todo, un organismo público. Para calificar a EBS, debe tenerse en cuenta el hecho de que posteriormente se hiciese cargo en la práctica de la gestión y ampliación de las instalaciones de depuración. (...)

47. Con arreglo al sentido y la finalidad de la Directiva antes mencionados, el caso de la creación de un organismo con fines mercantiles y la posterior asunción de actividades con fines no mercantiles no puede tratarse de forma diferente que los casos Mannesmann Anlagbau Austria y otros y BFI Holding ya resueltos por el Tribunal de Justicia a los que me he referido antes, en los cuales la satisfacción de necesidades de interés general sin carácter industrial ni mercantil era el objeto social inicial de los respectivos organismos y sólo posteriormente se incorporaron al mismo actividades mercantiles. En efecto, el momento en que se produce el riesgo para las libertades fundamentales tiene una importancia secundaria. Lo único importante es que efectivamente exista un riesgo para dichas libertades.

48. En favor de este criterio cabe aducir, ante todo, la consideración de que sólo de este modo puede eliminarse el riesgo de elusión de las disposiciones en materia de contratos públicos. En el caso de que todo dependiera de qué actividades se ejercen en primer lugar, sería muy fácil eludir la aplicación de las disposiciones en materia de contratos públicos encomendando inicialmente a un organismo actividades comerciales y sólo después transfiriéndole las no comerciales. Si se pretende dar a las disposiciones en materia de contratos públicos un efecto útil, es necesario evitar esta elusión, que de otro modo sería posible. De lo contrario, la Directiva perdería todo su sentido.

es la actividad que desempeña y, consecuentemente, es conveniente separar los cometidos societarios diversas sociedades en los casos en que se lleven a cabo actividades de distinta naturaleza.

f) Indicios generales

Una vez realizado el estudio sistemático de la jurisprudencia europea, y expuestos los pronunciamientos más significativos, observamos una línea uniforme que proporciona ciertas pautas de funcionamiento en el análisis de la entidad correspondiente. Por este motivo, es interesante fijar ahora los criterios que han sido utilizados con mayor frecuencia por parte del Tribunal europeo para calificar “una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil”; indicios que, pese a que no dejan de ser generales, sí nos pueden ayudar a apreciar correctamente el tipo de actividad que realiza entidad. En concreto, nos hemos de referir a los siguientes:

1. Una eventual vinculación del objeto de la entidad con determinadas potestades públicas es un indicador para calificar la necesidad como de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil.
2. Las actividades que se llevan a cabo en un entorno liberalizado, pero sobre las cuales los poderes públicos deciden intervenir pueden calificarse como conducentes a la satisfacción del interés general.
3. La fijación de precios por parte del poder público, sin que concurra la oferta y la demanda, conlleva que no pueda considerarse una actividad mercantil o industrial.
4. La circunstancia de que la entidad en cuestión actúe en competencia con otras entidades puede constituir un indicio de que se trata de una entidad con una finalidad mercantil o industrial, indicio, al que se deben adicionar otras circunstancias como que la entidad opere en condiciones normales de mercado y tenga ánimo de lucro. Tanto, la eventual financiación pública, como la falta de asunción de riesgos derivados de la actividad, son indicios de que la actividad se realiza sin ánimo de lucro.

5. La existencia de instrumentos o mecanismos a través de los cuales se compensen las pérdidas de la entidad, de forma que ésta no asuma riesgos o, aun asumiéndolos, el poder público que la creó afronte, en última instancia, situaciones concursales, evidencia que no se trata de una actividad de carácter mercantil o industrial.
6. No desvirtúa la calificación de “actividad de interés general de carácter no industrial o mercantil”, el hecho que la entidad realice otras no calificables como tales, incluso, cuando el peso relativo a la actividad de interés general respecto de la actividad de carácter mercantil o industrial sea minoritaria.
7. El juzgador comunitario no tiene en consideración el verbo “crear” ni el adverbio “específicamente” utilizado por el legislador, ya que se trata de analizar si la actividad que la entidad efectivamente realiza puede calificarse de “interés general”, aunque ésta se haya asignado con posterioridad a su creación.

g) Una propuesta de Directiva más acorde con el criterio jurisprudencial europeo

No podemos finalizar el presente epígrafe sin dejar de decir que la interpretación excesivamente amplia del concepto de “organismo de Derecho público” provoca que sean pocas las entidades que pueden escaparse del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas, ya que si una entidad realiza una mínima actividad de interés general de carácter no industrial o mercantil, aunque ejecute mayoritariamente actividades mercantiles, la *vis* atractiva de las primeras provoca que queden incardinadas en el concepto de “actividad de interés general que no realiza actividades de interés mercantil o industrial”.

Todas estas reflexiones nos llevan a concluir que el legislador comunitario del 2004 no se ha adaptado a la interpretación funcional —y a nuestro criterio excesivamente amplia— que viene realizando el Tribunal europeo sobre el concepto de poder adjudicador, lo que provoca una gran inseguridad jurídica por parte de los Estados miembros que han de aplicarla. En definitiva, se puede afirmar lo siguiente: a) Sólo cuando un organismo tenga por objeto, exclusivamente, la satisfacción de necesidades de carácter mercantil o industrial, éste no deberá ser considerado poder adjudicador; b) Son indiferentes los

motivos que justificaron la creación del ente en cuestión y, consecuentemente, es irrelevante el verbo “crear” al que alude la norma ;y c) Es irrelevante, también, el adverbio “específicamente” al que alude la norma en cuanto a los intereses generales se refiere.

Por estos motivos, y dado que no se puede sostener que la jurisprudencia comunitaria referida sea reciente, no se llega a comprender el motivo por el cual el legislador comunitario de 2004 no se ha adaptado a la misma, incluyendo en su regulación otro concepto de “organismo de Derecho público” que se ajuste más a los dictados judiciales y que hubiese evitado la mayoría de condenas a los Estados miembros. Una definición del concepto de poder adjudicador más ajustada a los criterios jurisprudenciales —a título de ejemplo— hubiera sido la siguiente: “Es considerado organismo de Derecho público, cualquier organismo público o privado que satisface necesidades de interés general que no tenga carácter exclusivamente industrial o mercantil”.

De hecho, se puede afirmar que el legislador comunitario en la propuesta de Directiva de fecha 20 de diciembre de 2011, ha introducido algunos de los criterios sustentados por parte del Tribunal europeo, pero, a nuestro criterio, no los más relevantes. Nótese, que el precepto se mantiene inalterado en el requisito relativo a que “se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, por tanto, se ha hecho caso omiso de la jurisprudencia que es clara al no extraer consecuencia alguna del verbo “crear” y del adverbio “específicamente”. El artículo 2.6 de la propuesta de la Directiva se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Organismo de Derecho público”: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

- a) Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que esté dotado de personalidad jurídica propia.

- c) Que éste financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público¹²⁶.

Como se puede apreciar, la propuesta de la nueva Directiva contiene aquellos criterios jurisprudenciales que reflejan que la finalidad de una entidad no consiste en la satisfacción de intereses generales de carácter no industrial o mercantil. A estos efectos, se recoge expresamente: que opere en condiciones comerciales normales, que tenga por objeto obtener un beneficio y que soporte las pérdidas asociadas al ejercicio de la actividad. Se trata de requisitos que han de concurrir de forma acumulada y que, si bien es de alabar su introducción en la futura Directiva, lo que cierto es que lo deseable sería que también se incluyesen el resto de características recogidas en los distintos pronunciamientos europeos.

3.3.3 En cuanto al control por parte del Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público

El artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 hace referencia a tres posibles tipos de control que han de concurrir de forma alternativa, los cuales evidencian una influencia dominante del poder público sobre la correspondiente entidad. Los tipos de control son los siguientes: financiación mayoritaria; control en la gestión; y control orgánico, es decir, cuando el órgano de administración, dirección o de

¹²⁶ El artículo 2 de la propuesta de la Directiva señala:

1. "Poderes adjudicadores": el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.
2. "Autoridades gubernamentales centrales": los poderes adjudicadores que figuren en el anexo I y, en la medida en que se introduzcan a escala nacional rectificaciones o modificaciones, las entidades que las sucedan.
3. "Poderes adjudicadores subcentrales": todos aquellos que no son las autoridades gubernamentales centrales.
4. "Autoridades regionales": todas las autoridades de las unidades administrativas incluidas en los niveles NUTS 1 y 2 a que se hace referencia en el Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo.
5. "Autoridades locales": todas las autoridades de las unidades administrativas incluidas en el nivel NUTS 3 y las unidades administrativas menores a que se hace referencia en el Reglamento nº 1059/2003.

[Se ha de advertir que actualmente se está tramitando la aprobación de esta Directiva, razón por la cual el texto definitivo puede diferir del aquí reproducido].

vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. Debe estarse al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador, a la “estrecha dependencia” entre la entidad en cuestión y los poderes públicos. Para determinar su concreto alcance debemos remitirnos de nuevo al estudio detallado de las sentencias que han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto¹²⁷.

Ya se avanza que, a diferencia de lo que sucede con el anterior requisito analizado, el que nos ocupa ahora no ha sido objeto de un estudio tan pormenorizado por parte del Tribunal europeo. No son muchas las sentencias que se han pronunciado al respecto, lo que provoca que determinados conceptos, como el del control en la gestión, no estén perfectamente delimitados.

a) Financiación mayoritaria

El requisito de la financiación pública ha sido ampliamente tratado en tres sentencias: la de fecha 3 de octubre de 2000, Asunto C-380/98, *Universidad de Cambridge*¹²⁸; la de fecha 13 de diciembre de 2007, Asunto *Bayerischer*, y la recaída en el Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*. Los tres pronunciamientos judiciales analizaron en profundidad si las cantidades abonadas por los poderes públicos tenían o no por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o dependencia.

La Sentencia recaída en el Asunto *Universidad de Cambridge* analizó si determinadas sumas recibidas por esta entidad debían o no considerarse financiación pública y, en concreto, examinó los siguientes conceptos: las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora; la contraprestación satisfecha por una o varias entidades adjudicadoras por la prestación de servicios que comprendía trabajos de investigación; la contraprestación satisfecha por una o varias entidades por la

¹²⁷ El control al que alude la norma puede ser un control directo o indirecto, tal y como señaló la Sentencia del TJCE de fecha 17 de diciembre de 1998, —Asunto C-306/97, *Connemara Machine Turf*— y en la Sentencia, del mismo día, recaída en el Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda.

¹²⁸ En adelante, Asunto *Universidad de Cambridge*.

prestación de servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias; y las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes abonaban a las Universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes¹²⁹.

Al respecto, el Tribunal distingue dos supuestos bien diferenciados. El primero, representado por aquellos pagos que supongan la contrapartida de prestaciones contractuales —la realización de investigaciones y organización de seminarios—. En este caso, estas cantidades no se deben incluir como financiación pública, ya que la entidad tiene un interés económico en que se lleve a cabo la prestación, se trata de una relación de dependencia, pero incardinada en las relaciones comerciales normales que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático, negociados libremente por las partes. El segundo, correspondiente a aquellos pagos en concepto de becas o subvenciones directas al ente o a una persona que forme parte de la misma como prestador de servicios¹³⁰. En este segundo supuesto, el Tribunal entiende que sí ha de considerarse como financiación pública, al crearse una relación de dependencia

¹²⁹ El 21 de julio de 1998, la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court)* planteó al Tribunal europeo las siguientes cuestiones: a) Qué fondos deben considerarse incluidos en la expresión financiada por o una varias entidades adjudicadoras; b) A qué porcentaje ha de atribuirse al término mayoritariamente, y si en éste se debe tener en cuenta las fuentes de financiación de las actividades económicas o conexas o debe incluir también los fondos obtenidos con actividades mercantiles; y c) Cuál debe ser el período de referencia.

¹³⁰ Al respecto, son ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Alber presentadas el 11 de mayo de 2000, en el Asunto Universidad de *Cambridge*, cuando señala:

44. Si se tiene en cuenta el objetivo de las Directivas y la cuestión de determinar si existe una dependencia estrecha entre la universidad y la entidad adjudicadora, deberá contestarse en sentido negativo a la cuestión de si puede hablarse de financiación pública cuando de la interacción entre prestación y contraprestación se deduzca que la entidad adjudicadora tiene un interés económico en que se realice la prestación que va más allá del apoyo a las funciones desempeñadas en aras del interés general. Sólo existe dependencia estrecha cuando la finalidad de la prestación sea contribuir al cumplimiento de la misión que incumbe a un organismo determinado y suministrarle ayuda para ello. Esta afirmación también es válida en el caso de que una prestación contractual del organismo en cuestión sea al mismo tiempo una actividad que sirva al interés general o a objetivos universitarios.

45. En general, no se crea una dependencia estrecha de este tipo cuando un organismo percibe una remuneración como contraprestación de una actividad que lleva a cabo de la misma manera que una empresa activa en el mercado, compitiendo con las empresas privadas y para atender una demanda concreta de prestación de servicios. En efecto, el organismo en cuestión obtiene un derecho a remuneración en el marco de la reciprocidad. Tales prestaciones se efectúan, cuando se solicitan, en interés del organismo en cuestión, como es el caso de los trabajos de investigación con un objetivo preciso, así como de las tareas de asesoramiento y de organización de conferencias. El derecho a una remuneración no se fundamenta en una decisión de principio de contribuir a la misión de dicho organismo, sino que se trata de un derecho contractual.

o subordinación entre el ente concedente y el receptor de las cantidades. El Tribunal llegó incluso a afirmar que la financiación debía considerarse igualmente pública aun cuando el beneficiario no fuera la propia Universidad, sino una persona que formase parte de ésta como prestadora de servicios, señalando al efecto que “se trataría de una financiación que beneficia al conjunto de la institución en el ámbito de sus actividades de investigación”. Se considera que se trata de una medida social en beneficio de determinados estudiantes que no pueden asumir por sí solos los gastos académicos al no existir ninguna contrapartida contractual vinculada a estos pagos.

Se estaría de acuerdo en que las sumas recibidas sin contraprestación específica alguna deban ser consideradas financiación pública, porque éstas pueden crear dependencia, subordinación o control sobre el beneficiario. Ahora bien, el asunto no deja ser discutible en sede de subvenciones, incardinada en la actividad de fomento de un poder público que tiene por finalidad estimular, promover, incentivar o sostener determinadas actividades o iniciativas. En algunos supuestos, las subvenciones tienen una finalidad económica en sentido estricto, como promover o tutelar determinadas producciones, sectores, zonas geográficas o empresas; en otros, su finalidad es cultural o educativa e, incluso, se pueden destinar a fines de acción social. Además, no podemos olvidar que estas subvenciones, por regla general, se otorgan a través de un régimen de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Por tanto, las subvenciones sí tienen una contraprestación específica, aunque, a veces, no sea directa y, consecuentemente, se podría sostener que no deben incluirse en el concepto de financiación pública¹³¹.

En la Sentencia recaída en el Asunto *Bayerischer*, el Tribunal se pronunció sobre si una actividad financiada mediante un canon debía considerarse financiación pública. A tal efecto, se analizó si la GEZ —agrupación de Derecho Público creada por una serie de organismos públicos de radiodifusión como central de cobro de los cánones sin personalidad jurídica ni capacidad procesal y que actuaba en nombre y por cuenta de dichos organismos regionales de radiodifusión— se debía o no considerar “organismo de Derecho público” de

¹³¹ Esta cuestión sólo se enuncia ahora y será tratado con mayor detenimiento en el Capítulo Tercero del presente trabajo de investigación.

conformidad con las Directivas comunitarias¹³². El Tribunal de justicia constató que más de la mitad de los ingresos de los organismos públicos de radiodifusión procedían del canon que pagaban los ciudadanos por la posesión de un aparato receptor, y no por la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por estos organismos. Asimismo, tuvo en cuenta otras circunstancias como que el canon estaba previsto por Ley y que su importe se fijaba mediante una decisión formal de los Parlamentos y de los Gobiernos de los *Länder*, siendo recaudado por una central de cobro que ejercía funciones públicas y que fue creada por un acuerdo administrativo con los organismos públicos de radiodifusión. Sobre la cuestión, el Tribunal concluye que la financiación que tiene su origen en un acto del Estado, garantizado por éste y asegurada mediante las prerrogativas públicas de imposición y recaudación, cumple el requisito de financiación pública¹³³. Al respecto, se señaló lo siguiente:

48. Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de “financiación por el Estado”, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

El Tribunal alcanzó la misma conclusión en la Sentencia recaída en el Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*, donde se analizaba si una caja pública de seguros alemana obtenía o no financiación pública. Para una correcta comprensión del asunto planteado, se ha de partir de los rasgos característicos de la entidad objeto de enjuiciamiento, que son los siguientes: a) Las Cajas

¹³² La GEZ solicitó por escrito a once empresas de limpieza que presentaran ofertas vinculantes para la prestación de servicios de limpieza en sus instalaciones de Colonia y, a tal efecto, no se tramitó ningún procedimiento formal de adjudicación de contratos según las normas comunitarias. Una de las empresas licitadoras recurrió la adjudicación al considerar que la GEZ debía someter el contrato de limpieza al Derecho comunitario. A partir de ahí el órgano jurisdiccional alemán plantea ante el TJCE la decisión prejudicial sobre si los organismos públicos de radiodifusión deben ser o no considerados poderes adjudicadores.

¹³³ Al respecto, es interesante la aportación que realiza el Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo cuando desmenuzando el canon alemán en sus conclusiones presentadas el 6 de septiembre de 2007, señala:

46. En consecuencia, la relación jurídica que vincula al poseedor de un televisor o de una radio con los organismos de radiodifusión se incardina en el derecho público, configurándose casi como un tributo, pues el deber de pago se genera con la mera tenencia de un receptor de ondas de radio o de televisión, auténtico “hecho imponible” típico en cualquier exacción fiscal, en la que el televidente se convierte en sujeto pasivo. Poco importa, por lo demás, la denominación que el gravamen ostente en el derecho nacional.

Públicas de seguro de enfermedad alemana se encuentran configuradas como una entidad de Derecho público que tiene por tarea preservar, restablecer o mejorar la salud de los asegurados; b) La gran mayoría de la población alemana —aproximadamente, un noventa por ciento— está asegurada obligatoriamente, con arreglo a la Ley, en una caja pública del seguro de enfermedad; c) La financiación de las cajas se garantiza a través de las cotizaciones de los asegurados con carácter obligatorio, de pagos directos del Estado Federal y de pagos compensatorios, resultantes del régimen de compensación financiera entre cajas públicas, y del mecanismo de compensación de riesgos entre ellas; d) La financiación mayoritaria proviene de las cotizaciones de los asegurados con carácter obligatorio, cuyas cuantías se calculan exclusivamente en función de los ingresos del asegurado. No existe ninguna contrapartida contractual concreta vinculada a estos pagos en la medida en que, ni la obligación de cotización, ni su importe constituyen el resultado de un acuerdo entre las cajas públicas de seguro y sus afiliados, ya que éstos están obligados, en virtud de la Ley, a pagar la cotización por el mero hecho de su afiliación, que también se impone por Ley; e) La cuota de cotización a cargo del asegurado es deducida de su salario por el empleador y se paga a la caja pública del seguro de enfermedad con la cuota a cargo de éste; f) Se trata de obligaciones de Derecho público y la recaudación de las cotizaciones se realiza de manera obligatoria; g) El porcentaje de cotización no lo establece el Estado, sino las cajas públicas del seguro de enfermedad. Éstas deben calcular las cotizaciones de forma que cubran, conjuntamente con los demás recursos, los gastos establecidos por Ley y garanticen la disponibilidad de los medios operativos y las reservas legales. El margen de apreciación de las cajas es extremadamente reducido, en la medida en que su misión es garantizar las prestaciones previstas por la normativa en materia de seguridad social. Por ello, y dado que las prestaciones y los gastos vinculados a éstas se establecen legalmente, y que las citadas cajas desempeñan sus funciones sin ánimo de lucro, el porcentaje de las cotizaciones debe fijarse de tal manera que los ingresos obtenidos no sean ni inferiores ni superiores a los gastos; h) La fijación del porcentaje de la cotización está sujeta a la aprobación de la autoridad pública de supervisión de cada caja.

Pues bien, vistas las características que revisten estas entidades, la conclusión que extrae el Tribunal europeo es que las Cajas Públicas de Seguro están financiadas mayoritariamente por el Estado, en concreto, afirma lo siguiente:

50. Por tanto, procede considerar, como en las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la Sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, que una financiación, como la analizada en el asunto principal, de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Analizadas las distintas fuentes de financiación que un ente puede percibir para que éstas deban ser consideradas públicas, queda analizar el significado del término “mayoritariamente”, al que alude el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18. Se debe interpretar en el sentido que significa “más de la mitad” de forma que para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de la actividad mercantil. El examen de la situación de una determinada entidad en relación con su financiación pública debe efectuarse sobre una base anual, y el período que se ha de considerar para calcular el modo de financiación es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan carácter de previsiones. Un organismo que en la fecha en la que se inicie un determinado procedimiento de adjudicación ostente la condición de poder adjudicador, seguirá estando sometido a las exigencias de las Directivas comunitarias hasta la terminación del procedimiento de que se trate, ya que a pesar de que concurra alguna modificación en las condiciones de ejecución durante la vida del contrato.

b) Control en la gestión

Cuando la Directiva 2004/18 hace referencia al control, simplemente se indica que la gestión de la actividad se halle sometida a un control por parte del Estado, los entes territoriales u organismos de Derecho público¹³⁴, no se establece nada más al respecto. Por tanto, para poder concretar este factor, deberemos estar al

¹³⁴ Se ha de recordar que la letra c) del artículo 1.9 de la Directiva señala: “o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos”.

significado que la jurisprudencia comunitaria atribuya a los conceptos: “sometimiento” y “control en la gestión de la actividad”. Del contenido de la Directiva se desprende que el control al que se alude ha de ser equiparado a la dependencia de la entidad con respecto a los poderes públicos, de tal forma que permita a éstos influir en la toma de decisiones del ente en cuestión. Debe ser el equivalente al que existe cuando se cumple alguno de los otros dos requisitos: financiación y control orgánico; ha de ser un control de la actividad que incida, directa o indirectamente, en la actuación contractual de la entidad, de tal forma que el poder público pueda decidir en su devenir, y no un mero control de la legalidad.

Cuando extrapolemos las consecuencias que ahora extraigamos sobre el control, al análisis de las entidades reguladas por nuestra legislación interna, observaremos cómo este requisito es determinante para incluir a una determinada entidad en el concepto de “organismo de Derecho público”, ya que la interpretación que podamos realizar sobre el factor “control en la gestión” puede ser confusa. Por ese motivo, y a efectos de una mayor clarificación, va a ser del todo necesario, que analicemos los concretos elementos que ha enjuiciado el Tribunal europeo para poder deducir cuándo nos encontramos ante el tipo de control requerido por la Directiva. Es decir, debemos identificar qué actos realizados por el poder público son considerados una manifestación del control en la gestión.

Las Sentencias más relevantes recaídas al respecto donde el Tribunal europeo ha concluido que concurría el control en la gestión han sido las recaídas en el Asunto C-353/96 Comisión contra Irlanda; Asunto *Mannesman*; Asunto *Truley*; y la de fecha 1 de febrero de 2001, Asunto C-237/99, Comisión contra Francia¹³⁵. Así, en la Sentencia dictada en el Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda¹³⁶, el Tribunal europeo puso de manifiesto una serie de circunstancias que evidenciaban un control público en la gestión del Servicio de Bosques constituida en forma de sociedad de Derecho privado de acuerdo con el artículo 9 de la *Irish Forestry Act 1988* —Ley de Bosques Irlandesa de 1988— y, en concreto, las

¹³⁵ En adelante, Asunto C-237/99, Comisión contra Francia.

¹³⁶ La Sentencia deriva de un recurso interpuesto por la Comisión contra Irlanda al no publicar una licitación para el suministro de fertilizantes al *Irish Forestry Board (Coilte Teoranta)* —Servicio de Bosques— en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

siguientes: a) que el poder público nombraba a los principales directivos; b) que se podían dictar instrucciones para adecuarse a las políticas estatales sobre actividades forestales; y c) que el Ministerio de Hacienda estaba facultado para controlar la actividad económica de la entidad. El Tribunal de justicia concluyó:

37. A este respecto, es preciso señalar que el Estado quien creó el Servicio de Bosques y le encomendó determinadas tareas, que consisten principalmente en la conservación de los bosques nacionales, así como de la industria forestal, pero también en el acondicionamiento de diversas instalaciones en interés general. Corresponde asimismo al Estado la facultad de nombrar a los principales directivos del Servicio de Bosques.

38. Además, la facultad del Ministro de cursar instrucciones al Servicio de Bosques, en particular con el fin de obligarle a respetar las líneas maestras de la política estatal sobre actividades forestales o a acondicionar servicios o instalaciones determinados, así como las facultades otorgadas a dicho Ministro y al Ministro de Hacienda en materia financiera, confieren al Estado la posibilidad de controlar la actividad económica del Servicio de Bosques.

39. De las consideraciones anteriores se desprende que, si bien es cierto que ninguna disposición prevé expresamente que el control estatal se extienda específicamente a la celebración de los contratos públicos de suministro por parte del Servicio de Bosques, el Estado puede ejercer dicho control al menos de manera indirecta¹³⁷.

¹³⁷ La citada Sentencia señala en sus antecedentes lo siguiente:

12. Por lo que se refiere a la estructura del Servicio de Bosques, de la Ley y de sus Estatutos se desprende que fue creado por el Ministro de Energía (en lo sucesivo, "Ministro"; que sus Estatutos, así como cualquier cambio de éstos han de ser aprobados por él (artículos 11 y 159); que el "Chariman" (Presidente) y los demás Directores son nombrados por él, que fija asimismo retribuciones (letras b) y d) del apartado 2 del artículo 15); que el "first Chief Executive" (Primer Director General) es nombrado por el Ministro y ejerce sus funciones con arreglo a lo establecido por éste (artículo 35); que el nombramiento de los Interventores del Servicio de Bosques debe ser aprobado por el Ministro (letra e) del apartado 2 del artículo 15), y que el citado Servicio debe respetar las orientaciones del Estado y las directrices ministeriales sobre retribuciones e indemnizaciones y condiciones de trabajo de sus agentes (artículo 36). Algunas de las decisiones del Ministro han de contar con la autorización del Ministro de Hacienda.

13. En la gestión de sus cometidos, el Servicio de Bosques deberá respetar las siguientes obligaciones: El Ministro podrá dirigirle instrucciones por escrito con el fin de obligarle a respetar las líneas generales de la política del Estado sobre las actividades forestales, acondicionar o conservar servicios o instalaciones determinados conservar o utilizar terrenos con fines específicos (artículo 38 de la Ley); el Servicio de Bosques está obligado a consultar al Ministro de Hacienda sobre las actuaciones forestales en determinadas zonas de interés científico (artículo 13); cada año, el Servicio de Bosques deberá proponer al Ministro un programa de compraventa de terrenos (artículo 14); la creación y adquisición de filiales deberán ser aprobadas por el Ministro (letra g) del apartado 2 del artículo 15); deberá celebrarse una junta general cuando los dos Ministros así lo propongan (punto 15 de los Estatutos), y deberán someterse al Parlamento Irlandés (artículo 30 y 31 de la Ley) el informe anual, así como el informe de inspección de cuentas del Servicio de Bosques.

Al respecto se ha de hacer notar que el Tribunal europeo hace hincapié en el control que ejerce el poder público sobre la gestión de la entidad en cuestión, evidenciándose a través de una serie de circunstancias que ponen de manifiesto una influencia general sobre la actividad del ente, y ello con independencia de que dicha influencia no afecte de forma directa en la actividad contractual del Servicio de Bosques. En contra del fallo adoptado por el Tribunal, el Abogado General Sr. Alber en las conclusiones presentadas el 16 de julio de 1998 afirmó que la mencionada entidad no se debía considerar poder adjudicador a efectos de la Directiva 77/62, al considerar que esa influencia general detectada por la Comisión Europea no bastaba para controlar, en concreto, la adjudicación de los contratos públicos de suministro¹³⁸.

En la Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann*¹³⁹, el Tribunal europeo concluyó que sí concurría el control en la gestión por parte del poder público, destacando como circunstancia relevante, el nombramiento del director general por un órgano integrado en su mayoría por miembros nombrados por la Cancillería Federal o por los diferentes Ministerios. Además, también hacía notar que ÖS se encontraba sujeta al control del Tribunal de Cuentas y a un servicio de inspección que se ocupa de velar porque los impresos estuviesen sujetos a un régimen de seguridad, detectándose que la mayoría de las acciones pertenecían al Estado austriaco.

En la Sentencia recaída en el Asunto C-237/99, Comisión contra Francia, derivada del recurso presentado por la Comisión europea contra la República francesa al incumplir la Directiva 93/37 de obras, en relación con diferentes procedimientos de adjudicación de contratos públicos para la construcción de

¹³⁸ El Abogado General Sr. Alber señaló lo siguiente:

46. Por tanto, si bien los criterios citados permiten afirmar la existencia de una influencia general del Estado en la sociedad, ésta no basta, conforme a las disposiciones aplicables en el presente caso, para controlar en concreto la adjudicación de contratos públicos de suministro. La celebración de los contratos en el ámbito de los suministros públicos no depende de la intervención de autoridades estatales. Por esta razón, el Coillte Teoranta no es un poder adjudicador a efectos de la Directiva 77/62.

47. De las consideraciones precedentes se sigue que el Coillte no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva y, por tanto, el recurso por incumplimiento es infundado.

¹³⁹ Se plantearon siete cuestiones prejudiciales en relación con la aplicación de la Directiva 93/37 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que se suscitaron en el marco de un litigio entre *Mannesmann Anlagenbau Austria AG* y otros y *Strohal Rotationsdruck GesmbH*, acerca de la aplicación de la legislación austriaca sobre contratos públicos.

viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización —SPCU— y por parte de las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado —SA VAM—, el Tribunal consideró que la actividad de la sociedad analizada se encontraba extremadamente regulada, dado que el Código de la Construcción y la Vivienda establecían los siguientes controles: a) Las entidades gestoras de viviendas de alquiler moderado están sujetas al control de la Administración, y más en concreto, del ministro competente en materia de construcción y vivienda; b) El ministro competente en materia de construcción y vivienda puede ordenar la disolución de una SA VAM y nombrar un liquidador, así como ordenar la suspensión de los órganos directivos y nombrar un administrador provisional. No obstante, ya se advierte que estos controles se podían ejercitar únicamente en el caso de irregularidades graves, de falta grave en la gestión; c) Según las normas internas francesas analizadas en el caso, el ministro competente podía imponer a las SA VAM un perfil determinado, bien obligándolas a un mínimo de dinamismo, bien limitando su actividad cuando se considere excesiva; y d) También se aprecia que la Comisión interministerial de inspección de la vivienda social, además de controlar las operaciones de los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado mediante el examen de documentos y visitas sobre el terreno, podían realizar estudios, auditorías o evaluaciones en el ámbito de la vivienda social y formular propuestas sobre el curso que debía darse a sus informes de inspección. El Tribunal, en el caso enjuiciado, entendió a la vista de estas consideraciones que la gestión de las SA VAM se encontraba sujeta a un control de los poderes públicos que le permitía influir en las decisiones de estas entidades en materia de contratos públicos.

En la sentencia recaída en el Asunto *Truley* —derivada de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal austriaco—, se planteaba si la sociedad *Bestattung Wien* —filial de la sociedad *Wiener Stadwerke Holding AG*, cuyas acciones pertenecían íntegramente al Ayuntamiento de Viena—, debía considerarse “organismo de Derecho público” de acuerdo con la Directiva 93/36 sobre suministros¹⁴⁰. En el citado pronunciamiento judicial, se concluye que sí concurre el control en la gestión al que alude la norma comunitaria dado que los poderes públicos se encuentran habilitados para revisar el balance anual y la gestión corriente —desde el punto de vista de los principios de imagen fiel,

¹⁴⁰ La sociedad *Bestattung Wien* inició un procedimiento para la adjudicación de un contrato de suministro de accesorios de ataúdes, no publicándolo en los diarios oficiales europeos.

legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad—, a visitar los locales de forma periódica y a informar de los resultados de los controles a los accionistas y a los órganos competentes, todo ello, unido al hecho de que el Ayuntamiento de Viena poseía la totalidad del capital de la entidad enjuiciada. También, se analizó si un control *a posteriori* se consideraba suficiente a los efectos que nos ocupan, señalándose al respecto lo siguiente:

74. En virtud de las consideraciones que preceden, procede responder a la tercera cuestión que un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guion, de la Directiva 93/36¹⁴¹.

¹⁴¹ Resulta ilustrativa la aportación que efectúa el Abogado General Sr. Alber en sus conclusiones cuando manifiesta lo siguiente:

108. En su tercera cuestión prejudicial, el Vergabekontrollsenat parte manifiestamente de la base de que las comprobaciones efectuadas por el Kontrollamt se llevan a cabo a posteriori. En principio, en el caso de los controles realizados a posteriori está excluido que mediante ellos pueda ejercerse una influencia asimilable a la descrita en el tercer criterio del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36.

109. En cambio, no está tan claro que en el caso de la facultad del Kontrollamt se trate de controles a posteriori. Con arreglo al punto 10.3 de los Estatutos sociales de Bestattung Wien, el Kontrollamt der Stadt Wien está facultado no sólo para comprobar las cuentas anuales, sino también para auditar la “gestión financiera corriente”, de Bestattung Wien. En esa medida, procede señalar, en primer lugar, que el tenor de dicha disposición no limita la facultad del Kontrollamt a un control a posteriori. El control a posteriori se lleva a cabo en relación con las cuentas anuales de Bestattung Wien. En cambio, con arreglo a los Estatutos sociales la facultad de control del Kontrollamt se extiende también a la “gestión financiera corriente”.

110. Asimismo, procede observar que, en virtud de la citada disposición, el Kontrollamt no sólo está facultado para comprobar que se respetan, en la gestión financiera corriente, los principios de imagen fiel y de legalidad. Por el contrario, también está facultado para comprobar que en todas las operaciones se respetan los principios de eficiencia, rentabilidad y finalidad. Especialmente la comprobación de que se respeta el principio de finalidad indica que se trata de control muy amplia. Va más allá de un control de la imagen fiel y de un mero control de legalidad de la gestión, y apunta a la existencia de una estrecha relación entre el auditor y el auditado. En la práctica, equivale al “control de la gestión financiera” regulado en el artículo 73, apartado 1, de la WStV para las unidades administrativas que forman parte de la Administración municipal. (...)

114. Con carácter meramente complementario, procede señalar lo siguiente. La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente pretende que se determine en qué medida Bestattung Wien cumple el tercer criterio que debe reunirse con arreglo al artículo 1, letra b) de la Directiva 93/36, para poder hablar de un organismo de Derecho público y para que se apliquen las Directivas en materia de contratos públicos. En este contexto, procede señalar que Bestattung Wien es propiedad al 100% de Wiener Stadtwerke Holding AG, la cual, a su vez, es propiedad al 100% del Ayuntamiento de Viena. En su sentencia Mannesmann, el Tribunal de Justicia dedujo, en particular del hecho de que la mayoría del capital social de Staatsdruckerei se hubiera mantenido en manos del Estado austriaco, que Staatsdruckerei estaba sometida al control del Estado. En la Sentencia Teleaustria y Telefonadress, el Tribunal de Justicia confirmó este criterio y dedujo una vez más, de la participación del Estado en la propiedad, que éste tenía la posibilidad de influir en la empresa. En esa medida, cabe a todas luces sostener que debe responderse afirmativamente a la existencia de una influencia determinante del ente público territorial en Bestattung Wien.

De las circunstancias puestas de manifiesto por el Tribunal europeo en los distintos casos analizados se puede constatar que la gestión debe relacionarse con la administración, la dirección, la gerencia y la organización, términos que llevan implícito el ejercicio de un determinado poder. De esta forma, ello nos conduciría a pensar que un control que no tenga por objeto el modo en que los órganos directivos de una entidad orientan las acciones de ésta no debería categorizarse como un “control sobre la gestión de dicho organismo”. Se incluye en el concepto tanto una relación de vigilancia y comprobación, como una relación de dominio y de dirección. En cuanto a la relación de vigilancia, ésta deberá ser de tal calibre que desemboque, irremediamente, en una influencia decisiva del poder público, que no sea muy diferente al tipo de control resultante de la designación de la mayoría de los miembros de los órganos directivos o de una financiación mayoritariamente pública. Por otra parte, se podría sostener que el control que pueda ejercer el Tribunal de Cuentas o los Tribunales de Justicia sobre la actividad de la entidad no debería implicar control en sus decisiones y, consecuentemente, estaríamos fuera del contexto al que nos estamos refiriendo. En estos términos se pronunció el Abogado General Sr. *Mischo* en las conclusiones presentadas el 19 de octubre de 2000 el Asunto C-237/99, Comisión contra la Republica de Francia, cuando señaló lo siguiente:

41. En efecto la apreciación efectuada sobre la designación de los órganos directivos basta por sí sola para considerar que concurre el tercer requisito. En consecuencia, no cabe considerar que la apreciación efectuada sobre el control ejercido por el Tribunal de Cuentas y por un servicio estatal de inspección, que por otra parte el Tribunal de Justicia introduce con el término “además”, permita llegar a conclusión alguna en cuanto al grado de control que el Tribunal considera suficiente para que se cumpla estos requisitos. (...)

65. Por supuesto, esta regulación no debe confundirse con el control al que se refiere el artículo 1, letra b), de la Directiva. Una cosa es la existencia de normas que un organismo debe respetar por precisas que sean, y otra el control de su gestión. En efecto, si la vigilancia del cumplimiento de esas normas y la sanción de su infracción sólo pueden ser garantizadas por los tribunales, no cabe hablar de control del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.

No obstante, y si bien tal posicionamiento por parte del Abogado General Sr. *Mischo* se encuentra suficientemente fundado en cuanto al control por parte del Tribunal de Cuentas y órganos de características similares se refiere, lo cierto es que se ha de recordar que el Tribunal europeo en la Sentencia recaída en el

Asunto *Mannesmann* valoró la existencia de esta circunstancia, junto con otras, para concluir que sí concurría el control en la gestión al que alude la norma europea. Se trata de una muestra más de la interpretación excesivamente amplia que mantiene el Tribunal.

En resumidas cuentas, para que se pueda afirmar la existencia de un control público en la gestión, se requiere que el poder público ejerza una influencia decisiva en la toma de decisiones del ente contratante, en la actividad de la entidad, un control en la gestión ordinaria, debiendo ser *a priori* —no de legalidad—, y no meramente *a posteriori*. Se entiende que el control de legalidad no influye en el devenir de la actividad de la entidad, limitándose a verificar el exacto cumplimiento de las obligaciones legales.

c) Control orgánico

El tercer y último de los requisitos que puede concurrir es el control orgánico, referido a un hecho objetivo, consistente en que en los Consejos de Administración de las sociedades o en los órganos de gobierno de otras entidades, figuren representantes de los poderes públicos, en más de la mitad de sus miembros. La influencia política a que hace referencia la norma es un presupuesto objetivo de control y dirección sobre la organización institucional y que deja poco margen interpretativo.

CAPÍTULO SEGUNDO

**EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA ESPAÑOLA: ANTECEDENTES
LEGISLATIVOS**

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de nuestro trabajo de investigación se centra en el ámbito subjetivo de la contratación pública regulado en el artículo 3 del TRLCSP y, en concreto, en el análisis pormenorizado de dos entidades adjudicadoras: las fundaciones y las COCIN¹⁴². Ahora bien, su estudio se vería sesgado sin una correcta comprensión de su antecedente legislativo más inmediato contenido en el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio¹⁴³, norma que sufrió distintas modificaciones a resultas de las diferentes condenas del Tribunal europeo. Es a partir de los posicionamientos de dicho Tribunal cuando el legislador español, más por obligación que por deseo, se adapta a las Directivas comunitarias y modifica el artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta del citado TRLCAP.

Como podremos constatar a lo largo del presente capítulo, el Reino de España, al igual que otros países europeos, se ha caracterizado por incumplir reiteradamente el Derecho comunitario, circunstancia que provocó que fuese condenado hasta en tres ocasiones por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias en relación con el ámbito subjetivo del Derecho nacional en materia de contratación pública. Nos estamos refiriendo a las Sentencias, ya citadas, recaídas en los Asuntos C- 214/00 de la Comisión contra el Reino de España; C-283/00, SIEPSA y C- 84/03, también, de la Comisión contra el Reino de España. La primera de ellas incide de forma indirecta en el asunto que nos ocupa, mientras que las otras dos afectan de pleno al artículo 2.1 y a la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP. Se puede afirmar que es a partir de enero del año 2007 —mediante la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de

¹⁴² A efectos aclaratorios, se ha de señalar que en el presente trabajo se emplean de forma indistinta los términos “COCIN”, “Cámaras de Comercio” o, simplemente, “Cámaras”, para hacer referencia a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Igualmente, se ha de señalar que sólo recibirán la denominación completa de “Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación” si en la demarcación territorial donde desempeñan su competencia existen puertos marítimos, en caso contrario, reciben la denominación de “Cámaras Oficiales de Comercio e Industria”.

¹⁴³ En adelante, TRLCAP.

Presupuestos Generales del Estado para el año 2007—¹⁴⁴ cuando el legislador español cumple íntegramente con el Derecho europeo, después de que hayan transcurrido más de veinte años desde la adhesión de nuestro país a los Tratados —Tratado de Adhesión de 12 de junio de 1985—. El empecinamiento del legislador español en el incumplimiento reiterado de los mandatos europeos está directamente vinculado con la creación de entidades privadas con el objetivo de huir de los controles públicos en sede de contratación administrativa. Como corolario, la esencia de las condenas europeas deriva, fundamentalmente, de la interpretación funcional, comunitaria y uniforme que lleva a cabo el Tribunal del concepto de “organismo de Derecho público”. El intérprete europeo no se limita a la mera categorización que puedan hacer los Estados miembros de la entidad —de Derecho público o de Derecho privado—, sino que va más allá y analiza a tal efecto el tipo de actividad que realiza y los controles a los que se encuentra sometida, de forma que si ha sido “creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil” y está controlada por los poderes públicos -vía financiación, en la toma de decisiones o en los órganos de gobierno-, la incluye en el espectro de las Directivas comunitarias.

La tan denunciada huida de los controles públicos en materia de contratación administrativa no se configuró de forma espontánea en el ya derogado TRLCAP, sino que vino derivada de todo un proceso iniciado con la creación de entidades como el Instituto Nacional de Industria —INI— o RENFE, entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado. Fue la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958¹⁴⁵ la primera disposición legislativa que pretendió reordenar la compleja Administración Institucional de aquella época, caracterizada hasta ese momento como caótica y atomizada. Es a partir de ese

¹⁴⁴ En adelante, Ley PGE para 2007.

¹⁴⁵ Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas —Vigente hasta el 19 de octubre de 1988— (*BOE*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1958), en adelante, LEEA.

[A efectos aclaratorios, se debe indicar que en el cuerpo del presente trabajo de investigación únicamente se hará constar la fecha y lugar de publicación oficial de aquellas Disposiciones y noticias de ámbito estatal publicadas en los diarios oficiales desde 1661 hasta mediados de 1960 —colección histórica—. Las Disposiciones y noticias dictadas con posterioridad al día 1 de septiembre de 1960, fecha en la que se inició la publicación del sumario del día del *BOE* conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1583/1960, de 10 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Boletín Oficial del Estado que establece la denominación y el orden de las secciones, pueden consultarse en la relación legislativa que obra en la Bibliografía final].

momento, cuando se empieza a regular la cobertura legal de este tipo de entidades en normas tan polémicas como el artículo 6 de la antigua Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria o la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado¹⁴⁶. La configuración legal de la sujeción de las sociedades estatales al ordenamiento privado —introducida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1986—¹⁴⁷, provocó la creación generalizada de este tipo de entes con el claro fin de evitar la aplicación del Derecho administrativo. Como no podía ser menos, la prepotencia del legislador fue evidenciada y criticada por la doctrina mayoritaria de los años ochenta y noventa que no ahorró calificativos al entender que el alejamiento del Derecho administrativo llevaba implícita una merma de garantías y de controles para aquellos que disponen de fondos públicos y que han de servir con objetividad a los intereses generales.

Hasta la creación de este tipo de entes, el ámbito subjetivo en materia de contratación pública estaba reservado exclusivamente al Estado, a los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁴⁸ supuso el fin de la dualidad de legislaciones que en materia contractual coexistían en España, hasta ese momento representada por el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado,¹⁴⁹ y sus disposiciones de desarrollo —aplicables a los contratos del Estado—, y por el Decreto de fecha 9 de enero de 1953 mediante el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales¹⁵⁰ —correspondiente a las Entidades Locales—. Ambas disposiciones fueron durante el siglo pasado sendos referentes en materia de contratación pública, cuyo mejor entendimiento requiere que, sin alejarnos del ámbito subjetivo, nos remitamos a sus antecedentes históricos más remotos.

¹⁴⁶ En adelante, LGP del 77 y Reglamento de contratación del 75, respectivamente.

¹⁴⁷ Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, en adelante, Ley PGE para 1986.

¹⁴⁸ En adelante, Ley 13/1995.

¹⁴⁹ Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en adelante, LCE.

¹⁵⁰ Publicado en el *BOE*, núm. 44, de 13 de febrero de 1953, en adelante, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953.

Se debe advertir que con la presente exposición no se pretende analizar el origen del contrato administrativo, ni las diversas tesis que los autores más autorizados han sostenido al respecto por cuanto, ello, excedería del objeto del presente trabajo¹⁵¹. El motivo de nuestra remisión a los antecedentes históricos es localizar las normas más relevantes que regulaban el ámbito subjetivo de la contratación pública, a fin de analizar la evolución que ha sufrido a lo largo de la historia, con independencia de que el contrato fuese o no calificado como administrativo.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS MÁS REMOTOS: DEL SIGLO XIX HASTA MEDIADOS DEL SIGLO XX

2.1 Normativa relevante dictada a lo largo del siglo XIX

La mayoría de la doctrina administrativista —representada, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ y PARADA—, sostiene que la distinción entre los contratos de la Administración y los contratos de los particulares comienza siendo una distinción que sólo juega en el plano procesal, y que

¹⁵¹Como mero apunte debemos recordar que la gran impulsora de la teoría sustantiva del contrato administrativo fue la Escuela de Burdeos inspirando una serie de decisiones jurisprudenciales como los *arrêts Blanco* (1873), *Terrier* (1903), *Thérout* (1910), *Compagnie d'Assurance Le Soleil* (1910), y *Société de Granits Porphyroides des Vosges* (1912). La figura del contrato administrativo es sostenida principalmente por los administrativistas franceses —JÈZE, DUGUIT o PEQUIGNOT— que fundan la teoría del servicio público, y por el propio Consejo de Estado francés. Según la tesis de la célebre teoría del servicio público, el Derecho administrativo era un Derecho especial, distinto, exorbitante del Derecho común, y requería de un régimen especial.

Al respecto son ilustrativas las palabras del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma lo siguiente:

En Francia puede decirse que ello es un resultado de la sustitución del criterio estructural actos de autoridad-actos de gestión como criterio de delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa por el criterio sustancial del servicio público, sustitución que tiene lugar ya entrado este siglo (contra la afirmación, en otro tiempo ordinaria, de que procedía del famoso *arrêt Blanco* de 1873), concretamente con el *arrêt Terrier* de 1903, que es el que por primera vez formula el principio básico de que “todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos *soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procede par voie d'autorité* constituye una operación administrativa que es, por naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”, de donde se deduce una doctrina de los contratos administrativos *per nature*, doctrina que no se perfecciona, no obstante hasta los *arrêts Thérout* (1910), *Compagnie d'Assurance Le Soleil* (1910), *Société de Granits porphyroides des Vosges* (1912), y hasta que la famosa escuela realista o de Burdeos (DUGUIT y JÈZE, sus cabezas visibles) pone a punto su teoría del servicio público, que es la que inspira en realidad todo este movimiento jurisprudencial.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La Figura del Contrato Administrativo”. *RAP*, núm. 41, 1963, p. 104.

carece de trascendencia en el plano sustantivo. Como señalan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, el contrato se concebía como un acto de gestión que realiza la Administración Pública, pero despejado de *imperium* y, por tanto, al mismo nivel que los particulares. Ahora bien, sólo por razones prácticas, derivadas del mejor conocimiento de la Administración Pública y por motivos de agilidad y celeridad, se atribuye el conocimiento de determinados contratos a la jurisdicción contencioso administrativa. En concreto, los autores afirman:

A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso, ni a su naturaleza, ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil¹⁵².

En este sentido, en el artículo 8.3.º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales de 2 de abril de 1845¹⁵³ se establecía que los Consejos actuarían, además, como Tribunales en los asuntos administrativos y se les atribuía el conocimiento, cuando pasasen a ser contenciosas:

de las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administración civil, o con las provinciales y municipales para toda especie de servicios y obras públicas.

Por otra parte, el artículo 1 del Reglamento sobre el modo de proceder de los Consejos Reales como tribunales administrativos de 30 de diciembre de 1846 —

¹⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo. Op. cit.*, 5.ª ed., 1989, reimpr. 1991, pp. 655 y ss.; en el mismo sentido, vid.: PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo I*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 256 y 257.

Sin embargo, otros autores como GASPAR ARIÑO entienden que imputar los orígenes del contrato administrativo al plano procesal es un error histórico:

(...) Recordaré únicamente que hay en ellas, de entrada, un error histórico: no es cierto que en las primeras regulaciones de la jurisdicción contenciosa se atribuya a ésta el conocimiento de todos los Contratos del Estado, ni que la distinción entre ellos juegue exclusivamente en el plano procesal. Tampoco es cierto, históricamente, que nuestros Tribunales hayan construido la doctrina del contrato administrativo, por influencia de DUGUIT, JEZE o FERNÁNDEZ DE VELASCO, sino que desde mucho antes nuestros Tribunales habían formulado una doctrina bastante completa del régimen jurídico de los contratos “de obras y servicios públicos (...).

ARIÑO ORTIZ, G. “El concepto de contrato público en la CEE”. *Noticias CEE*, núm. 21, 1986, p.25.

¹⁵³ Publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 3860, de 9 de abril de 1845.

en la modificación operada por el Real Decreto de 17 de julio de 1849—¹⁵⁴, les atribuyó el conocimiento:

en primera y única instancia de las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por el Gobierno ó por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración Civil¹⁵⁵.

La primera regulación sustantiva sobre los contratos públicos se llevó a cabo en un contexto histórico en el que los Gobiernos se caracterizaban por luchar contra la corrupción. Los motivos principales para afrontar la regulación de la contratación administrativa en ese momento fueron, principalmente, dos: por una parte, la exigencia de disponer de una ordenación estable de la Hacienda Pública y, por la otra, la necesidad de controlar las adjudicaciones de los contratos públicos tras los grandes escándalos financieros de la época derivados de la construcción de carreteras y de la red ferroviaria¹⁵⁶.

El primer intento de regular los contratos públicos lo encontramos en el proyecto de Ley de Administración y Contabilidad que el Ministro de Hacienda Santillán remite a las Cortes en el año 1847¹⁵⁷. Nunca llegó a ver la luz, se trataba de un

¹⁵⁴ Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, aprobando interinamente el reglamento que á continuación se inserta sobre el modo de proceder en la sustanciación de los negocios contenciosos que se ventilan en el Consejo Real; y Real Decreto de 17 de julio de 1849, reformando el párrafo primero del art. 1.º del reglamento del Consejo Real de 30 de Diciembre de 1846 (*Gaceta de Madrid*, núm. 4505, de 14 de enero de 1847 y núm. 5427, de 23 de julio de 1849, respectivamente).

¹⁵⁵ Como ya se ha apuntado en la anterior nota *supra*, para GASPARIÑO es un error ver en este precepto un criterio orgánico que determine un verdadero fuero administrativo *ratione personae*, al respecto, el autor sostiene:

Esta apreciación es errónea, como lo demuestra, entre otras, la decisión del Consejo Real de 9 de mayo de 1849 en la que éste afirmará que “no le corresponde el conocimiento de la demanda en primera y única instancia con arreglo al citado párrafo de su Reglamento (el que acaba de ser suscrito) pues aunque dicho párrafo no expresa que los contratos que menciona sean para servicios y obras públicas, esta circunstancia debe reputarse sobrentendida en su disposición”. En el asunto de que se trataba (aprovechamiento de hornos y escombros de las fábricas del Estado) el Consejo anula la Sentencia del Provincial de Almería y ordena se pase lo actuado al Juzgado de Primera Instancia.

ARIÑO ORTIZ, G. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo I. Granada: Comares, 2002, p.29.

¹⁵⁶ Vid.: MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo IV. Madrid: lustel, 2011, p. 274. En este mismo sentido Vid.: VICENS VIVES, J. *Historia social y económica de España y América*. Vol. IV. Barcelona: Vicens-vives, 1959, p. 266.

¹⁵⁷ Se ha de indicar que, en el presente epígrafe, los textos de los proyectos normativos de la época han sido analizados a partir de la recopilación efectuada por BASSOLS COMA, M. “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”. En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las*

proyecto de Ley de Administración y Contabilidad, donde se incluía un capítulo que regulaba la contratación de los servicios públicos. Posteriormente, su sucesor Bravo Murillo, promulgó la Ley de Administración y Contabilidad de 1850¹⁵⁸ —más conocida como Ley Bravo Murillo—, no obstante, la referida Ley no abordó la cuestión relativa a la contratación pública que fue objeto de un proyecto independiente, presentado por el Ministro de Hacienda Seijas Lozano en fecha 20 de diciembre de 1850 y reiterado, sin modificaciones, el 16 de junio de 1851. En el Preámbulo de dicho proyecto se proclamaba que aspiraba a ser una ley general de la contratación pública. El proyecto tenía por objeto evitar “abusos de arbitrariedad, fáciles de cometer en materia que se presenta llena de estímulos peligrosos y más fáciles aún de presumir contra los funcionarios que con mayor celo y justificación manejan los intereses públicos”. Este proyecto también fracasó.

Es posteriormente, tras diversos intentos frustrados, cuando Bravo Murillo, como Presidente del Consejo de Ministros, aprueba con rango reglamentario, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852¹⁵⁹, “estableciendo reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios públicos”¹⁶⁰. A partir de este momento es cuando podemos afirmar que el Estado empezaba, de manera generalizada, a estar obligado a aplicar toda una serie de procedimientos de selección de contratistas a fin de adjudicar el contrato a la mejor oferta y evitar situaciones

Administraciones Públicas). Barcelona: Praxis, 1995, pp. 21 y ss. En lo que a los textos de las disposiciones normativas del siglo XIX se refiere han sido extraídos de: *Gazeta: colección histórica* [On line] <http://www.boe.es/legislacion/gazeta.php>; y de la Recopilación efectuada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Legislación Administrativa Española del Siglo XIX*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

¹⁵⁸ Ley de 20 de febrero de 1850, sobre Administración y Contabilidad (*Gaceta de Madrid*, núm. 5686, de 23 de febrero de 1850).

¹⁵⁹ Real Decreto 27 de febrero de 1852, mandando que los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebren por remate solemne y pública, previa la correspondiente subasta (*Gaceta de Madrid*, núm. 6460, de 29 de febrero de 1852).

¹⁶⁰ En el Preámbulo de la citada disposición reglamentaria se señalaba:

La Comisión nombrada por el Congreso para examinar dicho proyecto de Ley concluyó su trabajo el 6 de diciembre de 1851, pero a pesar de su importancia no pudo ser leído ni discutido, y en tal estado, el Ministro que suscribe, de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene la honra de proponer a V.M., la expedición de un Real Decreto por el cual, sin perjuicio de que a su tiempo adquiera el carácter de Ley, se ponga en ejecución dicho proyecto aprobado por la Comisión, y le mueve a ello el considerar no sólo la urgencia que hay en que se regularicen los métodos que hoy se siguen para la celebración de los contratos públicos sino también la creencia en que se encuentra de la bondad del trabajo de la Comisión y de que servirá más bien para restringir los actos de la Administración y sujetarlos a límites estrechos, que para ampliarlos.

fraudulentas contrarias al interés general. La única referencia que se contenía en cuanto al ámbito subjetivo era la del artículo 1 cuando establecía que “los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta” y la del artículo 14 cuando señalaba que el “Gobierno aplicará las disposiciones del presente Decreto, por medio de Reglamentos, a los servicios y obras públicas provinciales y municipales”. En cumplimiento de esta última previsión, se dictó el Real Decreto de 4 de enero de 1883¹⁶¹, a través del cual se dispone que:

los contratos que celebren las Diputaciones provinciales ó los Ayuntamientos para toda clase de servicios, obras, compras, ventas y arrendamiento, y en general todos aquellos que hayan de producir gastos ó ingresos en los fondos provinciales ó municipales se celebren por remate, previa subasta pública.

Este Real Decreto del 1883 no se limitó a adaptar el Real Decreto de 1852, sino que fue más allá, estableciendo una disciplina contractual más completa e innovadora. Es interesante observar que en el Preámbulo del citado Real Decreto ya se señalaba que hasta su entrada en vigor, el anterior Real Decreto de 27 de febrero de 1852 no sería aplicación ni a los Ayuntamientos ni a las Diputaciones; no obstante, se hacía hincapié y se justificaba la necesidad de que estas Administraciones aplicasen el régimen de las subastas, ajustándose esencialmente, a las normas previstas en el Real Decreto Bravo Murillo, y a tal efecto se dice:

Estos Reglamentos no han llegado a publicarse, a pesar del tiempo transcurrido, y por esta razón se ha dudado en varias ocasiones de si las Diputaciones y Ayuntamientos están sujetos a la observancia de los preceptos que regulan para el Estado aquellos actos, y aún se han dictado algunas resoluciones en sentido negativo.

La conveniencia de que estas Corporaciones celebren sus contratos mediante subasta, ajustándose esencialmente a las reglas establecidas en aquel Real Decreto, está, sin embargo declarada en la prevención aludida, y ha sido además reconocida en diferentes disposiciones, ya generales, como la Ley de Presupuestos y Contabilidad provincial de 20 de septiembre de 1865 y el reglamento de la misma fecha que hacían necesaria la subasta para la contratación de todos los servicios y obras provinciales (...).

Muchas de estas disposiciones han sido derogadas por las Leyes provinciales y municipales publicadas posteriormente; otras no alcanzan más que a casos concretos, que vienen hoy a constituir excepciones en

¹⁶¹ Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 5, de 5 de enero de 1883.

el sistema general de la libre contratación por las Corporaciones provinciales y municipales, y aunque las mejor regidas de éstas suelen ajustarse voluntariamente en sus contratos a la legislación del Estado, reconociendo así que las subastas son favorables a sus intereses, no hay un precepto general que las obligue, ni existe, en realidad, una legislación que les sea propiamente aplicable.

Durante el siglo XIX se elaboraron otros proyectos de Ley con la finalidad de modificar la Ley de Administración y Contabilidad, incluyendo capítulos donde se contenían las regulaciones de la contratación pública; proyectos, que nunca se llegaron a aprobar. El primero, el proyecto de Ley de Administración y Contabilidad que el Ministro Gamazo presentó en el año 1893 donde se incorporaba un capítulo dedicado a la Contratación Pública. Posteriormente, se presentó otro de características muy similares por parte del Ministro de Hacienda Amós Salvador¹⁶².

Como podemos apreciar, la dualidad de regímenes en sede de contratación pública, correspondientes al Estado, por una parte, y a los Ayuntamientos y a las Diputaciones Provinciales, por otra, se empieza a gestar en esta época de la historia, manteniéndose, como ahora evidenciaremos, a lo largo del siglo XX hasta la Ley 13/1995.

2.2 Normativa dictada desde principios del siglo XX hasta la LCE

2.2.1 Normativa dictada a principios del siglo XX

Ya en el siglo XX, el Presidente del Consejo de Ministros Marcelo de Azcárraga, presentó un nuevo proyecto de Ley de fecha 20 de noviembre de 1900, bajo el título "Reformando la legislación administrativa para la contratación de obras y

¹⁶² Es sugestiva, la aportación que realiza el Preámbulo del proyecto de Ley del Ministro Gamazo cuando señala:

(...) la interesante materia de los contratos administrativos forma parte integrante del adjunto proyecto, pues nada es más lógico que tratándose de la ley fundamental que determina la acción de los gobiernos en la dilatada esfera de la administración y contabilidad de la Hacienda Pública, se fije en ella los preceptos, requisitos y reglas fundamentales a que han de subordinarse los convenios que el Estado celebre para la ejecución de obras y servicios públicos. Reconocido como Ley el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, sus reglas constituyen también el fondo del capítulo 3º del adjunto proyecto, estableciéndose como principio general, la pública licitación sin perjuicio de adoptar el sistema de concurso o contratación directa, cuando se trate de servicios cuya importancia o naturaleza impongan el cambio de procedimiento.

servicios públicos, establecida por el Real Decreto de 27 de febrero de 1852”. Se trataba de un proyecto de sesenta y cuatro artículos que recogía los elementos esenciales de la contratación pública, con una redacción que ha sido calificada por la doctrina como precisa e inteligente¹⁶³. Si bien tampoco llegó a aprobarse, se ha de destacar que, por primera vez, se recoge una definición de “contrato administrativo” —artículo 2—, en los siguientes términos:

Son contratos administrativos aquellos en que interviniendo de una parte la Administración General del Estado, las provincias o los municipios, tengan por objeto la adquisición de efectos o materiales y suministros, la ejecución de obras, el arriendo de edificios, el de la administración y recaudación de las contribuciones, impuestos, monopolios o arbitrios o el de cualquier otro servicios de carácter personal y en general todos lo que se celebren para satisfacer una necesidad o realizar un fin de interés público general o provincial.

Fue posteriormente, en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1 de julio de 1911¹⁶⁴, cuando se introdujo en el Capítulo V la regulación de los contratos públicos —artículos 47 a 66—. Esta norma fue el resultado del proyecto de Ley de fecha 1 de octubre de 1910 presentado por el Ministro de Hacienda Cobián. De acuerdo con el Preámbulo de la Ley, el texto resultó prácticamente una reproducción del proyecto de Gamazo al que hemos aludido anteriormente¹⁶⁵. Se puede afirmar que esta Ley —cuyo Capítulo V fue suspendido posteriormente mediante Decreto-Ley de 22 de octubre de 1936 por las circunstancias bélicas—, fue el primer hito del siglo XX en cuanto a la regulación sustantiva de los sistemas de adjudicación de obras y servicios se refiere. Se trata de una Ley que es continuista del Decreto Bravo Murillo, razón por la cual se mantiene el mismo estilo de redacción de preceptos y cláusulas generales. En el artículo 47 de la citada disposición legislativa se señalaba lo

¹⁶³ Tal y como señala BASSOLS COMA:

Su texto venía precedido de una brillante Exposición de Motivos de marcado acento doctrinal e institucional, que si bien dejaba traslucir la motivación político-administrativa del proyecto, fácilmente cabe adivinar que respondía al programa de renovación, de saneamiento y de moralidad administrativa que el primer Gobierno regeneracionista de Silvela había enarbolado a raíz de la crisis de 1898.

BASSOLS COMA, M. “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa... *Op. cit.*, p.47.

¹⁶⁴ Publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 185, de 4 de julio de 1911, en adelante, Ley de 1911.

¹⁶⁵ En el propio Preámbulo de la norma, haciendo referencia al proyecto de 10 de mayo de 1893 —Gamazo—, se reconocía lo siguiente: “(...) y siendo quien fue ilustre autor, maestro en las ciencias y en la práctica del Derecho, no hay para qué decir el exquisito cuidado que se ha puesto en conservar íntegra su labor jurídica”.

siguiente: “todos los contratos de obras o servicios por cuenta del Estado, se realizarán por subasta pública, excepto los determinados por esta Ley”.

Por otra parte, y en cuanto a la contratación de las Entidades Locales, nos hemos de referir en esta época a la Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales, aprobada mediante Real Decreto de 26 de abril de 1900¹⁶⁶. La norma de 1900 pretendía, según su propia Exposición de Motivos, superar el Real Decreto de 1883 y, a tal efecto, pretendía: “otorgar mayor libertad de acción a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos, relevándoles de la tutela del Estado en todo aquello que exclusivamente atañe a los intereses peculiares de provincias y pueblos”. Por su parte, el artículo 1 de la citada Instrucción establecía:

Los contratos que celebren las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos para toda clase de servicios, obras, ventas y arrendamientos, y en general, todos aquellos que hayan de producir gasto o ingreso en fondos provinciales o municipales, se celebrarán por remate, previa subasta pública, verificándose siempre las licitaciones por medio de pliegos cerrados y sujetándose las proposiciones que en ellos se hagan, al modelo prescrito para cada caso.

En una fase más avanzada, y como clara manifestación del principio de autonomía local ya iniciado anteriormente, se aprueba el 8 de marzo de 1924 el Estatuto Municipal¹⁶⁷, en cuyo artículo 150 se establecía:

Es de exclusiva competencia de los Ayuntamientos, subordinada tan solo a la observancia de las leyes generales del Reino, y a lo que esta Ley dispone, el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos, en la totalidad de su territorio, y en particular cuanto guarde con los objetos siguientes: (...)

21. Contratos y concesiones para obras, edificios o servicios municipales.

Esta norma siguió el mismo esquema que el introducido en la Instrucción de 1900 y que la Ley de 1911, y efectúa una aproximación al régimen de contratación establecido por esta última Ley. En este sentido, el artículo 161 del Estatuto Municipal establecía que:

¹⁶⁶ Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 119, de 29 de abril de 1900 —en adelante, Instrucción de 1900— y sustituida, posteriormente, por el Real decreto de 24 de enero de 1905, por el que se aprueba la Instrucción adjunta para la contratación de los servicios provinciales y municipales (*Gaceta de Madrid*, núm. 26, de 26 de enero de 1905).

¹⁶⁷ Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, por el que se aprueba el Estatuto municipal (*Gaceta de Madrid*, núm. 69, de 9 de marzo de 1924).

Los contratos de obras y servicios municipales se verificarán, por regla general, mediante subasta, que ha tener lugar en el Ayuntamiento, y por concurso, gestión o contrato directo, en los casos que se determinan a continuación.

En desarrollo del Estatuto Municipal se dictó el Reglamento aprobado mediante el Real Decreto de 2 de julio de 1924¹⁶⁸, para la contratación de las obras y servicios a cargo de las entidades municipales. Se trata de una norma que detalla de una forma muy precisa la contratación municipal y que presenta una línea continuista de las anteriores disposiciones.

También se aprobó en aquella época el Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925¹⁶⁹, en cuyo artículo 108 se regulaba lo siguiente: “Son además, funciones propias de las Diputaciones provinciales: (...) 5.º Contratos y concesiones para obras, edificios o servicios provinciales y obras, instalaciones y edificios para la Administración provincial”¹⁷⁰.

Posteriormente se dictaron toda una serie de Leyes que afectaban al ámbito local pero que no representaron ninguna novedad en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, de las que destacamos: la Ley de Bases de 10 de julio de 1935 para la reforma del Régimen Municipal¹⁷¹ y, en cumplimiento de la misma, la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935¹⁷²; la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945; el Decreto de 16 de diciembre de 1950 mediante el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945; y el Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953¹⁷³.

¹⁶⁸ Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 86, de 4 de julio de 1924.

¹⁶⁹ Real Decreto de 20 de marzo de 1925, aprobando el Estatuto provincial (*Gaceta de Madrid*, núm. 80, de 21 de marzo de 1925).

¹⁷⁰ De acuerdo con el artículo 119 del Estatuto Provincial, los contratos de obras y servicios provinciales se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 161 a 165 del Estatuto municipal y en el reglamento aprobado por Real Decreto de 2 de junio de 1924.

¹⁷¹ Ley de 10 de julio de 1935 autorizando al Gobierno para que en el término de tres meses promulgue una ley Municipal con estricta sujeción a las Bases que se publican (*Gaceta de Madrid*, núm. 193, de 12 de julio de 1935).

¹⁷² Decreto de 31 de octubre de 1935 por el que se aprueba la Ley Municipal (*Gaceta de Madrid*, núm. 305, de 1 de noviembre de 1935).

¹⁷³ Publicados en el *BOE*, núm. 199, de 18 de julio de 1945; 363, de 29 de diciembre de 1950; y

2.2.2 Normativa dictada en los años cincuenta

La Ley de 20 de diciembre de 1952 mediante la cual se sustituye la redacción del capítulo V de la Ley de 1911, relativo a los contratos para la ejecución de obras y servicios públicos¹⁷⁴, y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, constituyeron dos hitos en la legislación de los años cincuenta en materia de contratación pública.¹⁷⁵ Así, la propia Exposición de Motivos de la Ley del 52 se refería a la suspensión de la vigencia de la Ley de 1911, señalando que era más aconsejable una nueva regulación que el restablecimiento puro y simple de la ley original¹⁷⁶. Por otra parte, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, es una norma que contiene cien artículos y que recoge la disciplina completa en unos términos que influirán en toda la legislación posterior, regulando, por una parte, las formas de adjudicación y, por la otra, el cumplimiento, extinción y resolución de los

191, de 10 de julio de 1955, respectivamente.

¹⁷⁴ Publicada en el *BOE*, núm. 359, de 24 de diciembre de 1952, en adelante, Ley del 52.

¹⁷⁵ En la misma línea también se ha de hacer referencia al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955 —en adelante, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955— (*BOE*, núm. 196, de 15 de julio de 1955).

¹⁷⁶ Sobre este respecto, la citada Exposición de Motivos —primer párrafo—, señala:

El Decreto Ley de veintidós de octubre de mil novecientos treinta y seis suspendió la vigencia del capítulo quinto de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de uno de julio de mil novecientos once y de los demás preceptos de la misma, en cuanto fueran incompatibles con la organización transitoria del nuevo Estado español. Desaparecidas las circunstancias que motivaron aquella disposición y firme el Gobierno en el propósito de normalizar la vida administrativa, surgió la necesidad de restablecer la plena vigencia de dicha Ley. Pero decretarlo así, pura y simplemente respecto de su capítulo quinto, relativo a la contratación administrativa ofrecía el inconveniente de restablecer unas disposiciones que no se acomodan bien a las circunstancias actuales, por cuya razón al ponerlo nuevamente en vigor, se han introducido en el texto primitivo las modificaciones que se han juzgado necesarias.

GARCÍA DE ENTERRÍA hace una crítica de la escasa capacidad innovadora de la norma, al señalar que:

Las garantías de la Hacienda no deben aplicarse, por otra parte, sólo respecto a los funcionarios que ordenan los gastos, sino también respecto a los contratantes que han de lucrarse con estos gastos y que por su misma disposición económica tienden siempre con normalidad a la obtención de un mayor beneficio a costa de otro contratante, es decir del propio Tesoro. Recordar que una regulación contractual de fondo es siempre ordenada íntegramente a un interés patrimonial y puede parecer perogrullesco pero merece la pena insistir en ello para lamentar que la oportunidad de esta Ley no se hubiese utilizado más generosamente.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa". *RAP*, núm. 10, 1953, p. 249.

contratos de las Corporaciones Locales. Este Reglamento constituyó la primera norma que en un mismo documento recoge el régimen jurídico del procedimiento contractual y las incidencias relativas a la ejecución. Las especialidades contractuales del Derecho local empiezan a declinar años después con el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, dictado en desarrollo del Texto Articulado de la Ley 41/1975, en el que se produce una primera adaptación a la legislación de contratos del Estado¹⁷⁷. La progresiva asimilación continuará con la LBRL y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local¹⁷⁸. Por último, y como después veremos, la Ley 13/1995 derogó, definitivamente, el Reglamento de 1953.

2.2.3 La LEEA

Mención especial requiere la LEEA, y para evidenciarlo es necesario que recordemos que el intervencionismo de la Administración Pública ha pasado por tres etapas que, a su vez, se corresponden con tres grados distintos de intervención¹⁷⁹. En la primera, durante el período del Estado Liberal, el Estado deja libre la actividad privada, limitándose a ordenarla mediante normas jurídicas en su vertiente legislativa y judicial. Se traducía con el mantenimiento y protección del Derecho de propiedad y la libertad del comercio e industria. La segunda, caracterizada por la técnica de las medidas de fomento, donde se estimula la actividad de algunos sujetos privados en cuanto se consideraba que ello revierte en el interés general que debe ser tutelado. Y la tercera y última etapa, presidida por un intervencionismo masivo de los poderes públicos en la vida de los ciudadanos. En esta etapa, el Estado se convierte en productor. Es a

¹⁷⁷ La Base 46 del Texto Articulado de la Ley 41/1975 señala lo siguiente:

1. Las normas sobre contratación local se adaptarán a las que rigen para la Administración del Estado.
2. En la adaptación a que se refiere el número anterior se tendrán en cuenta los distintos tipos de Entidades Locales, según sus cifras de población y presupuesto, así como la propia peculiaridad de las obras, bienes, suministros y servicios locales.

¹⁷⁸En adelante, Texto Refundido del Régimen Local.

¹⁷⁹ Vid.: MONTOYA MARTÍN E. *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*. Barcelona: Marcial Pons, 1996, p. 202 y ss.

partir del intervencionismo del Estado en la vida económica y social cuando se empiezan a desarrollar las formas instrumentales de personificación¹⁸⁰.

Con anterioridad a la LEEA, la Ley del 52 hizo expresa referencia, por primera vez, a la contratación por parte de las Administraciones Estatales Autónomas, justificándolo en su Exposición de Motivos —último párrafo— en los siguientes términos:

La creación de las Administraciones estatales autónomas ha sido impuesta en la mayoría de los Estados modernos por la ineludible necesidad de dotar de cierta independencia económica y administrativa a los servicios públicos que, por su naturaleza y especiales condiciones no pueden estar sometidas a una rígida centralización. Es propósito del Gobierno regular estas autonomías y limitar, en cuanto sea posible, los casos en que hayan de ser reconocidas, pero inspirándose en el deseo de no entorpecer el funcionamiento de las entidades que disfrutaban de

¹⁸⁰ Se ha de recordar, y sólo a título de ejemplo, que el INI fue creado por Ley de 25/30 de septiembre de 1941 (*BOE*, núm. 273, de fecha 30 de septiembre de 1941, rectificada en *BOE*, núm. 280, de 7 de octubre de 1941) [En la primera versión de la Ley se reseña como Ley de 25 de septiembre, en la rectificada, como Ley de 30 de septiembre], con el carácter de entidad de Derecho público, señalándose en su artículo segundo, que la entidad utilizaría los métodos de las sociedades anónimas privadas. Asimismo, la citada entidad estaba capacitada para la creación de empresas filiales.

Otro ejemplo lo encontramos en la creación de RENFE por la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941 (*BOE*, núm. 28, de fecha 28 de enero de 1941) que la configuró como una entidad con personalidad jurídica de Derecho público actuando en régimen de empresa mercantil. Ya desde un buen principio, la doctrina fue muy crítica con la creación de este tipo de entidades, y así por ejemplo GASPAR ARIÑO denunciaba la inadmisibilidad de un sistema que permitía que se adjudicasen contratos por valores millonarios sin someterse a formas de garantía y sin auténtico control externo, todo ello basado exclusivamente en la idea de que se trataba de entidades distintas del Estado que requerían agilidad en su actuación y, amparándose en esta razón, quedaban convertidos en centros de poder exentos del sistema general de legalidad y de las garantías que el Derecho público impone.

Vid.: ARIÑO ORTIZ, G. *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico: Mito y Realidad de las Personas Jurídicas en el Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1974, p. 235 y ss.

JOSÉ BERMEJO VERA, concreta la crítica, y alude a la propia RENFE. El autor rechazaba la solución legal de someter al Derecho privado la actuación del ente público, al señalar:

Aun cuando los contratos de obras, suministros y servicios que celebra esta entidad quedan excluidos por el Estatuto de RENFE de los procedimientos públicos de contratos que los remite a las normas de Derecho mercantil y civil, como RENFE es un ente público y encaja, por lo tanto, en el concepto de Administración pública y sus contratos corresponden a una actividad de servicio público, le es de aplicación la Ley de Contratos del Estado y, por lo tanto, las normas que ésta contiene para todos los contratos de obras, servicios y suministros. Ante dos normas del mismo rango con previsiones contrarias, debe primar la posterior en el tiempo, es decir, la Ley de Contratos del Estado, y los contratos de obras, suministros y servicios que RENFE celebre habrán, en definitiva, de adecuarse a la legislación administrativa de contratos.

BERMEJO VERA, J. *Régimen Jurídico del Ferrocarril en España (1844-1974): Estudio específico de RENFE*. Madrid: Tecnos, 1975, p. 293.

ellas. Se previene en esta Ley que la adaptación a las mismas del régimen de contratación y ejecución directa de las obras y servicios públicos que en ellas se establecen se habrán de hacer mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, teniendo presentes las particularidades de cada una de las entidades dichas, de manera que no se perturbe el normal funcionamiento de los servicios que tienen a su cargo.

El artículo segundo de la Ley del 52 era el que habilitaba al Gobierno para adaptar los preceptos de la norma a las Administraciones Estatales Autónomas, adaptación que se haría mediante Decreto teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas¹⁸¹. Con esta referencia, el legislador, por primera vez, tomaba razón de la existencia de un nuevo ámbito de la Administración Pública que requería de una regulación propia. Será finalmente la LEEA y no un Decreto, la encargada de regular su régimen jurídico y de configurarlas como entidades con personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado y con una cierta autonomía funcional y financiera. Al respecto es interesante hacer referencia al análisis histórico que hace la propia Exposición de Motivos de la Ley — apartado tercero: “Antecedentes y ámbito de esta Ley”— cuando señala lo siguiente:

(...) [D]esde finales del primer cuarto de siglo, se manifestó en nuestro país, del mismo modo que en la casi totalidad de los civilizados, la tendencia a la descentralización administrativa, una de cuyas modalidades, la descentralización por servicios, da lugar frecuentemente a la creación, como instrumentos adecuados para llevarla a cabo, de las Entidades estatales autónomas. Por otra parte no se pone hoy en duda que la prestación de algunos servicios públicos no puede hacerse eficazmente de acuerdo con los principios tradicionales.

De acuerdo con el artículo 1.2 de la referida LEEA, ésta se aplicaba a los Organismos Autónomos, a los servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado y a las Empresas Nacionales. Los Organismos Autónomos se configuraban como entidades de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes de la del Estado, al que se le encomienda la organización y administración de algún servicio público. De conformidad con el artículo 41 de la Ley, la contratación y ejecución directa

¹⁸¹ El artículo segundo de la Ley del 52, literalmente señalaba que:

La adaptación de los preceptos de esta Ley a las Administraciones autónomas será objeto de reglamentación especial, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, que se dictará teniendo presentes las particularidades de cada una de ellas, en orden al normal funcionamiento de los servicios a su cargo.

de obras y servicios se acomodaría a lo establecido en el Capítulo V de la Ley de 1911 —de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública— y demás disposiciones aplicables al Estado. Por otra parte, la Ley añade junto a los Organismos Autónomos, una nueva categoría de entes instrumentales — denominados Empresas Nacionales—, que se definen como entidades de Derecho privado creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras de análoga naturaleza y finalidades propiamente económicas. Se debían constituir como sociedades anónimas y de acuerdo con el artículo 91 se regían por normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en el Título III de la propia Ley y las disposiciones especiales aplicables a las mismas.

Esta Ley fue el primer resultado de los intentos de reordenación de la compleja Administración Institucional, con la que se trataba de poner fin al fenómeno ya generalizado de creación de Organismos Autónomos con una regulación singular y distinta, que nada tenía que ver con la establecida con carácter general para la Administración Pública¹⁸². Este fenómeno fue descrito por CLAVERO como una “huida o evasión del Derecho administrativo general”¹⁸³.

VILLAR PALASÍ, en su antiguo trabajo de 1950, ya achacaba la crisis de los conceptos tradicionales del Derecho administrativo a la alteración de la realidad administrativa. El autor encuentra la justificación de la remisión al Derecho privado en la inadecuación del Derecho administrativo para servir a las nuevas tareas productivas asumidas por el Estado, a diferencia del primero, que conlleva una mayor flexibilidad a la hora de llevar a cabo la gestión productiva de la Administración. A tal efecto, el autor distinguía entre la actividad productora de bienes materiales a la que deben aplicarse las formas y el Derecho privado, de aquella otra que se limita a la prestación de servicios y que ha de sujetarse al Derecho administrativo. El autor afirma:

La Administración tiene un “hambre de nuevas formas” que sólo el Derecho común ha sabido y podido suministrarle. Junto a la decantada “politización del Derecho común”, cabría colocar la “privatización del Derecho público” no en cuanto a su sustancia específica, ya que la

¹⁸² Vid.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S.R. “Las empresas públicas. Reflexiones en el momento presente”. *RAP*, núm. 126, 1991, p. 70.

¹⁸³ CLAVERO ARÉVALO, M. “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Públicas”. *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962, p. 13.

Administración, aun cuando actuando bajo régimen privatístico, no pierde jamás su carácter de pública potestad, sino en cuanto a la forma jurídica a que se someten las nuevas tareas administrativas¹⁸⁴.

Como venimos diciendo, la LEEA supuso un cambio radical en el panorama de los entes contratantes en materia de contratación pública, al regular a entidades con personalidad jurídica, distinta de la del Estado y de las Entidades Locales, que se sujetaban al Derecho privado. A partir de este momento se empieza a generalizar su creación con el claro designio de evitar la normativa de contratación pública. La proliferación de estas entidades en base a un régimen jurídico normativizado y contenido en una disposición legal conlleva, además de las críticas por parte de la doctrina más autorizada que ven en éstas una clara manifestación de la huida del Derecho administrativo, una infracción de la normativa europea en materia de contratación pública tras la incorporación de España a la Comunidad Europea.

3. LCE Y OTRAS DISPOSICIONES DE APLICACIÓN

3.1. La LCE y sus reglamentos de desarrollo

3.1.1 Redacción de la Ley y de sus reglamentos

El 28 de diciembre de 1963 se dicta la Ley de Bases 198/1963 de Contratos del Estado¹⁸⁵, que contenía diecisiete bases y una completa Exposición de Motivos. La Disposición Final de la citada Ley autorizaba al Gobierno para que dictase el Texto Articulado, y se facultaba al Ministerio de Hacienda para proponer las disposiciones reglamentarias en cumplimiento de la norma. A tal efecto, y mediante el Decreto 923/1965, de 8 de abril, se aprueba el Texto Articulado de la LCE, el cual fue modificado posteriormente mediante la Ley 5/1973 de 17 de marzo¹⁸⁶. Por otra parte, el desarrollo reglamentario se llevó a cabo, en un primer

¹⁸⁴ VILLAR PALASÍ, J.L. "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo". *RAP*, núm. 3, 1950, p. 94.

¹⁸⁵ En adelante, Ley de Bases de Contratos del Estado del 63.

¹⁸⁶ Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado.

momento, mediante el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre¹⁸⁷. Posteriormente, y tras la modificación legal operada en el 73, se dicta el ya referido Reglamento de contratación del 75. La Ley de Bases de Contratos del Estado del 63 reordenó y modernizó la legislación existente en ese momento, y se decantó por el sometimiento de los contratos al Derecho administrativo, al señalar en su Exposición de Motivos —Expositivo I— que:

La sumisión preferente al Derecho Administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por esta Ley su perfil institucional y los configura como una categoría independiente con alejadas raíces en el Derecho privado de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico: contrato y Derecho Administrativo para dar vida a un ente original.

En cuanto al ámbito subjetivo se refiere, el artículo 1 de la LCE establecía que era aplicable a los contratos adjudicados por la Administración del Estado, la cual actúa con personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines¹⁸⁸. Además, se señalaba en la Disposición Final Segunda de la Ley que dichas previsiones legales eran aplicables también a los Organismos Autónomos regulados por la LEEA¹⁸⁹, Disposición Final que tuvo su desarrollo en el Libro IV del Reglamento de contratación del 67 bajo el título: “Normas especiales para la contratación de los Organismos Autónomos”, donde se establecía que la contratación de estas entidades se regía por las mismas disposiciones que las de la Administración del Estado.

Por otra parte, el artículo 398 del citado Reglamento del 67 establecía que las Empresas Nacionales y los entes públicos que se regían por el Derecho privado debían ajustarse a la LCE en la fase de preparación y adjudicación de los contratos de obras y servicios¹⁹⁰, precepto que estaba en contradicción —en

¹⁸⁷ Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril — en adelante, Reglamento de contratación del 67—.

¹⁸⁸ De conformidad con el artículo 1 de la antigua Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado (*BOE*, núm. 187, de 22 de julio de 1957), que literalmente señalaba: “La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”.

¹⁸⁹ En la Base XVII de la Ley de Bases Contratos del Estado del 63 se reflejaba la autorización al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias con el fin de adaptar a las normas establecidas en la Ley a la contratación de los Organismos autónomos.

¹⁹⁰ El citado artículo 398 establecía:

cuanto a las Empresas Nacionales— con el artículo 91 de la LEEA al que acabamos de hacer referencia, ya que mientras el precepto legal sujetaba a estas entidades al Derecho privado, la disposición reglamentaria lo hacía en la parte correspondiente a la preparación y adjudicación de los contratos de obras y suministros al Derecho público. La polémica se planteó cuando la Intervención General del Estado requirió a la Empresa Nacional Bazán S.A. el cumplimiento de la normativa de contratación pública en cuanto a la preparación y adjudicación de una serie de contratos, al considerar que las adquisiciones que iba a realizar las hacía como mera mandataria de la Marina de Guerra. Ante esta situación, se planteó una consulta al Consejo de Estado, el cual emitió el Dictamen núm. 126 de fecha 9 de mayo de 1968 y elevó una Moción al Gobierno solicitando la derogación del artículo 398 del Reglamento de contratación del 67 al considerar que se encontraba en contradicción con el artículo 91 de la LEEA¹⁹¹. Sin embargo, el parecer de la Dirección General de Patrimonio y de la

Las empresas nacionales y los entes públicos que se rigen por el derecho privado en sus relaciones con terceros deberán preparar y adjudicar los contratos de obras y suministros que celebren conforme a la Legislación de Contratos del Estado, salvo que sus normas constitutivas lo prohíban o la naturaleza del tráfico que realizan sea de todo punto incompatible con las reglas de aquélla. (...)

¹⁹¹ El Consejo de Estado afirma en el citado Dictamen:

Tanto una como otra categoría de relaciones contractuales con terceros habrán de regirse por la legislación general de las Empresas Nacionales, es decir, por el Derecho privado de contratación, al que se remite el antes citado artículo 91 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas. Habrá que tener en cuenta, ciertamente, alguna especialidad establecida por el contrato aprobado por Decreto de 10 de septiembre de 1966; pero en todo caso, lo demás, el Derecho aplicable a estas relaciones contractuales con terceros será el Derecho privado y no la Ley de Contratos del Estado.

Y concluye:

En la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, no se contiene ningún precepto que extienda la aplicación de dicha Ley a la contratación de las Empresas Nacionales. Por el contrario, la disposición final segunda, recogiendo correctamente el mandato de las últimas disposiciones finales de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 dispone la aplicación de la Ley de Contratos del Estado a los organismos autónomos del Estado, con las especialidades contenidas en las reglas establecidas en la indicada disposición final segunda.

El criterio de la Ley de Contratos está claramente definido. La Ley se aplica a los contratos del Estados (ámbito principal de su regulación, tal como se define en el artículo 1 de la Ley) y a los contratos de los Organismos Autónomos del Estado, si bien con ciertas especialidades. Las Empresas Nacionales, en cambio, no entran en el ámbito normativo de dicho Cuerpo legal.

Y ello es así porque las Empresas Nacionales tiene una naturaleza jurídica y unas reglas de funcionamiento completamente diferentes de las propias de los Organismos Autónomos. Con los Organismos autónomos tienen únicamente de común la participación, total o parcial, del Estado en sus fondos y la consiguiente fiscalización de su actividad económica por el Tribunal de Cuentas. Pero, en todo lo demás, se trata de entidades jurídicas que en su estructura y en su funcionamiento responden a principios bien diferentes. Consecuentemente con esa sustancial diferenciación, los Organismos

Dirección General de lo Contencioso del Estado —Dictamen de 25 de enero de 1969— fue favorable a la idea de que se trataba de reglamentación de Derecho privado, como ordenación interna y, por tanto, reglas que debían cumplir las Empresas Nacionales. Se trataba de un *ius privatum singulare*¹⁹².

A resultas de la polémica anunciada, el citado artículo 398 no fue incorporado en el Reglamento de contratación del 75, y fue sustituido por una extensa Disposición Transitoria Segunda donde se establecía que las Empresas Nacionales y los entes públicos que se regían por el Derecho privado en sus relaciones con terceros se sujetarían a meras normas especiales, —aprobadas por ellas mismas— aplicándose, en defecto de regulación, los principios inspiradores de la contratación pública. La Disposición transitoria señalaba literalmente que:

autónomos quedan sometidos a los preceptos de la Ley de Contratos del Estado, mientras que las Empresas Nacionales no aparecen incluidas en el ámbito de esa normativa. (...)

El Consejo de Estado, no obstante haber dictaminado en su momento dicho Reglamento sin hacer observación alguna al precepto que acaba de reproducirse, considera oportuno determinadas objeciones a la legalidad del expresado precepto reglamentario. La armonía del ordenamiento jurídico, por la que, dentro de su competencia, debe velar este Alto Cuerpo Consultivo, obliga a este Consejo de Estado a denunciar la contradicción que existe entre la Ley de Contratos del Estado y la de las Entidades Estatales Autónomas, por un lado, y el artículo 398 del Reglamento de la Ley indicada en primer lugar. (...)

A la luz de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado estima necesario suprimir las graves perturbaciones que se producirían en el ordenamiento jurídico con la aplicación del artículo 398 del Reglamento de Contratos del Estado, para lo cual es preciso dictar la oportuna disposición legal con rango de Decreto, derogando en su totalidad el citado artículo 398.

¹⁹² La Dirección General de lo Contencioso en el Dictamen de 25 de enero de 1969 señala:

(...) parece claro que el mandato del art. 398 del Reglamento de Contratación no publica las relaciones contractuales de las Empresas Nacionales, que, según afirma el propio precepto, “se rigen por el Derecho privado”. Para corroborar dicho aserto es suficiente considerar que las Empresas Nacionales no son, a estos efectos -aunque lo sean de modo indirecto y desde la perspectiva financiera-, Administraciones públicas; que las reglas de preparación y adjudicación de los contratos de obras y suministros que celebren dichas Entidades no disciplinan sus relaciones contractuales con terceros, sino que se limitan a ordenar la actividad de las Empresas Nacionales en la fase precontractual. Y, finalmente, como consecuencia de no revestir esas normas de carácter jurídico-público, que ningún derecho puede ser invocado frente a dichas Empresas o frente a la Administración, en caso de incumplimiento de aquellas normas.

La Dirección General de Patrimonio del Estado afirma, en este sentido, que el pliego de cláusulas que las Empresas Nacionales elaboran en cumplimiento del citado precepto del Reglamento de Contratación tendrá la naturaleza de un documento de régimen interior de cuya ejecución cuidaría, bajo su responsabilidad, el consejero-delegado o director gerente, sin que los terceros contratantes, por tanto, tengan derecho alguno a exigir su cumplimiento. Se trata, en efecto, de una norma de acción que no trasciende a las relaciones contractuales con terceros y cuya observancia por parte de las Empresas Nacionales no puede ser exigida por la Administración según los modos del Derecho público, sino según el principio de gobierno derivado de la representación de capital, propio de las sociedades anónimas.

Las Empresas Nacionales, aquellas entidades en las cuales la participación del Estado sea mayoritaria y los entes públicos que se rigen por el derecho privado en sus relaciones con terceros se sujetarán en materia de contratación de obras y suministros a sus normas administrativas especiales y a las que puedan dictarse sobre régimen jurídico de la Empresa Pública, aplicándose en su defecto los principios de la presente legislación, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con aquéllos.

En particular procurarán respetar en su actuación, al objeto de conseguir un comportamiento homogéneo en todo el sector público, los siguientes principios:

- a) La rigurosa preparación de los proyectos, especificaciones y pliegos de condiciones que sirvan de soporte al contrato, mediante los oportunos asesoramientos técnicos y jurídicos.
- b) La celebración de los contratos respetando, como regla general, los principios de publicidad y concurrencia.
- c) La inclusión de cláusulas en los contratos que estimulen al empresario a un correcto cumplimiento, y que salvaguarden el interés de la entidad en los casos de incumplimiento.

Incumbe a los Consejos de Administración de las indicadas Empresas y Entidades cuidar del cumplimiento de los principios que en este precepto se establecen, y de interpretar las dudas que suscite su aplicación¹⁹³.

El precepto en cuestión supuso una mayor flexibilidad en cuanto a la aplicación de la legislación de contratos en comparación con el precepto derogado, ya que como afirma ARIÑO, tras remitirse el precepto a unas hipotéticas “normas administrativas especiales” —inexistentes—, y a un estatuto jurídico de la empresa pública —nunca dictado— no prescribe la aplicación directa de la normativa estatal, sino sólo los principios de la legislación de contratación que la norma cita, encomendando a las propias empresas la adaptación de tales principios y la resolución de las dudas que suscite su aplicación. El autor

¹⁹³ Sobre esta modificación reglamentaria, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ afirman:

En atención a estas razones, el vigente RCE (disposición transitoria segunda) ha rectificado sensiblemente los términos del Reglamento precedente sustituyendo el “deberán preparar y adjudicar” por un “procurarán respetar” los principios de la contratación administrativa, que convierte a éstos en un *ius privatum singulare*, de orden estrictamente interno, y por lo tanto, no esgrimible frente a terceros, único planteamiento admisible hoy, dados, por otra parte, los categóricos términos del artículo 6.2 LGP (“Las sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley”, que, por cierto, no incluye excepción alguna a esta regla general en materia de contratación”).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo. Op. cit.*, 5.ª ed., 1989, reimpr.1991, p. 667.

concluye afirmando que la libertad de las empresas es máxima ya que, bajo la normativa de referencia, podrán hacer lo que crean conveniente y que la experiencia ha demostrado que el precepto en cuestión ha quedado en una pura declaración de intenciones¹⁹⁴.

3.1.2 Modificación de la LCE y del Reglamento de contratación del 75 tras la adhesión de España a la Comunidad Europea

Con la incorporación de España a la Comunidad Europea, nuestro país se vio obligado a adaptar su normativa interna a las Directivas europeas¹⁹⁵ y, a estos efectos, se aprobó la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas¹⁹⁶, la cual incorporaba un Anexo con aquellas normas con rango de Ley que debían ser adaptadas, apareciendo en último lugar la LCE¹⁹⁷. Evidentemente, también tendría que ser objeto de adaptación el Reglamento de contratación del 75.

En cumplimiento del mandato de la Ley 47/1985, se aprobó el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, de modificación de la LCE para adaptarla a las Directivas comunitarias. Se trataba de una Ley de cinco artículos que además de dar nueva redacción a diversos preceptos, introdujo otros tantos al Texto Articulado de la LCE¹⁹⁸. Con el fin de ajustarse a la normativa se dictó, también, el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, de modificación del

¹⁹⁴ ARIÑO ORTIZ, G. *Comentarios a la Ley de Contratos... Op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁹⁵ Las Directivas de obligada transposición en ese momento eran las siguientes: 71/304; 71/305; 71/306; 72/277; y 72/62.

¹⁹⁶ En adelante, Ley 47/1985.

¹⁹⁷ El artículo primero de la citada Ley establece lo siguiente:

Para el establecimiento de las obligaciones que España asumirá para su ingreso en las Comunidades Europeas, al amparo del artículo 82 de la Constitución, se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley en el ámbito de las competencias del Estado, sobre las materias reguladas por las Leyes incluidas en el anexo, a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario y en la medida en que tales materias resulten afectadas por el mismo, así como sobre materias, objeto de normas vigentes el 6 de noviembre de 1985, que exijan desarrollo por Ley no se hallen actualmente en vigor.

¹⁹⁸ En concreto, se dio nueva redacción a los artículos 9, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 37, 83, 84, 87, 98, 99, 102, 106 y 109, por otra parte, se incorporaron los artículos 29 *bis*, 36 *bis*, 84 *bis*, 99 *bis* y 99 *ter*.

Reglamento de contratación del 75¹⁹⁹. Las modificaciones operadas por las citadas normas no afectaron a ninguno de los preceptos que regulaban el ámbito subjetivo de la norma, no se modificó el artículo 1 de la Ley, ni tampoco la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de contratación del 75.

A pesar de estas modificaciones legislativas, posteriormente el Tribunal europeo condenó hasta en tres ocasiones al Reino de España por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias. Las sentencias fueron las de fechas 18 de marzo de 1992 —Asunto C- 24/1991—, de 17 de noviembre de 1993 —Asunto C- 71/1992—, y de 3 de mayo de 1994 —Asunto C- 328/1992—. De los tres pronunciamientos europeos, el más revelador fue el contenido en la Sentencia de fecha 17 de noviembre de 1993 que condenó a nuestro país por mantener toda una serie de disposiciones de la LCE, del Reglamento General de Contratación del 75 y del Texto Refundido del Régimen Local que contradecían la normativa comunitaria. La Sentencia condenó a España al entender que sus preceptos eran tan generales que contradecían el principio de seguridad jurídica²⁰⁰. Es interesante hacer notar que ninguna de las tres sentencias mencionadas hacía expresa referencia a la normativa interna reguladora del ámbito subjetivo de contratación pública. Nada se dijo en relación con la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de contratación del 75 que, claramente, estaba en contradicción con el concepto de poder adjudicador que contenía las Directivas comunitarias, desaprovechando de esta forma una

¹⁹⁹ Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Contratación del Estado para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y a las Directivas de la Comunidad Económica Europea.

²⁰⁰ En concreto, la Sentencia se refería a los siguientes preceptos: los artículos 2.3, 2.8, los apartados 1, 2, 7 y 8 del artículo 37.1, los apartados 1, 2 y 5 del párrafo cuarto del artículo 87, todos ellos de la LCE; los números 3 y 8 del artículo 2, los artículos 117 y 247, los números 1 y 3 del artículo 25.3, el párrafo quinto del artículo 284, el párrafo segundo del artículo 287, el párrafo segundo del artículo 312, el número 5 del párrafo tercero del artículo 320, el artículo 341 y el artículo 244 del Reglamento de contratación del 75; y el artículo 120 del Texto Refundido del Régimen Local.

Un estudio pormenorizado de esta Sentencia, puede verse en: TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993”. *Noticias Unión Europea*, núm. 121, 1995, pp. 99-114.

En cuanto a las otras Sentencias, se condenó al Reino de España porque la Universidad Complutense de Madrid adjudicó de forma directa unas obras. Se entendió que España incumplía los artículos 9 y 12 a 15 de la Directiva 71/305; y por adjudicar de forma directa los contratos de suministros de productos y especialidades farmacéuticas a la Seguridad Social, incumpliendo las obligaciones derivadas de la Directiva 77/62, respectivamente.

excelente oportunidad para declarar que el Reino de España también incumplía la normativa europea en cuanto al ámbito subjetivo se refería.

3.2. La LGP del 77 y sus posteriores modificaciones: Huida del Derecho administrativo

Como vemos, una de las tendencias más significativas en la organización administrativa española ha sido, ya desde antiguo, la llamada descentralización funcional, a través de la cual las funciones correspondientes a las Administraciones territoriales han sido asumidas por entidades autónomas, que pueden actuar sujetas a un Derecho diferente al que se aplica a sus matrices. Este proceso encuentra su teórica justificación en la flexibilidad que se les otorga frente a la presunta lentitud e ineficacia de las Administraciones de las que dependen. Este proceso de descentralización tiene especial relevancia en sede de la contratación pública y más en la época en la que estamos situados, donde estas entidades se sujetaban al Derecho privado. Dos claros ejemplos de lo dicho lo encontramos en la Ley de creación de RENFE que la configuró como una entidad con personalidad jurídica de Derecho público actuando en régimen de empresa mercantil y a la ya comentada LEEA.

El proceso al que aludimos se generalizó en épocas posteriores con la LGP del 77. Esta disposición clasificaba en el artículo 4 a los Organismos Autónomos del Estado en dos categorías: los de carácter administrativo y los de carácter comercial, industrial, financiero y análogo. De acuerdo con el artículo 4.2 de la citada Ley, los Organismos Autónomos del Estado se regirían por esa Ley y por las demás normas que les fuesen de aplicación en las materias no reguladas por la misma. Por otra parte, mediante la Disposición Adicional trigésima de la, ya referida, Ley de PGE para 1986, se establece que los contratos que celebren los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo se regirían, en cuanto a su preparación y adjudicación, por el régimen específico que para cada uno de ellos estableciera el Gobierno; régimen, que se sometería a los principios generales de la legislación sobre contratos del Estado. Se trataba de meros principios inspirados en la búsqueda del contratista, pero no de la regulación prevista en la normativa de contratación pública.

Además, el artículo 6 de la LGP del 77 delimitó que se consideraban sociedades estatales, las mercantiles, en cuyo capital social fuera mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos Autónomos y, también, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que por Ley debían ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado. Asimismo, se establecía, en el citado precepto, que estas sociedades estatales se regirían por las normas de Derecho mercantil, civil, o laboral²⁰¹.

A partir de ese momento, el legislador aprovechó la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para suprimir, transformar o crear entes instrumentales, dotándolos de un régimen jurídico caracterizado por la remisión al Derecho privado. Se trataba de una auténtica desbandada hacia modalidades sujetas al mismo; situación, ésta, evidenciada y denunciada por la doctrina mayoritaria que no ve freno a las ansias del legislador de crear entes sometidos al Derecho privado. Las consecuencias son especialmente graves en sede de la contratación pública, y ello porque, como hemos señalado, la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de contratación del 75 y las posteriores normativas que se han ocupado de la materia, facilitaban considerablemente que las entidades no observasen la normativa de contratación pública en sus relaciones con terceros²⁰².

²⁰¹ El artículo 6 de la LGP del 77 establecía:

1. Son Sociedades estatales a los efectos de esta Ley: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos, y b) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.
2. Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley.

Si bien en la redacción original del precepto no se especificaba el tipo de participación del Estado o de sus Organismos Autónomos, posteriormente, mediante la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, —en adelante, PGE para el 1984— se modifica el artículo 6 y se hace referencia expresa a la participación directa o indirecta.

²⁰² Muestra de la proliferación instrumental fue la transformación del Organismo Autónomo Instituto de Crédito Oficial —ICO— en una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1 b) de la LGP del 77, transformación que se llevó a cabo mediante la Ley 33/1987, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1988 —PGE para 1988—; la transformación del Organismo Autónomo INI por una entidad de Derecho público que por Ley sometería sus actividades al ordenamiento jurídico privado, operada mediante la Ley 37/1988, de 29 de diciembre de PGE para 1989 —PGE para 1989— o la transformación del Organismo Autónomo Administración Turística Española en una sociedad estatal de las previstas en el apartado 1. a) del artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria —TRLGP de 1988—, denominada: Paradores de turismo de España, operada mediante la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para 1990 —PGE 1990—.

La cuestión llega a ser de mayor envergadura cuando el artículo 124 de la Ley de PGE para 1988 —Título VIII bajo la denominación: “Disposiciones sobre la organización y los sistemas de gestión económico-financiera del sector público”— da nueva redacción al artículo 6 de la LGP del 77, e incluye un apartado quinto, que va a provocar una flagrante huida del Derecho administrativo mediante la creación indiscriminada de estas entidades. Esta modificación se incorporó definitivamente en el TRLGP de 1988, quedando redactado en los siguientes términos:

Uno.- Son Sociedades Estatales a efectos de esta Ley:

- a) las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público.
- b) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por ley hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

Dos.- Las Sociedades Estatales se regirán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación de la presente Ley.(...)

Cinco.- El resto de los Entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores, se regirá por su normativa específica.

La doctrina criticó de manera contundente el citado precepto y, así por ejemplo, PÉREZ MORENO sostiene que:

Ha sido el portillo por el que se ha multiplicado de forma alarmante la creación de entidades extrañas, atípicas, híbridas, e “independientes”, en las que no sólo se desgaja alguna actividad complementaria o instrumental de la Administración, sino que se produce una reconversión de la organización administrativa para sustituir su régimen de Derecho público por el Derecho privado. Para ello se han utilizado las Leyes singulares, o se ha desnaturalizado el contenido constitucionalmente posible de las Leyes de Presupuestos Generales insertando en ellas

Se puede afirmar que lo que la doctrina ha venido calificando como auténtica desbandada hacia modalidades sujetas al Derecho privado, se produce a través de las Leyes de Presupuestos dictadas en la década de los ochenta y noventa. Estas reestructuraciones van a suponer la conversión de Organismos Autónomos en entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado.

Vid.: VILLALBA PÉREZ F. *La contratación de las sociedades en Manos de las Administraciones Públicas: Principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 221 y ss.

artículos, a veces extensísimos, por los que se consuma un ejercicio de la discrecionalidad del legislativo que trasplanta la discrecionalidad organizativa del Gobierno²⁰³.

La crítica de la doctrina no era mera teoría, sino que encontraba su razón de ser en la vorágine del legislador en la creación de entes que se alejasen del Derecho público, al amparo de esa nueva disposición contenida en el TRLGP de 1988²⁰⁴. Han sido muchos los autores que han mostrado su preocupación por la tendencia legislativa en la creación de entes sujetos al Derecho privado, ya que han entendido que ese alejamiento del Derecho administrativo conlleva indefectiblemente una merma de garantías y de controles para aquellos que disponen de fondos públicos y que han de servir con objetividad los intereses generales. Así, MARTÍN-RETORTILLO llama la atención sobre ese proceso de creación de entidades privadas y dice:

En todo caso hay que ser muy consciente de que, en principio, las empresas públicas en vez de Administraciones Públicas no son institucionalmente más eficaces, no funcionan mejor, no son más flexibles que los órganos de la Administración. Porque cuando esta flexibilidad se ha alcanzado lo ha sido cuarteando principios sustantivos del Estado de Derecho. ¿Se ha pensado lo que significa eludir en las inversiones que la Administración debe llevar a cabo las garantías que supone el sistema de contratación administrativa porque aquellas se realicen a través de una empresa pública con forma mercantil? ¿O lo que supone excluir la actividad de estas empresas del control de la jurisdicción contenciosa? ¿O excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la CE establece preceptivamente para la de las funciones públicas?²⁰⁵.

²⁰³ PÉREZ MORENO, A. "Las Entidades Instrumentales en las Comunidades Autónomas". En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Op. cit.* T. II., p. 1439.

En el mismo sentido se expresa, MONTOYA MARTÍN, al señalar que:

El último párrafo del art. 6 transcrito no deja de producir gran asombro a poco que se medite sobre él. Este párrafo consagra el poliformalismo más absoluto, así como la consciente huida de toda regulación jurídica conocida. Se da carta de naturaleza de fabricarse la Administración el traje que quiera a su medida. Esto ya no es una discrecionalidad, puesto que parece que no hay límite alguno.

MONTOYA MARTÍN, E. *Op. cit.* p. 273.

²⁰⁴ A efectos ilustrativos, podemos referir la creación de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, mediante la Ley PGE para 1990; la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, mediante la Ley 31/1990 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 — PGE para 1991— o Puertos del Estado como un ente de derecho público creado por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en adelante, Ley de Puertos del Estado de 1992.

²⁰⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S.R. *Op. cit.*, pp.133 y ss.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ nos recuerdan que la Constitución impone determinados deberes a los poderes públicos de los que no es legítimo que una norma los excluya, como de hecho sucedía, mediante el procedimiento de creación de entes convencionales a los que se dotaba de regímenes muy laxos, exentos de tales deberes. Según los autores, la personificación para actuar en régimen de Derecho privado sólo puede justificarse cuando la Administración pretenda actuar en el mercado y en competencia con operadores privados, ya que mientras que éstos disponen de plena libertad sobre su patrimonio, los poderes públicos carecen de ella porque tienen prohibida la actuación arbitraria, tienen la obligación de promover la igualdad y están sometidos a las normas presupuestarias administrativas al manejar fondos públicos²⁰⁶.

No podemos pasar por alto que hay autores que no son tan críticos con la huida del Derecho administrativo. En este sentido BORRAJO INIESTA entiende que la aplicación del Derecho civil, laboral o mercantil no supone dejar en total y absoluta libertad a la Administración ya que los mecanismos de control son distintos o desacostumbrados, pero en absoluto inexistentes. El autor sostiene que la huida del Derecho administrativo no puede equipararse a “la huida del Derecho” y ni siquiera a la del Derecho público. Este fenómeno conduce, a su juicio, a la elaboración jurisprudencial de un nuevo Derecho privado adecuado a las Administraciones Públicas, que les obligue a actuar sujetas a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Asimismo, opina que el Derecho privado contiene mecanismos que limitan la libertad de las empresas de cara a los consumidores a quien deben prestar unos servicios en condiciones de seguridad, precio, calidad y garantía²⁰⁷.

²⁰⁶ Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Op. cit., 9.ª ed., 1999, p. 398.

²⁰⁷ Vid.: BORRAJO INIESTA, I. “El intento de huir del Derecho Administrativo”. *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 233- 249.

Otra autora no tan crítica con la creación de los entes privados como manifestación de la huida del Derecho administrativo es MALARET I GARCÍA, a propósito del análisis que realiza sobre la sociedad mercantil de capital íntegramente público HOLSA, a la que se encomendó la contratación de las obras e infraestructuras de los Juegos Olímpicos del 92. La autora señala que a pesar de utilizar el contrato privado, la Administración, ha conseguido reforzar su posición frente al contratista mediante la inclusión entre las cláusulas contractuales de las “prerrogativas en más” propias de los contratos administrativos, con la única diferencia de que ahora dichas prerrogativas tienen un origen convencional y su alcance deberá enjuiciarse de acuerdo con los principios que rigen la contratación en masa. A ello se ha de añadir la ventaja de que por tratarse de contratos privados, se han podido incluir penalizaciones idénticas a las utilizadas en la contratación privada, mucho más efectivas que las clásicas prerrogativas administrativas.

Posteriormente, el TRLGP de 1988 fue modificado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado²⁰⁸, clasificando en su artículo 43 a los Organismos Públicos en: Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales. Son ilustrativas las manifestaciones que contiene la Exposición de Motivos de la LOFAGE — Expositivo XI—, cuando afirma:

Resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente *Administración Institucional del Estado*. Se opta, en primer lugar, por una denominación genérica, *Organismos Públicos*, que agrupa a todas las entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado.

Partiendo del concepto general se distinguen después dos modelos básicos: organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Los primeros realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho Público; en tanto que los segundos realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho Privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho Público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.

De acuerdo con el artículo 49 de la LOFAGE, los Organismos Autónomos se regirán por el Derecho administrativo y su contratación se someterá a la normativa de contratación pública. Por otro lado, las Entidades Públicas Empresariales se regirán, de acuerdo con el artículo 53, por el Derecho privado:

(...) excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

En cuanto a la contratación, la LOFAGE, en su artículo 57, realiza un renvío a la normativa de contratación pública, al señalar que se regirán por las previsiones contenidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Por lo que respecta a las sociedades mercantiles estatales, la Disposición Adicional duodécima de la LOFAGE establece que:

Vid.: MALARET I GARCÍA, E. *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid: Civitas, 1993, p. 70.

²⁰⁸ En adelante, LOFAGE.

Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.

Se ha de advertir que la Disposición Derogatoria Única de la LOFAGE derogó, además de la LEEA, los artículos 6.1 b) y 6.5 del TRLGP del 1988 relativos a las Entidades de Derecho Público que ajusten su actividad al Derecho privado y al resto de Entidades de Derecho Público, respectivamente.

4. LA LEY 13/1995 Y SUS POSTERIORES MODIFICACIONES

4.1 Planteamiento del tema

El panorama legislativo ante el que nos encontramos en el momento en que se dicta la Ley 13/1995 —precedente inmediato de la LCSP—, vino marcado por dos circunstancias que incidieron de pleno en el ámbito subjetivo en sede de contratación pública. En primer lugar, nos hemos de referir a la promulgación de la CE y a la consecuente aparición de las Comunidades Autónomas en el escenario de los entes contratantes, hecho que supuso un cambio notable sobre el Derecho preconstitucional por cuanto, hasta la fecha, el ordenamiento jurídico español preveía únicamente dos regulaciones, la primera, aplicable a la Administración del Estado —contenida principalmente en la LCE— y, la segunda, correspondiente a las Entidades Locales y regulada, básicamente, por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales²⁰⁹.

La CE, en su artículo 149.1.18.ª, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas de todas las Administraciones Públicas²¹⁰. En consonancia con esa exclusividad

²⁰⁹ El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 fue derogado por la Ley 13/1995. No obstante se ha de advertir que el proceso de unificación del régimen jurídico de la contratación local con la del Estado ya se produjo con la LBRL y, en particular, mediante el Texto Refundido del Régimen Local. En materia de gestión indirecta de servicios públicos la unificación se hace efectiva mucho más tarde, mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local que modifica el artículo 85.2 b) de la LBRL remitiendo las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos locales a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

²¹⁰ El artículo 149.1.18.ª de la CE establece:

constitucional y de la entrada en escena de las Comunidades Autónomas, el Real Decreto 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modificaba la LCE para adaptarlo a las Directivas comunitarias —ya citado— establecía en su Disposición Final Primera lo siguiente:

Los artículos de la Ley de Contratos comprendidos en este Real Decreto Legislativo tendrán, sin perjuicio del que corresponda a los demás artículos de la misma, el carácter de legislación básica a los efectos del artículo 149.1.18º de la Constitución, y serán de aplicación a los contratos que celebren las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos de unas y otras, siempre que dichos contratos estén comprendidos dentro del ámbito de los referidos artículos²¹¹.

En la misma línea, la Ley 13/1995 invoca expresamente el artículo 149.1.18.ª de la CE como título competencial habilitante, cuando señala en su Exposición de Motivos lo siguiente:

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

18.ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

²¹¹ En ese momento, la doctrina constitucional ya estaba perfectamente consolidada en relación con el contenido mínimo que ha de garantizar la regulación básica del Estado y que salvaguarda la CE. Sobre este respecto, es ilustrativa la STC núm. 141/1993, de 22 de abril, cuando señala:

Dicho lo cual, es preciso recordar también que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el concepto de “bases” o, más en concreto, de “legislación básica” es un concepto material que pretende “garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto” (...). En virtud de esa definición material de lo básico corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias y sin que ello suponga que deba aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico, resulta impugnada, corresponde a este Tribunal, en tanto que intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica (...).

Por otra parte, también ha declarado este Tribunal, en las Sentencias que acaban de citarse y en otras varias, que la determinación de las normas básicas debe atender al principio de Ley formal o de preferencia de Ley, conforme al cual han de ser normalmente las Cortes Generales, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, las que deben establecer de modo cierto y estable lo que haya de entenderse por básico, expresando este alcance de las normas de manera directa o, al menos, en forma tal que su vocación o pretensión de básica se pueda inferir de su estructura sin especial dificultad

En el mismo sentido —por todas— las SSTC núm. 69/1988, de 19 de abril; núm. 147/1991, de 4 de julio; núm. 203/1993, de 17 de julio; núm. 385/1993, de 23 de diciembre; núm. 213/1994, de 14 de julio; núm. 242/1999, de 21 de diciembre; y núm. 37/2002, de 14 de febrero.

El artículo 149.1.18.ª de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva para promulgar la legislación básica sobre contratación administrativa, lo que hace obligado proceder a una redacción de la Ley de Contratos del Estado, para darle un contenido acomodado al imperativo de dicha norma superior, a la vez que sustituir su actual denominación por la que se considera más adecuada a su actual propósito, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Consecuentemente, la Disposición Final Primera de la citada Ley establecía que era de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1, salvo toda una serie de preceptos que serían de aplicación en defecto de la regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas. No obstante, ya se puede decir que en la relación de artículos allí contenidos no se hacía referencia a ninguno de los que ahora nos interesa y que regulan el ámbito subjetivo en materia de contratación pública —los artículos 1, 2 y la Disposición Adicional Sexta—.

Mención especial requiere la normativa navarra en materia de contratación pública, y en concreto en relación con el ámbito subjetivo. El régimen foral navarro ha desarrollado una poderosa legislación en materia de contratos y concesiones administrativas al amparo de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra²¹². Su singularidad viene reconocida por la CE en su Disposición Adicional Primera donde se establece que la norma suprema ampara y respeta los Derechos históricos de los territorios forales. El artículo 49, d) de la citada Ley Orgánica atribuye a la Comunidad Autónoma de Navarra competencia exclusiva en materia de contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia. A tal efecto, la vigente Ley Foral de contratos públicos²¹³, contiene una regulación amplia y detallada de la normativa de contratación pública, y en concreto, de su ámbito subjetivo. Se trata de una norma moderna, que se ha adaptado mejor que la estatal a los mandatos europeos y que por su interés en nuestro estudio será

²¹² En adelante, Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento de Navarra.

²¹³ Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, en adelante, Ley Foral 6/2006. [Se ha de tener en cuenta que recientemente la citada Ley ha sido modificada mediante la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, la cual no ha introducido ninguna novedad en cuanto al ámbito subjetivo se refiere].

objeto de un análisis particularizado en el Capítulo Cuarto del presente trabajo de investigación.

La segunda circunstancia que incide de forma directa en el ámbito subjetivo configurado por la Ley 13/1995 deriva de la adhesión de España a la Comunidad Europea, de forma que el Estado español debía conocer tanto el contenido de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública como la jurisprudencia comunitaria dictada al efecto. No obstante, ello no pasaba de ser una mera presunción ya que tras analizar los artículos 1, 2.1 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley, se podrá constatar que ni el legislador nacional ni los centros consultivos de más prestigio detectaron la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias, a diferencia del claro posicionamiento de la doctrina española que ya desde un buen inicio se alzó en contra de la norma por considerar que incumplía los mandatos europeos. Esa transgresión del Derecho europeo se seguía canalizando, principalmente, a través de las entidades privadas excluidas de la normativa de contratación pública, como una clara muestra de la huida de los controles públicos que provocó que el Reino de España fuera condenado hasta en tres ocasiones por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias.

4.2 Gestación parlamentaria de la Ley 13/1995

La Ley 13/1995 no tuvo una gestación demasiado pacífica por cuanto se presentaron dos proyectos y se formularon numerosas enmiendas al articulado durante su tramitación parlamentaria. Se produjo un punto de inflexión entre el primer proyecto de Ley y el que finalmente dio lugar a la Ley 13/1995, derivado de los distintos escándalos políticos de la época que precedieron al segundo y que obligaron a los Grupos Parlamentarios a presentar enmiendas que reflejaban la necesidad de implementar controles públicos sobre la contratación de las entidades de Derecho público que ajustaban su actividad al Derecho privado y sobre las entidades de Derecho privado. Ello provocó que el texto definitivo de la Ley fuese algo mejor que el proyecto presentado, sin perjuicio de que no se pueda afirmar que cumpliese con las directrices comunitarias.

Además no podemos pasar por alto el criticable posicionamiento del Consejo de Estado cuando informó favorablemente de los respectivos anteproyectos de Ley. El órgano consultivo llegó incluso a afirmar que el primer texto se ajustaba a las Directivas comunitarias vigentes en ese momento, cuando lo cierto es que no contenía mención alguna a las entidades de Derecho público que sujetaban su actividad al Derecho privado ni tampoco a las entidades de Derecho privado. Dos años más tarde, al informar el segundo anteproyecto de Ley, el Consejo de Estado sí que incide en la necesidad de incluir a estas entidades en el espectro de la contratación pública, pero sólo en relación con las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado y, sólo, respecto de la sujeción a unos principios inspiradores, como el de mérito, capacidad, publicidad, concurrencia y transparencia. En relación con las puramente privadas entiende que su sujeción al Derecho privado era la consecuencia lógica de su propia naturaleza. No deja de extrañar la postura adoptada por el Consejo de Estado que con la emisión de sus dictámenes favorecía, no sólo la tan criticada huida del Derecho administrativo, sino también, el incumplimiento del Derecho comunitario en relación con el ámbito subjetivo de la contratación pública.

4.2.1 El proyecto de Ley de 26 de Octubre de 1992

El anteproyecto de Ley que dio lugar al proyecto núm. 121/109, de 26 de octubre de 1992²¹⁴, fue informado por parte del Consejo de Estado mediante el Dictamen 214/1992, señalando que la transposición que se había llevado a cabo había sido correcta, tanto en la incorporación de las Directivas 89/440 y 88/295, como en la anticipación de los proyectos de las disposiciones comunitarias que se encontraban vigentes en relación con los contratos de servicios²¹⁵.

²¹⁴ BOCG Serie A, núm. 109-1, de 26 de octubre de 1992.

²¹⁵ El Consejo de Estado señaló:

El Consejo, sin perjuicio de las concretas observaciones que formulará a determinados artículos, considera que en general la transposición que se ha llevado a cabo de las Directivas comunitarias es correcta, tanto en lo que ha supuesto de reajuste de la ya efectuada en el tantas veces citado Real Decreto Legislativo, como en la incorporación de las Directivas 89/440/CEE y 88/295/CEE, y en la anticipación de los proyectos actualmente vigentes en cuanto a los contratos de servicios, únicamente se sugiere la conveniencia de incorporar, en el lugar y forma que más adelante se dirá, lo dispuesto con carácter potestativo por el artículo 22 *bis* de la Directiva 71/305/CEE, añadido a la misma por la Directiva 80/440/CEE (...).

Dictamen del Consejo de Estado núm. 214/1992 de 21 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Si analizamos los preceptos contenidos en el anteproyecto —que posteriormente fueron trasladados al proyecto de Ley presentado a las Cortes Generales—, con incidencia en el ámbito subjetivo, puede observarse como su redacción nada tiene que ver con la versión finalmente contenida en la Ley 13/1995 y, consecuentemente, la afirmación del Consejo de Estado sobre la correcta transposición de las Directivas comunitarias era difícilmente sostenible. En el artículo 1 del proyecto se señalaba que “los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley”, entendiéndose por Administraciones Públicas, la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas, y las Entidades que integran la Administración Local. Se añadía un tercer párrafo donde se establecía que:

Los Organismos Autónomos, en todo caso, y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, en la medida en que dicha actividad no estaba sujeta al derecho privado, se debían ajustar a la Ley.

Como puede verse, ninguna referencia se hacía al concepto de poder adjudicador que contenían las Directivas comunitarias en ese momento y, de hecho, según el contenido del proyecto de Ley, quedaban fuera del ámbito de aplicación todas las entidades previstas en el artículo 6 de la LGP del 77 que incluían a las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado y las sociedades mercantiles. No había precepto alguno en el proyecto de Ley que obligase a estas entidades a sujetarse a algún procedimiento de licitación, ni tan siquiera a los principios básicos de la contratación pública. Era el máximo exponente de la huida del Derecho administrativo a la que contribuyó el Consejo de Estado que no realizó consideraciones al respecto.

Posteriormente, en trámite de enmiendas, se intentaron introducir una serie de modificaciones al artículo 1 del proyecto de Ley con el objetivo de que las sociedades mercantiles y las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado no quedasen al margen de la contratación pública. No obstante, lo cierto es que tampoco los Grupos Parlamentarios lo justificaron en el Derecho comunitario. Nadie había reflexionado sobre el concepto de poder adjudicador contenido en las Directivas comunitarias. De las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios al artículo 1 del proyecto de Ley, merece la pena resaltar

la Enmienda núm. 148 del Grupo Popular, donde se proponía el siguiente redactado del artículo 1.3:

Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley, todos los Organismos, Entes o Empresas dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas directa o indirectamente, porque su financiación mayoritaria dependa de las Administraciones o porque éstas controlen su gestión o designen más de la mitad de los miembros de sus órganos de Administración, y aunque el Ente o Empresa actúe en régimen de Derecho privado. Se exceptúan los contratos de los Entes o Empresas del sector público que actúen en régimen de Derecho privado, en cuanto a la actividad típica de su tráfico comercial o industrial, salvo que esta actividad consista en la promoción, ejecución o comercialización de inmuebles o infraestructuras²¹⁶.

Por otra parte, la Enmienda del Grupo IU-IC núm. 450 proponía la adición de un nuevo punto al artículo 1 que contuviese el siguiente redactado:

Los entes y organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración, cuya actividad se halle sujeta al derecho privado, así como las empresas cuyo capital, participaciones o cuotas sean, total o mayoritariamente, de titularidad pública, deberán sujetar su actividad contractual, obras y adquisiciones de bienes y servicios a los principios que rigen la contratación administrativa en sus diversas modalidades y supuestos²¹⁷.

Como es de ver, los dos Grupos Parlamentarios se acercaban al concepto de poder adjudicador de la normativa comunitaria, al intentar incluir en el espectro de la Ley a las entidades de base privada, paliando de esta forma la escandalosa huida del Derecho administrativo que representaba el texto originario del proyecto. Incluso, la del Grupo Popular distinguía el tipo de

²¹⁶ La justificación del Grupo Popular a la Enmienda fue la siguiente:

Es ocioso tener construido un régimen de garantías para la contratación de las Administraciones, si éstas, como últimamente está ocurriendo con excesiva frecuencia, desglosan de su seno actividades propias que encomiendan a órganos empresariales que por quedar sometidos al Derecho privado, quedan exentos de aquel régimen administrativo. Es el típico fraude de Ley.

BOCG Serie A, núm. 109-6, de 15 de diciembre de 1992, p. 97.

²¹⁷ La justificación del Grupo IU-IC fue la siguiente:

Se pretende evitar una más que evidente posibilidad de fraude a los objetivos de nueva Ley, que vendría dada por la posibilidad de sustraerse a sus mandatos adoptando la Administración formas jurídico-privadas, habida cuenta que tal eventualidad hoy en día no está sujeta prácticamente a límite alguno cuando de lo que se trata es de ejercer actividades económicas, sean éstas o no un servicio público.

BOCG Serie A, núm. 109-6, *Op. cit.*, p. 168.

actividad del ente privado; distinción, en la que incide constantemente el intérprete europeo cuando analiza el concepto de poder adjudicador.

En el trámite parlamentario, el proyecto fue dictaminado con fecha 30 de marzo de 1993 por la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados y se introdujeron significativas enmiendas, pero ninguna de ellas afectaba al ámbito subjetivo de la Ley²¹⁸. No obstante, como ya hemos dicho, el citado proyecto nunca se convertiría en Ley al disolverse las Cortes Generales.

4.2.2 El proyecto de Ley de 1994 que dio lugar a la Ley 13/1995

Tras la constitución de las nuevas Cortes Generales —V legislatura—, se procedió a elaborar un nuevo anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual fue informado por el Consejo de Estado en su dictamen núm. 1270/93²¹⁹. En ningún momento el alto órgano consultivo concluyó que el legislador incumplía las Directivas comunitarias en cuanto al ámbito subjetivo se refería, limitándose a realizar una serie de reflexiones sobre la modulación pública de los contratos privados de las Administraciones Públicas. El Consejo de Estado no hizo alusión alguna al concepto comunitario de poder adjudicador y, consecuentemente, no consideraba necesario la inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma a las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado ni tampoco a las entidades de Derecho privado. Se limitaba a recomendar la modificación del proyecto presentado a fin de incluir preceptos que garantizaran el cumplimiento de una serie de principios que deberían ser observados por parte de las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado, como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el de legalidad, objetividad, publicidad, concurrencia y el de transparencia, entre otros. El Consejo de Estado sigue así prescindiendo de la interpretación funcional del concepto de poder adjudicador contenido en las Directivas comunitarias, promoviendo la huida al Derecho privado, al considerar ajustado a la legalidad y justificado que las

²¹⁸ Vid.: Dictamen de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados a la vista del Informe de la Ponencia sobre el anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (*DSCD*, núm. 659, de 30 de marzo de 1993).

²¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1270/1993, de 1 de diciembre, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

entidades privadas no debiesen observar la normativa de contratación pública. Es más, los principios contractuales recomendados sólo los considera de aplicación a las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado al afirmar sin ningún tipo de pudor que:

la preocupación no surgía en relación con las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por la Administración del Estado, respecto de las cuales la sujeción al Derecho privado era consecuencia de su propia naturaleza²²⁰.

²²⁰ El contenido del Dictamen es del siguiente tenor literal:

En esta misma línea de mejor delimitación entre lo público y lo privado, en el campo de la contratación de las Administraciones Públicas, el Consejo de Estado ha tenido la ocasión, con alguna frecuencia, de formular observaciones o sugerencias en relación con el fenómeno, claramente perceptible en los últimos años, de ampliación del régimen contractual jurídico-privado. Este proceso de privatización creciente del régimen jurídico aplicable a las actuaciones de algunos entes y organismos públicos, por más que pueda aparecer conveniente desde la perspectiva de la agilidad de dichas actuaciones, no debería llegar hasta el extremo de desconocer o distorsionar la naturaleza pública de los entes actuantes, ni menos aún, dejar sin posibilidades de aplicación práctica, principios constitucionales de obligada observancia por todas las Administraciones Públicas.

Así, en su Memoria del año 1988 el Consejo de Estado formuló algunas observaciones sobre ciertas entidades de derecho público, consideradas “a los efectos” de la Ley General Presupuestaria cuya actividad se había de ajustar al ordenamiento jurídico privado. La preocupación no surgía en relación con las sociedades estatales, en sentido estricto, es decir, con las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por la Administración del Estado, respecto de las cuales la sujeción al Derecho privado era consecuencia de su propia naturaleza. El problema se planteaba con la actuación de determinadas entidades de Derecho público, consideradas “a los efectos” de la Ley General Presupuestaria (artículo 6.1 b) como “sociedades estatales” y que, en virtud de esa asimilación habían de regirse igualmente por el Derecho privado a pesar de su diferente naturaleza.

El Consejo de Estado, en aquella ocasión, ponía de relieve los efectos perturbadores que podrían derivarse de un enfoque extensivo de esa asimilación. Y ello no sólo por razones dogmáticas, que desaconsejan forzar los límites de elasticidad de los conceptos y categorías jurídicas recibidas, sino por la necesaria modulación, en estos casos, de las normas de Derecho privado por los principios de Derecho administrativo, propios de la organización y funcionamiento de las entidades públicas en cuestión.

Más allá de los casos concretos examinados en la Memoria de 1988 -referentes al Instituto de Crédito Oficial y a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre- asimilados a sociedades estatales por la Ley de Presupuestos 33/1987 -las consideraciones allí recogidas pueden ser de interés hoy a la hora de proyectar una regulación legal actualizada de la contratación de las Administraciones Públicas-.

Estas Administraciones, aun cuando desplieguen, en ocasiones, su actividad contractual por los cauces del Derecho privado, han de mantener una vinculación insoslayable a determinados principios de carácter público, que las diferencian esencialmente de las personas privadas, con plena autonomía y disponibilidad en su actuación para la consecución, a su propio riesgo, de lo que consideren en cada momento sus intereses y objetivos particulares. Es esta vinculación la que fundamenta preceptos bien asentados en nuestro ordenamiento para los contratos de las Administraciones Públicas, como el recogido en el artículo 8 del anteproyecto que se informa, según el cual “la preparación” y “adjudicación” de estos contratos se rigen por normas administrativas y tienen consideración de actos separables.

Pero esta vinculación no se agota en este tipo de preceptos sino que se extiende a la exigencia de respeto efectivo a otros principios de orden constitucional, no explícitos en el

Tras la emisión del Dictamen, el proyecto de Ley identificado con el núm. 121/42 que dio lugar a la Ley 13/1995²²¹ trataba el ámbito subjetivo en su artículo 1 en los mismos términos que el anterior caducado y, por tanto, excluía de la normativa de contratación tanto a las entidades de Derecho público que ajustasen su actividad al Derecho privado como a las entidades de Derecho privado. No obstante, y a diferencia del anterior proyecto, éste sí introdujo en la Disposición Adicional Sexta aquellos principios de la contratación pública que debían observar tanto las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado como las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas. La citada Disposición decía:

Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos o Entes de Derecho público, así como las demás Entidades del sector público sujetas en su actividad contractual al Derecho privado, se ajustarán en dicha actividad a los principios de esta Ley, en particular, a los de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios, al objeto de conseguir un comportamiento homogéneo en todo el sector público.

Las enmiendas que presentaron los distintos Grupos Parlamentarios nada tienen que ver con las presentadas en relación con el anterior proyecto de Ley. La justificación la encontramos en los distintos escándalos políticos de la época que evidenciaron la necesidad de un mayor control de la contratación pública. Prueba de ello, y a resultas del debate del Estado de la Nación que tuvo lugar

anteproyecto, y que deberían tener una consideración y plasmación legal adecuada. Entre ellos se encuentra, por solo nombrar algunos, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución) y el principio de objetividad en el servicio de los intereses públicos (artículo 103 de la Constitución) con todos los corolarios que de ellos se derivan -mérito, capacidad, publicidad, concurrencia, transparencia- así como, por supuesto, el principio mismo de legalidad y de respeto a los derechos fundamentales.

La virtualidad de estos principios no está limitada, como es obvio, a la actuación de las Administraciones en régimen de Derecho público. Se extiende con idéntica fuerza vinculante al caso de sometimiento al Derecho privado, lo que supone un plus diferenciador, una modulación pública inesquivable, que veda la asimilación sin restricciones a la pura contratación privada. Por ello sería conveniente que se considere la oportunidad de plasmar en el anteproyecto alguna norma que responda a las preocupaciones antes expresadas y garantice la aplicabilidad también de los principios constitucionales señalados a los contratos privados de las Administraciones Públicas, y en particular los de publicidad y concurrencia de ofertas en la contratación de los entes y organismos públicos que ajustan su actuación al derecho privado, en virtud de la asimilación contenida en el precepto citado de la Ley General Presupuestaria.

²²¹ BOCG Serie A, núm. 56-1, de 14 de marzo de 1994.

los días 19 y 20 de abril de 1994²²², el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba con fecha 23 de julio de 1994, el Dictamen de una de las Comisiones Parlamentarias —la Comisión Roldán—, mediante el que se solicita que se tomen medidas en cuanto al control de la contratación²²³.

Los distintos Grupos Parlamentarios presentaron tres enmiendas a la totalidad del texto, ocho al artículo 1 y tres a la Disposición Adicional Sexta. De las formuladas debemos destacar la núm. 82 del Grupo Parlamentario Federal de IU

²²² En el apartado III, de la Comunicación del Gobierno de las Resoluciones aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados núm. 200/2, con motivo del debate sobre el Estado de la Nación —“Otros Acuerdos”; Acuerdos 106 y 107—, el Congreso de los Diputados manifestó, en concreto:

106. (...) el criterio de: a) Que se extienda el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a todos aquellos entes públicos con personalidad jurídica propia que no desarrollen actividad de carácter mercantil; b) Que los contratos de obras, y otros relacionados con los mismos, de los entes públicos con actividad mercantil y empresas públicas cuya financiación provenga mayoritariamente de los poderes públicos, se incluirán en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas; c) Que se generalice la intervención de órganos colegiados, mesas de contratación o juntas de contratación, en la adjudicación de todos los contratos de las Administraciones públicas, con la presencia de asesores jurídicos e interventores en dichos órganos; y d) Que se revisen los supuestos en que procede la utilización de la Contratación directa para hacer más rigurosa su aplicación, limitándola a supuestos excepcionales estrictamente justificados. Por una parte, deben revisarse las cuantías por debajo de las cuales es posible acudir a este procedimiento. Por otra parte debe procederse a perfilar de manera más rigurosa los conceptos que justifican la utilización de la contratación directa (urgencia, afectación a los intereses esenciales de la seguridad del Estado y contratos complementarios).

107. El Congreso de los Diputados acuerda como conveniente que la modificación en trámite de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas limite al máximo la discrecionalidad y comprenda el conjunto del sector público.

BOCG Serie E, núm. 55 de 21 de abril de 1994, pp. 59 y 60.

²²³ Dictamen de la Comisión de investigación núm. 152/1, de 23 de junio de 1994, sobre la gestión de los fondos presupuestarios asignados a la Dirección general de la Guardia Civil, mientras fue Director general Don Luís Roldán (BOCG Serie E, núm. 78, de 5 de julio de 1994).

En relación con ello, como apunta ARIÑO:

No es preciso recordar aquí algunos de los escándalos más sonados que han tenido lugar con ocasión del pago de comisiones a partidos políticos, entes gestores de su financiación (las Filesas) e incluso a personas individuales que favorecían, en España, la adjudicación de obras, servicios y suministros a quienes las abonaban. Todo ello era posible al amparo, unas veces, de la libertad de adjudicación, por tratarse de entidades y sociedades excluidas de la Ley; otras veces, por el uso abusivo de la adjudicación directa por razones de urgencia, seguridad u otras; y siempre, porque se había perdido, sencillamente, el respeto a la Ley y aún en las contrataciones sujetas a la legislación de contratos, la formulación de los criterios de adjudicación en los concursos era tal que podía adjudicarse después a quien se quisiera. Naturalmente, las empresas no tuvieron más remedio que entrar en ese juego y se produjo una degradación profunda del sistema de licitación de obras y servicios, que provocó la grotesca petición, por dos veces, del Ministerio de Obras Públicas a las empresas, para que no pagasen más comisiones (¡cómo si a éstas les gustara pagarlas!).

ARIÑO ORTIZ, G. *Comentarios a la Ley de Contratos... Op. cit.*, p. 57.

-IC a la totalidad del texto, donde se ponía en evidencia el incremento del sector público en la economía del país, reclamando que la gestión del gasto no se limitase exclusivamente al efectuado por las Administraciones Públicas, sino a todos los contratos públicos, ámbito al que remiten las Directivas comunitarias y, a tal efecto, solicitaba la devolución del texto “por no cumplir ni la transposición de las Directivas ni el objetivo de aunar transparencia, control y eficacia”. Por otra parte, la Enmienda núm. 83 del Grupo Popular a la totalidad del texto, se justificaba en que el proyecto no profería los mecanismos jurídicos que debieran impedir la arbitrariedad que se había acreditado “como fértil caldo de cultivo de corrupción y despilfarro”²²⁴.

En cuanto a las enmiendas al articulado, y en concreto, en relación con los que ahora nos interesan: el artículo 1 y la Disposición Adicional Sexta del proyecto de Ley, el elemento común a todas ellas era el de evitar que las entidades de Derecho público y las sociedades mercantiles en manos públicas se escapasen del control de la contratación pública. Como vemos, el cambio de actitud frente al proyecto presentado fue considerable, llegándose, incluso, a justificar en la necesidad de evitar la huida del Derecho público que representaba el texto presentado. De las enmiendas presentadas al articulado sólo las correspondientes al Grupo Socialista —Enmiendas núm. 178, 179, y 246— hacían referencia a conceptos utilizados por el legislador comunitario en la definición del poder adjudicador, tales como “interés general”, “actividad industrial o mercantil” y “control”. Como veremos, el texto definitivo de la Ley, en cuanto a los artículos 1.3, 2 y Disposición Adicional Sexta se refiere, fue el resultado de estas tres enmiendas²²⁵.

²²⁴ Las enmiendas a la totalidad del articulado fueron las siguientes: Enmienda núm. 60 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria; Enmienda núm. 82 del Grupo Parlamentario Federal de IU-IC; y Enmienda núm. 83 del Grupo Parlamentario Popular.

Por otra parte, las correspondientes al artículo 1 fueron: Enmiendas núm. 92 y 94 del Grupo Parlamentario IU-IC; Enmienda núm. 178 y 179 del Grupo Parlamentario Socialista; Enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Vasco-PNV; Enmiendas núm. 258 y 259 del Grupo Parlamentario Popular; y Enmienda núm. 70 del Grupo Parlamentario Coalición Canaria.

Y las de la Disposición Adicional Sexta fueron las siguientes: Enmienda núm. 170 del Grupo Parlamentario IU-IC; Enmienda núm. 398 del Grupo Parlamentario Catalán-CIU; y Enmienda núm. 246 Grupo Parlamentario Socialista.

Todas las Enmiendas y su justificación en: *BOCG Serie A*, núm. 56-11, de 12 de septiembre de 1994.

²²⁵ La Enmienda núm. 178 del Grupo Socialista de modificación al artículo 1 del proyecto de Ley, era del siguiente tenor literal:

-
1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.
 2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:
 - a) La Administración General del Estado.
 - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
 - c) Las Entidades que integran la Administración Local.
 3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquellas se den los siguientes requisitos:
 - a) Que no hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no carácter industrial o mercantil.
 - b) Que se trate de entes cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otros Entes de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros, más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras Entidades de Derecho público y
 - c) Que su actividad principal no esté comprendida en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, relativa a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.
 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Final primera.

La Enmienda núm. 179 del Grupo Socialista era de adición, proponiendo, en lo que ahora nos interesa, un nuevo artículo 1 *bis* con el siguiente redactado:

1. Las Entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurren los siguientes requisitos:
 - a) Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 681.655,208 pesetas, si se trata de contratos de obras o a 27.266.208 pesetas, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.
 - b) Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas.
 - c) Que los contratos no estén comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE relativa a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Y, por último, la Enmienda núm. 246 a la Disposición Adicional Sexta de la Ley, era de modificación, y se proponía la supresión del inciso: "así como las demás Entidades del sector público sujetas en su actividad contractual al Derecho privado; esta Ley, en particular; y al objeto de conseguir un comportamiento homogéneo en todo el sector público".

Consecuentemente, tras la propuesta de modificación, la Disposición Adicional Sexta quedaba redactada en los siguientes términos:

Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o Entes de Derecho público se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Si bien es cierto que la modificación propuesta por el Grupo Socialista —y, finalmente, incorporada en el texto definitivo—, suponía una mayor aproximación al concepto de “organismo de Derecho público” contenido en las normas comunitarias, lo cierto es que no fue completa, puesto que se limitaba sólo y exclusivamente a las entidades de Derecho público, circunscribiendo a las entidades privadas el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia que posteriormente analizaremos. De hecho, a raíz de la modificación propuesta, se llegaba al absurdo de que aquellas entidades de Derecho público que contratasen por debajo de los umbrales comunitarios ni siquiera estaban sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, ya que fue suprimida la referencia del proyecto de Ley relativa a las entidades de Derecho público contenida en la Disposición Adicional Sexta²²⁶.

El resto de las enmiendas presentadas no fueron atendidas, a pesar de que algunas proponían la sujeción de la actividad de las sociedades mercantiles a la

²²⁶ La justificación de la Enmienda núm. 178 al artículo 1 fue la siguiente:

Se trata de corregir el ámbito de aplicación subjetivo extendiendo los preceptos de la Ley a Entidades de Derecho Público que, no teniendo carácter mercantil o industrial, están sujetas a su actuación, por disposición legal, al Derecho privado. Con ello el artículo se acomoda a las exigencias de las Directivas comunitarias al incorporar su concepto de Organismo de Derecho público, evitando, al propio tiempo, que Entidades, de todo punto equiparable a Administraciones Públicas, celebren sus contratos con arreglo a normas de Derecho privado y no de conformidad con los propios preceptos de la ley.

En la justificación de la Enmienda núm. 179, mediante la cual se proponía la adición del artículo 1 *Bis* se decía:

Se trataba en el apartado 1 de evitar el artificio consistente en que, mediante la creación de Entidades públicas sujetas al Derecho privado, se sustraigan totalmente de la aplicación de la ley contratos que, de celebrarlos una Administración Pública o Ente Público sujeto a la Ley, quedarían sometidos a sus preceptos.

Por otro lado, no se trata de someter todos los contratos a todas las disposiciones de la Ley, pues, dado que se siguen considerando que el régimen jurídico aplicable a estas Entidades es el privado, el sometimiento se produce respecto a contratos de obras o relacionados con los mismos cuantitativamente significativos (los que excedan de los umbrales de las Directivas) y a la fase de adjudicación, no a la de ejecución.

Con ello se trata de solventar problemas que se han detectado en la práctica y para evitar futuros conflictos que puedan surgir en cuanto a casos concretos, respetando, al mismo tiempo, la aplicación del Derecho privado a la mayor parte de los contratos de estas Entidades, sometiendo exclusivamente a las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad y procedimientos y formas de adjudicación los contratos de obras de importes igual o superior a 681.655,208 pesetas y los de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con dichos contratos de obras y de importe igual o superior a 27.266.208 pesetas.

Y, por último, en cuanto a la Disposición Adicional Sexta, se señalaba: “Para clarificar el régimen aplicable a las sociedades mercantiles que, por su naturaleza, no están sujetas a esta Ley como consecuencia de las enmiendas al artículo 1 y 1 *Bis*”.

normativa de contratación pública. Si bien su rigor técnico no era de alabar, lo cierto es que las propuestas se ajustaban más al mandato comunitario que el texto finalmente adoptado, y ello sin perjuicio de que ni siquiera invocaban los conceptos que el legislador comunitario utilizó en la definición del “organismo de Derecho público”²²⁷. Así, por ejemplo, la que más se acercaba a las directrices comunitarias fue la del Grupo Popular, al ajustar a algunas sociedades mercantiles públicas a los mandatos europeos. Así, la Enmienda núm. 258 propuso la siguiente redacción:

Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a las prescripciones de la presente Ley los Organismos Autónomos en todo caso y el resto de las Entidades que integran el sector público conforme a las siguientes reglas:

- a) Las Entidades de Derecho Público que por su normativa propia hayan de ajustar su actuación al Ordenamiento jurídico privado quedarán sometidas a las normas de la presente Ley en lo referente a la preparación y adjudicación de los contratos.
- b) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas, organismos autónomos y demás Entidades de Derecho Público, ajustarán su actuación contractual a los preceptos de la presente Ley en lo relativo a la preparación y adjudicación, salvo en lo que respecta a los contratos propios de la actividad que define su giro o tráfico mercantil y los de comercialización en régimen de libre competencia de los productos o servicios que constituyen su objeto social.
- c) En todo caso, las entidades comprendidas en los anteriores apartados a) y b) ajustarán su actividad contractual a lo previsto en la presente Ley respecto a los contratos relativos a actividad de promoción, ejecución o comercialización de inmuebles, terrenos, o infraestructuras, salvo cuando estas actividades constituyan su objeto social exclusivo y actúen en régimen de libre competencia.

²²⁷ Así, por ejemplo, la Enmienda núm. 92 del Grupo Federal IU-IC proponía el siguiente redactado del artículo 1.2, después de incluir en el apartado primero, además de las Administraciones territoriales, a los órganos denominados convencionalmente constitucionales:

Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos Autónomos, las Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de una Administración y el resto de entidades del Sector Público estatal, en la medida en que no constituya el objeto de su actividad fundamental, comercial, industrial, financiera o análoga.

Por otra parte, la Enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Vasco propuso:

Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley, los Organismos Autónomos y las restantes entidades públicas de régimen privado.

Es muy ilustrativa la defensa de la Enmienda núm. 258 que realizó el Portavoz del Grupo Popular en la Comisión del Régimen de las Administraciones Públicas —Sr. de la Vallina Velarde— cuando señala que la fórmula propuesta por el Grupo Popular representa un acercamiento a los criterios que el Derecho comunitario establece en relación con los contratos, y a tal efecto dice:

Antes que a un puro criterio subjetivo formal hay que atender a criterios objetivos donde está la sustancia del poder y someterla realmente a los principios propios de ese poder que son, por otra parte, los que nuestra Constitución establece en el artículo 1º al proclamar el Estado de Derecho; la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el artículo 9º, o en el artículo 106, cuando indica que la Administración debe quedar sometida plenamente a la ley y al derecho²²⁸.

A lo que el Sr. Varela del Grupo Socialista, replica:

La sujeción de estas sociedades a procedimientos de contratación más complejos y costosos que los usuales para otras sociedades supondría situarlas en una posición desventajosa, pero la no sujeción a la Ley que regula los contratos administrativos no significa que los gestores de estas sociedades puedan actuar de forma incorrecta en perjuicio de los intereses de sus socios. La Ley General Presupuestaria y la legislación del Tribunal de Cuentas establecen los mecanismos de información y control a que están sujetas estas sociedades, pero sin interferir en su gestión²²⁹.

En todas las enmiendas presentadas se detecta un mismo fallo, la ausencia de cualquier referencia a otras entidades de Derecho privado distintas a las sociedades mercantiles. Ninguno de los Grupos Parlamentarios sacó a relucir la posibilidad de que hubiese otros entes privados que estuviesen en las mismas circunstancias que las sociedades mercantiles en mano pública.

²²⁸ Dictamen de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados a la vista del Informe de la Ponencia sobre el anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, p. 11095 (*DSCD*, núm. 357, de 16 de noviembre de 1994).

²²⁹ Dictamen de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso... *Op. cit.*, p. 11097.

4.3 La redacción originaria de la Ley 13/1995 y los niveles de sujeción previstos en la norma

4.3.1 Redacción originaria de los artículos 1, 2.1 y Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1995

La Ley 13/1995 bajo el título: “Ley de contratos de las Administraciones Públicas” unifica en un solo texto legal la regulación de los contratos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, pretendiendo de forma equivocada tener su origen en el Derecho comunitario — Directivas 92/50, 93/37 y 93/36—²³⁰. No obstante, y como ahora se demostrará, la configuración legal de los entes contratantes contenida en la Ley 13/1995 infringía de lleno los mandatos europeos; infracción, que se mantuvo hasta el año 2007 cuando se puede afirmar que el legislador nacional cumple con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, y ello a pesar de las tres condenas del Tribunal europeo que recayeron en momentos muy anteriores a la modificación operada mediante la Ley PGE para 2007

Así, del artículo 1 de la Ley —en su redacción inicial— se desprendía que las Administraciones Públicas se encontraban obligadas a ajustar su actividad contractual a las prescripciones legales, incluyéndose, en ese concepto, a la

²³⁰ En la Exposición de Motivos de la Ley —Expositivo 1.2— se hacía expresa referencia a la necesidad de adaptar la legislación interna a los mandatos europeos, y así señala:

Además, la pertenencia de España a la Comunidad Europea exige la adecuación de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario, recogido, en materia de contratación administrativa, en diversas Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios, aplicables, precisamente por su carácter de Derecho comunitario, a todas las Administraciones Públicas. (...)

Posteriormente, la Comunidad Europea modificó sensiblemente las Directivas 77/62/CEE, sobre contratos de suministros y 71/305/CEE, sobre contratos de obras, que fueron el objeto principal de la incorporación a la legislación interna precedentemente señalada por las Directivas 88/295/CEE y 89/440/CEE. Igualmente la Comunidad Europea ha adoptado la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios y por incorporación de los textos primitivos y sus modificaciones posteriores, ha adaptado las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE que constituyen los textos refundidos de las Directivas vigentes en materia de contratos de suministro y de obras, respectivamente, siendo el contenido de las tres últimas citadas Directivas el que resulte procedente incorporar, y así se realiza, al texto de la Ley. Igualmente se han tomado en consideración los aspectos relativos a la contratación pública resultante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que entró en vigor el 1 de enero de 1994 y algunos derivados sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

También en la propia Exposición de Motivos de la Ley —Expositivo 1.5— se hace especial hincapié en la necesidad de garantizar la transparencia como medio de lograr la objetividad de la contratación y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia.

Administración General del Estado²³¹, las Comunidades Autónomas, y las entidades que integraban la Administración Local. Asimismo, también se incluían de forma plena en el ámbito subjetivo de la Ley, a los Organismos Autónomos y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependientes de las Administraciones Públicas, siempre que concudiesen los siguientes requisitos: a) Que hubiesen sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tuviesen carácter mercantil o industrial; y b) Que se trate de entidades cuya actividad se encontrase mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se hallase sometida a un control por parte de éstas, o cuyos órganos de dirección o de vigilancia estuviesen compuestos por miembros, más de la mitad de los cuales fuesen nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público.

Por otra parte, se establecía en el artículo 2.1 de la Ley que las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido anteriormente, quedarían sujetas a las prescripciones de la norma relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia, de servicios, y de trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 681.655.208 pesetas, si se trata de contratos de obras o a 27.266.208 pesetas, si se trata de cualquier otro de los mencionados²³².

²³¹ En este sentido SAINZ MORENO, señala que con el empleo de este adjetivo parece querer desplazarse el adjetivo “central” que producía notables equívocos y que pugnaría con el principio de descentralización consagrado en el artículo 103.1 de la CE.

SAINZ MORENO, F. “Principios y ámbito de aplicación de la LCAP (en particular, artículos 1 a 3)”. En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Administraciones Públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Barcelona: Praxis, 1993, p. 159.

²³² Al respecto se ha de tener en cuenta la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/1995, cuando establece lo siguiente:

Igualmente se autoriza al Consejo de Ministros para acomodar las cuantías y los plazos señalados en los artículos de esta Ley a lo que, sobre su importe y duración, se haya establecido por la Comunidad Europea e introducir en su texto las oportunas modificaciones derivadas de los anexos de las Directivas Comunitarias.

- b) Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas.

Como decimos, el legislador no hacía referencia alguna a las entidades de Derecho privado salvo en la Disposición Adicional Sexta y sólo en relación con las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas, cuando establece lo siguiente:

Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Del contenido de estas disposiciones, se puede comprobar como el legislador nacional hace suyos conceptos que invoca el legislador comunitario al definir lo que ha de entenderse por organismo de Derecho público como el “interés general”, el “carácter industrial o mercantil” o el “control”; pero los aplica exclusivamente a las entidades de Derecho público, relegando a las privadas, y sólo a las mercantiles mayoritariamente públicas, a la aplicación de unos principios que considera inspiradores de la contratación pública.

4.3.2 Niveles de sujeción a la Ley 13/1995: Incorrecta transposición de las Directivas comunitarias

Tal y como se deduce de los preceptos 1, 2.1 y Disposición Adicional Sexta de la Ley, el legislador no estableció un nivel homogéneo de aplicación uniforme para todos los entes públicos, sino que fijó una gradual escala de aplicación, muy criticada por la doctrina de la época, por la complejidad de comprensión y de entendimiento de los niveles de sujeción fijados en la Ley²³³. Como señala PÉREZ MORENO “el sistema del ámbito de aplicación de la Ley aparece

²³³ Vid.: PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Derecho Administrativo... Op. cit.*, 1995, pp. 272 y ss.

configurado como un cuadro abigarrado en el que resulta difícil encontrar un criterio delimitador”²³⁴.

No podemos dejar de decir que el sistema utilizado por el legislador del 95 es de características similares al actualmente en vigor y que, como tal, no transgrede las Directivas comunitarias que regulan de forma exhaustiva la fase de adjudicación y selección del contratista y no la de ejecución del contrato. Así, se configuró un primer nivel de sujeción a la Ley donde se incluyen a las Administraciones territoriales, a los Organismos Autónomos y a las entidades de Derecho público que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 1.3 de la Ley 13/1995, cuya su principal característica es la aplicación íntegra de la Ley tanto en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los contratos como a la ejecución de los mismos²³⁵. El segundo nivel estaría integrado por aquellas entidades de Derecho público que no cumpliesen de forma acumulada los requisitos previstos en el artículo 1.3 de la Ley 13/1995, es decir, aquellas que hubiesen sido creadas para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, o bien aun habiendo sido creadas para satisfacer esas necesidades no estuviesen controladas por los poderes públicos, vía financiación, control en la toma de decisiones, o bien en los órganos de gobierno. En este segundo nivel, la sujeción sólo era parcial, en el sentido de que estas entidades debían observar las prescripciones legales relativas a la preparación y adjudicación del contrato —capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación—, pero no en la fase de ejecución. Además, esta sujeción sólo operaba en relación con una serie de contratos nominados siempre y cuando superasen determinadas cuantías coincidentes con las señaladas en

²³⁴ PÉREZ MORENO A. “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT R. (Coord.). *Op. cit.*, ed., 1996, p. 862.

²³⁵ Pese a que no se hace mención expresa a las Universidades Públicas y a los órganos denominados convencionalmente constitucionales como son: el Congreso de los Diputados, el Senado, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, se debe entender bajo una interpretación funcional y amplia del artículo 1 que deben quedar incluidos en este primer nivel de sujeción a la Ley.

En este sentido, Vid.: LAVILLA RUBIRA, J.J. “La contratación de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional”. En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Derecho de los contratos públicos...Op. cit.*, p. 155 y ss.

Asimismo, y de acuerdo con la Disposición Adicional novena, punto 5 del TRLCAP, quedan incluidos los Consorcios locales en los términos siguientes: “Los consorcios a los que se refieren los artículos 57 y 58 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en los que la participación pública sea mayoritaria adjudicarán sus contratos, conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

las Directivas comunitarias en materia de contratación pública vigentes en ese momento. Por último, existía un tercer nivel, integrado por las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público que debían sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia, al margen del importe del contrato.

Pues bien, del contenido de los preceptos sólo podemos concluir que el legislador del 95 no adaptó correctamente las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, siendo dos los incumplimientos que se le pueden imputar. El primero deriva de la exclusión de las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público del segundo nivel de sujeción. Como hemos visto, el legislador nacional únicamente ha previsto que estas entidades observen los principios de publicidad y concurrencia en sus transacciones contractuales con terceros y, por tanto, no se encuentren obligadas a cumplir los procedimientos de contratación previstos en la Ley. El segundo es que otras entidades privadas como, por ejemplo, las fundaciones, las sociedades mercantiles minoritariamente públicas e, incluso, otras entidades distintas a éstas, no quedan sujetas a la Ley, ni tan siquiera tienen que observar los principios de publicidad y concurrencia en sus procedimientos de licitación.

Sin pretender justificar la actuación del legislador, no podemos dejar de decir que sería injusto extrapolar a ese momento temporal —año 1995— todos los conocimientos de los que ahora disponemos en relación con el concepto comunitario de “organismo de Derecho público”. Se ha de recordar que cuando se promulga la Ley 13/1995 el Tribunal europeo se había pronunciado en una única ocasión sobre la interpretación funcional que se debía predicar del concepto de poder adjudicador —Sentencia recaída en el Asunto *Beentjes*—, ya que el resto de pronunciamientos judiciales europeos con relevancia en la materia y que preconizaban esa interpretación recayeron en un momento posterior a la entrada en vigor de la Ley 13/1995. Así, y sólo a título de ejemplo, recordar, entre otras, las sentencias recaídas en el Asunto *Mannesmann* y en el Asunto *BFI Holding BV*.

Además, el Tribunal europeo, en las Sentencias dictadas en los años 92 y 93 mediante las que se condenaba a España por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias, tuvo una excelente oportunidad que desaprovechó para pronunciarse sobre el ámbito subjetivo configurado en el derogado TRLCE

y en la conflictiva Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de contratación del 75.

A lo anterior debemos añadir la nada desdeñable confusión que los anexos de las Directivas provocaban en las legislaciones internas de los Estados miembros. Hemos de trasladar aquí las conclusiones que ya hemos extraído anteriormente en cuanto a los anexos se refiere²³⁶. Sólo recordar, a modo de ejemplo y, a los efectos que ahora nos ocupan, que, paradójicamente, la Directiva 93/37, únicamente incluía en su Anexo —en relación con España—, aquellas entidades que el legislativo español había decidido someter a la normativa de contratos. Por tanto, las mismas Directivas prescindían de sus propias definiciones a la hora de elaborar los anexos. De una interpretación literal se podía entender que se dejaba en manos del legislador nacional la tipología de entes sujetos a la contratación europea²³⁷.

Además de todo ello, fueron varios centros directivos de gran prestigio como el Consejo de Estado, las Juntas Consultivas de Contratación o la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, los que se pronunciaron sobre el ámbito subjetivo de la Ley y ninguno de ellos denunció la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias. Así, por ejemplo, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado en el Informe núm. 3/1998, de fecha 3 de marzo, concluyó que la Fundación del Teatro Lírico —entidad constituida en el año 95 por el Ministerio de Cultura y la Comunidad Autónoma de Madrid—, era una entidad de Derecho privado no sujeta a la normativa de contratación pública. El mismo órgano llega a idéntica conclusión en su Dictamen núm. 11/1999, de fecha 24 de junio, al analizar a la Fundación Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad²³⁸

²³⁶ Vid.: Capítulo Primero del presente trabajo de investigación.

²³⁷ DEL SAZ no comparte la interpretación que se hace de los anexos de las Directivas porque considera que prevalecen las definiciones contenidas en el cuerpo de éstas, sobre las del Anexo. Además, entiende que si la técnica de la remisión al anexo fuese tan decisoria, no hubiese sido necesario definir el concepto de poder adjudicador en el articulado de la Directiva, con la remisión a los Anexos hubiese sido suficiente. Y por último, la autora justifica la no interpretación literal de los anexos porque otra interpretación supondría un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y finalidad de las Directivas comunitarias, ya que si no se aplican los procedimientos comunitarios a los contratos públicos que sujetan su actividad al Derecho privado quedarían excluidos del ámbito de las mismas, a criterio de los Estados miembros, la mayoría de los contratos de los poderes públicos.

Vid.: SAZ CORDERO, S. DEL. *Op cit.*, p. 334.

²³⁸ Al respecto, la Dirección de los Servicios Jurídicos del Estado señala:

y en el Dictamen núm. 8/2000, de 30 de marzo, donde se analiza el régimen jurídico aplicable a la Entidad Pública Empresarial SEPES²³⁹.

En el mismo sentido, el ya comentado pronunciamiento del Consejo de Estado en el Dictamen de fecha 14 de diciembre de 1995, donde se excluye al ICEX del

II. (...) En consecuencia, aunque la Fundación no se encuentra sometida a los preceptos de dichas Leyes ni por disposición legal lo estaría siquiera a los principios que la inspiran, lo cierto es que el fundador (la Administración General del Estado, según resulta de la escritura pública de 22 de diciembre de 1988, cuya copia se ha remitido) ha manifestado, en el antes transcrito artículo 29 de los Estatutos, su voluntad de ajustar la actuación de aquélla a los principios básicos que regulan el régimen de personal y contratación de las Administraciones Públicas.

Alcanzando las siguientes conclusiones:

Primera. La Fundación “Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad” no está sujeta a los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pero deberá ajustar su contratación a los principios de publicidad, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, en el sentido indicado en los apartados II a IV de este informe.

Segunda. Sería conveniente que el Patronato de la citada Fundación aprobase unas normas sobre contratación que desarrollasen (salvo modificación estatutaria) los principios mencionados en la conclusión anterior y los demás aspectos de interés general para la actividad contractual de la entidad.

Tercera. En tanto se mantenga la redacción actual del artículo 29 de los Estatutos de la reiterada Fundación, se aconseja tener en cuenta las consideraciones y criterios orientativos sobre la contratación que se han expuesto en el apartado IV del presente informe.

Cuarta. Se aconseja igualmente tener en cuenta las consideraciones formuladas en el apartado V respecto a la justificación del gasto constituido por las ayudas que la propia Fundación conceda.

Se ha de hacer notar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia derivan de la normativa interna de la entidad, y no de la aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley, sólo aplicable a las sociedades mercantiles, mayoritariamente públicas.

²³⁹ En el citado Dictamen se analiza el régimen jurídico aplicable al SEPES —entidad de Derecho Público creada con la finalidad de realizar una serie de actuaciones sobre el suelo como la promoción, adquisición y preparación del suelo para asentamientos industriales, residenciales, terciarios y de servicios—, y, a tal efecto, se dice:

III. (...) En opinión de este centro, y como consecuencia de las consideraciones precedentes, formuladas a partir del tenor del tan citado artículo 1.3 de la LCAP, debe atenderse fundamentalmente a la naturaleza de las necesidades para cuya satisfacción se creó la entidad pública en cuestión, y no tanto al régimen con arreglo al cual desarrolla su actividad. A estos efectos, es necesario referirse a los fines y funciones de SEPES, definidos concretamente en el artículo 4 de su actual Estatuto.

(...) puede concluirse que dicha entidad, constituida inicialmente como sociedad estatal y actualmente configurada como entidad pública empresarial, es una entidad de derecho público creada con la finalidad de realizar una serie de actuaciones sobre el suelo que son de naturaleza comercial o mercantil (adquisición y promoción del suelo) y de carácter industrial o de transformación (preparación del suelo para asentamientos de diversa índole, equipamiento de suelo, ejecución de infraestructuras urbanísticas), actuaciones todas ellas que indudablemente satisfacen necesidades de interés general, pero que por su propia naturaleza tienen precisamente el señalado carácter industrial o mercantil.

ámbito subjetivo de la Ley al tratarse de una entidad de Derecho público que realiza actividades de carácter mercantil²⁴⁰. Además, tampoco podemos olvidar que ese alto órgano consultivo, al analizar los distintos anteproyectos de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no abogó de forma clara y expresa porque estas entidades, tanto las de Derecho público sujetas al Derecho privado como las sociedades mercantiles en manos públicas, debieran sujetarse a los procedimientos de licitación previstos para las Administraciones Públicas, limitándose a recomendar al Gobierno la introducción de algún precepto donde se garantizase la aplicabilidad de los principios de contratación pública en las relaciones transaccionales de las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado.

Y, por último, no podemos obviar los distintos informes y acuerdos de las diferentes Juntas Consultivas de Contratación —tanto del Estado, como de las Comunidades Autónomas— que se pronunciaron en relación con el ámbito subjetivo de la Ley, y que tampoco extrajeron conclusión alguna en cuanto a la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias²⁴¹.

²⁴⁰ El Consejo de Estado afirma:

El ICEX fue creado, como se ha dicho en los antecedentes (supra 1.1.) por Real decreto-ley 6/1982, de 2 de abril, para la promoción comercial exterior y el fomento de la explotación, es decir para realizar una actividad de fomento típicamente administrativa. (...)

Cualquiera que sea la calificación administrativa que merezca esta actividad, dentro del esquema clásico, lo que no puede negarse es que sirve intereses generales de política económica que trascienden de los del propio sector y contribuye a satisfacer necesidades que indudablemente tienen carácter mercantil.

Es cierto, que una cosa es comerciar y otra fomentar el comercio, pero lo que la Ley 13/1995 exige, para excluirlas de su ámbito de aplicación, no es que las entidades públicas comercien, sino que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de carácter mercantil y sería un contrasentido afirmar que el Instituto Español de Comercio Exterior no sirve a necesidades de carácter comercial.

Por tanto, si el ICEX, aun siendo una entidad de derecho público que se financiara mayoritariamente con fondos públicos y cuyos directivos son de nombramiento oficial, fue creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter mercantil, es indudable que no encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.3, letra a) de la Ley 13/95, de 18 de mayo y, en consecuencia, no está incluido en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

²⁴¹ Destacan por su relevancia los siguientes pronunciamientos en los que se manifestaron en relación con el ámbito subjetivo de la Ley 13/1995:

- a) Acuerdo s/núm., de 6 de junio de 1995, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, donde se hace referencia a los niveles de sujeción de la Ley, señalando unas pautas genéricas en cuanto al concepto de necesidades de interés general.

No obstante lo dicho en cuanto a que, en ese momento temporal, podría ser justificable la regulación del ámbito subjetivo que llevó a cabo el legislador, lo cierto es que no pasó mucho tiempo desde la entrada en vigor de la norma cuando empezaron a alzarse voces por parte de la doctrina más autorizada contra esa redacción y contra lo que ello implicaba en cuanto a la infracción del

-
- b) Informe 24/1995, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se concluía la procedencia de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia previstos en la Disposición Adicional 6 de la Ley a la sociedades integrantes del grupo ENA —Empresa Nacional de Autopistas—, llegándose a afirmar que la publicidad y concurrencia al que alude la norma no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que de haberlo querido así el legislador, lo hubiera señalado expresamente.
 - c) Informe 5/1998, de 21 de mayo, emitido por la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, donde se analiza el nivel de sujeción a la Ley de la Fundación de la Escuela de Cinematografía y del Audiovisual de la Comunidad de Madrid. Se trata de una fundación privada —fundada por la Comunidad de Madrid, la Sociedad General de Autores de España y la Academia de las Artes y las Ciencias Cinematográficas de España—, donde figura como Patrono, además de otros, la Comunidad de Madrid y en cuya Junta de Gobierno también se encuentra representada. El órgano consultivo concluye que la citada Fundación no está sujeta a la Ley 13/1995, sin analizar, obviamente, la constitución del patronato o el control de la Comunidad de Madrid sobre la fundación.
 - d) Informe 12/1999, de 28 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación de Baleares, donde se analiza el nivel de sujeción a la Ley del Instituto Balear de Desarrollo Industrial. Según el contenido del Informe, la citada entidad es una empresa pública de la Comunidad Autónoma Balear —de las definidas en el artículo 1, b) 1 de la Ley 3/89, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas, como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia—. La citada entidad tiene como objetivo genérico la promoción y el desarrollo industrial y comercial, así como la potenciación del diseño y la calidad de los productos de las Islas Baleares. Pues bien, el órgano consultivo concluye la no sujeción plena de esta entidad de derecho público a la normativa de contratación, por cuanto se trata de un ente creado para satisfacer necesidades de interés general con carácter mercantil, dado que el objetivo de la entidad es que las industrias de la zona sean más competitivas, vendan mejor sus productos y sean más eficientes.

Resulta interesante transcribir al respecto una de las conclusiones que extrae ese centro directivo:

De una lectura literal y rigurosa de los artículo 1 y 2 y de la Disposición Adicional Sexta de la LCAP, resultaría la consecuencia de que las empresas públicas que sean sociedades mercantiles sujetan su actividad contractual, salvo excepciones, a los principios de publicidad y concurrencia, en tanto que no se contiene en la propia LCAP una norma semejante para aquellas sin forma mercantil, a las que no se extiende la aplicación íntegra de la LCAP, cuando celebren contratos de los no comprendidos o definidos en el artículo 2.

No parece lógico que una empresa pública no societaria quede al margen no sólo de la aplicación de la LCAP, sino incluso de los principios que su Disposición Adicional Sexta titula como exigibles en el “sector público”, si bien, luego, al desarrollar su enunciado sólo habla de “sociedades mercantiles”, por lo que al encontrarnos ante una laguna legal, entraría en juego la aplicación analógica prevista en el artículo 4.1 del Código Civil y la aparente diferencia de trato entre empresas públicas societarias y no societarias ha de salvarse entendiéndose que, “publicidad y concurrencia” deben exigirse en la actividad contractual de cualesquiera entidades o entes del sector público. Y ello no implica sujeción a la normativa de la LCAP (...).

- e) Informe 6/2002, de 13 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, donde, de forma genérica, se señala que las sociedades mercantiles sólo están sujetas a los principios de publicidad y concurrencia previstos en la Disposición Adicional Sexta de la Ley.

Derecho comunitario. Además, numerosos autores entendían que la redacción de los preceptos en cuestión facilitaba la tan temida y preocupante huida del Derecho administrativo y no sólo de las entidades de base privada, sino, incluso, de las entidades de Derecho público cuando celebraban contratos por debajo de los umbrales comunitarios²⁴². Al respecto, BAÑO LEÓN afirma:

Podría decirse, en este sentido, que la LCAP infringía las Directivas de contratación por omisión: al no prever expresamente que los entes en

²⁴² En este sentido, vid.: ARIÑO ORTIZ, G. "Problemática actual de la contratación de las Administraciones Públicas". En: LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (Coords.). *Contratación Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 31-34 [Recoge las Primeras Jornadas sobre contratación pública, Valladolid 1993] y, también, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.R. "Reflexiones sobre la 'huida' del Derecho Administrativo". *RAP*, num.140, 1996, pp. 46-47.

Por otra parte, GIMENO FELIU denunció que la redacción de los preceptos en cuestión habilitaba a las entidades de Derecho privado a escaparse de los controles públicos derivados de la contratación pública. El citado autor señala:

Interpretación correctora que deviene imprescindible cuando se observa cómo la práctica legislativa y administrativa parecen haber optado por una interpretación literal del ámbito de aplicación en cuya virtud podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación públicas contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho Público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al derecho privado. En consecuencia, en la actualidad la "regla general" parece ser tanto la creación de entes instrumentales públicos que, sujetos al Derecho privado, realicen funciones administrativas, pero a los que no se les aplican, por expreso mandato legal, las reglas contenidas en la normativa vigente sobre contratación pública, como, y esto es más preocupante, la creación de sociedades mercantiles de naturaleza privada que, en virtud de su forma jurídica, se acogen a lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta LCAP, en las que las genéricas invocaciones a los principios de publicidad y concurrencia o de salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público no pasan de ser un mal sucedáneo destinado a salvaguardar las apariencias. En este caso, y existen bastantes ejemplos, puede afirmarse que la huida es total.

Asimismo, otro ejemplo, igualmente peligroso viene dado por la reciente tendencia a la creación de fundaciones privadas de iniciativa pública que se están utilizando para fines y competencias públicos (como lo es, por supuesto, la financiación), pero, sometiéndose, al amparo de la Ley de Fundaciones, a la normativa privada. Es evidente que, en estos casos, la figura de la fundación se utiliza exclusivamente como técnica y no como forma fundacional.

Estas interpretaciones conducen a la inaplicación del régimen dispuesto por la LCAP (y, recuérdese, las Directivas comunitarias que desarrolla) y vienen a convertir en muchos casos al contenido de esta normativa en una simple declaración de principios, dejando sin sanción jurídica adecuada la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público. Esta práctica normativa consagra definitivamente la huida del derecho público de la contratación, puesto que bastará crear entidades o sociedades instrumentales como las descritas -que sujetan su actividad al Derecho privado- para eludir la aplicación de la contratación pública no sólo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a los actos de preparación y adjudicación de los contratos. Y ello implica, por consiguiente, la fuga en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia que podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría -y ésto es grave- en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción.

GIMENO FELIU, J.M. "La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública". *RAP*, núm. 151, 2000, p. 428.

mano pública que cumplan los dos requisitos recogidos en el artículo 1.3 (influencia determinante de un ente público y ejercicio de actividades de interés general), queden sujetos a las normas de capacidad, selección del contratista, formas de adjudicación de las normas europeas cuando por razón del contrato y la cuantía entran en el ámbito de las Directivas comunitarias²⁴³.

La solución a la huida del Derecho administrativo pasaba por hacer un análisis no literal del ámbito subjetivo, interpretando el concepto de forma funcional. De esta manera, las sociedades mercantiles no debían acogerse directamente a la Disposición Adicional Sexta, sino que, de conformidad con la legislación europea, primero se debía determinar si su actividad debía o no ser incluida en los parámetros funcionales de: “actividad de interés general que no realiza actividades mercantiles o industriales”, y “controlada por un poder público”, para después poder concluir, si ello fuese así, que se trataba de un poder adjudicador obligado al cumplimiento de la normativa europea de contratación pública. Con esta interpretación, la Disposición Adicional Sexta sólo se debería aplicar a las sociedades mercantiles que funcionalmente no cumplían esos parámetros²⁴⁴. A estos efectos es ilustrativa la aportación de BAÑO LEÓN, en cuanto a la interpretación funcional que hace de los artículos 1 y 2.1 de la Ley 13/1995, así

²⁴³ BAÑO LEÓN, J.M. “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley... *Op. cit.*, p. 15.

No podemos olvidar que al amparo de la Disposición Adicional Sexta han sido muchas las sociedades mercantiles públicas que ejecutaban importantes obras publicas escapándose de los procedimientos de licitación previstos en la normativa de contratación, acogiéndose, simplemente, en la selección de los contratistas, a los principios de publicidad y concurrencia. Así, a título de ejemplo, se puede hacer mención a HOLSA —Barcelona Holding Olímpico S.A.— y sus filiales IMPUSA, VOSA y AOMSA, entidades creadas por convenio entre la Administración del Estado y el Ayuntamiento de Barcelona para la financiación y ejecución de las obras relativas a los Juegos Olímpicos de Barcelona 92; la Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla; SIEPSA— la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.—, a quien se le encomendaba la ejecución de la contratación de obras y suministros de Centros Penitenciarios; o a GISA —Sociedad de Gestión de Infraestructuras S.A.— que tenía por objeto proyectar, construir, conservar y explotar las obras públicas de todo tipo y los servicios que se puedan instalar o desarrollar en relación con las infraestructuras que promueva la *Generalitat*.

²⁴⁴ Por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la LCAP”. En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Derechos de los contratos públicos... Op. cit.*, p. 239; LÓPEZ BENÍTEZ, M. “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación”. En: CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.). *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 1996, pp. 1-27; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 190; y RUIZ OJEDA, A.; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y su reglamento de desarrollo parcial*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 41-45.

No podemos dejar de decir que existe otro sector doctrinal que entiende que esta interpretación es demasiado forzada cuando se pretende que en el concepto de entidad de derecho público se incluya, también, a las entidades de base privada. En este sentido, Vid.: ENTRENA CUESTA, R. *La nueva contratación pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2002, p. 16 [Conferencia de apertura del curso del Instituto Nacional de Administración Pública el 24 de enero de 2002 en Madrid].

como de su Disposición Adicional Sexta, y ello con el claro objetivo de evitar que al legislador se le acuse de un incumplimiento en la transposición de las Directivas comunitarias en materia de contratación. Así, el autor señala:

Si, en efecto, el artículo 1 de la Ley, sin estar obligado por el Derecho comunitario, ha querido anudar la aplicación de la Ley a un criterio funcional (actividades que satisfacen intereses generales y que no son de carácter mercantil o industrial) y no al simple dato formal de que sean entes públicos, es lógico que, so pena de llegar la conclusión de la infracción por omisión del Derecho comunitario antes denunciada, se postule un concepto funcional del ente público, de modo que, a los efectos de la Ley de Contratos, se incluya en él a todas las formas jurídicas de personificación que utiliza un ente público, siempre que no tengan carácter empresarial *sensu strictu*, es decir, que no se trate de ofrecer al mercado productos o servicios en régimen de libre competencia.

Esta posición por lo demás, puede rendir más frutos que el intento, a menudo fracasado, de establecer una ecuación perfecta entre la actividad (pública o privada) y la forma jurídica (ente público, ente privado). (...)

En resolución por ente público a los efectos de la LCAP debe entenderse todo tipo de persona jurídica que reúna los dos requisitos del artículo 1.3: realización de actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y posición dominante de un ente público en el control de sus órganos o en su financiación.

De este modo se cubre una amplia panoplia de entidades públicas que, bajo la veste de formas jurídicas públicas o privadas, realizan actividades no propiamente industriales o mercantiles en régimen de libre competencia. A los efectos de la Ley de contratos quedarían en su órbita todos aquellos contratos de obras, servicios o suministros realizados por estas personas jurídicas. Se habría así incorporado al Derecho español de los contratos un concepto estrictamente funcional del ente público.

Y en cuanto al artículo 2.1 de la Ley 13/1995, BAÑO LEÓN lo interpreta en los siguientes términos:

En consecuencia, tanto las entidades formalmente públicas que realicen actividades mercantiles o industriales como las privadas quedan sujetas al artículo 2 de la LCAP en virtud de las Directivas comunitarias que este precepto reproduce sintéticamente.

Y, por último, y para cerrar el círculo de los distintos niveles de sujeción a la Ley, el autor interpreta la Disposición Adicional Sexta de la siguiente forma:

Por lo demás, la Disposición Adicional Sexta de la Ley, que excluye a las sociedades públicas de la Ley de contratos, sólo puede referirse en

buena hermenéutica a las sociedades que realicen actividades empresariales y no las que se ocupen total o parcialmente de necesidades de interés general, por las mismas razones que se han expuesto al analizar el artículo 2 LCAP²⁴⁵.

4.4. Modificaciones del TRLCAP derivadas de las condenas por parte del Tribunal europeo

4.4.1 Asunto C-214/00, Comisión contra el Reino de España

La redacción originaria de los preceptos antes transcritos no fue modificada hasta que el Reino de España fue condenado expresamente por el Tribunal de justicia europeo en relación con el ámbito subjetivo, y ello a pesar de que con anterioridad se produjo una importante modificación de la Ley 13/1995 mediante la Ley 53/99, de 28 de diciembre²⁴⁶. Posteriormente, en el año 2000, se aprobó el TRLCAP donde no se incluía modificación alguna en cuanto al ámbito subjetivo se refiere y, consecuentemente, no se hacía referencia alguna al concepto de poder adjudicador comunitario.

Con anterioridad a las condenas expresas a las que aludimos, el Tribunal europeo en la Sentencia recaída en el Asunto C-214/00, Comisión contra el Reino de España, realizó una primera llamada de atención importante. En ese

²⁴⁵ Las tres citas transcritas *ut supra*, en: BAÑO LEÓN, J.M. "La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley... *Op. cit.*, pp. 16-18; 27; e *ibídem*, respectivamente.

En términos similares se pronuncian MALARET y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ cuando señalan que la expresión "entidad de Derecho público" debe entenderse en sentido material, no formal, incluyendo en ella tanto aquellos que son, subjetivamente, entes públicos, como las personas jurídico-privadas cuando su actividad consiste en la realización de actividades de interés público.

Vid.: MALARET I GARCÍA, E. "Las sociedades para la construcción de obra hidráulicas". En: EMBID IRUJO, A. (Coord.). *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid: Civitas, 1998; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. "Examen de la contratación de los Entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario". *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 32, 1994, pp. 388 y ss.

ARIÑO, por otra parte, entiende que si no se puede preconizar una interpretación funcional del artículo 1.3 la conclusión sería la inadecuación de la forma societaria para la gestión de actividades de interés general, y a tal efecto afirma:

Negando, por consiguiente, la libre elección de formas para la Administración. Toda actividad pública debe llevarse a cabo bajo el régimen de derecho público, por entes constituidos en forma jurídico-privada. Y si ello no se hace así, su actividad contractual, falsamente privada, podría ser impugnada por los Tribunales.

ARIÑO ORTIZ, G. Comentarios a la Ley de Contratos... *Op. cit.*, p. 65.

²⁴⁶ Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

caso, se condenó al Reino de España por una incorrecta transposición de la Directiva de recursos —la Directiva 89/665—. No obstante, indirectamente, se aludía, también, a la incorrecta transposición de las normas comunitarias en relación con el concepto de poder adjudicador.

La Sentencia se produjo en el marco de un recurso por incumplimiento del Derecho comunitario dirigido por la Comisión contra España, derivado del empecinamiento de las autoridades nacionales en el mantenimiento de su concepto de entidad contratante. Los Servicios de la Comisión en el año 1994 comunicaron al Gobierno de España los preceptos que no se acomodaban a la Directiva 89/665, a lo que se respondió negando la existencia de tal infracción y manteniendo el criterio en las posteriores modificaciones legislativas internas. La Comisión, el 25 de agosto de 1999, dirigió al Estado el Dictamen motivado mediante el cual se abría formalmente el procedimiento para llevar ante el Tribunal europeo el incumplimiento por parte del Reino de España.

Pese a que la condena del Tribunal se centró en la Directiva de recursos, lo cierto es que se efectuó un análisis pormenorizado de la normativa nacional en cuanto al ámbito subjetivo. El Tribunal de justicia parte de la premisa —de acuerdo con el artículo 1.3 en relación con la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP— de que los organismos públicos con estatuto de Derecho privado quedaban fuera del ámbito de aplicación de la legislación de contratos española y, consecuentemente, del régimen de recursos en materia de contratación pública. El Tribunal europeo, en base a una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador, entendió que es indiferente la forma de constitución de la entidad, por lo que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio para excluirla como entidad contratante²⁴⁷. Como dice la Sentencia, el

²⁴⁷ El fallo de la referida Sentencia es del siguiente tenor literal:

(...) que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al no haber adoptado las medidas para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva, y en particular:

-al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la dictada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya

estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye sin más análisis un criterio excluyente del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665. Al respecto, el apartado 57 de la Sentencia señala lo siguiente:

(...) habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de organismo de derecho público (...) en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas.

Es fácil enlazar la doctrina del Tribunal europeo con las reiteradas críticas vertidas en nuestro sistema en relación con la huida del Derecho administrativo mediante la creación de entes sujetos al Derecho privado bajo fórmulas mercantiles o fundacionales pero con indudables funciones públicas²⁴⁸. Al respecto es interesante el análisis que el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA realiza de la Sentencia, cuando señala:

Pues bien, he aquí que esta capital Sentencia europea declara, con la solemnidad y la trascendencia propia de sus pronunciamientos, que el Derecho Administrativo español no cumple, simplemente eso, los requisitos mínimos europeos en temas centrales de su contenido. Esto ya no es una simple opinión académica, más o menos convencional; es una censura política en toda regla, capaz, además, de generar posibles deberes de reparación patrimonial a los numerosos sujetos directamente interesados, dentro y fuera de nuestras fronteras, con indemnizaciones

actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público.

²⁴⁸ Vid.: MELLADO RUÍZ, L. "El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al derecho privado". *REDA*, núm. 125, 2005, pp. 381-415.

Por otra parte, NOGUERA DE LA MUELA señala que en el Derecho comunitario no hay una noción unitaria de la Administración Pública, teniendo en cuenta el principio de autonomía institucional de los estados miembros, de forma que el concepto comunitario de Administración Pública es un concepto cambiante, de "geometría variable" que se ha ido forjando por medio de la jurisprudencia comunitaria. De ahí que el Tribunal europeo lleve a cabo interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con las Directivas, y en el caso que nos ocupa, garantizar la apertura de la contratación pública, se trata del denominado efecto útil de las Directivas comunitarias.

NOGUERA DE LA MUELA, B. "Conseqüències de la Sentència del TJUE de 15 de maig de 2003 Comissió/Espanya a l'ordenament jurídic espanyol: concepte de poder adjudicador, actes separables als contractes de les societats mercantils públiques i tutela cautelar. La nova regulació del TRLCAP introduïda per la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social". *Quaderns de Dret Local*, núm. 4, 2004, pp. 85-97; *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, pp. 17-46 [versión castellano].

que pueden ser cuantiosas, por haber sido perjudicados (y siempre habrá algunos en esta situación) por la aplicación de preceptos desautorizados en el ámbito de la contratación administrativa.(...)

Los responsables del sistema, quienes hacen las Leyes, y a veces también quienes las aplican, tienden a considerar a los críticos de la situación existente, en ese y en otros campos, como teóricos sin sentido práctico alguno, que pretenderían únicamente lucir una convencional ciencia abstracta, a la que no conviene conceder demasiada importancia. Pues bien, he aquí que esta capital Sentencia europea declara, con la solemnidad y la trascendencia propias de sus pronunciamientos, que el Derecho Administrativo español no cumple, simplemente eso, los requisitos mínimos europeos en temas centrales de su contenido²⁴⁹.

Sin embargo esta primera condena no conllevó modificación legislativa alguna en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, debiendo esperar al segundo pronunciamiento del Tribunal europeo para apreciar una adecuación, aunque equivocada de nuevo, a las Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

4.4.2 Primera Sentencia condenatoria del TJCE en cuanto al ámbito subjetivo se refiere: Asunto C-283/00, SIEPSA

a) Argumentos esgrimidos por el TJCE

La primera condena expresa del Tribunal de justicia en cuanto al ámbito subjetivo se refiere recayó mediante la Sentencia, ya citada, a propósito del Asunto SIEPSA. La Sentencia resuelve un recurso por incumplimiento promovido por la Comisión al considerar que la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia incumplía un conjunto de obligaciones derivadas de la Directiva 93/37 de obras. SIEPSA — Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.— convocó en abril de 1997 un concurso para adjudicar un contrato de obras en Segovia con destino al Centro Educativo Penitenciario con un presupuesto de 4.392.399.500 de pesetas, concurso publicado en diarios de prensa nacional y local. Esta licitación fue denunciada a la Comisión, la cual se dirigió al Gobierno español, poniendo de manifiesto que el citado procedimiento de licitación incumplía la Directiva 93/37 sobre coordinación de procedimientos de obras.

²⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El tribunal de justicia de las comunidades europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. Sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo”. *REDA*, núm. 119, 2003, p. 475.

La tesis de la Comisión consistía en que la actividad de contratación y promoción de equipamientos e infraestructuras penitenciarias no tenía carácter mercantil, pues no era una actividad que el sector privado prestase en régimen de concurrencia, sino que se correspondía con una misión de interés general que sólo concernía gestionar al Estado. Por el contrario, el Gobierno español sostuvo desde el primer momento que la forma de sociedad anónima de la entidad convocante excluía la aplicación de la Directiva comunitaria, sin perjuicio de que había respetado los principios de publicidad y concurrencia al haber publicado un anuncio de licitación. Una de las alegaciones que empleó el Gobierno español en defensa de la no inclusión de SIEPSA en el ámbito subjetivo de las Directivas era que ejercía sus actividades con ánimo de lucro. Al respecto, el Tribunal entendió que aún en el supuesto de que ello fuese así, quedaba descartado que fuese el primer objetivo de la entidad. Se demostró, a través del análisis de los Estatutos de la sociedad, que las actividades mercantiles que podía llevar a cabo —tales como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción—, sólo se realizaban con el fin de lograr su objetivo principal: la ejecución de la política penitenciaria del Estado²⁵⁰.

El Tribunal europeo, recogiendo la doctrina sentada en anteriores pronunciamientos, entiende que SIEPSA debe considerarse poder adjudicador por los siguientes motivos: a) Se trata de una actividad de interés general por su especial vinculación al orden público y la influencia que ejerce el Estado sobre las funciones atribuidas a la sociedad. Al respecto quedaba acreditado que

²⁵⁰ SIEPSA era una sociedad mercantil, de capital cien por cien público, creada por el Ministerio de Justicia e Interior con la finalidad de canalizar a través de esta sociedad, la construcción y gestión de las cárceles y demás infraestructuras penitenciarias. El objeto social de la entidad se definía en sus Estatutos de la siguiente forma:

El desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que contiene o pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y creación de centros penitenciario en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros y dependencias penitenciarias, ya sea por sí o mediante terceros, desarrollándose, en particular, las siguientes operaciones:

- a) Convocar y adjudicar los contratos para la ejecución de las obras por los procedimientos legalmente establecidos, así como realizar las actuaciones necesarias relativas a la dirección de las obras, control de calidad, mediciones, certificaciones y supervisión.
- b) Promover y ejecutar las obras de urbanización, construcción, edificación, dotación, así como el equipamiento que sean precisos para la puesta en servicio de los nuevos centros y dependencias penitenciarios.

SIEPSA ejecutaba un plan de creación de centros penitenciarios aprobados por el Consejo de Ministros y que llevaba a cabo sus actividades de acuerdo con las directrices emanadas de la Administración Pública; b) No existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios; c) La obtención de beneficios no es un objetivo primordial para la sociedad; d) Las actividades que realiza la sociedad son medios para contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado; y e) La sociedad no soporta los riesgos derivados de su actividad²⁵¹.

Así pues, el Tribunal concluyó que SIEPSA debía considerarse poder adjudicador de conformidad con las Directivas comunitarias, las cuales eran de aplicación a los procedimientos de licitación convocados por esta sociedad, declarando que el Reino de España había incumplido las obligaciones derivadas de la Directiva 93/37 de obras y recordando que el carácter industrial o mercantil se refiere a la actividad de fondo que cumple la entidad de que se trate y no a la forma social convencional que el ente público pueda adoptar. El fallo de la Sentencia es contundente al respecto:

Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Española de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b) de la Directiva 93/37/CEE.

Tal y como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA en relación con este nuevo pronunciamiento europeo:

Queda ahora definitivamente claro y paladino que, la objeción del Derecho comunitario a la legislación española no era sólo por infracción de la Directiva de recursos, sino la sustancial de que las personificaciones artificiosamente iusprivatísticas carecen de cualquier

²⁵¹ La citada Sentencia —apartado 84— reconoce lo siguiente:

Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

efecto para excluirlas de la regulación iuspublicista de los contratos públicos. Ya no queda duda posible de que las sociedades mercantiles de los entes públicos, sean éstos cuales sean y con la sola excepción de que las entidades que gestionen actividades mercantiles o industriales, son necesariamente poderes adjudicadores y en el sentido de la normativa comunitaria, y consecuentemente están estrictamente obligadas a utilizar en su integridad cuando contraten todo el régimen comunitario de los contratos públicos²⁵².

b) Modificación del ámbito subjetivo del TRLCAP tras la primera Sentencia condenatoria expresa por parte del TJCE

Tras la condena por parte del Tribunal europeo se procedió a la modificación del ámbito subjetivo de la normativa de contratación pública, en el sentido de incluir en el artículo 2.1 y en la Disposición Adicional Sexta a determinadas sociedades mercantiles privadas. Esta modificación se produjo mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social — artículo 67, de la Sección 2ª del Título IV—.

En el proyecto de Ley aprobado por el Congreso de los Diputados no se hizo ninguna mención a la modificación de los preceptos legales en materia de contratos públicos —texto aprobado por el Pleno del Congreso los días 19 y 20 de noviembre de 2003—, sino que fue posteriormente en sede de aprobación del Senado cuando se incorporaron las modificaciones del artículo 2.1 y de la Disposición Adicional Sexta y, en concreto, a raíz de la Enmienda núm. 628 del Grupo Parlamentario Popular²⁵³. En la justificación de la enmienda no se hizo mención alguna a los pronunciamientos del Tribunal de justicia europeo, limitándose a destacar que la modificación derivaba de una mejora técnica adoptada por las autoridades comunitarias, y ello como si se tratase de un nuevo criterio adoptado por el legislador comunitario.

Tras la modificación se incluyeron en el segundo nivel de sujeción a la Ley a las sociedades de Derecho privado que hubiesen sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general sin carácter mercantil o

²⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas”. *REDA*, núm. 120, 2003, p. 671.

²⁵³ Vid.: *BOCG Serie II Senado*, núm. 173, de 4 de diciembre de 2003, p. 408 [Cong. Diputados, *Serie A*, núm. 174].

industrial y que estuviesen controladas por los poderes públicos —vía financiación, control en la toma de decisión o bien en los órganos de gobierno o vigilancia—. Por otra parte, y de conformidad con la modificación operada en la Disposición Adicional Sexta, las sociedades de Derecho privado que reúnan los requisitos previstos en el artículo 2.1 deberán observar los principios de publicidad y concurrencia para aquellos contratos no señalados en el mismo²⁵⁴.

No podemos pasar por alto que el legislador introdujo un nuevo concepto jurídico cuya delimitación conceptual no se encontraba en el ordenamiento jurídico al referirse a “sociedades privadas” en lugar de a “sociedades mercantiles”, creando con ello confusión e inseguridad jurídica. Además, en ese momento ya se encontraba en vigor Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria²⁵⁵, donde se define al sector público estatal —artículo 2— sin hacer referencia a las sociedades privadas.

La modificación normativa fue de nuevo insuficiente al no cubrir todo el elenco de entidades privadas susceptibles de ser consideradas poderes adjudicadores. Así, por ejemplo, no se incluían en el ámbito subjetivo de la norma a otros entes privados, como podían ser las fundaciones y, por tanto, ni tan siquiera debían observar los principios de publicidad y concurrencia previstos en la Disposición Adicional Sexta de la Ley. Se ha de hacer notar, que en la tramitación parlamentaria de la modificación del artículo 2.1 y de la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP, ningún grupo planteó si quiera la observación de que, bajo

²⁵⁴ El artículo 2.1, del TRLCAP tras la modificación, quedó redactado en los siguientes términos:

Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

Y, la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP, del siguiente modo:

Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

²⁵⁵ En adelante, LGP de 2003.

prismas comunitarios, todas las entidades de Derecho privado que realizasen actividades de interés general y que estuviesen controladas por el sector público, deberían quedar incluidas en el ámbito subjetivo, sin limitarse a las sociedades privadas. En ese momento, y a diferencia de lo que podía suceder cuando se dictó la Ley 13/1995, la claridad y la contundencia de los pronunciamientos judiciales europeos no dejaba lugar a dudas. No tenía sentido circunscribir el problema de los entes privados sólo y exclusivamente a los de forma mercantil.

La incorrecta modificación operada en el año 2003 también fue denunciada por la doctrina más autorizada y, así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA afirmó:

(...) resulta paladino que este nuevo texto sigue sin acomodarse plenamente a las exigencias comunitarias, y ello en cuanto a dos puntos concretos: 1º porque incluye sólo a las “sociedades de derecho privado” y se olvida, incomprensiblemente, de las “las fundaciones del sector público”, que es una técnica completamente usual hoy para la Administración, con el incomprensible apoyo del legislador, para la “huida del derecho administrativo” que patológicamente se pretende por nuestras Administraciones; 2º porque las sociedades de derecho privado creadas por la Administración, así como las “fundaciones del sector público” de la misma procedencia, no deben limitar su sometimiento a la LCAP a sólo una parte de ésta, sino a su integridad, como simples partes de la Administración que son. (...)

Pues bien, hay que decir rotundamente que estas novísimas “fundaciones del sector público” están necesariamente incluidas en la determinación del ámbito de aplicación de las reglas comunitarias de contratación pública siempre que atiendan necesidades de “interés general”. Ya hemos visto en los apartados anteriores que la interpretación “funcional” que impone el Tribunal de Justicia de las Directivas sobre contratos impone sin duda posible, que las entidades creadas por las Administraciones con formas privadas de personificación deben ser calificadas necesariamente de “entidades de derecho público” si con ellas se pretende atender necesidades públicas distintas de las puramente comerciales o mercantiles, afirmación contenida, sin equívoco posible, en las dos sentencias comunitarias que han condenado a España recientemente por obstinarse en dar valor determinante exclusivamente a la forma de personificación de dichas entidades. La generalidad y lo categórico de esta doctrina excluye, pues, cualquier duda respecto al caso de las fundaciones del sector público. La no especificación de esta inclusión en la nueva redacción del artículo 2.1. de la Ley de Contratos no exime de esta obligación, en virtud de la regla esencial del Derecho nacional que hace a las reglas de aquél de aplicación necesaria y preferente, incluso de oficio por el juez o tribunal, frente a las normas contrarias de cualesquiera de los Derechos internos de los Estados de la Unión Europea²⁵⁶.

²⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Ámbito de aplicación de la Ley”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. *Op. cit.*, pp. 100 y 101.

La modificación del año 2003 no sólo fue insuficiente al no incluir en su ámbito de aplicación a otras entidades de base privada distintas a las sociedades privadas, sino que continuaba dejando al margen de la contratación pública, incluso de los principios más elementales, a las entidades de Derecho público a las que hace referencia el artículo 2.1 del TRLCAP cuando licitan contratos por debajo de los umbrales económicos allí señalados, o bien cuando se trate de contratos no nominados en el citado precepto. Se trata de un problema que se viene arrastrando desde la redacción originaria de la Ley 13/1995 y que si bien no afecta a la correcta transposición de las Directivas comunitarias, su configuración legal sí podía incidir en una clara y rotunda manifestación de la huida del Derecho administrativo. Además, no deja de ser incongruente que las sociedades privadas sí estuvieran obligadas a observar unos principios de buena administración cuando contraten por debajo de determinados importes y, por el contrario, no los tuvieran que cumplir las entidades de Derecho público a las que nos estamos refiriendo.

4.4.3 Segunda condena expresa del TJCE en cuanto al ámbito subjetivo se refiere: Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España

a) Argumentos esgrimidos por el TJCE

No transcurrieron más de dos años desde la última modificación legislativa cuando el Tribunal europeo volvió de nuevo a condenar al Reino de España por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, en concreto, por excluir de la normativa nacional de contratación pública a las entidades privadas. Nos estamos refiriendo a la Sentencia recaída en el Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España. La Comisión vuelve a denunciar a España por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias, por los siguientes motivos: a) Se excluye del ámbito subjetivo de la normativa interna a las entidades de base privada; b) Se excluye de la normativa interna los convenios celebrados entre Administraciones Públicas con las demás entidades públicas, en concreto, en el artículo 3.1, letra c) del TRLCAP; y c) Se permite mediante los artículos 141, letra a) y 182, letras a) y g) del TRLCAP acudir al procedimiento negociado en dos supuestos no contemplados en las Directivas comunitarias.

El Tribunal vuelve a sentenciar en los mismos términos que en los anteriores casos, haciendo referencia a la interpretación funcional y uniforme del concepto “organismo de Derecho público”, que debe prevalecer sobre la literal que el Estado miembro hace suya; concluyendo que lo determinante es el tipo de actividad que el organismo realiza y no la veste pública o privada que el ordenamiento nacional le haya atribuido. En concreto, y por lo que ahora nos interesa, el Tribunal falló:

Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas, y en particular:

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, de dicho Texto Refundido a las entidades de derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas²⁵⁷.

²⁵⁷ La citada Sentencia señala —apreciaciones del Tribunal apartados 31 a 27—:

Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de “organismo de Derecho público”, concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, antes citada, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2000, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2000, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003 Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).

Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directiva 93/36 y 93/37 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 75).

b) Modificación del ámbito subjetivo de la contratación pública española tras la segunda Sentencia condenatoria expresa por parte del TJCE

A raíz de esta condena, el legislador español volvió de nuevo a modificar el ámbito subjetivo de la normativa de contratación pública que se llevó a cabo mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, bajo el título: “Reformas Urgentes para el Impulso de la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública”²⁵⁸, dando nueva redacción al artículo 2.1 y a la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP. En su Exposición de Motivos, aludiendo a la Sentencia del Tribunal europeo recientemente dictada, se justifica la modificación operada en la necesidad de unificar el concepto de “sociedad mercantil” con las expresiones utilizadas en el resto del ordenamiento jurídico público, en concreto, a la prevista en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas²⁵⁹, y en la de incluir en el ámbito subjetivo de la norma a las fundaciones del sector público con el objetivo de solucionar los problemas derivados de la ausencia de aplicación de las disposiciones en materia de contratación a este tipo de entes²⁶⁰.

Por otra parte, esta conclusión tampoco puede invalidarse por la falta de referencia expresa, en las Directivas 93/36 y 93/37, a la categoría específica de las “empresas públicas”, utilizada no obstante en la Directiva 93/38 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 76).

Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de “entidad adjudicadora” que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas.

²⁵⁸ En adelante, Real Decreto-Ley 5/2005, de reformas urgentes.

²⁵⁹ En adelante, Ley de Patrimonio.

²⁶⁰ En la Exposición de Motivos del referido Real Decreto-Ley —Expositivo V—, se señala:

Se unifica el concepto de sociedad a las expresiones comunes de los artículos 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuya disposición adicional duodécima fue modificada por la redacción establecida en la disposición final primera.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

También se incorpora al ámbito subjetivo de la Ley a las fundaciones del sector público para solucionar los problemas derivados de la ausencia de aplicación por estas de las normas contenidas en las directivas comunitarias sobre procedimiento de adjudicación de los contratos cuando tales fundaciones gestionen proyectos financiados con fondos europeos, sin alterar su régimen contractual sujeto al derecho privado.

De esta forma, pasan a incluirse en el segundo nivel de sujeción a la Ley a las sociedades descritas en la Ley del Patrimonio —cuya característica esencial se encuentra representada por la participación mayoritaria de las entidades que integran el sector público estatal—²⁶¹, sus homólogas autonómicas y locales, y las fundaciones del sector público. Evidentemente, en todas ha de concurrir la circunstancia de que hayan sido creadas específicamente para satisfacer

En cuanto a los principios de contratación en el sector público, se pretende reintegrar a la legalidad anterior al 1 de enero de 2004 a un conjunto de sociedades públicas -de ámbito estatal, autonómico y local- que en estos momentos no están sujetas a la obligación legal de ajustar sus contratos a los principios de publicidad y concurrencia, incluyendo en tal supuesto a las fundaciones del sector público.

La actividad contractual es una faceta importante de la gestión económica de las sociedades mercantiles estatales y de las fundaciones del sector público cuyos presupuestos forman parte de los Presupuestos Generales del Estado. La modificación propuesta tiende, por tanto, a garantizar que la ejecución de dichos presupuestos se realice en unas coordenadas de mayor publicidad y transparencia que contribuyan al cumplimiento del principio constitucional de eficiencia en la asignación del gasto. La urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública.

²⁶¹ Las letras c) y d) del artículo 166 de la Ley de Patrimonio establecen:

c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

d) Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores en la redacción dada por la modificación operada mediante la Ley 13/1992, de 1 de junio de Recursos Propios y Supervisión en Base Consolidada de Entidades Financieras, establecía:

A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, además de que exista un control por parte del poder público, ya sea vía financiación, en la gestión o bien en el órgano de gobierno.

La técnica legislativa utilizada en el año 2005 es de alabar por cuanto se suprime la referencia relativa a “las sociedades privadas” —contenida en la modificación operada tan sólo dos años antes— concepto éste que podía dar lugar a una gran inseguridad jurídica al no encontrarse definido en el ordenamiento. Además, con la remisión que efectúa el legislador a la Ley de Patrimonio se facilita la unificación del concepto de sociedad mercantil en todos los órdenes que inciden de forma directa o indirecta en la materia²⁶².

Por otra parte, se incluye en la Disposición Adicional Sexta a las mismas entidades referenciadas en el artículo 2.1 del TRLCAP, estableciéndose la obligación de observar los principios de publicidad y concurrencia para la adjudicación de aquellos contratos no comprendidos en el citado precepto. De esta forma, las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas y las fundaciones del sector público quedaban sujetas al tercer nivel de sujeción a la norma en relación con su actividad contractual no comunitaria²⁶³.

²⁶² A tal efecto, el artículo 2.1, letra e) de la LGP de 2003 señala: “A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal: (...) e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”.

Por otra parte, el apartado segundo de la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE establece:

Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

²⁶³ Así, el artículo 2.1 del TRLCAP quedó redactado en los siguientes términos:

Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones Públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

El Consejo de Estado tuvo la oportunidad de analizar la modificación propuesta y a tal efecto emitió el Dictamen núm. 371/2005²⁶⁴ donde justificaba que se cumplía con los mandatos europeos contenidos, no sólo en las Directivas comunitarias, sino, también, en la Sentencia recaída en el Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España. El único matiz que introdujo fue el siguiente:

En opinión de este Consejo, las mencionadas reformas introducidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incorporan al ordenamiento interno, aunque de modo parcial, las conclusiones del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, pues parece que debiera también incluirse una referencia a aquellos supuestos en los que la configuración comunitaria como organismos de derecho público viene determinada por la existencia de un órgano de administración, de dirección o de vigilancia que esté compuesto por miembros de los cuales sean nombrados por el Estado, los Entes territoriales u otros organismos de derecho público.

El Consejo de Estado no acierta con la conclusión alcanzada, principalmente, por dos motivos. El primero, de menor importancia, es que no se llega a comprender el significado que quiere darse a la ausencia de la configuración comunitaria como organismo de Derecho público a la existencia de un control orgánico. En la legislación europea, este dato, por sí sólo, no es determinante para configurar a una entidad como “organismo de Derecho público”, sino que ha de estar unido a la concurrencia de otra circunstancia: las necesidades de interés general no industrial o mercantil que debe satisfacer la entidad. El segundo, mucho más importante, y es que la modificación proyectada y finalmente aprobada seguía sin cumplir los mandatos europeos. El Consejo de Estado vuelve de nuevo sobre sus pasos al beatificar una reforma legislativa que no cumple con el Derecho comunitario.

Por su parte, la Disposición Adicional Sexta señalaba lo siguiente:

Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

²⁶⁴ Dictamen del Consejo de Estado núm. 371/2005, de 10 de marzo, sobre el proyecto Real Decreto- Ley de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad.

Antes de evidenciar los motivos por los que, una vez más, se habría procedido a una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias, se han de señalar las entidades que, en ese momento, se encuentran sujetas a la normativa. Así, el TRLCAP se aplica íntegramente a las Administraciones territoriales, a los Organismos Autónomos y a las entidades de Derecho público que se hayan creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil y, además, que se encuentren controladas por el sector público, vía financiación, control en la toma de decisiones o control orgánico. Se trata del primer nivel de sujeción a la norma.

Por su parte, quedarán integrados en el segundo nivel de sujeción, aplicándose sólo parcialmente la norma —hasta la adjudicación del contrato—, y sólo para aquellos contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia que superen los umbrales comunitarios; en primer lugar, las entidades de Derecho público que no hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil, o bien que habiéndose creado para este fin no estén controladas por parte del poder público. La sujeción de estas entidades de Derecho público proviene de la redacción originaria de la Ley 13/1995 y no es una cuestión que afecte a las Directivas comunitarias, es una razón de orden público interno que trata de evitar la huida de los controles públicos en materia de contratación. En segundo lugar, las sociedades mercantiles a las que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley de Patrimonio. Como es de ver, sólo las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas pueden estar sujetas a este segundo nivel de sujeción a la norma.

A la luz del panorama descrito, nos debemos plantear si todas las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas están sujetas a la normativa de contratación en los términos previstos en el artículo 2.1 del TRLCAP, o bien es necesario que éstas satisfagan necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil. Pues bien, del criticable redactado del nuevo precepto se podría concluir que todas las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas están sujetas al artículo 2.1 del TRLCAP, ya que podría deducirse que el calificativo de “interés general que no tenga carácter industrial o mercantil” se está refiriendo a “las otras sociedades mercantiles equivalentes”. No obstante, y dado que debe prevalecer una interpretación funcional del precepto en

consonancia con los dictados europeos, se debería llegar a la conclusión contraria. Es decir, sólo las sociedades mercantiles mayoritariamente públicas, que realizan actividades de interés general, sin carácter industrial o mercantil y controladas por el poder público, deben considerarse poderes adjudicadores.

En tercer lugar, también quedarán integradas en el segundo nivel de sujeción a la Ley, las otras sociedades mayoritariamente públicas, equivalentes a las sociedades mercantiles estatales, incluidas las autonómicas o locales.

Y, finalmente, también, las fundaciones del sector público controladas a su vez por algún ente perteneciente al sector público. Se ha de notar que, en este caso, no sería necesario que la fundación se hubiese creado “específicamente” para satisfacer un interés general de carácter no industrial o mercantil. ¿Se trata de un olvido del legislador, o se presupone que todas las fundaciones realizan actividades de interés general? Sea como fuere, lo que está claro es que el calificativo “interés general no industrial o mercantil” siempre debe acompañar a la entidad de que se trate de conformidad con la interpretación funcional comunitaria que venimos sosteniendo.

Como analizaremos en el Capítulo Cuarto del presente trabajo de investigación, la redacción del precepto obligaba al intérprete a acudir a las distintas legislaciones reguladoras de este tipo de entes —estatales o autonómicas—, dependiendo del ámbito de actuación de la fundación, lo que provocaba que nos encontrásemos ante distintas delimitaciones conceptuales. Así, a título de ejemplo, en cuanto a las fundaciones del sector público estatal se refiere, el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones²⁶⁵ establece dos requisitos alternativos a la hora de considerar a una fundación como parte integrante del sector público: 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; o 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.

²⁶⁵ En adelante, Ley de Fundaciones del año 2002.

En cuanto al tercer nivel de sujeción a la norma —en el que sólo se han de observar los principios de publicidad y concurrencia—, quedaban integrados aquellos contratos no mencionados en el artículo 2.1 del TRLCAP, es decir, por debajo de los umbrales comunitarios y los no nominados, licitados por las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público allí citadas y, además, el resto de sociedades mercantiles, cuyo capital pertenezca mayoritariamente a las Administraciones Públicas, a los Organismos Autónomos o a las entidades de Derecho público.

Del contenido de estos tres niveles de sujeción no podemos más que concluir que el legislador del 2005, nuevamente, incumplió su obligación de transponer correctamente las Directivas comunitarias en materia de contratación, al obstinarse en nominar a las entidades —limitándose a las sociedades mercantiles y a las fundaciones—, y evitando, incomprensiblemente, utilizar los términos que el legislador comunitario emplea al referirse al poder adjudicador. Así las cosas, y dado que pueden existir otros entes privados distintos a los nominados, que deberían ser considerados poderes adjudicadores, es por lo que se concluye que el legislador transgrede el Derecho comunitario. A título de ejemplo, el legislador está dejando al margen de la contratación pública a las sociedades mercantiles minoritariamente públicas —cuando el dato de la titularidad nunca ha sido utilizado por el legislador comunitario— a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a las COCIN, a los Colegios Profesionales y a las Juntas de Compensación.

Además, no podemos dejar de mencionar que la modificación legislativa operada en el año 2005 —en cuanto a las sociedades mercantiles se refiere— incumplía, aún más, el Derecho comunitario que la acometida en el año 2003. Al respecto, es interesante observar, que la última modificación se refiere a las sociedades mercantiles “mayoritariamente públicas” frente a la anterior que hace referencia a las “sociedades de Derecho privado” sin indicar porcentaje alguno de participación del poder público. En consecuencia, se debe entender que el concepto “sociedad privada” debía incluir tanto a las mayoritariamente públicas como a aquellas en las que la participación del poder público fuese inferior al cincuenta por ciento. Como se puede apreciar, el legislador no sólo incumple los mandatos europeos, sino que retrocede un paso más, todo ello, aderezado por la criticable posición del Consejo de Estado.

Además, se vuelve a poner en evidencia la incongruencia en la técnica legislativa utilizada, ya que se deja fuera del ámbito de la contratación a las entidades de Derecho público cuando no realizan actividades industriales o mercantiles, o bien, realizándolas, no estén controladas por los poderes públicos. En estos supuestos, como hemos visto, el legislador sujeta a estas entidades a la normativa de contratación pública, pero únicamente cuando se trate de los contratos nominados y cuya cuantía se encuentre por encima de los umbrales comunitarios. Por el contrario, cuando no confluyan estos dos requisitos, la entidad de Derecho público es totalmente libre de contratar a su antojo, sin procedimiento alguno y sin observar, siquiera, los principios de publicidad y concurrencia a los que, paradójicamente, sí estaría obligada una sociedad mercantil o una fundación por mor de la Disposición Adicional Sexta. Se trata de una problemática que, según apuntábamos, no afecta al Derecho comunitario pero sí a la organización interna del Estado.

4.5. Última modificación del TRLCAP en cuanto al ámbito subjetivo se refiere

El ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP se modificó todavía una vez más mediante la Ley PGE para el año 2007. Tras esta modificación se abandona el sistema seguido tradicionalmente para identificar a las entidades de Derecho privado sometidas al TRLCAP y, finalmente, se opta por la definición contenida en las Directivas comunitarias. De esta forma se incluía en el artículo 2.1 de la norma —nivel segundo de sujeción— a las entidades de base privada que hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tuviesen carácter industrial o mercantil y que estuviesen controladas por el poder público²⁶⁶. Por otra parte, también se procedió a

²⁶⁶ El artículo 2.1 del TRLCAP quedó redactado en los siguientes términos:

Las entidades de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.150.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 206.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto, siempre que tales entidades hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra

modificar la Disposición Adicional Sexta, limitándose a incluir la definición de “sociedad mercantil mayoritariamente pública”, entendiendo como tal, aquellas que en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, un Organismo Autónomo o una entidad de Derecho público fuera superior al cincuenta por ciento y, también, la definición de “fundación”, considerando que formarían parte del sector público, aquellas que se constituyeran con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de las entidades del propio sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, estuviera formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por los mismos. Así las cosas, tras la modificación, ambas entidades debían observar los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de aquellos contratos no relacionados en el artículo 2.1 del TRLCAP.

Al margen de la crítica que mereciera la modificación legislativa operada mediante la Ley PGE para el año 2007 por la inseguridad jurídica que ello provocaba al destinatario de la norma, no se puede dejar de decir que con esta reforma, finalmente, el legislador español procedió a transponer correctamente las Directivas comunitarias en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, por cuanto, de una vez por todas, deja de nominar a los entes privados acabando con los riesgos que comportaba la posibilidad de que quedasen excluidas entidades no mencionadas. En efecto, el legislador decide incorporar al texto la referencia “entidades de derecho privado”, quedando incluidos así todos los entes de base privada que satisfagan necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil y que estén controlados por los poderes públicos. Asimismo, a partir de la ulterior reforma, queda meridianamente claro que los calificativos “interés general”, “actividad industrial o mercantil” y “control”, se refieren a todas las entidades de base privada, a diferencia de lo que sucedía con el anterior texto que daba lugar a la posibilidad de interpretar que sólo se aplicaba “al resto de sociedades mercantiles”.

Por otra parte, y pese a no ser un problema que afecte al Derecho comunitario, sigue brillando por su ausencia la regulación de la contratación por debajo de los umbrales comunitarios de las entidades de Derecho público que no se

en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior.

consideren “organismos de Derecho público” a efectos comunitarios, al no encontrarse mencionadas en la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP.

CAPÍTULO TERCERO

EL ARTÍCULO 3 DEL TRLCSP: LOS NIVELES DE SUJECCIÓN A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 80 de la Directiva 2004/18, los Estados miembros debían adoptar, con anterioridad al 31 de enero de 2006, las disposiciones necesarias con el fin de llevar a cabo su transposición en los respectivos Derechos nacionales²⁶⁷. Con ese objetivo se dictó la LCSP que entró en vigor el 30 de abril de 2008, dos años después de la fecha límite exigida por la norma comunitaria. Durante ese período de tiempo, el legislador nacional volvió a incumplir de forma flagrante los mandatos europeos, de hecho, la Comisión Europea acordó denunciar a nuestro país ante el Tribunal europeo por no haber comunicado las disposiciones de aplicación de las Directivas comunitarias de contratación pública —Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2007 por la Comisión Europea contra el Reino de España, Asunto C-255/07—²⁶⁸.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP se dictaron diversas disposiciones que afectaron a la normativa de contratación del sector público y que se recogieron en el TRLCSP. Esta norma, además de introducir todas las modificaciones producidas a lo largo de este período, ha integrado las disposiciones sobre financiación en materia de concesión de obra pública contenidas en el todavía vigente TRLCAP²⁶⁹ y las previsiones contenidas en la

²⁶⁷ El artículo 80 de la Directiva 2004/18 establece:

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Quando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

²⁶⁸ En paralelo también se adoptó la Directiva 2004/17, la cual dio lugar a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que no será objeto de estudio en nuestro trabajo de investigación —en adelante, Ley 31/2007—.

²⁶⁹ La Disposición Derogatoria Única, letra a) de la LCSP establecía:

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley, en particular, las siguientes:

LES, relativas al contrato de colaboración público-privado bajo fórmulas institucionales —artículos 37 y 38—²⁷⁰.

La LCSP —hoy, TRLCSP— fue más allá de una mera transposición de la Directiva 2004/18, siendo el primer texto legislativo que regulaba la contratación de todo el sector público, dejando de ser la Ley de contratos de las “Administraciones Públicas” para incluir en su título un rótulo mucho más amplio: el de contratos del “sector público”, noción que como dice su propia Exposición de Motivos “(...) deriva de las exigencias comunitarias y que conlleva una notable ampliación del ámbito subjetivo de la Ley, además de una estructura diferente de la normativa a la que sustituye”.

El TRLCSP no se aplica con la misma intensidad a todos los sujetos del sector público, sino que establece hasta cuatro niveles de sujeción a la norma. El nivel máximo corresponde a las Administraciones Públicas *stricto sensu* que celebran en su gran mayoría contratos administrativos, cuya preparación, adjudicación, efectos y extinción se rigen íntegramente por el TRLCSP y cuyo control judicial corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. El segundo, es el relativo a los poderes adjudicadores, no Administración Pública que suscriben contratos privados y, cuya preparación y adjudicación, podrá o no estar sujeta a

-
- a) El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a excepción del Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive.

²⁷⁰ No puede obviarse que desde el nacimiento de la LCSP se alzaron voces en contra de la norma, al considerar que era incompleta y que, en determinados aspectos, que no inciden de forma directa en su ámbito subjetivo, incumplía el Derecho comunitario, esencialmente, en sede de los contratos modificados. Prueba de ello es que con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se dictaron hasta diez disposiciones que procedieron a modificar diversos aspectos de la LCSP, en concreto, las siguientes: a) el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; b) el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; c) la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; d) la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales —en adelante, Ley 15/2010—; e) la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras —en adelante, Ley 34/2010—; f) la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; g) la LES; h) el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; i) la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; y j) la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

la normativa comunitaria dependiendo de su valor estimado²⁷¹. Es la aplicación media de la Ley y las controversias que puedan surgir se deberán resolver por la jurisdicción contencioso-administrativa o por la civil según los parámetros que veremos en el presente Capítulo. El tercer nivel está integrado por el resto de entes del sector público que celebran contratos privados, cuya preparación y adjudicación se sujeta a la normativa interna aprobada por parte del ente contratante de conformidad con unos principios básicos de contratación y, sus efectos y extinción, se sujetan al Derecho privado. Todas las controversias que surjan se ventilarán ante la jurisdicción civil. Es la aplicación mínima de la Ley. Se suele afirmar que existe un cuarto nivel de sujeción que, a pesar de que no será desarrollado en el presente trabajo de investigación, valga la pena mencionarlo. Nos estamos refiriendo a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, adjudicados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores —artículo 17 del TRLCSP—²⁷², y a los adjudicados por concesionarios de obras públicas que

²⁷¹ El artículo 88.1 del TRLCSP define el valor estimado en los siguientes términos:

A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

²⁷² El artículo 17 del TRLCSP establece:

1. Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:
 - a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 euros.
 - b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.
2. Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquéllos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las restantes disposiciones de esta Ley que les sean de aplicación. Cuando el contrato subvencionado se adjudique por entidades del sector público que tengan la consideración de poder adjudicador, se aplicarán las normas de contratación previstas para estas entidades, de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el artículo 41.

no tengan la consideración de poderes adjudicadores y que se encuentran regulados en el artículo 274 del TRLCSP²⁷³.

La determinación de la inclusión de las entidades objeto de estudio específico en los Capítulos Cuarto y Quinto —las fundaciones y las COCIN— en cualquiera de los tres primeros niveles de sujeción a la Ley, requiere, previamente, un correcto entendimiento del logarítmico artículo 3 del TRLCSP. Para ello será necesario determinar en un primer momento si se encuentran nominadas expresamente en las letras a) a g) del artículo 3.1 como integrantes del sector público, de forma que si ello fuese así se deberá despejar la siguiente incógnita: si se tienen que categorizar como Administración Pública al estar mencionadas, a su vez, en las letras a) a g) del artículo 3.2 del TRLCSP o, por el contrario, como poder adjudicador, no Administración Pública, por no estar allí relacionadas, pero sí incluidas en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP. Si finalmente se concluyese que la entidad nominada del sector público no debe considerarse Administración Pública ni poder adjudicador, no Administración Pública, dicha entidad quedaría incluida en el nivel mínimo de aplicación de la norma. Por el contrario, si las entidades no estuviesen nominadas en las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP, pero sí incluidas en el sector público —por imperativo de la cláusula residual letra h) del artículo 3.1 de la norma—, como mínimo, se sujetarán al segundo nivel como poder adjudicador, no Administración Pública, al coincidir literalmente la redacción de esta cláusula con la contenida en la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP. Situados aquí, el siguiente ejercicio será determinar si se les aplica el nivel máximo de sujeción como Administración Pública, por considerar que concurre cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 3.2 del TRLCSP²⁷⁴.

²⁷³ El artículo 274.2 del TRLCSP señala:

La adjudicación de contratos de obras por los concesionarios de obras públicas que no tengan el carácter de poderes adjudicadores se regulará por las normas contenidas en los apartados 3 y 4 de este artículo cuando la adjudicación se realice a un tercero y el valor del contrato sea igual o superior a 5.000.000 euros, salvo que en el contrato concurren circunstancias que permitan su adjudicación por un procedimiento negociado sin publicidad.

²⁷⁴ Se ha de hacer notar que en el presente trabajo de investigación se van a utilizar de forma indistinta los siguientes términos: NIVEL UNO de sujeción a la Ley, primer nivel o máximo para identificar la regulación aplicable a las Administraciones Públicas; NIVEL DOS de sujeción, segundo nivel o intermedio, relativo a los poderes adjudicadores, no Administración Pública; y NIVEL TRES de sujeción a la Ley, tercer nivel o mínimo, aplicable a los entes del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública ni de poder adjudicador, no Administración Pública.

2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 3 DE LA LCSP —HOY, TRLCSP—

2.1 La tramitación parlamentaria de los artículos 3, 174, 175 y 176 de la LCSP —hoy artículos 3, 190, 191 y 192 del TRLCSP—

El 16 de marzo de 2006 se presentó al Consejo de Estado la séptima versión del anteproyecto de LCSP²⁷⁵. El artículo 3 contenía dos apartados, el primero, relativo a los entes del sector público y, el segundo, se refería a las entidades que debían considerarse Administración Pública a efectos de la Ley. La estructura de los artículos 3.1 y 3.2 del anteproyecto era de características muy similares a la finalmente aprobada en la LCSP. Destaca el contenido de la redacción de la cláusula residual —letra h) del artículo 3.1— que al relacionar los entes del sector público establecía lo siguiente:

cualesquiera otros 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 un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Por otra parte, en el citado artículo 3 no se hacía referencia alguna a la definición comunitaria de “organismo de Derecho público” que se encontraba contenida en los artículos 13.1 y 173 del anteproyecto de Ley. Las reglas aplicables a la adjudicación de los contratos por parte de los entes integrados —lo que hoy conocemos como segundo nivel de sujeción a la Ley— estaban previstas en los artículos 174 y 175, mientras que el artículo 176 se refería a las relativas a los del tercer nivel.

El anteproyecto de Ley fue informado por el Consejo de Estado mediante el Dictamen núm. 514, de 25 de mayo de 2006, haciendo especial hincapié en la normativa comunitaria de contratación pública y en la necesidad de transponer la Directiva 2004/18. El Consejo de Estado entendió que el anteproyecto se

²⁷⁵ Con anterioridad a este anteproyecto se presentaron hasta seis versiones distintas de anteproyectos. En concreto los de fecha 7 de julio de 2005, 2 de noviembre de 2005, 21 de noviembre de 2005, 12 de diciembre de 2005, 16 de diciembre de 2005 —tomado en consideración por el Consejo de Ministros—, y 1 de marzo de 2006.

ajustaba con carácter general a las exigencias de incorporación del Derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico, incidiendo en el nuevo enfoque de la legislación de contratos y reconociendo la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, “construyendo desde el inicio la ley de contratación pública como una ley del sector público en el sentido más amplio posible”.

El Dictamen criticó la estructura del artículo 3 del anteproyecto, aconsejando una mejor delimitación de los poderes adjudicadores y, especialmente, en lo que se refiere a la ubicación de la cláusula residual, letra h). Al respecto, proponía que no se configurase como “cláusula de cierre” y sí como “cláusula de cabecera” seguida de la enumeración de una serie de entidades que, de forma indicativa y no exhaustiva, pudieran cumplir, en su caso, los criterios de la definición contenida en la referida cláusula. Además, señalaba que no debería hacerse referencia a “cualesquiera otros entes, sino más simplemente a cualesquiera entes”. Asimismo, también proponía la inclusión en el artículo 3 de dos apartados —el tercero y el cuarto—, donde se definiesen los poderes adjudicadores, no Administración Pública y el resto de entes integrantes del sector público, es decir, lo que hoy conocemos como NIVEL DOS y NIVEL TRES de sujeción a la Ley. La propuesta del Consejo de Estado mejoraba sustancialmente la técnica legislativa utilizada en la configuración legal de los entes recogida en el anteproyecto de Ley²⁷⁶.

²⁷⁶ En concreto, el Consejo de Estado manifestó:

b) Inclusión de dos apartados (3 y 4) en el artículo 3.

El artículo 3.2 trata de los entes del sector público que tienen el carácter de Administraciones Públicas (y que son poderes adjudicadores para el Derecho comunitario europeo); pero no singulariza los entes del sector público que no siendo Administraciones Públicas para el Derecho comunitario son, sin embargo, poderes adjudicadores.

Por ello, parece necesario individualizar estos entes de conformidad con la directiva comunitaria añadiendo un apartado 3.3 que podría decir:

3. Dentro del sector público, tienen la consideración de poderes adjudicadores, además de las Administraciones Públicas enumeradas en el apartado anterior; a) los entes comprendidos en el sector público, dotados de personalidad jurídica, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia, esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. b) Las asociaciones constituidas por los poderes adjudicadores.

El proyecto de núm. 121/95 Ley fue presentado a Cortes el 14 de julio de 2006 y calificado el 5 de septiembre de 2006²⁷⁷, con la redacción del artículo 3.3 en los mismos términos que recogió el texto definitivo y coincidentes con los propuestos por el Consejo de Estado. No obstante, no se tuvo en consideración la sugerencia efectuada sobre el apartado cuarto del artículo 3, ni tampoco la relativa a la letra h) del artículo 3.1 que se mantuvo con el redactado del anteproyecto antes transcrito. Los artículos 173, 174, 175 y 176 del proyecto de Ley, concernientes al régimen jurídico de la adjudicación de los contratos de las entidades integradas en los niveles DOS y TRES se presentaron en términos similares a los finalmente aprobados.

En la tramitación parlamentaria, los Grupos Parlamentarios formularon en el Congreso de los Diputados las siguientes enmiendas al artículo 3: la Enmienda núm. 26 del Grupo Parlamentario Vasco; las Enmiendas núm. 41, núm. 42 y núm. 43 del Grupo Parlamentario Popular y la Enmienda núm. 151 del Grupo Parlamentario Socialista. Se ha de destacar la núm. 42 del Grupo Parlamentario Popular mediante la que se proponía la supresión de la referencia relativa a que las Entidades Públicas Empresariales y las asimiladas autonómicas y locales no fuesen consideradas Administraciones Públicas y la núm. 151 del Grupo Parlamentario Socialista, mediante la que se manifestaba la necesidad de eliminar el adjetivo “otros” en la letra h) del artículo 3.1 de la LCSP. Por otra

Además de ello, a efectos de la mayor claridad, podrá incluirse un apartado 4 del siguiente tenor:

4. Los demás entes incluidos en el sector público no tienen la condición de poderes adjudicadores.

De esta forma quedarían delimitados los sujetos a los que luego les son de aplicación los distintos regímenes de contratación:

- Las Administraciones Públicas sujetas a la ley en cuanto a los contratos incluidos en la misma, desde la preparación hasta la extinción.
- Los demás poderes adjudicadores sujetos al régimen establecido en la Ley en cuanto a los contratos incluidos en la misma, en términos similares a las Administraciones, desde la preparación hasta la adjudicación. Se insiste en que sería deseable que a estos sujetos les fuera de aplicación, en lo sustancial, un régimen similar al de la contratación de la Administración desde la preparación a la adjudicación y no sólo en aquellos “contratos sujetos a una regulación armonizada”.
- Entes incluidos en el sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores, sujetos a determinados preceptos de la Ley.

²⁷⁷ BOCG Serie A, núm. 95-1, de 8 de septiembre de 2006.

parte, los Grupos Parlamentarios no presentaron enmiendas significativas en relación con los artículos 173 a 176 del proyecto de Ley²⁷⁸.

De las enmiendas presentadas, finalmente fue aceptada la núm. 151 del Grupo Parlamentario Socialista, de forma que la cláusula residual contenida en la letra h) quedó redactada en los siguientes términos:

cualesquiera entes, organismos, o entidades, con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Si bien la enmienda se razonó en “correcciones de estilo para clarificar la justificación del ámbito subjetivo de la Ley”, lo cierto es que con esa modificación se han evitado auténticos problemas derivados de una incorrecta transposición de las Directivas en materia de contratación pública. Según abordaremos a

²⁷⁸ Todas las enmiendas pueden consultarse en el *BOCG Serie A*, núm. 95-22, de 29 de marzo de 2007.

La justificación de la Enmienda núm.42 planteada por el Grupo Parlamentario Popular, de supresión del último párrafo del apartado 2 del artículo 2, fue del siguiente tenor literal:

En nuestro sistema administrativo, existen entidades públicas empresariales, reconocidas como tales a la luz de la Ley del Gobierno, que, en cambio, no se financian mayoritariamente con ingresos comerciales y realizan mayoritariamente operaciones de redistribución de renta o fomento. Esta paradoja tendría además un efecto negativo si se excluyeran sin mayor justificación del concepto de Administración Pública, por lo que se debería entender que la propia definición positiva del artículo 3.2.e) hace innecesaria la delimitación negativa del párrafo cuya supresión se propone.

En lo que se refiere a la Enmienda núm. 151 del Grupo Parlamentario Socialista, de modificación de la letra h) del apartado 1 y de la letra b) del apartado 3 del artículo 3, se propuso la siguiente redacción:

1. (...) h) 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 un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

3. (...) b) Todos los demás entes, organismos o entidades de los enumerados en el apartado 1 con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

La Justificación a la Enmienda se amparó únicamente en motivos de estilo para clarificar la definición del ámbito subjetivo de la Ley.

continuación, tal y como se encuentra redactado el texto definitivo de la cláusula residual —letra h) del artículo 3.1 de la LCSP—, no se puede sostener que el legislador nacional haya incumplido el Derecho comunitario. Por el contrario, si el texto definitivo hubiese respetado el contenido original del proyecto de Ley —haciendo referencia en la cláusula residual a la expresión “cualesquiera otros”—, los problemas interpretativos hubiesen sido considerables, ya que se podría entender que con el adjetivo “otros” estaba refiriéndose a otros entes no nominados en cuanto a su forma jurídica en las letras a) a g) del citado artículo 3.1 de la LCSP. Así por ejemplo, podría sustentarse la exclusión de la normativa de contratación pública de las sociedades mercantiles minoritariamente públicas o de las fundaciones —no del sector público—, con independencia de que realizasen actividades de interés general que no tuviesen carácter industrial o mercantil y que estuviesen controladas por los poderes públicos.

2.2 Planteamiento del artículo 3 del TRLCSP

El TRLCSP es una norma extensa, compleja y con múltiples reenvíos, lo que puede conllevar un complicado entendimiento que se evidencia con la propia lectura del precepto relativo al ámbito subjetivo de la Ley —artículo 3—. Ello se ha debido a la pretensión de no excluir a ningún sujeto susceptible de ser destinatario de la misma²⁷⁹. La norma se aparta del sistema seguido en la

²⁷⁹ El artículo 3 de la LCSP establecía:

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:
 - a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
 - b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
 - c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
 - d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.
 - e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
 - f) 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.

- g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- h) 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.
- i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos, y entidades mencionadas en las letras anteriores.

2. Dentro del Sector Público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.
- b) Los Organismos Autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad y
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:
 - 1ª. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro o
 - 2ª. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 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.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionadas en las letras anteriores.

Se ha de decir desde un buen principio que el TRLCSP no supuso ninguna modificación sustancial en relación con este artículo. Se limitó a reproducir la LCSP, adicionando las letras f) y g) del artículo 3.2, que quedaron redactadas de la siguiente forma:

- f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

materia desde la Ley 13/1995 basado en una parte general compuesta por normas aplicables a todos los contratos públicos y en una parte especial en la que se recogían las peculiaridades del régimen jurídico de los contratos administrativos “típicos” —la Exposición de Motivos denomina a este régimen estructura bipolar—. Frente a ello, la ya obsoleta LCSP se estructuraba en un Título Preliminar, que recogía las “Disposiciones Generales”, y en seis Libros que se dedicaban a regular: “La configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos” —Libro I—; su preparación —Libro II—; “La selección del contratista y la adjudicación de los contratos” —Libro III—; “Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos” —Libro IV—; “La organización administrativa para la gestión de la contratación” —Libro V—; y el “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos” —Libro VI—. Se ha de advertir que fue la Ley 34/2010 la que introdujo este último Libro que, posteriormente, fue derogado por el TRLCSP y que incluyó sus preceptos en el Libro I de la norma, manteniendo el resto de la estructura en los términos ya previstos en la LCSP.

En términos amplios, el planteamiento del artículo 3 del TRLCSP, con la inclusión de la cláusula de cierre en la letra h) del artículo 3.1, tiene como finalidad que la normativa de contratación resulte de aplicación a todos aquellos sujetos que puedan tener la consideración de poder adjudicador en los términos

-
- g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Se ha de tener presente, que el pasado 21 de junio del 2013 el Consejo de Ministros ha hecho público el Informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas —en adelante Informe CORA—, del que podría derivarse en una reforma legislativa que modificase el artículo 3 del TRLCSP.

[El referido Informe es fruto del Acuerdo del Consejo de Ministros del mes de octubre de 2012, mediante el que se creó la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, que tenía de plazo hasta el 30 de junio de 2013 para presentar una auditoría completa de todo el sector público estatal.

Se trata, según la propia Nota de prensa, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del día 21 de junio de 2013, de una guía y un instrumento al servicio de la AGE, para la que es una obligación, y al servicio de todas las Administraciones Públicas, porque contiene ideas e instrumentos muy útiles para ser más eficaz y más cercano al ciudadano. El objetivo es una Administración que sea mucho más eficiente, mucho más cercana, mucho más fiable y mucho más transparente. El Informe CORA está disponible [On line] <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF> [Consulta: 1 de julio de 2013].

previstos en la Directiva 2004/18, así como a aquellos otros que por razones de política legislativa interna se ha considerado conveniente sujetarlos a la normativa de contratación pública²⁸⁰. La complejidad de la norma es mayor si atendemos al hecho de que el TRLCSP no sólo se refiere a los contratos cuyos importes se encuentren por encima de los umbrales comunitarios previstos en la

Se ha de notar que la lista de entidades sujetas a la normativa de contratación está inspirada en la definición del sector público contenido en el artículo 2.1 de la LGP del año 2003, que establece lo siguiente:

A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunadas.
- e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- g) Las entidades estatales de derecho público diferentes de las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.
- h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo haya aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

²⁸⁰ La propia Exposición de Motivos de la LCSP —Expositivo II— recoge esta apreciación cuando señala que:

La Ley de Contratos del Sector Público ha adoptado un enfoque que, separándose de sus antecedentes, aborda la regulación de la actividad contractual pública desde una definición amplia de su ámbito de aplicación y buscando una identificación funcional precisa del área normativa vinculada a regulaciones europeas, teniendo en cuenta que se trata de una ley que ha de operar en un contexto jurídico fuertemente mediatizado por normas supranacionales y en relación con una variada tipología de sujetos

Desarrollar la Ley de contratos como una norma que, desde su planteamiento inicial, se diseñe teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, permite aproximar su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia, incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables, y previendo un nicho normativo para que, en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto, puedan incluirse reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación.

Directiva 2004/18²⁸¹ y, por tanto, regulados por el Derecho comunitario, sino también a aquellos otros que no lo superen y a los contratos expresamente no regulados por el Derecho europeo²⁸². Por otra parte, tampoco se ha de olvidar que en la norma nacional no sólo se regulan los procedimientos de licitación tendentes a adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa, sino, también, todas las incidencias que puedan surgir en relación con la ejecución de los contratos administrativos, cuestión, que no es tratada *in extenso* por el Derecho comunitario, al caracterizarse, como ya se ha dicho, por ser un Derecho parcial. El artículo 1 del TRLCSP es claro al respecto cuando señala que la norma tiene por objeto regular toda la contratación del sector público y el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Como apunta BAÑO LEÓN:

(...) el legislador no sólo ha efectuado una transposición de la Directiva, introduciendo cambios sustanciales en la regulación de la contratación del sector público, sino que ha adoptado un planteamiento de reforma global²⁸³.

²⁸¹ Al respecto, se ha de tener en cuenta el Reglamento UE núm. 1251/2011, ya citado, y la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda mediante la cual se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación pública a partir del 1 de enero de 2012 y que reproducen las cuantías fijadas por el citado Reglamento comunitario.

A tal efecto, el artículo único, 1 de la citada Orden, establece con relación al TRLCSP, lo siguiente:

1. Respecto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:
 - a) La cifra de 4.845.000 euros por la de 5.000.000 euros, en los artículos 14.1; 17.1.a); 24.1; 141.1.a) y 274.2.
 - b) La cifra de 193.000 euros por la de 200.000 euros, en los artículos 15.1.b); 16.1.b); 17.1.b); 21.1; 37.1; 40.1.b); 137.1 y 154.3.
 - c) La cifra de 125.000 euros por la de 130.000 euros en los artículos 15.1.a) y 16.1.a).

²⁸² El artículo 1.2, letra a) de la Directiva 2004/18 establece:

Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

Por otra parte, a título de ejemplo, se ha de mencionar el artículo 17 de la Directiva 2004/18, cuando excluye de su ámbito de aplicación las concesiones de servicios definidas en el artículo 1.4, en tal sentido: “Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1”.

²⁸³ BAÑO LEÓN, J.M. “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley... *Op. cit.*, p. 14.

La cuestión que nos debemos plantear es por qué se ha utilizado esta técnica legislativa. Para ello, debemos remitirnos a sus antecedentes legislativos más inmediatos —ya analizados en el anterior Capítulo Segundo—. En primer lugar, nos hemos de referir a la LCE, norma cuyo único destinatario eran los contratos de la Administración del Estado. Las Entidades Locales tenían su propia regulación, contenida principalmente en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953. Posteriormente, con la Ley 13/1995, se amplía el ámbito subjetivo a todas las Administraciones territoriales y a las entidades públicas, fruto de la descentralización funcional. La última regulación, contenida en la redacción originaria del TRLCAP, se limita a aplicar unos concretos principios contractuales a determinadas entidades de Derecho privado. Es posteriormente, fruto de las reiteradas condenas del Tribunal europeo, cuando se procede a modificar y ampliar el ámbito subjetivo de la Ley a determinados entes. Como dice LUCIANO PAREJO: “(...) la coincidencia del ámbito de aplicación subjetiva y el sector público (ampliamente acotado) representa, pues, una verdadera novedad”²⁸⁴. Partiendo de estas premisas, el legislador español ha previsto en el artículo 3 del TRLCSP —en combinación con los artículos 190, 191 y 192 del mismo texto legal— tres regímenes diferentes de sujeción a la normativa de contratación, con el objetivo claro de no dejar a ninguna entidad vinculada con el sector público fuera del ámbito de aplicación de la Ley²⁸⁵.

²⁸⁴ LUCIANO PAREJO, A. “Comentario al artículo 3”. En: PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 2009, p. 10.

²⁸⁵ En la Exposición de Motivos de la LCSP —Expositivo II— se justifica la forma de proceder del legislador cuando señala:

Hasta el momento, las reformas de la legislación de contratos que se han sucedido desde 1986 han sido tributarias, en última instancia, del planteamiento de la Ley de Contratos del Estado cuyo modelo de regulación se ha ido asumiendo por los diferentes textos legales sin ser objeto de un cuestionamiento de fondo; incluso la Ley de 18 de mayo de 1965, que supuso un punto de inflexión para nuestra legislación en la materia, respondía, en sus concepciones básicas, a ese modelo. La normativa de contratos del sector público se ha construido, en este sistema, alrededor del contrato de la Administración Pública (ya sea ésta únicamente la Administración General del Estado, como en la Ley de 1965, o ya se entienda el concepto en sentido más amplio, como comienza a apuntarse a partir de 1986 y se consagra de forma abierta a partir de 1995) y, más específicamente, en torno al contrato administrativo de la Administración Pública. La necesidad de pautar la contratación de otros sujetos —ya fuese por determinaciones del Derecho comunitario, cuyas disposiciones en la materia se aplican a otras entidades del sector público o incluso a sujetos de derecho que se encuentran fuera de él, o por razones de política legislativa interna, con el fin de cerrar las normas sobre contratación del sector público— se solventaba en este modelo bien mediante la extensión parcial de esa regulación (en lo que se refería a normas incluidas en el ámbito de regulación propio de las Directivas comunitarias: disposiciones sobre preparación y adjudicación del contrato y sobre requisitos de aptitud, capacidad y solvencia del contratista particular, básicamente) a ciertos contratos sujetos a las disposiciones comunitarias, bien mediante la declaración de

Así, se configura un primer nivel de máxima sujeción a la Ley, integrado por la Administración Pública que suscribe contratos administrativos y algunos contratos privados, ampliamente regulado en el TRLCSP tanto en la fase de selección y adjudicación como en su ejecución. Asimismo, se prevé un segundo nivel que es aplicable a los poderes adjudicadores, no Administración Pública, que suscriben contratos privados y, donde se debe distinguir la contratación armonizada —por encima de los umbrales comunitarios— tratada en extenso en la norma, de la contratación no armonizada —por debajo de los umbrales comunitarios—, donde el legislador sólo se detiene en imponer al ente contratante la obligación de aprobar unas normas internas de conformidad con unos principios básicos de la contratación pública. En cualquier caso, en la aplicación intermedia de la Ley no se regula la ejecución contractual, dejándolo a la libertad de las partes contratantes, salvo una serie de cuestiones como, por ejemplo, el régimen de modificaciones contractuales, introducidas por la LES, y que derivan de la necesidad de configurar correctamente las prestaciones contractuales en la fase de preparación y adjudicación del contrato. Por último, un tercer nivel en el que se integran el resto de entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración Pública ni de poder adjudicador, no Administración Pública y, por lo tanto, no se encuentran sujetas a la normativa comunitaria. En el nivel mínimo, el legislador obliga a que las entidades aprueben unas normas de carácter interno que regulen su actividad contractual, de conformidad con los principios básicos de contratación pública. Se trata de la aplicación mínima de la normativa de contratación del sector público²⁸⁶.

sometimiento de los restantes contratos del sector público a ciertos principios que debían presidir su adjudicación.

²⁸⁶ Esta distinción también se señala en la Exposición de Motivos de la LCSP —Expositivo III— cuando dice:

Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidas a esta Directiva. El hecho de que se ponga el acento en la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas, sometiéndolas a disposiciones más detalladas que las que rigen para las entidades sujetas a la Ley que no tienen este carácter (sobre todo en lo que se refiere a la celebración de contratos no sujetos a regulación armonizada) no significa que éstas últimas no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación o de figuras contractuales contempladas de modo expreso sólo en relación con aquellas (subasta electrónica, contratos de colaboración o instrumentos para la racionalización de la contratación, por ejemplo), puesto que siempre será posible que sean incorporadas a las

A esta compleja diferenciación también hizo referencia el Consejo de Estado en el citado Dictamen núm. 514, emitido a propósito del anteproyecto de la LCSP, exponiendo las ventajas y los riesgos que se podían derivar de su configuración legal. Así, en cuanto a las ventajas, el órgano consultivo apunta las siguientes: a) Definición amplia de su ámbito de aplicación; b) Identificación funcional precisa del área normativa vinculada al Derecho europeo; y c) Flexibilización de la regulación para algunos entes del sector público que no son Administración Pública pero que han sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Por otra parte, en relación con las dificultades de la estructura, el Consejo de Estado señaló lo siguiente: a) Se detecta un error de concepción dado que se presenta como una norma de la actividad contractual del sector público, en cambio, el grueso de la regulación sigue girando sobre normas pensadas para las Administraciones Públicas; b) Se constata un problema de construcción sistemática derivado de la regulación conjunta de contratos administrativos y garantías de contratación del sector público; y c) El régimen de contratos típicos se ha complicado notablemente, dado que para localizar el régimen completo de un contrato típico, la selección de las normas aplicables obliga a recorrer prácticamente todos los libros de la Ley para encontrarlas.

Buena parte de la doctrina también ha criticado la sistemática utilizada por el legislador en la construcción del ámbito subjetivo de la Ley, llegando incluso a afirmar que de la lectura literal del precepto se puede deducir que la norma no transpone correctamente la definición del poder adjudicador contenido en las directivas comunitarias. Entre los autores más críticos con la sistemática utilizada por el legislador nacional se ha de citar a GIMENO FELIU, quién, incluso, propone una lectura distinta a la derivada de la estructura del artículo 3 del TRLCSP, de forma que se realice a la inversa, es decir, que se inicie por su apartado tercero, para concluir si el ente en cuestión es o no poder adjudicador, y, posteriormente, se determine si es o no Administración Pública en el caso de que cumpla con los requisitos del apartado segundo del citado precepto. Finalmente, —entiende el Autor— y en el supuesto de que se trate de un ente que no deba tener la consideración de Administración Pública, se habrá de despejar la incógnita de si

instrucciones internas de contratación que deben aprobar esas entidades o que se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos.

ha de estar o no incluido en el sector público en el supuesto de que aparezca referido de forma expresa en el apartado primero del citado artículo 3. De esta forma, el autor señala:

Pues bien, una primera impresión, atendiendo a la dicción del artículo citado —además de extenso—, es que este precepto no se ajusta, desde una interpretación formal, a la propia definición de poder adjudicador de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, que se supone pretende transponer, al quedar —al menos aparentemente— entes excluidos de la aplicación de esta normativa (si no están mencionados no están incluidos, parece deducirse de la dicción literal del artículo 3.1 LCSP). Es lo que sucede con empresas públicas y fundaciones no participadas mayoritariamente, excluidas aparentemente de la aplicación de la Ley, cuando pueden tener la consideración de poder adjudicador. La LCSP sólo atiende al dato de la participación pública y no al dato de la función o finalidad de dicha entidad a efectos de su consideración como sector público. (...)

Quizá el problema interpretativo deriva del párrafo 3 de este precepto, al incluir la figura del poder adjudicador sin definirla claramente, ni conceptualarla como pieza esencial del sistema, lo que puede llevar a interpretaciones contradictorias sobre qué sujetos y en qué casos deben aplicar la Ley. Por ello, entiendo que una mejor comprensión de este precepto y del alcance del ámbito subjetivo aconseja leer primero este párrafo 3 para determinar si un ente es o no poder adjudicador — conforme a los criterios ya referidos fijados por el TJCE— para posteriormente determinar si es Administración Pública (a los efectos de esta Ley) y, finalmente, si es un ente que no siendo Administración Pública es Sector público (a efectos de esta Ley, insistimos) y aplica las previsiones específicas en lo relativo a la preparación y adjudicación. (...)

De esta manera se evita un problema derivado de una interpretación formal del artículo 3 relativa a que los que no están citados en el párrafo primero no son nunca sector público como ocurre con las empresas públicas y fundaciones no participadas mayoritariamente, pues en estos casos, si son poder adjudicador, deberán someterse a las previsiones de esta Ley a pesar de la aparente exclusión que se desprende de una interpretación literal del párrafo primero²⁸⁷.

²⁸⁷ GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Madrid: Civitas, 2010, p. 53.

Del mismo autor, vid.: “Nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”. *RAP*, núm. 176, 2008; *Contratos públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2003; *La nueva contratación pública europea... Op.cit.*; y “Los sujetos contratantes: alcance del poder adjudicador... *Op. cit.*”

En el mismo sentido se expresan MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS cuando afirman que la introducción de la letra h) en el artículo 3.1 del hoy TRLCSP dificulta la interpretación del precepto al reiterar la misma definición en el seno del propio artículo 3.

Vid.: MORENO MOLINA, J.A.; PLEITE GUADAMILLAS, F. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. Madrid: La Ley, 2011, p. 73.

En el mismo sentido, SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ afirman que:

Describe el legislador el ámbito subjetivo, agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración “a los efectos de la Ley” de las Administraciones Públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a los “poderes adjudicadores”, para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público. La descripción resulta muy elemental; sin embargo, su exégesis no está exenta de dudas. Es más, al tratar el legislador de mantenerla, en todo su discurso ha introducido un pie forzado que resquebraja tradicionales conquistas del régimen de protección del interés público²⁸⁸.

No obstante, nuestro posicionamiento es diferente por cuanto se puede afirmar que la norma española no transgrede el Derecho comunitario en relación con el ámbito subjetivo, entendiendo que se ha aprendido de errores del pasado. No debemos olvidar que el legislador ha incluido una cláusula de cierre mediante la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP y una definición de poder adjudicador, no Administración Pública, contenida en el artículo 3.3, letra b) que coinciden literalmente con el concepto comunitario de “organismo de Derecho público” contenido en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, lo que impide que se pueda hablar de incumplimiento de los mandatos europeos²⁸⁹. Ahora bien, lo que no puede obviarse es la complejidad que entraña no solo la estructura del artículo 3,

²⁸⁸ SOSA WAGNER, F.; FUERTES LÓPEZ, M. “La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, 2008, p.6.

²⁸⁹ Se ha de recordar que el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 establece:

Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

sino la propia norma en general, cuestión, que puede provocar verdaderos problemas interpretativos y aplicativos. A nuestros efectos —ámbito subjetivo de aplicación de la norma—, ello sucede, principalmente, porque el legislador nacional utiliza la definición comunitaria de “organismo de Derecho público” para llevar a cabo la descripción de dos conceptos: el de “poder adjudicador, no Administración Pública” y el de “ente del sector público”, contenidos en la cláusula residual letra h) del artículo 3.1 y letra b) del artículo 3.3, respectivamente²⁹⁰.

La interpretación del precepto de conformidad con las directrices europeas requiere que se entienda que en la cláusula residual o de cierre han de incluirse todas las entidades públicas o privadas que reúnan los requisitos allí señalados, al margen de que la personificación jurídica, en cuestión, aparezca expresamente indicada en alguna de las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP. Así, como hemos avanzado, una sociedad mercantil minoritariamente pública, o bien una fundación privada *stricto sensu* podrían ser consideradas entidades del sector público por imperativo de la cláusula residual, con independencia de que, la concreta forma jurídica, se mencione en la letra d) —sociedades mercantiles—, o bien en la letra f) —fundaciones—. Además, esta solución vendría abalada por el curso de la tramitación parlamentaria en la que se suprimió el inciso “otros” de la letra h) del artículo 3.1 de la LCSP.

²⁹⁰ En este sentido, MORENO MOLINA ha advertido que:

La LCSP ha recogido en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de Derecho público de las Directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Pero lo ha hecho de un modo que realmente dificulta la interpretación del precepto al reiterar la misma definición en el seno del propio artículo 3 LCSP, para al final dar lugar a distintas categorías y con un juego diferente de la residualidad de las cláusulas, letra h) del apartado 1 frente a las restantes supuestos del precepto que definen los entes, organismos y entidades del sector público; y letra b) del apartado 3 sólo frente a las Administraciones Públicas.

Tanto el artículo 3.1.i) como el 3.3.c) de la LCSP incluyen también en el sector público y en la categoría del poder adjudicador a “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionadas en las letras anteriores”, en transposición del mismo artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

MORENO MOLINA, J.A. “La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo”. En: GOBIERNO DE ARAGÓN (Ed.). *Agua, territorio, cambio climático y derecho administrativo*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 2009, pp. 342-343. [Monografía que recoge las ponencias del XVII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo].

En base al anterior razonamiento, y, si bien es cierto que la estructura del artículo 3 propuesta por GIMENO FELIU y por el Consejo de Estado²⁹¹ hubiese facilitado considerablemente la labor del intérprete, lo cierto es que como venimos sosteniendo, la redacción actual del precepto impide que se pueda hablar de transgresión del Derecho comunitario. No obstante, no se puede negar que el destinatario de la norma ha de realizar un esfuerzo interpretativo considerable para lograr un correcto entendimiento del precepto. Así, en primer lugar, se tendrá que analizar el apartado primero de la Ley, en concreto, los entes nominados que aparecen en las letras a) a g), de forma que si la entidad apareciese incluida en esta relación, el siguiente ejercicio será concluir si debe ser considerada Administración Pública al estar mencionada, a su vez, en las letras a) a g) del artículo 3.2 del actual TRLCSP. Si ello no fuese así, nos veremos obligados a examinar las características funcionales del ente y determinar si ha sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y si se encuentra controlado por el poder público —vía financiación, orgánico o bien en la gestión—, incluyéndose, de concurrir estos requisitos, en el nivel intermedio de sujeción a la norma como poder adjudicador, no Administración Pública por imperativo del artículo 3.3, letra b) del TRLCSP. Por el contrario, si el ente del sector público no es encuadrable en ninguno de los dos niveles superiores de sujeción, al no poder ser considerado Administración Pública ni poder adjudicador, no Administración Pública, inexorablemente se aplicará la intensidad mínima de la Ley.

Ahora bien, esta complicada lectura del artículo 3 del TRLCSP sólo es aplicable a los entes del sector público que se incluyen nominativamente en el apartado primero del precepto —letras a) a g) del apartado primero— de forma que si no se encuentran relacionados en ninguna de ellas, se tendrá que analizar, en primer lugar, si el ente reúne los requisitos de la cláusula residual —letra h) —. Si este fuese el caso se podrá extraer una primera conclusión, la entidad se considerará, como mínimo, integrada en el segundo nivel de sujeción a la norma como poder adjudicador, no Administración Pública. El siguiente ejercicio será determinar si se debe incluir en el artículo 3.2 del TRLCSP como Administración Pública —al aparecer relacionado en las letras a) a g) del citado precepto—. Un ente del sector público por imperativo de la cláusula residual letra h) y,

²⁹¹ Al respecto, el Dictamen núm. 514, de 25 de mayo de 2006, ya comentado en el presente Capítulo.

consecuentemente, no incluido en las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP nunca podrá estar sujeto al nivel mínimo de sujeción a la norma y sí a cualquiera de los dos primeros. El motivo de la anterior conclusión es la coincidencia de la delimitación conceptual de la cláusula residual letra h) como ente del sector público con la de poder adjudicador, no Administración Pública del artículo 3.3, letra b) del TRLCSP.

2.3. La legislación navarra en cuanto al ámbito subjetivo se refiere

A efectos ilustrativos, con el objetivo de efectuar un análisis comparativo con el TRLCSP, es interesante la aportación que realiza el legislador navarro en relación con la peculiar delimitación del ámbito subjetivo de la contratación pública contenido en la Ley Foral 6/2006. Según ya se ha avanzado en el Capítulo precedente, la Comunidad navarra —al amparo del artículo 49 d) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento de Navarra—, goza de competencia exclusiva en materia de contratos y concesiones administrativas siempre que se respeten los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia²⁹². A tal efecto, la vigente Ley Foral 6/2006 contiene una

²⁹² A tal efecto, la Exposición de Motivos de la Ley —Expositivo I— justifica la competencia de Navarra en los siguientes términos:

Navarra, como Comunidad Foral, goza de una situación singular en la medida en que el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, reconoce su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado.

Esta previsión de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento es de gran importancia pues otorga una especial libertad al Parlamento de Navarra ya que, a salvo tales principios esenciales y a salvo asimismo las reglas contenidas en las Directivas europeas, la regulación que acuerde puede legítimamente aspirar a la originalidad si realmente acierta a enfrentar de una manera directa la solución de los problemas específicos de las Administraciones públicas que actúan en esta Comunidad Foral.

En este marco competencial le corresponde a la Comunidad Foral la regulación de los contratos públicos, sin que exista el obstáculo de que se trate de una transposición de normativa comunitaria europea, puesto que el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 141/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 141), ha establecido como doctrina que la ejecución del Derecho comunitario europeo corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de derecho interno.

Para determinar el límite de la competencia de la Comunidad Foral es esencial concretar cuáles son esos principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratos, teniendo en cuenta que España se encuentra incorporada a la Unión Europea. Por tanto, el ordenamiento jurídico español y, por ende, el navarro, deben asumir el derecho originario y derivado de la Unión Europea, a través del mecanismo del artículo 96 de la Constitución, lo que implica que en esta materia los principios esenciales de la contratación no pueden diferir de los principios esenciales del Derecho comunitario europeo.

regulación amplia y detallada de la normativa de contratación pública y, en concreto, del ámbito subjetivo. La Ley Foral se encuentra estructurada en un Título Preliminar y tres Libros. El Título Preliminar se refiere a “Cuestiones Generales”, el Libro Primero regula “Los contratos de las Administraciones Públicas”, el Libro Segundo, “Los contratos de otros sujetos y entidades los cuales están sujetos a las normas comunitarias” y, por último, el Libro Tercero se encarga de la “Reclamación en materia de contratación pública y de otras medidas de control”²⁹³.

La norma Foral distingue en el artículo 2 tres niveles de sujeción a la Ley²⁹⁴. El primero —relativo a las Administraciones Públicas—, cuya sujeción a la

Dicho de otro modo, la potestad legislativa de la Comunidad Foral de Navarra se halla tan sólo limitada por la observancia de aquellos principios que, extraídos del Tratado Constitutivo de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia, hoy definen el sistema de la contratación pública en Europa y que son, de un lado, los de igualdad de trato, transparencia de los procedimientos, proporcionalidad y mutuo reconocimiento y, de otro, los que se encierran en el inevitable ejercicio por parte de las Administraciones públicas de sus facultades de dirección, inspección, interpretación, modificación y control.

Por otra parte, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la incorporación a la Unión Europea, y de los compromisos derivados del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994, la competencia de la Comunidad Foral viene limitada por las disposiciones establecidas en los Reglamentos y Directivas comunitarias en materia de contratación pública, competencia que, como es obvio, debe ejercerse dentro de lo dispuesto por los preceptos de la Constitución. La presente Ley Foral establece una regulación plenamente respetuosa con esos límites.

²⁹³ La Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006 —Expositivo III— señala:

El Título Preliminar comienza determinando qué personas y entidades deben aplicar lo dispuesto en esta Ley Foral, lo que supone una ampliación de los sujetos que tradicionalmente se sometían a la legislación de contratos públicos en nuestro ordenamiento como consecuencia de la aplicación de la normativa comunitaria europea, de conformidad con la interpretación de la jurisprudencia comunitaria. Por ello, deberán adjudicar sus contratos conforme a las disposiciones de esta Ley Foral no sólo las Administraciones Públicas sino también entidades constituidas al amparo del Derecho Privado y con un status propio de Derecho Privado, lo que explica la necesidad de regular en un Libro aparte la adjudicación de estos contratos.

²⁹⁴ En cuanto al ámbito subjetivo se refiere, el artículo 2 de la citada Ley establece lo siguiente:

1. Quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley Foral:
 - a) El Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.
 - b) La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus Organismos Autónomos y la Administración asesora y consultiva de las Administraciones Públicas de Navarra.
 - c) Las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local.
 - d) La Universidad Pública de Navarra.

normativa es plena tanto en la selección y adjudicación del contratista, como en la extinción y efectos del contrato. El segundo nivel es equiparable a lo que en el ámbito estatal se conoce como poder adjudicador, no Administración Pública y se regirá por lo dispuesto en el artículo 184 y siguientes de la Ley Foral 6/2006, de tal forma que la preparación y adjudicación de los contratos se llevará a cabo de conformidad con el Libro II de la norma, y sus efectos y extinción se regirán por el Derecho civil o mercantil. El tercero, y último nivel, se encuentra reservado a las personas y entidades privadas cuando celebren los contratos reseñados en las letras b), c) y d) del artículo 3 de la Ley, que se conoce como contratos subvencionados²⁹⁵.

-
- e) Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:
 - Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.
 - Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia.
 - f) Las personas y entidades privadas cuando celebren los contratos reseñados en las letras b, c y d del artículo 3.

- 2. A los efectos exclusivos de la aplicación de esta Ley Foral se entiende por Administraciones Públicas de Navarra las entidades contempladas en las letras a, b, c y d del apartado anterior, sin que pueda afectar a su naturaleza institucional.
- 3. Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley Foral las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a esta Ley Foral que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público.

²⁹⁵ El artículo 3 de la Ley Foral 6/2006 dice:

Se encuentran sometidos a la presente Ley Foral:

- a) Los contratos de obras, suministro, asistencia y las concesiones de obras públicas y de servicios de las entidades comprendidas en las letras a), b), c), d) y e) del apartado 1 del artículo anterior.
- b) Los contratos de obras que tengan por objeto prestaciones de ingeniería civil de las contempladas en el Anexo I de esta Ley Foral y los contratos de obras de construcción de hospitales, centros deportivos, culturales, recreativos y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios de uso administrativo celebrados por personas o entidades privadas cuando hayan sido subvencionados directamente en más de un 50 por 100 por las entidades sometidas a obligaciones de contratación pública.
- c) Los contratos de asistencia suscritos por personas o entidades privadas vinculados a los contratos de obras señalados en la letra anterior cuando hayan sido objeto de

El legislador navarro llevó a cabo la transposición de la Directiva 2004/18 con anterioridad al estatal y, a diferencia de éste, sólo incluyó dos niveles de sujeción a la Ley —al margen del relativo a los contratos subvencionados que también regula el legislador nacional—. La Ley Foral 6/2006 no hace referencia al término de “poder adjudicador”, sin perjuicio de que sí contenga la definición comunitaria de “organismo de Derecho público” adaptada a la jurisprudencia comunitaria dictada al efecto. De esta forma no se hace mención alguna al verbo “crear” ni al adverbio “específicamente” que contiene el artículo 1.9 de la norma comunitaria, de los cuales, recordemos, el Tribunal europeo no extrae consecuencia alguna²⁹⁶.

Así las cosas, el nivel máximo se aplica a las entidades nominadas en las letras a) a d) del artículo 1 de la Ley Foral 6/2006, en concreto: al Parlamento de Navarra, la Cámara de *Comptos* y el Defensor del Pueblo de Navarra, la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus Organismos Autónomos y a la Administración asesora y consultiva de las Administraciones Públicas de Navarra, las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos, con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local y la Universidad Pública de Navarra. Por otra parte, en el segundo nivel se incluyen a las Entidades Públicas Empresariales, a las sociedades mercantiles y laborales —con independencia del porcentaje de participación pública— y a las fundaciones —no indicando expresamente que deban ser del sector público—, y como cláusula de cierre se refiere a “otros entes o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores”. Todas las entidades a las que se aplica el nivel intermedio deben reunir los requisitos invocados por el legislador comunitario en la definición de “organismo de Derecho público”, pero como venimos diciendo, interpretados de conformidad con los parámetros del Tribunal europeo, es decir, que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan

subvención directa en más de un 50 por 100 por las entidades sometidas a obligaciones de contratación pública.

- d) Los contratos y subcontratos de obras de los concesionarios de obras públicas y los contratos de obras de los agentes urbanizadores que no estén comprendidos en el artículo 2.1, letra e).

²⁹⁶ Vid.: Capítulo Primero del presente trabajo de investigación.

carácter industrial o mercantil y que las Administraciones Públicas de Navarra financien —directa o indirectamente—, más de la mitad de su actividad, o bien ejerzan una influencia dominante sobre las mismas —vía gestión o a través de sus órganos de gobierno—. Por último, se excluye expresamente de la Ley a las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a la Ley que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público, con independencia de la participación del poder público. En la legislación navarra no existe, por tanto, el correlativo al tercer nivel previsto en el TRLCSP.

La claridad en la estructura y sistemática del artículo 2 de la Ley Foral 6/2006 facilita considerablemente la lectura al operador jurídico en relación con la configuración de los distintos niveles de aplicación de la Ley. No obstante, no se puede dejar de mencionar que la ausencia de complejidad en la delimitación subjetiva deriva principalmente de que el legislador navarro ha decidido establecer sólo dos niveles de sujeción, de forma que lo que sería el equivalente a las entidades del sector público estatal —tercer nivel— no se encontrarían sujetas a la normativa de contratación pública navarra. Ello sucedería, por ejemplo, con las sociedades mercantiles —mayoritaria o totalmente públicas—, que a través de su actividad no satisficiesen fines de interés general, o bien satisfaciéndolos, no estuviesen controladas por el poder público. El legislador estatal las incluiría en el nivel mínimo de sujeción y, consecuentemente, estarían obligadas a observar unos principios básicos de contratación pública en sus relaciones comerciales con terceros, frente al navarro que las excluye de la normativa de contratación. En este concreto aspecto se considera más consecuente al legislador nacional que al navarro por cuanto, el primero sujeta a los principios de contratación pública la actividad contractual de las entidades que pueden evidenciar una cierta veste pública y que, tradicionalmente, en contra de la opinión doctrinal mayoritaria, se han situado extramuros de la legislación en materia de contratación.

El gran acierto que se ha de reconocer a la legislación navarra deriva de la inclusión en el Derecho positivo de los criterios jurisprudenciales europeos en cuanto al concepto comunitario de “organismo de Derecho público”, adelantándose, de esa forma, a una necesaria modificación de la Directiva

comunitaria con el claro objetivo de adaptarse a la jurisprudencia europea. La Ley Foral 6/2006 no se limita a reproducir literalmente el artículo 1.9 de la norma comunitaria, sino que va más allá y no incorpora en su texto aquellas previsiones como “crear” o “específicamente” a las que se refiere la Directiva y de las que, en el plano teórico, se derivarían grandes consecuencias, pero que, sin embargo, el intérprete comunitario no extrae ninguna. Así, se ha suprimido en la Ley Foral la referencia a “crear,” de forma que son indiferentes los motivos que rodearon el nacimiento de la entidad, lo relevante es que se satisfagan, aunque sea en un momento posterior, los intereses generales de carácter no industrial o mercantil. Por otra parte, se ha incluido la expresión “al menos parcialmente” que recoge la doctrina jurisprudencial comunitaria en base a la cual mientras la entidad realice alguna actividad de interés general es irrelevante que ejecute otras de carácter mercantil o industrial. Es la, ya aludida, teoría del contagio que se justifica en razones de seguridad jurídica que desaconsejan embarcarse en la tarea de desmembrar la actividad del ente en cuestión en la parte de la gestión que satisface necesidades de interés general, de aquellas otras que no lo son, y que alcanza su máximo exponente en las sentencias recaídas en el Asunto *Mannesmann* y en el Asunto *Universale-Bau*, ampliamente comentadas en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación.

3. NIVEL UNO DE SUJECCIÓN AL TRLCSP: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: TIPOLOGÍA DE ENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

Nuestro trabajo de investigación se centra en el estudio del ámbito subjetivo del TRLCSP, con particular incidencia en el nivel de sujeción de las fundaciones — Capítulo Cuarto—y de las COCIN —Capítulo Quinto—., Con ese objetivo, en primer lugar, se deberá determinar si esas entidades forman parte del sector público de conformidad con las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP, o bien, si ese no fuese el caso, si cumplen con los parámetros establecidos en la cláusula residual letra h) del citado precepto, interpretados de conformidad con los criterios comunitarios. Posteriormente, de obtenerse una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, el siguiente ejercicio será incluirlas en cualquiera de los dos niveles de sujeción a la norma, ya sea por imperativo del artículo 3.2 —

Administración Pública—, o bien del artículo 3.3, letra b) —poder adjudicador, no Administración Pública—. En el supuesto de que el ente nominado expresamente en el artículo 3.1 del TRLCSP —letras a) a g)— no se ajustase a ninguno de los referenciados en los citados preceptos, quedaría integrado en el nivel mínimo de sujeción a la Ley como ente del sector público. Se ha de recordar que si la entidad en cuestión forma parte del sector público de conformidad con la cláusula residual letra h) nunca estará integrada en el nivel mínimo de aplicación de la Ley, y sí en cualquiera de los dos primeros. Este complicado ejercicio que nos impone el legislador va a requerir que conozcamos la tipología de entes a los que se refiere el artículo 3.2 del TRLCSP —Administración Pública—, con el fin de determinar si las entidades objeto de nuestro trabajo de investigación se deben o no incardinar en cualquiera de los supuestos contemplados en este precepto.

La pretensión perseguida en el presente apartado se va a limitar a fijar las características esenciales de los entes a los que se refiere la norma con el fin de concluir si las entidades en las que nos vamos a detener —las fundaciones y las COCIN— se encuentran allí relacionadas. Además, se expondrán las particularidades de cada uno de los niveles de sujeción, con el objetivo de evidenciar las diferencias establecidas en el TRLCSP. Con esta exposición no se trata de agotar la cuestión de forma amplia y detallada, ya que ello excedería del objeto del presente trabajo de investigación, sino que nos limitaremos a señalar los rasgos delimitadores que consideramos esenciales.

3.1 Entidades que se integran en el NIVEL UNO de sujeción al TRLCSP

El artículo 3.2 del TRLCSP nombra los entes que se deben considerar Administración Pública a efectos de la contratación pública, relacionándolos en las letras a) a g) del citado precepto e incluye en la letra e) una cláusula residual que en la redacción originaria de la LCSP servía como cierre del citado apartado. La característica común de todas las entidades incluidas en este primer nivel es que se tratan de Derecho Público, de forma que las de Derecho privado sólo podrán sujetarse a cualquiera de los otros dos niveles.

El concepto de Administración Pública lo será a los solos efectos de la contratación del sector público y, se debe advertir, que no es idéntico al contenido en otras disposiciones administrativas. A título de ejemplo, podemos referir la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²⁹⁷. El artículo 2 de la Ley 30/1992, además de incluir a las Administraciones territoriales —estatales, autonómicas o locales— se refiere a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de éstas cuando ejerzan potestades administrativas, expresándose en términos similares el artículo 1.2 de la LJCA²⁹⁸. Como se irá poniendo de manifiesto, la delimitación propia de lo que se entiende por “Administración Pública” en el TRLCSP ya constituye una primera diferencia en relación con la normativa básica administrativa. Nótese cómo las Entidades Públicas Empresariales estatales y asimiladas —autonómicas o locales— nunca tendrán la consideración de Administración Pública a efectos del TRLCSP.

²⁹⁷ En adelante, Ley 30/1992 y LJCA, respectivamente.

²⁹⁸ El artículo 2 de la Ley 30/1992 establece:

1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:
 - a) La Administración General del Estado.
 - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
 - c) Las Entidades que integran la Administración local.
2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

Por otra parte, el artículo 1.2 de la LJCA dice:

Se entenderá a estos efectos por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.

3.1.1 Administración General del Estado —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—

El artículo 3 de la Ley 30/1992 atribuye personalidad jurídica propia a la Administración General del Estado que también se encuentra reconocida en el artículo 2.2 de la LOFAGE cuando establece que “la Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única”. Se trata de la típica Administración territorial donde el territorio es el elemento constitutivo que define la unidad de convivencia política que es su sustrato, gestionando una pluralidad de intereses que son propios de la correspondiente comunidad y disfrutando de la generalidad de los poderes o prerrogativas propias del Derecho administrativo. Tradicionalmente, la Administración General del Estado es definida, a grandes rasgos, como aquella que, dirigida por el Gobierno, se encuentra integrada por el conjunto de órganos y unidades administrativas, dentro de la misma personificación pública, que gestiona el conjunto de competencias y funciones que la CE reserva al Estado²⁹⁹.

3.1.2 Las Administraciones de las Comunidades Autónomas —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Al igual que la Administración General del Estado, la de las Comunidades Autónomas tiene personalidad jurídica propia reconocida en el citado artículo 3 de la Ley 30/1992 y en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma, configurándose como Administración territorial, razón por la cual es aquí extrapolable lo dicho anteriormente en relación con la Administración General del Estado.

²⁹⁹ Nos remitimos a lo dicho en la anterior nota al pie 86, en relación con las disquisiciones doctrinales sobre la imputación de la personalidad jurídica al Estado o a la Administración, con la irrelevancia de dicha imputación a efectos europeos y con nuestro posicionamiento en la línea de GARCÍA DE ENTERRÍA que, recordemos, excluye de la Administración General del Estado a otros órganos constitucionales como son el Tribunal Constitucional, el de Cuentas o el Defensor del Pueblo, entre otros. Bajo esta tesis, que hacemos nuestra, la Administración General del Estado es una personalidad jurídica originaria, superior, territorial y única que abarca la totalidad de su organización y funciones, al servicio del Estado o comunidad como unidad política, que asume la ejecución de los fines del grupo político como misión propia y el sostenimiento de las demás organizaciones estatales así como las consecuencias patrimoniales del funcionamiento de dichos órganos.

Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Op. cit., 13.ª ed., 2006, pp. 372- 374; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Op. cit., in toto*.

3.1.3 Las entidades que integran la Administración Local —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Las entidades que integran la Administración Local vienen enumeradas con carácter general en el artículo 3 de la LBRL al referirse al municipio, la provincia y la Isla en los archipiélagos balear y canario. También tienen la consideración de entidades que integran la Administración Local y, consecuentemente, quedan incluidas en este primer nivel de sujeción, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 45 de la LBRL, las Comarcas u otras entidades que agrupen a varios Municipios instituidas por las Comunidades Autónomas, las Áreas Metropolitanas y las Mancomunidades de Municipios. Por lo tanto, las citadas Administraciones Públicas, representadas por los Ayuntamientos o Concejos abiertos, Diputaciones, Cabildos o Consejos Insulares, se incluirán en este primer nivel de sujeción a la Ley.

Una cuestión interesante que merece la pena apuntar es lo que sucede con los Consorcios Locales. Como después desarrollaremos con mayor detenimiento, se trata de entes con personalidad jurídica propia integrados por la agrupación de Administraciones Públicas o por la agrupación de éstas con entidades sin ánimo de lucro. Los Consorcios se encuentran regulados en el artículo 6 de la Ley 30/1992 y en la LBRL. Su principal razón de ser es lograr una eficaz cooperación entre distintas Administraciones Públicas cuando se produce un interés común³⁰⁰.

Nos debemos plantear si los Consorcios regulados en la LBRL se deben considerar entidades integrantes de la Administración Local y,

³⁰⁰ El artículo 6.5 de la Ley 30/1992 establece:

Quando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.

Los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos.

Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrá utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas.

consecuentemente, incluidas en este primer nivel de sujeción por imperativo de la letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP. El asunto apuntado no es pacífico. No pocos autores han defendido que los Consorcios locales son Entidades Locales, y así por ejemplo, en el XLVI Seminario sobre los “Actuales Problemas de las Mancomunidades y Consorcios” se definió al Consorcio en los siguientes términos:

El Consorcio es entidad local, dotada de personalidad jurídica propia, con plena capacidad de obrar y económica, constituida por la asociación voluntaria de entidades locales de distinto orden, entre sí, o entidades locales con otros entes públicos, para la prestación de servicios de interés local en la esfera de competencias de los partícipes³⁰¹.

En la misma línea, TORIBIO LERMES considera que el Consorcio:

Es una Entidad Local, dotada de personalidad jurídica pública, con plena capacidad de obrar y económica, creada al amparo de la legislación local o por ley especial, que asocia Entidades Locales de distinto orden entre sí, o entidades locales con otros entes públicos para la prestación de servicios de interés local a los que están vinculados por sus respectivas competencias³⁰².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el carácter local de los Consorcios. En tal sentido, ha señalado en su Sentencia de fecha 30 de abril de 1999 —con relación al Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil— lo siguiente: “los estatutos del consorcio configuran al mismo como una entidad con personalidad jurídica propia que se integra en la Administración local”. Más recientemente, se ha de referir, la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007 —con relación al Consorcio de Transportes de Vizcaya— cuando señala lo siguiente:

Es innegable que el referido consorcio, sean cuales sean sus integrantes, viene configurado como una persona jurídica perteneciente a la categoría genérica de “otras Entidades Locales” distintas del municipio y de la provincia pero que comparten con éstas su naturaleza local.

³⁰¹ XLVI Seminario sobre los “Actuales Problemas de las Mancomunidades y Consorcios” [Celebrado en Terrassa-Sabadell del 25 al 27 de septiembre de 1975] (Cit.: CASTILLO BLANCO, F.A. “Los consorcios de Entidades Locales: análisis y valoración a la luz de la nueva legislación de régimen local”. *RAP*, núm. 124, 1991, p. 404).

³⁰² TORIBIO LERMES, M. “El consorcio local español”. *Revista de Estudios de Vida Local (REVL)*, núm. 194, 1977, p. 351 y ss. [De 1985, en adelante, continúa con: *REALA*].

No obstante, no podemos compartir lo resuelto por el Tribunal Supremo y sostenido por determinados autores en cuanto a categorizar a los Consorcios como Entidades Locales y, menos aún, en sede de contratación pública. En esta materia, la cuestión no es baladí, ya que de configurarse en estos términos, los Consorcios quedarían inmersos dentro de la Administración Local y, consecuentemente, siempre formarían parte de este primer nivel de sujeción a la normativa de contratación pública. Por el contrario, si ello no fuese así, los Consorcios sí que formarían parte del sector público por así establecerlo el artículo 3.1 del TRLCSP, pero su nivel de sujeción dependería, como después señalaremos, del tipo de actividad que realicen o de la financiación que reciban.

A nuestro criterio, los Consorcios no se pueden integrar dentro de las entidades que forman parte de la Administración Local por cuanto no están relacionados en el artículo 3 de la LBRL, que sólo hace referencia a las clásicas Administraciones territoriales —Municipio, Provincia e Isla—, a las Mancomunidades de Municipios y Áreas Metropolitanas y a aquellas otras entidades instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas. En este sentido se manifiestan GARCÍA-ESCUDERO y CASTILLO BLANCO que califican a los Consorcios como una “entidad pública de carácter o naturaleza singular”³⁰³. Por otra parte, SANTAMARÍA PASTOR define a los Consorcios como personificaciones instrumentales de naturaleza corporativa; así, entiende el autor que “el consorcio local, pues, se estructura sobre el principio del *ius singulare*”³⁰⁴.

Por tanto entendemos que el Consorcio no puede ser considerado como una entidad integrada en la Administración Local y sí como una entidad pública corporativa de carácter no territorial con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar, constituida por la asociación voluntaria de Administraciones Públicas, del mismo o de distinto orden, o entre éstas y entidades sin ánimo de lucro, entre las que existe una comunidad de intereses para la consecución de fines de interés público común³⁰⁵.

³⁰³ GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P.; PENDÁS GARCÍA, B. *El nuevo régimen local español: estudio Sistemático de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Barcelona: Praxis, 1985, pp.18-22; y CASTILLO BLANCO, F.A. “Los consorcios de Entidades Locales... *Op. cit.*, p. 408.

³⁰⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 1201.

³⁰⁵ Vid.: CASTILLO BLANCO, F.A. “Los consorcios de Entidades Locales... *Op. cit.*, p. 406.

Por la divergencia doctrinal y jurisprudencial y los motivos apuntados, se ha considerado necesario asentar en el presente epígrafe nuestro posicionamiento en relación con la consideración del Consorcio como entidad integrante de la Administración Local a los efectos del artículo 3.2, letra a) del TRLCSP, y ello sin perjuicio de que, como ahondaremos después, dada su naturaleza pública, debamos analizar su inclusión en la cláusula residual de este primer nivel de sujeción prevista en la letra e) del artículo 3.2 de la TRLCSP.

3.1.4 Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social —letra a) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social se encuentran definidas en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social³⁰⁶, como entidades de Derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de las finalidades que les han sido encomendadas. En concreto, las actividades que les corresponden, de conformidad con los artículos 2.1 y 38.1 de la citada Ley, son la gestión y la administración de la Seguridad Social, entendida como la acción protectora que comprende: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo; b) La recuperación profesional; c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, invalidez, jubilación desempleo, muerte y supervivencia; d) Las prestaciones familiares de la seguridad social; y e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad. Por otra parte, el artículo 57.1 del TRLGSS identifica como entidades gestoras de la Seguridad Social, las siguientes: a) Instituto Nacional de la Seguridad Social; b) Instituto Nacional de la Salud; e c) Instituto Nacional de Servicios Sociales. Esta Ley, en su artículo 63, identifica la Tesorería General de la Seguridad Social como un servicio común con personalidad jurídica propia. Estos mismos son los que, a efectos presupuestarios, se incluyen en la categoría de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social del artículo 2.1 d) de la

³⁰⁶ En adelante, TRLGSS.

LGP de 2003³⁰⁷. Por tanto, todas estas entidades quedan incluidas en este NIVEL UNO de sujeción al TRLCSP.

3.1.5 Los Organismos Autónomos —letra b) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Los Organismos Autónomos estatales se encuentran regulados en el artículo 45.1 de la LOFAGE cuando establece:

Los Organismos Autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

Se encuentran caracterizados, básicamente, por dos notas. En primer lugar, por el tipo de actividad que realizan —de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos— y, en segundo lugar, por su régimen jurídico, al regirse por el Derecho administrativo. Por otra parte, el artículo 45 de la LOFAGE establece que la contratación de los Organismos Autónomos se llevará a cabo de conformidad con las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, en relación con los Organismos Autónomos estatales podemos deducir que no existe ninguna duda interpretativa sobre su inclusión en el NIVEL UNO, Administración Pública. Sucedería lo mismo con los Organismos Autónomos locales, reconocidos expresamente en el artículo 85 de la LBRL, cuando establece que: “Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas: (...) b) Organismo Autónomo local”.

Sin embargo, no podemos afirmar lo mismo en relación con los Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas, ya que dependerá de la correspondiente legislación autonómica el atribuir o no esta denominación a la entidad correspondiente, de forma que si nos encontramos ante un Organismo Autónomo definido como tal en la legislación autonómica, ello nos conduciría a

³⁰⁷ El artículo 2.1 d) de la LGP de 2003 fue modificado, con efectos 1 de enero de 2009, por la Disposición Final 10.1 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 —en adelante PGE para el 2009— en los siguientes términos: “Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados”.

que lo considerásemos integrado en el NIVEL UNO de sujeción a la normativa de contratación. El problema se plantea en aquellos supuestos en los que la legislación autonómica no utilice la nomenclatura de “Organismo Autónomo”. En estos supuestos y, para poder determinar su nivel de sujeción, se deberá analizar su régimen jurídico y la actividad del ente, tanto en su Ley de creación como en los correspondientes estatutos.

A título de ejemplo, en la legislación catalana —en concreto el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Finanzas Públicas de Cataluña y el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana—³⁰⁸ no se incluye el término “Organismo Autónomo”, sino que se utiliza la expresión “Entidades Autónomas”, que abarca dos tipos de entidades diferentes: las entidades autónomas de tipo administrativo y las entidades autónomas de tipo comercial, industrial o financiero³⁰⁹. En una primera aproximación, a la vista de la definición de Organismo Autónomo que contiene la LOFAGE, se podría considerar equiparable este tipo de ente con la de entidad autónoma a que hace referencia la legislación catalana, dado que, en ambos casos, se trata de entes con personalidad jurídica propia que tienen dependencia o vinculación con la Administración y que los convierte en auténticos sujetos de Derecho. Ahora bien, la equiparación total con los Organismos Autónomos estatales se produce con las entidades autónomas de tipo administrativo, ya que lo determinante no es la forma jurídica, ni que sean titulares de derechos y obligaciones, sino que lo realmente decisivo es el tipo de actividad que desempeña esa entidad

³⁰⁸ Ley de Finanzas Públicas de Cataluña y Estatuto de la Empresa Pública catalana, respectivamente.

³⁰⁹ A tal efecto, el artículo 4.1 de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña, dice textualmente: “las entidades autónomas de la Generalitat puede ser de tipo administrativo o de tipo comercial, industrial o financiero”.

Por otra parte, el artículo 3.1 del Estatuto de la Empresa Pública catalana señala:

Mediante Ley del Parlamento, podrán constituirse entidades autónomas de la *Generalitat* que realicen operaciones o presten servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero. La Ley de Creación ha de determinar las funciones, los recursos económicos que se le asignan y las bases de su organización y su régimen jurídico.

El esquema de las Leyes catalanas no deriva de una pretensión de autonomía frente a la LOFAGE, sino que procede del esquema utilizado en LGP de 1977 cuando se distinguía entre Organismos Autónomos de carácter administrativo y Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.

autónoma. Así, si el tipo de actividad es administrativa, se equiparará, sin ningún tipo de inconveniente, a los Organismos Autónomos de la LOFAGE y, por lo tanto, quedarán incluidos, sin más, en este primer nivel de sujeción a la Ley. La problemática se presenta con aquellas entidades autónomas de tipo comercial, industrial o financiero, en cuyo caso, nos deberemos plantear si se deben o no equiparar a las Entidades Públicas Empresariales estatales; controversia, que ahora sólo se anuncia y que después se desarrollará.

3.1.6 Las Universidades Públicas —letra c) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Las Universidades Públicas se crean por Ley de la Comunidad Autónoma o de las Cortes Generales, en este último caso, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en la que haya de establecerse. En la actualidad, la mayoría de las Universidades Públicas están vinculadas orgánicamente a las Comunidades Autónomas, tienen personalidad jurídica propia, gozan de autonomía económica y financiera en los términos previstos en la Ley y cuentan con un patrimonio propio, formado por bienes de dominio público y bienes patrimoniales. El artículo 3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades³¹⁰, distingue entre las Universidades Públicas y las privadas y, a tal efecto señala:

1. Son Universidades públicas las instituciones creadas por los órganos legislativos a que se refiere el apartado 1 del artículo 4 y que realicen todas las funciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1.
2. Son Universidades privadas las instituciones no comprendidas en el apartado anterior, reconocidas como tales en los términos de esta Ley y que realicen todas las funciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1.

Únicamente las Universidades públicas y no las privadas, son las que estarían incluidas en el NIVEL UNO de sujeción a la normativa de contratación. La discusión podría suscitarse en relación con aquellas Universidades privadas que son gestionadas a través de fundaciones, en cuyo caso, deberemos estar al

³¹⁰ En adelante, LOU.

régimen jurídico de la entidad fundacional para determinar si están o no sujetas a la contratación pública³¹¹.

3.1.7 Las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad —letra d) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Esta categoría está constituida por los denominados organismos reguladores independientes, los cuales no se encuentran definidos, de forma general, en ninguna norma, ni estatal ni autonómica³¹². Se puede afirmar que la condición de organismos reguladores independientes la tienen entre otros: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Agencia Española de Protección de Datos o la Comisión Nacional de los Mercados³¹³.

³¹¹ Vid.: MUÑOZ I BAS, X. “Una nueva aplicación de las formas privadas de personificación en la actividad de la Administración: Fundaciones y Universidades privadas. El caso de la Universidad Abierta de Cataluña”. *Autonomías*, núm. 23, 1998 [De 2005, en adelante, continúa con: *Revista Catalana de Dret Públic*].

³¹² Se deberá tener en cuenta la regulación contenida en la LES sobre los organismos reguladores, en concreto el Capítulo II del Título I de la Ley.

³¹³ A algunos de estos entes se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE sobre el régimen jurídico de determinados organismos públicos, cuando señala:

1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley.
2. Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen del personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo.
3. En todo caso, los Organismos públicos referidos en los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación.

Se debe tener en cuenta que recientemente se ha publicado la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La Ley modifica en profundidad el sistema de supervisión regulatoria vigente mediante la creación de un nuevo organismo: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que integra a las actuales Comisión Nacional de la Competencia y la mayor parte de los organismos de supervisión sectorial;

Si analizamos la normativa reguladora de los distintos entes, se pueden identificar los siguientes rasgos característicos: a) Son entes que tienen personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar; b) Se definen como entes o entidades de Derecho público o como organismos públicos; c) La dirección o los órganos de gobierno son nombrados, en la gran mayoría de casos, por el Gobierno; d) Disfrutan de independencia financiera; e) Actúan con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por Ley respecto a la Administración Pública y respecto de los intereses de los sectores o actividades económicas que tutelan, regulan o controlan; f) Tienen atribuidas potestades especiales, como por ejemplo, de tipo normativo o de carácter sancionador sobre un determinado sector o actividad; y g) Se trata de entes totalmente descentralizados, especializados, neutrales e imparciales en la toma de decisiones que deben adoptar en los sectores en los que actúan³¹⁴.

esto es: la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, y la Comisión Nacional del Sector Postal. La Ley también suprime la Comisión Nacional del Juego y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, que no han llegado a constituirse. Quedan, sin embargo, fuera de su ámbito de aplicación, y por tanto continúan como organismos separados, las autoridades supervisoras del sector financiero: Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España, y el Consejo de Seguridad Nuclear.

³¹⁴ Desde un punto de vista práctico, el problema lo podemos encontrar con el concepto de “independencia funcional” o “autonomía” ya que, por ejemplo, ésta no concurre en el caso de que una Administración ejerza la tutela administrativa, supervise sus actividades, o bien resuelva los recursos administrativos.

A esta conclusión ha llegado la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su Informe 1/2008, de 14 de febrero, cuando ha analizado la naturaleza jurídica de *Consell Català de la Producció Agrària Ecològica*, en concreto, ha afirmado que no concurre la independencia funcional o autonomía que se requiere de los organismos reguladores independientes. Al respecto, el citado Informe señala:

No obstante, no parece concurrir el requisito previsto por la LCSP de tener independencia funcional o una especial autonomía reconocida por la Ley, puesto que la Ley de creación del CCPAE sólo prevé su autonomía económica y la normativa que lo regula establece que la autoridad competente en el territorio de Cataluña es la Generalitat, a través del Departamento de Agricultura, Alimentación y Acción Rural, el cual ejerce la tutela administrativa sobre el CCPAE, supervisa sus actividades y resuelve los recursos administrativos que se interpongan contra sus actos sujetos al derecho administrativo.

3.1.8 Entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan con una serie de características —letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP—

El supuesto al que se refiere la letra e) del apartado segundo del artículo 3 del TRLCSP, ha sido el más conflictivo en su aplicación práctica en relación con las entidades que forman parte de este primer nivel de sujeción. Se trata de un cajón de sastre donde se deben incluir a aquellas entidades de Derecho público que no se encuentren relacionadas de forma nominada en las anteriores letras. La cuestión más controvertida del precepto ha sido la exclusión en este nivel de las Entidades Públicas Empresariales estatales y de los organismos asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. De acuerdo con la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP forman parte del concepto de Administración Pública:

Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las Entidades Públicas Empresariales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

Los criterios que de forma alternativa deben concurrir en la entidad de Derecho público a efectos de su inclusión en la norma son dos. El primero consiste en realizar principalmente actividades de prestación o de gestión de servicios sin competir —es decir, que no ejecuten actividades de mercado— y, el segundo, que sus ingresos principalmente provengan de las aportaciones con cargo a las Administraciones Públicas o de los entes, organismos o entidades dependientes o vinculados —es decir, que no se financien con el producto de las actividades de mercado—.

Como se infiere de la propia lectura del precepto que nos ocupa, los Organismos Autónomos, los denominados entes reguladores independientes, las Entidades Públicas Empresariales, ni el resto de entidades nominadas en el artículo 3.2 del TRLCSP, quedarían incluidos en esta categoría, y ello porque ya se encuentran referenciados en el apartado segundo. Situados en este punto, nos deberemos plantear a qué tipo de entidades de Derecho público se está refiriendo el precepto en cuestión. Como desarrollaremos en los Capítulos Cuarto y Quinto del presente trabajo de investigación, las entidades que serán objeto de un tratamiento particularizado —las fundaciones y las COCIN— podrían incluirse en este supuesto si se concluyese que deben ser consideradas entidades de Derecho público y si, además, pudiésemos llegar a afirmar que no ejecutan actividades de mercado, o bien no se financian con sus correspondientes productos. El hecho de que se trate del cajón de sastre de las entidades que se han de considerar Administración Pública implica que toda entidad de Derecho público que cumpla con alguno de esos requisitos pueda ser incluida en este supuesto y así podría suceder con las Agencias Estatales, los Consorcios y las entidades públicas autonómicas asimiladas a las Entidades Públicas Empresariales estatales.

a) Agencias Estatales

Las Agencias Estatales no mencionadas en ninguna de las letras del artículo 3.2 del TRLCSP formarían parte de este nivel de sujeción y, por tanto, deberían tener la consideración, a efectos de contratación pública, de Administración Pública. No se puede pasar por alto que si bien las Agencias Estatales no están relacionadas expresamente en el apartado segundo del artículo 3, sí que lo están en la letra c) del artículo 3.1 del TRLCSP, relativa a las entidades del sector público, junto con los Organismos Autónomos, Universidades Públicas, Entidades Públicas Empresariales y demás entidades de Derecho público. Ello parecería indicar que el legislador no tiene tan claro que en todos los casos las Agencias Estatales deban ser consideradas Administración Pública ya que de haberlo considerado así las hubiera nominado de forma expresa en el apartado segundo del artículo 3 junto con los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y los organismos reguladores independientes. ¿Quiere ello decir que no todas las Agencias Estatales deben estar incluidas en este primer nivel de sujeción al TRLCSP?

Si bien parece extraño el olvido del legislador en cuanto a la no inclusión de las Agencias Estatales en el listado de entidades que han de ser consideradas Administraciones Públicas, lo cierto es que, por sus peculiares características y las funciones asignadas —muy similares a los Organismos Autónomos—, parecería deducirse que no existe otra solución, es decir, que sólo puedan ser consideradas Administraciones Públicas. No hay ninguna Agencia Estatal que se financie principalmente con los bienes o servicios que produce, o bien que su principal actividad consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, requisitos que, en todo caso, deberían concurrir en la Agencia Estatal para que no se incluyese en la categoría de Administración Pública.

Las Agencias Estatales se introdujeron en la LOFAGE —artículo 43.1.c)— mediante la Ley 28/2006, de 18 de julio, de las Agencias Estatales para la mejora de los Servicios Públicos, que es la norma que regula dichas entidades³¹⁵. El objetivo de la Ley es establecer el régimen jurídico, la naturaleza y el funcionamiento de las Agencias Estatales, cuyo fin principal es la gestión de programas correspondientes a políticas públicas de competencia del Estado. Son entidades de Derecho público, gozan de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía de gestión y se encuentran facultadas para el ejercicio de potestades administrativas. Su principal característica y razón de ser, fue mejorar la gestión pública y hacerla transparente por objetivos. Su actividad se rige por un programa plurianual que deben aprobar los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda³¹⁶.

Sin lugar a dudas, las Agencias Estatales forman parte de las entidades de Derecho público que integran este primer nivel de Administración Pública, sin

³¹⁵ Algunos ejemplos de Agencias Estatales son: Agencia Estatal de Inmigración y Emigración; Agencia Estatal de Artes Escénicas y Musicales; Agencia Estatal de Meteorología; Agencia Española para la Cooperación Internacional para el Desarrollo; Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

³¹⁶ El artículo 2.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de las Agencias Estatales para la mejora de los Servicios Públicos establece lo siguiente:

Las Agencias Estatales se rigen por esta Ley y, en su marco, por el Estatuto propio de cada una de ellas; supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que les correspondan en cada caso.

perjuicio de que no se encuentren relacionadas de forma nominativa en el listado de entes del artículo 3.2 del TRLCSP. El tipo de actividad que realizan las Agencias Estatales —cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas económicas— y su forma de financiación conlleva que, inexorablemente, cumplan con cualquiera de los dos requisitos previstos en los apartados 1.º y 2.º de la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP. Por tanto, entendemos que el hecho de que no se hayan nominado de forma expresa en el listado de entes que deben tener la consideración de Administración Pública sólo es debido a un descuido del legislador.

Además, esta conclusión se vería confirmada por el hecho de que en los perfiles de contratación de las Agencias Estatales, éstas aparecen clasificadas a efectos de contratación como Administración Pública. Así, y sólo a título de ejemplo, se ha de mencionar el perfil de contratante de la Agencia Estatal de Meteorología o la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo donde todos los contratos suscritos son administrativos, evidenciándose su inclusión en este primer nivel de sujeción a la Ley³¹⁷.

b) Los Consorcios

A nuestro criterio, tal y como hemos avanzado anteriormente, los Consorcios Locales no deben formar parte de las entidades que integran la Administración Local y, por lo tanto, no se deben incluir en las entidades a las que hace referencia el artículo 3.2, letra a) del TRLCSP. No obstante, ello no quiere decir que no puedan quedar integrados en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, por cuanto nos debemos plantear si su actividad o su financiación tienen o no encaje en la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP ahora examinada.

Con los Consorcios —tanto locales, como estatales o autonómicos en función del fin y de las competencias que persiguen— sucede lo mismo que con las Agencias Estatales, se encuentran citados expresamente en el listado de entes que forman parte del sector público —en concreto, en la letra e)— pero no están detallados en el apartado segundo correspondiente a las Administraciones Públicas. La no inclusión nominativa de los Consorcios en el listado de entes que

³¹⁷ Vid.: [On line] www.aemet.es/es/perfil/contratacion y www.aecid.es/web/es/contrataciones/ [Consulta: 6 de junio de 2013].

deben tener la consideración de Administración Pública conlleva que en cada caso tengamos que analizar su actividad y su financiación a fin de determinar si encajan o no en la referida letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP.

No obstante, como ya se ha dicho, los Consorcios son entidades dotadas de personalidad jurídica propia que aparecen regulados en el artículo 6.5 de la Ley 30/1992 y en la legislación de régimen local. El citado precepto se refiere a esta fórmula asociativa cuando la gestión de un convenio haga necesaria la creación de una organización común, si bien acotada a las relaciones inter-administrativas entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas. Por otra parte, la normativa local regula los Consorcios en los artículos 57 y 87 de la LBRL. Así, el primero de ellos establece que la cooperación económica, técnica y administrativa, entre la Administración local y las Administraciones Generales del Estado y la de las Comunidades Autónomas podrán desarrollarse, de forma voluntaria, a través de Consorcios. Por su parte, el artículo 87 de la LBRL prevé la posibilidad de que las Entidades Locales constituyan Consorcios con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas, sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas. En cuanto a su régimen jurídico, los Consorcios se rigen por las normas de régimen local. Asimismo, también se deberá tener en cuenta las distintas Leyes autonómicas que regulen los Consorcios correspondientes a este ámbito territorial. Así por ejemplo, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña³¹⁸, regula en los artículos 113 a 115 los Consorcios catalanes, configurándolos como entidades de Derecho público de carácter asociativo, naturaleza voluntaria y personalidad jurídica propia³¹⁹.

³¹⁸ En adelante, Ley 26/2010.

³¹⁹ A tal efecto, el artículo 113 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, establece:

1. Las administraciones públicas de Cataluña pueden constituir consorcios, o bien adherirse a otros ya existentes, con otras administraciones, organismos o entidades públicas, o con entidades privadas sin ánimo de lucro, que tengan finalidades de interés público concurrentes.
2. Los consorcios son entidades de derecho público, tienen carácter asociativo, naturaleza voluntaria, personalidad jurídica propia y capacidad para crear y gestionar servicios y realizar actividades y obras en los términos que establece la normativa de aplicación a administraciones, organismos y entidades públicas consorciados.

Por lo tanto, un Consorcio constituido por Administraciones Públicas, como entidad de Derecho público que es y con personalidad jurídica propia, deberá ser considerado Administración Pública a efectos de contratación pública si no realiza alguna de las actividades mencionadas en la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP —porque su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o bien porque no efectúe operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza—, o cuando no se financie mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes y servicios. Veamos, ahora, algunos ejemplos relativos a los Consorcios que han sido analizados por parte de las distintas Juntas Consultivas de Contratación del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas.

La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat valenciana — en el Informe 10/2009, de fecha 10 de febrero de 2010— analiza si el Consorcio del Centro de Artesanía de la Comunidad valenciana debe o no tener la consideración de Administración Pública. El citado Consorcio se encuentra integrado por la Generalitat valenciana y por el Ayuntamiento de Valencia, está financiado por las Administraciones consorciadas y su finalidad esencial consiste tanto en la gestión y administración del Centro de Artesanía de la Comunidad valenciana como en la difusión y potenciación de la artesanía mediante la adopción de políticas promocionales e informativas. El Consorcio tiene encomendadas las actuaciones de competencia de las Administraciones consorciadas previstas en la normativa local y en Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana³²⁰. Ante esta situación, la Junta Superior de Contratación concluye que el citado Consorcio debe tener la consideración de Administración Pública a los efectos de la normativa de contratación pública, en concreto, afirma:

En cualquier caso, el Consorcio tiene encomendadas las actuaciones de competencia de las Administraciones consorciadas previstas en la legislación de Régimen local y en el propio Estatuto de Autonomía. Sería ilógico pensar que si la Generalitat, a través de la Consejería competente y el Ayuntamiento de Valencia, para el ejercicio de dichas competencias, deben actuar conforme a la Ley de Contratos del Sector Público, como Administraciones Públicas que son, esta entidad creada *ad hoc* para la

³²⁰ En adelante, Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana.

gestión o prestación de los servicios encomendados por aquélla, fundamento de su constitución, no revistiera la misma naturaleza jurídica a los efectos de contratación.

A la misma conclusión ha llegado la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 38/2008, de 31 de marzo de 2009. La cuestión la planteaba el Consejo Comarcal del Vallés Oriental en relación con los Consorcios de la Administración local —constituidos como administraciones de cobertura para la prestación de servicios públicos básicos, financiados con fondos públicos y con un control orgánico por parte de las Administraciones consorciadas—. La Junta concluye que sí deben ser considerados Administraciones Públicas a efectos de contratación, dado que se configuran como una extensión de ellas cuando sean creados para el desarrollo de cuestiones y servicios de interés común, lo que implica que deberán tener su misma consideración al ejercer en el ámbito administrativo una función que es propia de los órganos que lo crean cuyo fin es la gestión de servicios. Al respecto, la Junta Consultiva señala:

Difícilmente podría atribuírseles otro carácter diferente si, como señala la Ley, se crean por Administraciones Públicas para el desarrollo de tareas o funciones comunes, en la comprensión que al ejercer competencias administrativas que implican la adopción de actos administrativos sería extraño que no les reconozca tal carácter.

Es interesante hacer notar que la Junta Consultiva llega a la conclusión de que los Consorcios deben ser considerados Administraciones Públicas en base a la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP antes referido, al incluirlos en el que antes hemos denominado “cajón de sastre”. No obstante, se ha de advertir que la Junta en su Informe efectúa una crítica velada al legislador al no haber incluido nominativamente a los Consorcios dentro de la lista de las entidades que han de ser consideradas Administraciones Públicas³²¹.

³²¹ En efecto, el Órgano consultivo, no vacila en afirmar que en el apartado segundo del artículo 3 se tendría que haber nominado expresamente a los consorcios cuando señala:

La Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 3.1, letra e), señala que forman parte del Sector Público los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local, distinguiéndolos de las Administraciones Públicas enumeradas en la letra a). Más adelante, en el apartado 2, efectúa una distinción en el ámbito del sector público al referirse a quienes integran, a efectos de la propia Ley, las Administraciones Públicas no citando expresamente, como así debería haberse hecho, a los consorcios, lo que no impide atribuirles tal carácter por aplicación de la previsión referida al ámbito subjetivo en la letra e) en que se señala, como parte de la Administración Pública, las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de

Sin perjuicio del posicionamiento de la Junta, lo cierto es que se considera un acierto el incluir a los Consorcios dentro del concepto de sector público, pero no en el concepto de Administración Pública, ya que puede haber Consorcios que efectivamente realicen auténticas funciones públicas o se financien de forma totalmente pública y como tales deban ser considerados Administraciones Públicas, pero pueden existir otros que no realicen esas funciones y que, por tanto, no deban quedar incluidos en la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP y, consecuentemente, no deban ser considerados Administración Pública. A esta misma conclusión ha llegado la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña, en su extenso Informe 3/2009, de 28 de mayo donde se analiza todo el ámbito subjetivo de la normativa de contratación del sector público, y afirma:

Una vez más, teniendo en cuenta la diversidad de Consorcios vinculados o dependientes del sector público catalán y su multiplicidad de objetos, no se puede descartar que alguno de ellos pueda, en régimen de mercado, prestar servicios o producir bienes destinados al consumo o que obtenga su financiación como contrapartida de su actividad y, por lo tanto, que no tengan la calificación de Administración Pública, al no concurrir los requisitos legalmente establecidos.

Siguiendo con los Informes de las Juntas Consultivas de Contratación que han tenido la oportunidad de analizar la naturaleza jurídica de los Consorcios, se ha de hacer mención al Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat de Catalunya*, donde se analiza el grado de sujeción a la Ley de los Consorcios sanitarios en los que participa el Servicio Catalán de la Salud. Se trata de diversos Consorcios sanitarios participados por la Administración de la *Generalitat* de Cataluña y por sujetos de diversa naturaleza —como son fundaciones, Ayuntamientos, Consejos Comarcales, Mutuas y Entidades de Previsión, Cajas de Ahorro y entidades como la Cruz Roja—. En cuanto a sus actividades, éstas abarcan, entre otras, las de carácter sanitario, asistencial,

las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, lo que es lo mismo que advertir que realicen funciones de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial, es decir, desarrollo de una función pública, o que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios, lo que es lo mismo que indicar que se financien con fondos públicos o que procedan de la Administración.

hospitalario, preventivo y de investigación. En este caso, se concluyó que sí debían ser considerados Administraciones Públicas, siempre y cuando, concurriese uno de los dos supuestos previstos en la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP.

Del contenido de este Informe se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) Un Consorcio puede ser considerado Administración Pública, pese a que las entidades integrantes sean de Derecho privado y b) Que la actividad de los Consorcios sanitarios no se orienta a la producción de bienes o servicios destinados al consumo individual o colectivo, dado que a través de ellos la Administración pretende garantizar el Derecho constitucional a la protección de la salud reconocido a todos los ciudadanos en el artículo 43 de la CE y dar cumplimiento a la correlativa obligación de organizar y tutelar la salud pública mediante las medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios³²².

c) Las entidades públicas autonómicas asimiladas a las Entidades Públicas Empresariales estatales³²³

Una vez expuestas las consideraciones relativas a las Agencias Estatales y a los Consorcios resta analizar qué es lo que sucede con las Entidades Públicas Empresariales. Ya hemos dicho anteriormente que, de acuerdo con la normativa de contratación pública, no tendrán la consideración de Administración Pública las Entidades Públicas Empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales; exclusión, que ha sido criticada por parte de la doctrina, por la desconexión existente entre el concepto de Administración Pública contenido en el TRLCSP y las otras normativas administrativas como la Ley 30/1992 o la LJCA donde las Entidades Públicas Empresariales sí son consideradas Administraciones Públicas. Al respecto, GIMENO FELIU, señala:

[A]demás de utilizar un concepto de sector público distinto, se opta por abandonar categorías aceptadas por el Derecho Administrativo al afirmar

³²² Sólo a título de ejemplo, se hace referencia al Consorcio Sanitario de *Terrassa*, Consorcio Sanitario de la Selva, Consorcio Sanitario del Alto Penedés y Consorcio Sanitario del Vallés.

³²³ Sin perjuicio de que las Entidades Públicas Empresariales estatales no se incluyan nunca en este primer nivel de sujeción a la Ley, las diferentes interpretaciones que están llevando a cabo las Comunidades Autónomas en relación con las entidades públicas autonómicas asimiladas a las estatales, en cuanto a su nivel de sujeción a la Ley, nos obliga a analizar estos entes en el presente epígrafe.

que las Entidades Públicas Empresariales —y sus equivalentes autonómicos y locales— no tendrán la consideración de Administración Pública (art. 3.2 *in fine*), ocurriendo otro tanto con los entes dispuestos en la Disposición Adicional Vigésimo quinta (Museo del Prado, Instituto Español de Comercio Exterior, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el Ente Público Puertos del Estado y Autoridades Portuarias). Esto significa que sus contratos son privados, lo que, en concordancia con el artículo 21.2 de la LCSP —que residencia en el orden civil también los actos de preparación y adjudicación de estos contratos de entes que no son Administración Pública— nos lleva al siguiente interrogante: ¿Cómo es posible que actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residencien en la jurisdicción civil? ¿No son actos administrativos? Se resucita, en definitiva, la problemática de la dualidad de jurisdicciones³²⁴.

³²⁴ GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...* Op. cit., p. 56.

En el mismo sentido, ROMERO ALCÁNTARA, cuando dice:

Sin embargo, como hemos observado, resulta sorprendente que en la LCSP las Entidades Públicas Empresariales no sean consideradas Administraciones Públicas, cuando conforme a la citada LPAC, que en definitiva es la norma que lleva a cabo el mandato de la Constitución (artículo 149.1.18), en orden a regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, sí lo son; con lo cual la delimitación del concepto de Administración Pública queda al paio de lo que se pueda establecer en cada una de las normas sectoriales, en función, de lo que más convenga, como sucede con la LCSP.

Es cierto que si bien su régimen jurídico, salvo aspectos excepcionales, está regido por el Derecho privado, pues es perfectamente compatible con los fines que les corresponde salvaguardar, como son la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o incluso la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, también lo es el hecho de que ejercen potestades administrativas y que su régimen de contratación, según las citadas normas, queda sometido a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y de la misma forma su función económica-financiera se rige por la Ley General Presupuestaria.

Incluso dejando aparte el Derecho positivo, son numerosos los pronunciamientos judiciales que han considerado que las Entidades Públicas Empresariales son Administración Pública. Así, la SAN, de 27 de febrero de 2004: “Una vez determinada la personalidad jurídica de RENFE —para la Audiencia Nacional no existe duda de que se trata de una Administración Pública, pues el artículo 53 de la Ley 6/1997 (LOFAGE) determina que las Entidades Públicas Empresariales son organismos públicos— las reclamaciones que se produzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de la misma, con independencia de la relación pública o privada en que se haya ocasionado el daño, deberán sustanciarse, necesariamente, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa”. O la STSJ de Cantabria de 2 de mayo de 2002, en donde se califica también a las Entidades Públicas Empresariales como Administraciones Públicas, y por tanto, declara inválida una multa impuesta a una entidad pública empresarial por considerar que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en cuanto a su aplicación a las Administraciones Públicas, determina una peculiaridad en lo relativo al procedimiento sancionador, puesto que no resulta posible la imposición de sanciones entre Administraciones Públicas, limitándose la Ley a regular la posibilidad de imponer la adopción de medidas correctoras, señalando que la “cuestión nuclear que se plantea en el presente procedimiento hace referencia al contenido que debe darse al concepto de Administración Pública, debe acudir al contenido del artículo 2 de la Ley 30/1992, cuando, al regular su ámbito de aplicación establece que se entiende por Administraciones Públicas “las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

El Consejo de Estado en el ya citado Dictamen núm. 514 también hizo referencia a las Entidades Públicas Empresariales y, al respecto, informó, sin extraer consecuencias de antijuricidad, lo siguiente:

[A]unque de forma expresa la Exposición de Motivos no se haga eco de ello, debe apuntarse una consecuencia más cercana pero no idéntica a la anterior. Se trata de la que podría llamarse “flexibilización” de la regulación para algunos entes del sector público que no son Administraciones Públicas y creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles. Algunos de estos entes, según la regulación hoy vigente —muy destacadamente, las entidades públicas empresariales estatales y sus asimiladas autonómicas y locales—, aplican íntegramente la regulación prevista para los contratos administrativos. Según lo previsto en el anteproyecto, estas entidades (ya no consideradas Administración Pública a estos efectos), caso de que celebrasen contratos no sujetos a regulación armonizada, no deberían aplicar tan rígidamente dicho régimen: pasarían, por decirlo de forma gráfica, del segundo al tercer nivel. Es decir, la estructura proyectada serviría, no sin complicación, a una ampliación del ámbito subjetivo y una identificación funcional de las normas que para ciertos sujetos proceden en más del Derecho comunitario y también para que determinados contratos tradicionalmente administrativos vengan ahora a quedar sujetos en menos al Derecho interno.

Se ha de recordar que las Entidades Públicas Empresariales de la Administración General del Estado junto con los Organismos Autónomos estatales se encuentran reguladas en la LOFAGE, en concreto, en los artículos 53 y siguientes. Se trata de entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar, a las que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación económica. La actividad de estas entidades tiene una naturaleza y una finalidad empresarial, y se rigen por el Derecho privado.

Se considera un acierto que no se hayan incluido de forma nominada en la lista de las Administraciones Públicas —al igual que sucede con los Consorcios—, pero lo que no tiene ninguna lógica jurídica es que expresamente se indique que estas entidades no tendrán nunca la consideración de Administración Pública. No podemos olvidar que, al igual que los Consorcios, habrá Entidades Públicas

ROMERO ALCÁNTARA, F. “Ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la LSCP”. En: ROMERO HERNÁNDEZ, S. (Coord.). *Contratos del Sector público*. Barcelona: Bosch, 2008, p.32.

Empresariales que sí deban ser consideradas Administraciones Públicas al cumplir alguna de las características previstas en la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP —no realizar una actividad que consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios o bien no financiarse con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios— y otras que no deberían tener la consideración de Administración Pública, al consistir su actividad en la producción de bienes o servicios, o bien en autofinanciarse con los ingresos derivados de los mismos. Pero ello dependerá de la actividad que realicen, o bien de su financiación y no del tipo de entidad de que se trate. No obstante, la no inclusión de las Entidades Públicas Empresariales en el grupo de las Administraciones Públicas no conlleva ninguna irregularidad dado que ha sido una decisión del legislador optar por un régimen de contratación concreto, excluyéndolo, sin razón aparente alguna, de los contratos administrativos e incluyéndolo dentro de los contratos privados.

Situados aquí, cumple analizar qué sucede con las entidades de Derecho público dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, asimilables a las Entidades Públicas Empresariales estatales. En la legislación local sí que se regula de forma expresa y nominada a las Entidades Públicas Empresariales, en concreto, en el artículo 85 de la LBRL al establecer que los servicios públicos locales podrán gestionarse a través de todas las formas que allí se detallan, señalándose en la letra c) a las Entidades Públicas Empresariales locales, razón por la cual es extrapolable todo lo expuesto en relación con las estatales.

La verdadera problemática radicará en aquellas entidades de Derecho público autonómicas asimilables a las Entidades Públicas Empresariales estatales, donde la correspondiente legislación autonómica no haya incluido de forma expresa y nominada a este tipo de entes. Es verdad que, *a priori*, el problema parecería tener fácil solución, en el sentido de que si nos encontramos ante una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia, sometida al Derecho privado y que realizase actividades prestacionales o se encargase de la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, estaríamos ante una entidad de Derecho público asimilable a una Entidad Pública Empresarial estatal y, por tanto, no debería tener la consideración de Administración Pública a efectos de contratación. Sin embargo,

ésta no ha sido la solución que las distintas Juntas Consultivas de Contratación han dado a la cuestión.

Así, la Instrucción 3/2008, de 21 de abril, de la Comisión Consultiva andaluza sobre la aplicación de la normativa de contratación a las entidades de Derecho público andaluzas concluye que algunas de las analizadas deben tener la consideración de Administración Pública a los efectos referidos, y ello a pesar de que en el grupo de entidades se encontraban las Agencias Públicas Empresariales —entidades asimilables a las Entidades Públicas Empresariales estatales—³²⁵. En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Madrid, en el Informe 6/2008, de 10 de julio, concluye que el Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada es una entidad de Derecho público, no asimilable a una Entidad Pública Empresarial estatal, y por lo tanto categorizada, a efectos de contratación como Administración Pública, y ello a pesar de tener personalidad jurídica propia, estar sometida al Derecho privado y tener como principal función la prestación de servicios sanitarios.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña en su Informe 3/2009, ya citado, distingue dos situaciones bien diferentes. Las nuevas entidades, en las que el legislador deberá indicar si se produce o no la asimilación a las Entidades Públicas Empresariales estatales, y las ya creadas a la entrada en vigor de la LCSP. En relación con estas últimas, la Junta propone analizar en cada caso las características y finalidades de las entidades, de forma que si por el tipo de actividades que realizan —contenido empresarial de las actividades— y por sus características —personalidad jurídica propia con sometimiento al Derecho

³²⁵ Las Agencias Públicas Empresariales se definen en el artículo 68.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, como entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público de contraprestación.

Por lo que respecta a la citada Instrucción de la Comisión Consultiva de Andalucía se está refiriendo a las siguientes entidades: Empresa Pública de Emergencias Sanitarias; Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir; Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol; Empresa Pública Hospital Poniente de Almería; Empresa Pública Hospital Bajo Guadalquivir; Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía; Agencia Andaluza de Energía; Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos; Empresa Pública de Suelo de Andalucía; Ferrocarriles de la Junta de Andalucía; Agencia Pública de Puertos de Andalucía; y Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales.

privado— se pueden asimilar a las Entidades Públicas Empresariales estatales, se deberá estar al régimen de contratación de estas últimas³²⁶.

En cambio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha afirmado, en su Circular 1/2008, de 3 de marzo —sobre el alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP—, que de la previsión contenida en el último párrafo del artículo 3.2 de la LCSP se tiene que deducir que los entes de Derecho público a los cuales se refieren los artículos 79 a 82 del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón³²⁷, tienen características formales y de gestión que los asimilan a las Entidades Públicas Empresariales, razón por la cual a partir de la entrada en vigor de la LCSP, a efectos de contratación pública, no tendrán la consideración de Administración Pública³²⁸.

Si bien el legislador es libre para determinar el régimen de contratación de las Entidades Públicas Empresariales dentro de los parámetros comunitarios, lo cierto es que la redacción del precepto ha dado lugar a una situación de inseguridad jurídica y desconcierto absoluto en cuanto a las entidades de Derecho público autonómicas se refiere, provocando que cada Comunidad Autónoma interprete el precepto como considera oportuno y dando lugar a situaciones totalmente dispares.

3.1.9 Órganos constitucionales u organismos autonómicos asimilados — letras f) y g) del artículo 3.2 del TRLCSP—

Una de las principales críticas que se vertieron en relación con la antigua LCSP fue el gran número de Disposiciones Adicionales que existían —treinta y cuatro—, hoy reducidas a treinta y una en el TRLCSP. En la Disposición

³²⁶ Al respecto se ha de recordar el ya citado Informe 1/2008, de 14 de febrero de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña.

³²⁷ En el articulado define las entidades de Derecho público como aquellos organismos públicos que por su Ley de creación hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

³²⁸ En idéntico sentido se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en su Informe 05/2008, de fecha 17 de diciembre, sobre el *Institut Balear de l'habitatge* y la Ley de Contratos del Sector Público.

Adicional Tercera de la LCSP se incluían a otros entes que debían tener la consideración de Administración Pública a efectos de contratación. Nos estamos refiriendo a los tradicionalmente denominados “órganos constitucionales”.

Posteriormente, el TRLCSP ha incluido en su artículo 3.2 —letras f) y g) — a los órganos constitucionales estales y autonómicos asimilados, con la siguiente redacción:

- f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.
- g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Según nuestro posicionamiento³²⁹, ni la función legislativa ni la jurisdiccional se someten al Derecho administrativo, sino al Derecho constitucional y, en su caso,

³²⁹ Como ya se ha dicho en las anteriores notas al pie 86 y 298, a las cuales nos remitimos, asumimos como nuestra, en este punto, la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA tanto en lo que se refiere a la personalidad jurídica de la Administración —Administraciones— vs a la personalidad del Estado, como en lo que se refiere a la exclusión de los otros órganos constitucionales entre los cuales se encuentran los referidos *ut supra*. No obstante, aunque a efectos europeos esta discusión deviene estéril, y también a los efectos de la contratación pública, dada su inclusión de manera expresa, primero, mediante la Disposición Adicional Tercera y, ahora, mediante el propio apartado segundo del artículo 3 del TRLCSP, no está de más recordar lo dicho por el autor sobre esta controvertida cuestión, cuando advierte que:

(...) tras la Constitución ocurre que la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende a ciertos actos que no proceden de las Administraciones públicas, sino de otros órganos constitucionales. Son en concreto, los actos que los artículos 58.1 y 74.1. c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 llaman “de administración” y de personal refiriéndose al Congreso de los Diputados, al Senado, al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, al Defensor del Pueblo, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a sus Comisionados.

Se ha sostenido que esta extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa destruiría el concepto subjetivo del Derecho Administrativo como el Derecho de las Administraciones Públicas en cuanto a personas. No lo creemos así, ciertamente. El Derecho Administrativo no está construido para resolver problemas de los mínimos aparatos u organizaciones de apoyo logístico (...) de esos grandes órganos constitucionales, cuyas funciones sustantivas caen claramente fuera de la regulación del Derecho Administrativo. Cabía que los problemas de esos pequeños órganos de apoyo fuesen resueltos (como es el caso de muchos parlamentos) por el sistema de “*autodikia*” o justicia interna administrada (...) Aquí, claramente, se ha atribuido esta materia a los tribunales contencioso-administrativos por simple analogía material, sin otra trascendencia.

al Derecho parlamentario o procesal. Ahora bien, tanto las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial y los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, ejercen otras funciones que pueden calificarse de administrativas o equivalentes a las que realizan las Administraciones Públicas en su propio ámbito. Todas estas instituciones y órganos celebran contratos con terceros y ejercen funciones de mera gestión y administración, de forma que se deberán incluir en el primer nivel de sujeción de la normativa de contratación pública.

3.2 Régimen jurídico aplicable a las entidades incluidas en el NIVEL UNO de sujeción a la norma

A continuación se procederá a hacer una breve exposición de las características esenciales del régimen jurídico de la contratación llevada a cabo por las entidades integradas en este primer nivel de sujeción. Así, los contratos — administrativos o privados— son los que se encuentran sometidos a una mayor aplicación de la Ley, desplegando el TRLCSP toda su intensidad. Serán contratos administrativos, los de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros, servicios, y contratos de colaboración público–privado. También se considerarán contratos administrativos, los tradicionalmente denominados especiales, es decir, no nominados, pero que estén vinculados al giro o tráfico de la entidad contratante.

Por otra parte, serán contratos privados, los de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los espectáculos comprendidos en la categoría 26 del citado Anexo y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos³³⁰.

³³⁰ El artículo 20.1, párrafo segundo del TRLCSP, señala:

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así

Los contratos administrativos se regirán íntegramente por la Ley, no sólo en cuanto a su preparación y adjudicación, sino también en relación con su extinción y efectos, siendo el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Por otra parte, en cuanto a los contratos privados suscritos por las entidades integradas en este primer nivel, corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones relativas a su preparación y adjudicación, siendo la jurisdicción civil la competente para conocer de las correspondientes a los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos privados.

Especial mención merecen las disposiciones contenidas en el Libro IV del TRLCSP —relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos—. Todas las disposiciones relativas a las prerrogativas de la Administración, ejecución de los contratos, cesión y subcontratación sólo son aplicables a los contratos administrativos, nunca a los contratos privados. No obstante, se ha de mencionar la modificación operada por la LES y ya incorporada en el TRLCSP donde se prevé que el régimen de modificados será aplicable a todos los entes del sector público.

4. NIVEL DOS DE SUJECCIÓN AL TRLCSP: PODERES ADJUDICADORES, NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: TIPOLOGÍA DE ENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

4.1 Entidades que se integran en el NIVEL DOS de sujeción al TRLCSP

La definición del poder adjudicador contenida en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP se encuentra configurada de forma negativa al referirse a aquellas entidades que no se deban considerar Administración Pública a efectos de la contratación pública y, también, de manera positiva al aludir a los conceptos que

como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

el legislador comunitario invoca en la delimitación de “organismo de Derecho público” contenida en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18. El legislador nacional ha optado por una transcripción casi literal del precepto comunitario, evitando así transgresiones del Derecho comunitario.

A diferencia de lo que sucede con las entidades integradas en el nivel máximo de aplicación de la norma —relacionadas en el apartado segundo del artículo 3 del TRLCSP—, en el intermedio, el legislador estatal de forma acertada se ha limitado a reproducir la descripción europea de “organismo de Derecho público”, sin incluir a ningún tipo de entidad —ni siquiera de forma indicativa— que pudiese estar sujeta al mismo³³¹. Así, los rasgos definitorios que han de concurrir en las entidades para que deban ser consideradas poder adjudicador, no Administración Pública, son los siguientes: a) Que posean personalidad jurídica —es irrelevante que sean de Derecho público o de Derecho privado—; b) Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y c) Que un poder adjudicador financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o bien nombre a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia. Asimismo, de acuerdo con la letra c) del artículo 3.3 del TRLCSP también se incluyen en este segundo nivel a las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras a) y b) del citado precepto —Administración Pública y poder adjudicador, no Administración Pública—.

La correcta delimitación de los elementos que configuran el concepto de poder adjudicador, no Administración Pública, contenido en la norma española, nos exigirá acudir de nuevo a la jurisprudencia comunitaria, que nos va a proporcionar los indicios y criterios necesarios para incluir a una entidad en el nivel de sujeción intermedio. No debemos olvidar que a pesar de que los conceptos “interés general”, “actividad industrial o mercantil” y “control” se encuentran ahora integrados en la legislación nacional, éstos se deben interpretar de conformidad con los parámetros europeos, garantizando así la plena eficacia o efecto útil de las Directivas comunitarias. La interpretación con arreglo al Derecho comunitario no sólo viene impuesta por la autonomía del

³³¹ A excepción, claro es, de las Entidades Públicas Empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales por imperativo del artículo 3.2, letra e) del TRLCSP.

Derecho comunitario, sino también por motivos de su aplicación uniforme, dado que de otra forma la unidad del ordenamiento jurídico comunitario se podría ver amenazada por la legislación nacional, provocando incluso distorsiones de la competencia no queridas por las Directivas comunitarias. Además, el Tribunal europeo, con la finalidad de abarcar el mayor número de supuestos, ha preconizado la necesidad de interpretar los conceptos de manera funcional y amplia, yendo a la esencia de la cuestión planteada y prescindiendo de los elementos puramente formales³³². Es más, en el caso de que el Estado hubiese transpuesto incorrectamente la norma comunitaria se debería apelar a la jurisprudencia europea para determinar la correcta ubicación del ente en cuestión³³³.

Situados aquí, se hace necesario extrapolar al Derecho nacional las conclusiones extraídas en el Capítulo Primero en relación con el concepto comunitario de “organismo de Derecho público”, haciendo especial referencia, en un momento posterior, a aquellas entidades que expresamente aparecen nominadas en el artículo 3.1 del TRLCSP como integrantes del sector público — como serían, las Entidades Públicas Empresariales, los Consorcios, las sociedades mercantiles, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, las entidades incluidas en la cláusula residual, letra h) y las asociaciones constituidas por las Administraciones Públicas o por los poderes adjudicadores, no Administración Pública—, con el objetivo de determinar si se deben o no incluir en el NIVEL DOS de sujeción a la norma.

³³² Tal y como se expuso en el Capítulo Primero del presente estudio, la interpretación europea y amplia de estos conceptos se encuentra refrendada por las siguientes sentencias: Asunto *Beentjes*; Asunto C- 353/96, Comisión contra Irlanda; Asunto BFI Holding BV; Asunto *Truley*; Asunto C- 283/00, SIEPSA; y Asunto C-84/03, Comisión contra España.

³³³ Sobre este respecto se ha de tener presente, como ya dijimos en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación, que la jurisprudencia del Tribunal europeo ha declarado reiteradamente la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado previsto en las Directivas, así como su deber de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la misma.

En sede de nuestro Derecho interno, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado, en el Informe 57/2005, de fecha 19 de diciembre, sostiene la eficacia directa de la Directiva 2004/18 sobre aquellos extremos concretos en los que no exista dudas sobre su aplicación.

4.1.1 Interpretación comunitaria del concepto “organismo de Derecho público”

Los pronunciamientos del Tribunal europeo sobre el concepto de “organismo de Derecho público” no supusieron ninguna novedad derivada de la Directiva 2004/18, sino que se puede afirmar que desde el año 1998 la jurisprudencia europea es constante y reiterada al respecto. Así, en cuanto al primer requisito que prevé el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP —personalidad jurídica—, la interpretación funcional que ha sostenido el juzgador de Luxemburgo nos obliga a concluir que en el segundo nivel de sujeción a la norma se deben incluir tanto a las entidades de Derecho privado como a las de Derecho público, con la única limitación, en relación con estas últimas, de que no se encuentren incluidas en el apartado segundo del artículo 3 del TRLCSP. No obstante, ya se advierte, que la literalidad de la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP no nos obligaría, siquiera, a acudir a esa interpretación funcional ya que, tras numerosas llamadas de atención efectuadas por parte del órgano judicial europeo, el legislador español no ha limitado este segundo nivel de sujeción a las entidades de Derecho público. Al respecto se ha de recordar la, ya comentada Sentencia recaída en el Asunto C- 214/00, Comisión contra el Reino de España, en relación con el incumplimiento en la transposición de la Directiva de recursos 89/665, donde se afirmaba que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye *per se* un criterio excluyente del ámbito de aplicación de la norma comunitaria o la también referida, recaída en el Asunto 84/03, Comisión contra el Reino de España, mediante la que se condenó al Reino de España por excluir de la legislación nacional a las entidades privadas.

En cuanto al segundo rasgo definitorio —necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil—, es el más complicado en su entendimiento y el que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos judiciales. El Tribunal europeo, interpretándolo de forma amplia y expansiva, ha considerado que se satisfacen las necesidades de interés general mediante la creación de puestos de trabajo, el pago de tributos, el desarrollo de determinadas zonas de población o la organización de festejos³³⁴. Así, a título de ejemplo, el Tribunal ha entendido que cumple esta condición, entre otras, una

³³⁴ Vid.: Capítulos Segundo y Primero del presente trabajo de investigación, donde se analizan ampliamente las sentencias relativas al primer y segundo rasgo definitorio, respectivamente.

entidad que se encarga de las ferias, exposiciones y otras actividades similares; servicios funerarios; recogida y tratamiento de residuos sólidos; construcción y arrendamiento de inmuebles —en la medida en que repercute en el fomento de la industria en una determinada zona—; una sociedad gestora de viviendas de alquiler a precios moderados; una imprenta utilizada para imprimir documentos de carácter confidencial o sujetos a normas de seguridad. Se trata de necesidades que no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, además, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante. Como dice DEL SAZ, en nuestro ordenamiento interno la conexión —directa o indirecta—, entre la actuación de cualquier entidad perteneciente al sector público y la satisfacción de necesidades de interés general siempre está asegurada:

(...) porque, por imperativo del artículo 103 CE, la Administración sirve al interés general, y ello se predica de la Administración como poder público distinto de los demás poderes constitucionales, y no sólo de las Administraciones Públicas en el sentido de la LCSP³³⁵.

El Tribunal de Luxemburgo ha concretado algunas circunstancias fácticas y jurídicas que deben rodear a la entidad contratante para poder concluir el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general. Así, de forma indiciaria, se ha de tener en consideración que actúe en régimen de competencia, a lo que se debe adicionar, que actúe con ánimo de lucro y soporte, en su caso, las pérdidas derivadas de la actividad. El Tribunal europeo —con una clara tendencia a atraer a las entidades al concepto de poder adjudicador—, ha entendido que si la actividad es de tal relevancia pública que el poder público estuviese dispuesto a asumir los costes de alguna de sus prestaciones, interviniese en las contraprestaciones que pudiese recibir la entidad por su actividad, o bien decidiese mantener una influencia dominante se considerará que estamos frente a un poder adjudicador, no Administración Pública.

El Tribunal llega aún más lejos al predicar la *vis* atractiva de las actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, sobre aquellas

³³⁵ SAZ CORDERO, S. DEL. “La nueva Ley de contratos del Sector Público ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?” *RAP*, núm. 174, 2007, pp. 338 y 339.

otras que pudiese realizar la misma entidad y que, efectivamente, sean mercantiles o industriales. Prevalen las primeras sobre éstas, de forma que la entidad que las realiza estará obligada a someterse a la normativa de contratación pública. De nuevo, la teoría del contagio provoca que sea indiferente que la entidad realice actividades industriales o mercantiles, siempre que se satisfagan necesidades de interés general, aunque sean porcentualmente muy inferiores.

Además, el intérprete europeo obvia por completo las consecuencias derivadas del verbo “crear” al que se refiere la Directiva comunitaria, no extrae conclusión alguna de las circunstancias y los motivos que rodearon la creación del organismo, siempre que objetivamente se pueda comprobar que, efectivamente, se satisfacen las necesidades de interés general en el momento que se lleva a cabo el análisis correspondiente³³⁶. De esta forma, el Tribunal europeo elimina cualquier riesgo de eludir las Directivas comunitarias ya que si su sujeción dependiera exclusivamente del tipo de actividades que la entidad desempeña en el momento de su creación, sería fácil escapar de su aplicación circunscribiendo inicialmente su actividad a finalidades mercantiles para después llevar a cabo actividades de interés general. El efecto útil de las Directivas obliga a que los órganos judiciales mantengan esta interpretación. Por estos motivos, lo más coherente y lo que provocaría menos inseguridad jurídica al destinatario de la norma sería no incluir en el precepto comunitario el verbo “crear” ni el adverbio “específicamente”, ya que el intérprete europeo no extrae conclusión alguna al respecto³³⁷.

Por otra parte, el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP, en consonancia con el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, hace referencia a un tercer rasgo definitorio de los poderes adjudicadores, no Administración Pública, relativo al control público al que esté sometido la entidad correspondiente, el cual se puede poner de manifiesto a través de las siguientes formas alternativas: financiación mayoritariamente pública, control orgánico o control en la gestión. Cualquiera de estos controles evidencia la estrecha dependencia entre el poder público y los

³³⁶ Tal y como ya ha sido expuesto en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación, se ha de tener en especial consideración la Sentencia recaída en el Asunto C-470/99, *Universale-Bau*.

³³⁷ De hecho, así lo ha entendido el legislador navarro al transponer en su Ley Foral navarra 6/2006 la Directiva 2004/18, tal y como hemos expuesto en presente Capítulo.

entes contratantes, en definitiva, la influencia dominante que se ejerce sobre las decisiones de la entidad controlada. De los tres, debemos empezar por el del control orgánico, el cual no requiere de ningún aditivo más que el previsto en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP, de forma que si el poder público nombra a más de las mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de la entidad, se deberá considerar poder adjudicador, no Administración Pública. Se trata de un requisito estático y objetivo que no requiere de interpretación adicional alguna, razón por la cual nos vamos a centrar en los otros dos —financiación mayoritariamente pública y control en la gestión—, que al igual que el resto de los rasgos delimitadores del concepto de poder adjudicador, debe ser interpretado de conformidad con los parámetros europeos.

a) En cuanto a la financiación pública

El requisito de la financiación pública ha sido tratado *in extenso* en tres sentencias —las recaídas en el Asunto Universidad de *Cambridge*, Asunto *Bayerischer*, y Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*—.

1) Sentencia recaída en el Asunto Universidad de *Cambridge*

Según hemos tratado, de la primera de las sentencias mencionadas —Asunto Universidad de *Cambridge*— las conclusiones que se pueden extraer en relación con lo que se debe entender por financiación pública son las siguientes: a) Sólo se deberá categorizar como financiación pública aquellas cantidades abonadas sin contraprestación específica, haciendo especial referencia a las becas y las subvenciones; b) Como corolario, no habrá financiación pública si el dinero abonado constituye la contrapartida de una prestación especial. Ello excluye de este concepto a las cantidades derivadas de relaciones comerciales que se desarrollen en el marco de contratos de carácter sinalagmático negociados libremente por las partes; c) El término “mayoritariamente” se refiere a más de la mitad de los ingresos percibidos por la entidad, incluyéndose los que se reciban de la actividad mercantil de la entidad; y d) El período a considerar a efectos del cálculo de la financiación mayoritaria será el ejercicio presupuestario correspondiente al que se inicia el procedimiento de adjudicación correspondiente, de forma que una entidad que en esta fecha se considere poder adjudicador lo seguirá siendo hasta la terminación del procedimiento de que se trate.

La Sentencia referida distingue entre aquellas cantidades que son entregadas sin contrapartida contractual alguna —que las incluye en la financiación pública— de aquellas otras en las que el poder público tiene un interés económico en que se realice la prestación, como serían las contrapartidas de prestaciones contractuales de la Universidad —que no las considera financiación pública al tener una naturaleza distinta a la que resulta de una mera medida de apoyo—. La interpretación amplia y expansiva que preconiza el Tribunal europeo conlleva que concluyamos que todos los pagos de los poderes públicos que no deriven de una relación contractual deban calificarse como financiación pública, y ello por cuanto ponen de manifiesto una estrecha dependencia o vinculación como una clara ayuda al cumplimiento de los fines que deben ser satisfechos por parte del ente que recibe los fondos. Por el contrario, las cantidades derivadas de cualquier contrato con el poder público estarán excluidas del concepto de financiación pública.

Pero situados aquí, nos debemos plantear si todas las cantidades percibidas por parte de la entidad que no deriven estrictamente de una relación comercial o contractual se deben incluir en el concepto de financiación pública, en concreto, nos estamos refiriendo a los ingresos percibidos en concepto de subvenciones reguladas, en el Derecho nacional, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones³³⁸. Del contenido de la Sentencia referida, la conclusión no puede ser otra que la de aceptar que estos ingresos se deben considerar financiación pública al estar expresamente mencionados en la norma. Ahora bien, el pronunciamiento judicial puntualiza que se deben incluir aquellas ayudas económicas abonadas sin una “contraprestación específica”, mientras que la LGS, en el artículo 2.1, letra a), cuando define a las subvenciones, se refiere a la entrega dineraria “sin contraprestación directa”³³⁹. Dicha diferencia

³³⁸ En adelante, LGS.

³³⁹ El artículo 2.1 de la LGS establece:

Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo

terminológica —“específica” que preconiza la jurisprudencia europea frente a la “directa” que hace referencia la normativa nacional en materia de subvenciones— nos lleva a plantearnos si las cantidades percibidas en concepto de subvención, de conformidad con la legislación española, se deben o no categorizar como financiación pública a los efectos que nos ocupan. En línea con lo apuntado, debemos resolver si el hecho de que la subvención esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, o bien la adopción de un determinado comportamiento —debiendo el beneficiario cumplir con las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido—, implica que se pueda considerar que existe contraprestación específica, aunque no directa y, consecuentemente, excluir las cantidades percibidas del concepto de financiación pública a los efectos que ahora nos interesan.

En el ordenamiento español las subvenciones han sido la principal técnica de fomento de las Administraciones Públicas, lo que conlleva la exclusión de ese concepto de todos aquellos supuestos en los que la atribución patrimonial no devolutiva venga a cubrir, a compensar, o bien a indemnizar, ciertas cargas que los particulares deben cumplir por imperativo legal. La subvención permite a través del ofrecimiento y otorgamiento de un beneficio económico-patrimonial, fomentar una actividad privada que satisface un fin público³⁴⁰. La afectación al fin concreto vincula el destino de la atribución dineraria, lo que conlleva que el destinatario se encuentre obligado a cumplir con una carga jurídica impuesta por el concedente de la subvención, de forma que procedería su reintegro si el mismo no se viese satisfecho. Ahora bien, el hecho de que exista esa afectación no implica que exista contraprestación. El cumplimiento de las obligaciones o cargas del beneficiario de la subvención no se puede traducir en contraprestaciones dado que la Administración no obtiene nada a cambio y, de

el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

³⁴⁰Vid.: FERNÁNDEZ FARRERES, G. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: IEF, 1983, p. 77 y ss.

hecho, la actividad subvencionada es una actividad propia del que la recibe, beneficiándolo de forma particular³⁴¹.

Por tanto, la respuesta a las cuestiones planteadas ha de ser necesariamente negativa, ya que la interpretación literal y restrictiva que se derivaría de afirmar que las subvenciones reguladas en la legislación nacional conllevan entregas dinerarias sin contraprestación “directa”, aunque sí “específica”, está en plena contradicción con la amplia y expansiva que preconiza el Tribunal europeo. Por tanto, se debe mantener, a efectos de contratación pública, que las subvenciones suponen la entrega de dinero sin contraprestación directa ni específica. Se ha de recordar que estamos ante conceptos —en este caso, el de la financiación pública—, que se deben interpretar de forma uniforme de acuerdo con los criterios europeos, dado que la aplicación de las normas comunitarias no puede verse desviada ni obstaculizada por el Derecho nacional³⁴². El concepto de subvención utilizado por la LGS es más limitado que el de ayuda que utiliza el Derecho Comunitario para establecer en qué casos es compatible con el mercado común —contenido en los artículos 107 a 109 del TFUE— y debemos

³⁴¹ En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES señala:

El cumplimiento de las obligaciones o cargas que asume como consecuencia de la afectación no se traduce en contraprestaciones a favor del otorgante. La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él le beneficia, sin que la Administración obtenga nada a cambio. Se explica así que la relación jurídico-subvencional no se configure como una relación contractual sinalagmática, aunque, por otra parte, tampoco ello quiere decir que sea calificable como una donación (pública) de carácter modal, dada la ausencia de todo ánimo de liberalidad en su otorgamiento.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Aspectos diferenciales entre las subvenciones y las medidas de fomento económico”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 13, 2010, pp. 41 y 42.

³⁴² Al respecto, BORRAJO INIESTA señala:

El alcance y efectividad de los preceptos del Derecho comunitario europeo, especialmente los que han sido enunciados en los Tratados constitutivos, no pueden quedar al albur de las diferencias legislativas establecidas en los Estados miembros, incluidos los distintos modos de articular las Administraciones Públicas nacionales. Esta idea ha guiado las resoluciones del Tribunal de Justicia, cuya jurisprudencia afirma que la aplicación de las normas comunitarias no puede verse desviada ni obstaculizada por las distintas formas jurídicas que adopten los sectores públicos nacionales. Da igual que las Administraciones nacionales, regionales y locales actúen directamente o a través de entes instrumentales, y es asimismo indiferente que su actuación se someta al Derecho privado o se desenvuelva bajo formas de Derecho público. En cualquiera de estas hipótesis, los límites que el Derecho comunitario impone a su contratación de obras y suministros, al empleo de ciudadanos comunitarios, a sus prácticas en concurrencia con otras empresas o desde una posición dominante, y a los flujos de capitales, créditos, subvenciones y otros modos de ayuda pública, deben ser respetados por las autoridades públicas, y hechos guardar por los Tribunales nacionales.

BORRAJO INIESTA, I. *Op. cit.*, p. 233 y ss.

estar a este último para llegar a interpretar el concepto acuñado por las Directivas comunitarias en materia de contratación pública y que ha sido trasladado al artículo 3.3, letra b) del TRLCSP³⁴³. De hecho, la Sentencia del Tribunal europeo al referirse al grado de dependencia que puede generar una relación contractual señala: “(...) no obstante, como ha indicado el Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, la naturaleza de esa dependencia es distinta de la que resulta de una mera medida de apoyo”³⁴⁴.

³⁴³ El artículo 107 del TFUE establece:

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.
2. Serán compatibles con el mercado interior:
 - a) Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
 - b) Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
 - c) Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.
3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:
 - a) Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
 - b) Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
 - c) Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
 - d) Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
 - e) Las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

³⁴⁴ DÍAZ LEMA se mostró partidario de emplear la categoría más amplia de la subvención a la economía, como medida de fomento que incluye diversos supuestos de atribución patrimonial, dineraria o en especie, como crédito oficial o cualquier ayuda financiada, en todo o en parte, con cargo a presupuestos del Estado o de otra Administración, e, incluso, beneficio de cualquier tipo, como es el criterio del Derecho europeo con respecto a las llamadas “ayudas de Estado”.

Vid.: DÍAZ LEMA, J.M. *Subvenciones y crédito oficial en España*. Madrid: IEF, 1985, p. 192 y ss.

Como decimos, el Derecho europeo define de forma más amplia el concepto de ayuda que el Derecho nacional el de subvención, integrándose en aquel aquellas aportaciones de recursos económicos o cualquier ventaja concedida por los poderes públicos que representen una reducción de las cargas, directa o indirecta, de forma que, como señala la Sentencia del Tribunal de justicia de fecha 22 de noviembre de 2001 —Asunto C- 53/2000—: “(...) sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos”³⁴⁵. Tal y como apunta MUÑOZ MACHADO:

Debe tratarse, pues, de cualquier forma de apoyo financiero que beneficie económicamente a una o varias empresas; para éstas tienen que suponer una ventaja económica, que no se corresponde con la que obtendría normalmente un inversor privado en el mercado. Hace falta que la medida sea selectiva y concreta, y no consista en una medida de carácter general porque en tal caso no cabría calificarla de ayuda.

Basta con que se conceda al operador cualquier ventaja de la que no disfrute habitualmente un inversor privado. Las variables que puede adoptar este apoyo económico financiero pueden ser múltiples: préstamos sin interés o con interés reducido, bonificaciones o exenciones fiscales, cesiones gratuitas o privilegiadas de terrenos, subvenciones económicas directas, facilidades de pago, adquisiciones masivas de productos³⁴⁶.

Así pues, se debe estar al concepto amplio de ayuda que maneja el Derecho europeo, y no limitarnos al restringido previsto en la LGS, según la cual sólo se considerarían subvenciones las entregas de dinero sin contraprestación directa, pudiendo sostenerse de una interpretación meramente literal que las subvenciones reguladas en la Ley nacional podrían excluirse de la financiación pública al que alude la Sentencia mencionada al referirse a entregas de dinero sin contraprestación específica.

³⁴⁵ La citada Sentencia señala:

15. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (...).

16. El término “ayuda”, en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado implica necesariamente la existencia de ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales o que constituyen una carga adicional para el Estado o para los organismos designados o instituidos al efecto (...).

³⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo...Op. cit.*, pp. 798 y 799.

2) Sentencia recaída en el Asunto *Bayerischer*

Según hemos expuesto anteriormente, en la Sentencia recaída en el Asunto *Bayerischer*, el Tribunal europeo analizó si la GEZ —agrupación de Derecho público que se constituyó como central de cobro de los cánones, creada por parte de los organismos públicos de radiodifusión, que no ostentaba personalidad jurídica ni capacidad procesal, sino que actuaba en nombre y por cuenta de los diversos organismos regionales de radiodifusión—, se debía o no considerar “organismo de Derecho público” de conformidad con las Directivas comunitarias. El Tribunal europeo constató que más de la mitad de los ingresos de los organismos públicos de radiodifusión procedían del canon que pagaban los ciudadanos por la posesión de un aparato receptor, y no por la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por estos organismos. Asimismo, tuvo en cuenta otras circunstancias como que el canon estaba previsto por la Ley, que su importe se fijaba mediante una decisión formal de los Parlamentos y de los Gobiernos de los *Länder* y que era recaudado por una central de cobro que ejercía funciones públicas creada por un acuerdo administrativo con los organismos públicos de radiodifusión. Al respecto el Tribunal concluye que la financiación que tiene su origen en un acto del Estado, garantizado por éste y asegurada mediante las prerrogativas públicas de imposición y recaudación, cumple el requisito de “financiación pública”.

Si extrapolamos la doctrina jurisprudencial contenida en esta Sentencia al Derecho nacional, se puede deducir que habrá “financiación pública” cuando el ente en cuestión sostenga económicamente la actividad que constituye su objeto, principalmente mediante transferencias de dinero que un poder público efectúa en cumplimiento de una obligación de financiación impuesta por una norma. En cambio, no habrá “financiación pública” si las cantidades que el poder público abona a la entidad no lo son en tal concepto, sino que dichos abonos o pagos —que no transferencias o subvenciones— traen causa de una relación contractual específica y singular, establecida entre el poder público y la entidad, en virtud de la cual éste presta un servicio al poder público que le abona el correspondiente precio o contraprestación económica. Por esta misma razón, tampoco habrá “financiación pública” cuando los ingresos provengan

mayoritariamente de las contraprestaciones satisfechas por los usuarios que libremente contratan los servicios o actividades que la entidad presta o realiza³⁴⁷.

3) Sentencia recaída en el Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*

En la Sentencia referenciada se planteaba si las cajas públicas del seguro de enfermedad alemanas debían considerarse “organismo de Derecho público”, concluyéndose que su financiación pública se encontraba asegurada por las cotizaciones de los afiliados, incluidas las satisfechas a favor de estos últimos por parte de los empleadores³⁴⁸. El Tribunal europeo hizo notar que se abonaban sin contraprestación específica al imponerse por Ley —por el mero hecho de su afiliación que también se establece en una disposición legal— y que la recaudación se llevaba a cabo de conformidad con disposiciones de Derecho público, de forma que se cumplía con el requisito de la “financiación pública”.

³⁴⁷ En línea con lo apuntado y analizando la citada Sentencia, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña en el Informe 2/2009 entendió que no existía financiación pública en las mutualidades de previsión social, las órdenes religiosas, las fundaciones privadas y las sociedades mercantiles de capital privado cuando son titulares de los hospitales integrados en la red hospitalaria de utilización pública, cuya relación con la Administración Pública se articula a través de un convenio. La Comisión Permanente entendió que pese a comprobarse que la mayoría de la financiación procedía de una aportación pública, se constató que se satisfacía como contrapartida por la prestación de un servicio, y ello con independencia de que las tarifas que debían regir la prestación se fijasen por parte de la propia Administración Pública.

Al respecto el Informe señala:

La cuestión planteada, también, se ha de analizar a partir de los pronunciamientos contenidos en la sentencia del TJCE, de 13 de diciembre de 2007 (ass. C-377/06, *Bayerischer Rundfunk*), en la medida que podrían resultar de aplicación, al caso que nos ocupa, las consideraciones relativas a la forma de determinación de los precios a los efectos de considerar un determinado organismo como poder adjudicador, si tenemos en cuenta el artículo 10.j de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña y el artículo 8.2 del Decreto 345/2001, de 24 de diciembre, por el cual se regula el establecimiento de convenios y los contratos de gestión de servicios sanitarios en el ámbito del Servicio Catalán de la Salud. En estos artículos se establece que las tarifas que han de regir la prestación de los diferentes servicios se han de determinar mediante una orden de la persona titular del Departamento de Salud, dictada a propuesta del Consejo de Dirección del Servicio Catalán de la Salud. Sin perjuicio de que, efectivamente, se puedan dar las circunstancias encaminadas en el párrafo anterior, no parece que se pueda ver afectada la conclusión contenida en el párrafo anterior, dado que en la misma Sentencia se insiste en el hecho de que, para que concurra el requisito de financiación mayoritario los recursos se han de conceder sin contraprestación alguna.

³⁴⁸ Se ha de recordar que se planteó una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, *Orthopädie Schuhtechnik*, y *AOK Rheinland/Hamburg* en relación con los siguientes temas: a) Si las cajas públicas del seguro de enfermedad alemanas constituyen poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de la Directiva 2004/18; b) Si la puesta a disposición por fabricantes de calzado especializados, a raíz de un acuerdo celebrado con la caja pública de seguro de enfermedad, de calzado ortopédico fabricado y adaptado individualmente a las necesidades de los pacientes, junto con asesoramiento detallado, debe considerarse como un contrato de suministros o de servicios; y c) Si la citada puesta a disposición del calzado ortopédico debe considerarse una prestación de servicios, si se trataba de una concesión de servicios o de un acuerdo marco.

Las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal europeo en la financiación, tanto de las cajas públicas alemanas analizadas en esta Sentencia —la afiliación obligatoria o la imposición jurídica del porcentaje de aplicación correspondiente—, como de los organismos de radiodifusión enjuiciados en el Asunto *Bayerischer Rundfunk* —canon previsto por la Ley, cuyo importe se fijaba por una decisión formal de los Parlamentos—, podrían ser extrapolables a algunas de las entidades reguladas en nuestro Derecho nacional, en concreto, a las que forman parte de la Administración corporativa, pudiéndose sostener que sus ingresos deberían ser calificados como financiación pública a los efectos que nos interesan. Nos estamos refiriendo, entre otras, a las COCIN que serán tratadas *in extenso* en el Capítulo Quinto del presente trabajo de investigación y a los Colegios Profesionales que no serán objeto de un estudio pormenorizado. Dada la especial naturaleza jurídica de estos últimos, valga la pena apuntar los aspectos más conflictivos que se podrían derivar de la consideración de las cuotas colegiales como financiación pública.

El artículo 36 de la CE establece:

La Ley regulará las peculiaridades del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesionales tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios profesionales deberán ser democráticos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en relación con la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y su carácter bifronte. Así, en lo que podríamos denominar una primera etapa, el Tribunal Constitucional otorga mayor peso a las funciones privadas que a las públicas y los califica de corporaciones sectoriales de base privada³⁴⁹ o entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos que se pueden llegar a considerar Corporaciones de Derecho Público en determinados supuestos³⁵⁰. En la segunda etapa, el Tribunal Constitucional hizo recaer más el peso en los intereses públicos que en los privados, incidiendo en las funciones

³⁴⁹ SSTC núm. 76/1983, de 5 de agosto y núm. 23/1984, de 20 de febrero.

³⁵⁰ STC núm. 23/1984, *Op. cit.*

relacionadas con la profesión que afectaban a la esfera pública como la disciplina profesional o las normas deontológicas³⁵¹.

El artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales establece que: “Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal”³⁵². La modificación del citado artículo 3 producida en

³⁵¹ El TC también se enfrentó al problema de la adscripción obligatoria a los Colegios Profesionales y sobre si se podía entender contraria al Derecho de asociación previsto en el artículo 22 de la CE en su vertiente negativa. La jurisprudencia constitucional concluye que es el legislador, dentro de los límites constitucionales y de la naturaleza y fines de los Colegios Profesionales, quien puede optar por una configuración determinada. En todo caso, entiende que la adscripción obligatoria impuesta no vulnera el Derecho de asociación, al quedar justificada la misma cuando, o bien las funciones públicas atribuidas son de tal relevancia constitucional que no pueden ser cumplidas, o bien es muy difícil de llevarlas a cabo mediante fórmulas menos restrictivas de los derechos de los particulares. El TC llega incluso a considerar que en determinados supuestos esa adscripción obligatoria es necesaria. El matiz está en si el Colegio Profesional en cuestión realiza o no funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, y en la relación existente entre esta concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados.

Por todas, las SSTC núm. 89/1989, de 11 de mayo; núm. 330/1994, de 15 de diciembre; núm. 194/1998, de 1 de octubre; y 6/2005, de 17 de enero.

³⁵² En adelante, Ley 2/1974 de Colegios Profesionales.

La redacción originaria del artículo 3.2 de La Ley 2/1974 establecía la adscripción obligatoria a los Colegios Profesionales. Posteriormente, y mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, denominada, Ley paraguas se recogen los principios derivados de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios y al mercado interior (*DO*, núm. L376, de 27 de diciembre de 2006) —en adelante, Directiva de servicios—. En la citada Ley se vienen a consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios, permitiendo suprimir las barreras y reducir las trabas que restringían injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. No obstante, ha sido necesario un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio para adecuarla a los principios que dicha Ley establece, razón por la cual se procedió a dictar la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio —en adelante, Ley 25/2009—, denominada, Ley *ómnibus*, que afectó a la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales.

De conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 25/2009, relativa a la vigencia de las obligaciones de colegiación, en el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la misma, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley que determinase las profesiones para cuyo ejercicio fuese obligatoria la colegiación, debiéndose prever la continuidad de la obligación de la colegiación en aquellos casos en que se considerase que la misma opera como un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios, y también en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas.

A fecha de hoy, la Ley a la que hace referencia el artículo 3.2 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales no ha sido aprobada y, consecuentemente, se mantiene lo establecido en la propia Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 25/2009, cuando señala que hasta su entrada en vigor se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes. Por tanto, a la vista del actual redactado del artículo 3.2 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, se puede afirmar que existen Colegios Profesionales de adscripción obligatoria y Colegios Profesionales de adscripción no obligatoria.

el año 2009 tuvo como principal objetivo suprimir la adscripción obligatoria en determinados Colegios Profesionales, de forma que el legislador estatal fijase los de adscripción obligatoria cuando estuviese justificado en razones de interés general³⁵³. Por otra parte, el artículo 3.2 de la citada Ley 2/1974 de Colegios

Sobre el impacto de la Directiva de servicios en el régimen de los Colegios Profesionales, Vid.: CARLÓN RUIZ, M. "El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el régimen de los Colegios Profesionales". *RAP*, núm. 183, 2010, pp. 99-137; y TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. "Presente y futuro de los Colegios Profesionales". En: AGUADO I CUDOLÀ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B. (Coord.). *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*. Barcelona: Atelier, 2012.

³⁵³ Si bien el tema competencial no incide de forma directa en nuestro estudio, valga la pena resaltar que de conformidad con la jurisprudencia constitucional —entre otras, la ya citada STC núm. 330/1994, de 15 de diciembre—, el artículo 149.1.18.ª de la CE permite al Estado declarar obligatoria o voluntaria la colegiación para el ejercicio de una determinada profesión y que ello vincula al posterior desarrollo legislativo autonómico.

CARLÓN RUIZ en base también al citado artículo 149.1.18.ª de la CE, remitiéndose para ello a la STC núm. 31/2010, de 28 de junio, dictada en relación con la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña —en adelante, Estatuto de Autonomía catalán—, señala:

Y así parece haberlo confirmado la recientísima STC 31/2010, de 28 de junio, dictada respecto del Estatuto de Cataluña, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, cuando desactiva el efecto pretendido por el artículo 125.1.a) cuando reconoce a la Generalitat, "en todo caso", la competencia sobre el régimen de colegiación y adscripción de los Colegios, al interpretar que aquella expresión "en todo caso" ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria, "en todo caso" de competencias específicas a la Generalitat.

CARLÓN RUIZ, M. *Op. cit.*, p. 123.

En el mismo sentido, DEL SAZ opina lo siguiente:

En otras palabras, para aquellas profesiones tituladas para las que la ley estatal decida la necesidad de colegiación, las comunidades autónomas no podrán apreciar si concurren o no los requisitos exigidos por la Comunidad Autónoma, estando obligadas a crear, si tienen competencia sustantiva, el correspondiente colegio profesional de adscripción obligatoria.

SAZ CORDERO, S. DEL. "La modificación de la Ley estatal 2/1974, de Colegios Profesionales, como consecuencia de la transposición de la directiva de servicios". *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, p. 204.

Ahora bien, y sin pretender entrar en este debate que se aparta del objeto de nuestro estudio, no se puede dejar de decir que el *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña —en el Dictamen 4/2010, de 11 de marzo— ha considerado inconstitucional el artículo 5 de la Ley 25/2009 que modifica el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, donde se establece que será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional cuando así lo establezca una Ley estatal, al entender que la adscripción obligatoria o no al Colegio Profesional no se inscribe en la competencia de Colegios Profesionales, sino en la competencia sobre el ejercicio de las profesiones tituladas, de forma que el artículo 125.4 del Estatuto Catalán no admite competencias del Estado. Al respecto se afirma en la página 41 del citado Dictamen lo siguiente:

Por lo tanto, la remisión a una futura ley estatal que contiene el apartado Cinco del artículo 5 de la Ley 25/2009, que modifica el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, dictado al amparo del artículo 149.1.18 y 30 CE vulnera las competencias de la Generalitat asumidas en los apartados 1 y 4 del artículo 125 EAC. Este doble fundamento

Profesionales establece, en cuanto a la cuota de inscripción o colegiación, lo siguiente:

Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Los Colegios dispondrán de los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley³⁵⁴.

competencial deriva de la interrelación que los dos apartados del precepto estatutario presentan, teniendo en cuenta en este sentido que ambos hacen referencia a los límites constitucionales de los artículos 36 y 139 de la CE.

En el citado Dictamen consta un voto particular efectuado por el Presidente, Don Eliseo Aja, que considera que el referido precepto no es inconstitucional y que la adscripción obligatoria o no al Colegio Profesional es una competencia que le corresponde al Estado, en base al artículo 149.1.18.ª de la CE. El Presidente señala al respecto que “la obligatoriedad o no de la colegiación es decisiva porque es el fundamento de la actuación del colegio como administración pública”. Otros dos Consejeros —Don Pere Jover y Doña Antonia Agulló— comparten la conclusión alcanzada por la mayoría, pero discrepan de la fundamentación jurídica que se invoca para ello, y al respecto señalan lo siguiente:

No obstante, coincido con la declaración de inconstitucionalidad que aparece en la Conclusión primera, ya que al tratarse de una competencia compartida, el legislador estatal se ha excedido en sus atribuciones. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 EAC, que en gran medida se basa en la jurisprudencia constitucional, el legislador estatal debe limitarse a establecer unos principios o un mínimo común normativo, configurado éste como un estándar mínimo, que posteriormente pueda desarrollar el legislador autonómico. Se puede comprobar fácilmente que la nueva regulación del artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, dada por el apartado Cinco del artículo 5 de la Ley 25/2009, no respeta estos requisitos.

Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, vid.: BAÑO LEÓN, J.M. “Las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, 1997, pp. 39-67; y FERNÁNDEZ FARRERES, G. “La Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Colegios Profesionales”. *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 24 2000, pp. 15-26.

³⁵⁴ La legislación catalana es más clarificadora al respecto cuando en el artículo 44.6 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los Colegios Profesionales señala lo siguiente:

La baja del colegio profesional puede producirse, entre otras causas, por el incumplimiento reiterado del pago de las cuotas colegiales en los términos establecidos por los estatutos, por la pérdida de los requisitos exigidos para la colegiación, por expulsión de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48, por incumplimiento de las sanciones económicas impuestas o a petición de la persona colegiada. Los colegios profesionales pueden establecer en sus estatutos la suspensión del ejercicio profesional por incumplimiento reiterado del pago de las cuotas colegiales. En caso de baja por impago, el abono de las cuotas colegiales pendientes, con el interés legal devengado, comporta la rehabilitación automática del alta colegial, salvo en los supuestos en que subsista algún otro motivo de baja.

Por otra parte, el artículo 49.2, letra c) de la citada Ley señala:

Aprobar la gestión realizada por el órgano de gobierno, el presupuesto, las cuentas anuales y las cuotas colegiales.

La configuración legal de la adscripción obligatoria a determinados Colegios Profesionales y la fijación jurídica de las cuotas colegiales nos obligaría a plantearnos si estos ingresos podrían ser considerados financiación pública a efectos de la contratación pública, de forma que si ello fuese así y siempre que se concluyese que han sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tuviesen carácter industrial o mercantil, se concluiría que los Colegios Profesionales de adscripción obligatoria deberían ser considerados, como mínimo, como poderes adjudicadores, no Administración Pública, al quedar integrados en el letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP y, consecuentemente, en el segundo nivel de sujeción a la normativa de contratación pública³⁵⁵. Sólo como mero apunte, y sin pretender agotar el asunto, se podría afirmar que de conformidad con los artículos 1.3 y 5 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales —preceptos que recogen las funciones de los Colegios Profesionales—, existen indicios que evidencian que los de adscripción obligatoria son entidades que satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, con independencia de que se pudiese sostener que su función más característica se proyecta sobre la labor de las respectivas profesiones, procurando atender a los profesionales y asegurando la protección mutua y la asistencial de los colegiados y de sus familiares³⁵⁶. Se ha

³⁵⁵ De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 2/1974, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Dada la categorización de los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público, y tal como sucede con las COCIN que analizaremos en el Capítulo Quinto del presente trabajo de investigación, de considerarse que se deben incluir en la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, su nivel de sujeción podría ser el intermedio, correspondiente a los poderes adjudicadores, no Administración Pública, o bien el máximo, al considerarse Administración Pública por imperativo de la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP.

³⁵⁶ El artículo 1.3 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, establece:

Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional.

Por otra parte, el artículo 5 de la citada Ley relaciona veintidós funciones de los Colegios Profesionales, que son las siguientes:

Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

- a) Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.
- b) Ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta mediante la realización de estudios, emisión de informes, elaboración de

estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines que puedan serles solicitadas o acuerden formular por propia iniciativa.

- c) Ostentar la representación que establezcan las leyes para el cumplimiento de sus fines.
- d) Participar en los Consejos u Organismos consultivos de la Administración en la materia de competencia de cada una de las profesiones.
- e) Estar representados en los Patronatos Universitarios.
- f) Participar en la elaboración de los planes de estudio e informar de las normas de organización de los Centros docentes correspondientes a las profesiones respectivas y mantener permanente contacto con los mismos y preparar la información necesaria para facilitar el acceso a la vida profesional de los nuevos profesionales.
- g) Ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales y ejercitar el derecho de petición, conforme a la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley.
- h) Facilitar a los Tribunales, conforme a las leyes, la relación de colegiados que pudieran ser requeridos para intervenir como peritos en los asuntos judiciales, o designarlos por sí mismos, según proceda.
- i) Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial.
- j) Organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional, formativo, cultural, asistencial y de previsión y otros análogos, proveyendo el sostenimiento económico mediante los medios necesarios.
- k) Procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos.
- l) Adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional.
- m) Intervenir, en vía de conciliación o arbitraje, en las cuestiones que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados.
- n) Resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión.
- o) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.
- p) Informar en los procedimientos judiciales o administrativos en que se discutan honorarios profesionales.
- q) Encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente, en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio.
- r) Visar los trabajos profesionales de los colegiados en los términos previstos en el artículo 13.
- s) Organizar, en su caso, cursos para la formación profesional de los posgraduados.
- t) Facilitar la solución de los problemas de vivienda a los colegiados, a cuyo efecto, participarán en los Patronatos oficiales que para cada profesión cree el Ministerio de la Vivienda.
- u) Cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales y los estatutos profesionales y reglamentos de régimen interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Órganos colegiales, en materia de su competencia.
- v) Atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión

de recordar, al respecto, que es indiferente que una entidad satisfaga necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil, por una parte, y actividades de carácter industrial o mercantil, por la otra, dada la atracción de las primeras sobre las segundas³⁵⁷.

De ahí la relevancia de las sentencias recaídas en el asunto de la cajas públicas del seguro de enfermedad alemanas y en el del canon exigido por los organismos regionales de radiodifusión, cuyas consideraciones se podrían extrapolar a aquellos Colegios Profesionales regulados en el Derecho español que actúan en régimen monopolístico y donde la adscripción es obligatoria y, consecuentemente, coactiva en el sentido de que si el profesional no se colegia no puede ejercer la profesión correspondiente, incidiendo en su vida social y personal al ser indispensable para satisfacer sus necesidades básicas. Además, y si bien los Colegios Profesionales no pueden utilizar los procedimientos administrativos de apremio previstos en la legislación de Derecho público para recaudar las cuotas colegiales, lo cierto es que en el caso de que no se satisfagan, éstos poseen la capacidad de dar de baja al colegiado, con las consecuencias que de ello se derivan en relación con el ejercicio de la profesión.

En estos términos también se expresa GARCÍA-ANDRADE, después de analizar el derogado artículo 1.3 del TRLCAP y a la vista del concepto de “prestación

Europea en los términos previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en particular, en lo que se refiere a que las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó.

- w) Cuantas otras funciones redunden en beneficio de los intereses profesionales de los colegiados.

³⁵⁷ Tal y como señala SALOM PARETS es la defensa del interés general en el ámbito de las diferentes profesiones colegiales lo que va a determinar su naturaleza jurídica.

Vid.: SALOM PARETS, A. *Los Colegios Profesionales*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 85.

Por otra parte, FANLO LORAS, analizando los artículos 1 y 3 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, con anterioridad a la modificación operada en el año 2009, entiende que de los tres antiguos grupos, dos de ellos —ordenación del ejercicio de la profesión y defensa y representación de la profesión— son típicamente públicos, “razón por la cual actúan, por atribución de la ley o delegación de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, como verdaderos poderes públicos, y son beneficiarios de las potestades y prerrogativas típicamente administrativas”.

FANLO LORAS, A. “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.). *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 98-101.

patrimonial de Derecho público” del artículo 31.3 de la CE interpretado por la jurisprudencia constitucional³⁵⁸, cuando señala:

³⁵⁸ El artículo 31.3 de la CE señala que “sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley”.

El TC en la Sentencia núm. 185/1995, de 14 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad de una serie de preceptos de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, estableciendo lo que se debía entender por “prestación patrimonial de carácter público” y, en tal sentido, a partir de la misma, se fijó la siguiente doctrina constitucional:

- a) Lo decisivo para determinar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que ha dado lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación.

Así estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público —por ejemplo, cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria— y, también, cuando siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación.

- b) (...)La libertad o la espontaneidad exigida en la realización del hecho imponible y en la decisión de obligarse debe ser real y efectiva, es decir, deberán considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, sino también aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar, o dicho de otra forma, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su profesión.
- c) También deben considerarse coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho. La libertad de contratar o no contratar, la posibilidad de abstenerse de utilizar el bien, el servicio o la actividad no es a estos efectos una libertad real y efectiva.

El TC no limita el concepto de prestación patrimonial de carácter público a los ingresos propios de una Administración Pública, pues el elemento determinante del concepto es la coactividad. Además, entiende el TC que el hecho de que los entes se reserven determinadas facultades exorbitantes en caso de incumplimiento de la obligación —como podrían ser ciertas facultades derivadas de la ejecutoriedad y la autotutela—, tiene un relieve secundario en orden a determinar el grado de coactividad de las prestaciones pecuniarias. Tampoco se exige que se trate de una prestación dineraria, pues el contenido patrimonial a que hace referencia el artículo 31.3 de la CE es susceptible de integrarse por cualquier elemento patrimonial, bien o derecho, no consistente ni expresado en dinero.

Esta jurisprudencia constitucional ha sido ampliamente comentada por numerosos autores, de los que destacamos: COBO OLIVERA, T. “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de precios públicos y sus consecuencias para la Administración local. Modificaciones necesarias en las Ordenanzas y acuerdos de fijación de precios públicos”. *Revista Hacienda Local*, núm. 78, 1996; FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. “Precios públicos y reserva de Ley. Comentario a la Sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 243, 1996; GONZÁLEZ GARCÍA, E. *Concepto actual de tributo: Análisis de jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1996; MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J. “Los precios públicos y la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 diciembre”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 77, 1996, pp. 15-27.; PAGÉS I GALTÉS, J. “Las tarifas de los servicios prestados en régimen de Derecho privado: su consideración como tasas, precios públicos o precios privados”. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública (RDFHP)*,

En definitiva, atendido que la principal fuente de ingresos de las corporaciones citadas tiene la calificación legal de prestación patrimonial de carácter público, por razón de su coactividad y afectación al interés general, debe afirmarse que la financiación de estas entidades es igualmente pública y en consecuencia se encuentran en una situación de estrecha dependencia respecto de los poderes públicos que les procuran tales instrumentos jurídicos recaudadores. Luego, teniendo en cuenta que la financiación mayoritaria de las corporaciones de derecho público proviene de estas prestaciones patrimoniales, debe concluirse que estas entidades no sólo reúnen los requisitos exigidos por las Directivas europeas para ser calificadas como poderes adjudicadores, sino incluso la totalidad de los requisitos del art. 1.3 de la Ley de Contratos, quedando en consecuencia sometidas a las previsiones de esta Ley³⁵⁹.

núm. 252, 1999 [De 2004, en adelante, continúa con: *Revista de Derecho Financiero*]; PALAO TABOADA, C. "Los precios públicos y el principio de legalidad". *Quincena Fiscal (QF)*, núm. 17, 1996; PITA GRANDAL, A.M. "El precio público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *QF*, núm. 7, 1996; RAMALLO MASSANET, J. "Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)". *Revista Española de Derecho Financiero (REDEF)*, núm. 90, 1996; y SIMÓN ACOSTA, E. *Las tasas de las Entidades Locales (el hecho imponible)*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

³⁵⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Op. cit.*, pp. 162 y 163. En el mismo sentido, Vid.: ENTRENA CUESTA, R. "Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". En: LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (Coords.). *Contratación Pública II: Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 15-38.

DE AHUMADA señala lo siguiente:

Otro aspecto que necesita reforma es el régimen de financiación de las Corporaciones Profesionales. La doctrina tradicional del Tribunal Supremo, que considera las contribuciones de los colegiados como prestaciones económicas de "naturaleza privada" sobre la base a su vez de considerar que la adscripción a los Colegios se produce en virtud de una suerte de "contrato bilateral" y faculta a los Colegios para dar de baja a los colegiados que no paguen las cuotas, puede valer para los Colegios Profesionales de adscripción voluntaria; pero no vale cuando la colegiación es obligatoria y la baja por impago de cuotas conlleva la imposibilidad de ejercer la profesión. Al ser estas Corporaciones entidades de Derecho público, tendremos que en las profesiones en que está prevista la obligatoriedad de la colegiación, cualquier contribución económica que la Corporación imponga como "obligatoria" a los colegiados tendrá el carácter de prestación patrimonial pública" sujeta a la reserva de Ley del artículo 31.3 CE. Al respecto, la STC 185/1995 dejó sentado que la "coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público". En contra de esta doctrina constitucional, existen Corporaciones de colegiación obligatoria que se están financiando en parte mediante contribuciones obligatorias impuestas a los colegiados sin una Ley que regule los aspectos básicos de tales contribuciones.

AHUMADA RAMOS, F. J. DE. "Colegios Profesionales: reformas necesarias para pasar del medievo al Siglo XXI". *Lawyerpress noticias*, 12 de enero de 2011.

[On line] http://www.lawyerpress.com/news/2011_01/12_01_2011_001.html [Consulta: 25 de septiembre 2011]. En el mismo sentido, vid.: MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. "Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC". *REDEF* núm. 106, 2000, p. 189.

BAÑO LEÓN ha llegado a unas conclusiones similares a GARCÍA-ANDRADE y ENTRENA CUESTA, cuando califica las cuotas colegiales de los Colegios Profesionales de adscripción forzosa como exacciones públicas parafiscales. Al respecto, el citado autor señala:

Así, en relación a las cuotas obligatorias, expresión de una adscripción forzosa, los problemas sólo son aplicables a los Colegios Profesionales puros; es decir, aquellos que representan a un grupo profesional (Abogados, Médicos, Arquitectos, Ingenieros) pero

Tal y como hemos apuntado, las consideraciones tenidas en cuenta por parte del Tribunal europeo en la sentencias referidas podrían conllevar que la financiación percibida por los Colegios Profesionales mediante las cuotas colegiales se pudiesen entender financiación pública a los efectos que ahora nos ocupan, de forma que si éstas fuesen mayoritarias, se concluyese que el poder público ejerce un control sobre la entidad colegial, lo que unido a que pudiesen realizar actividad de interés general que no tuviesen carácter industrial o mercantil, nos llevaría a considerarlas, como mínimo, poderes adjudicadores, no Administración Pública. Como se ha dicho anteriormente, se trata simplemente de una cuestión que se anuncia a efectos de evidenciar la trascendencia de los pronunciamientos europeos en sede del elenco de entidades reguladas en el Derecho nacional.

b) En cuanto al control en la gestión

El tercer requisito que de forma alternativa alude el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP —control en la gestión— es el más difícil de interpretar. A tal efecto, es necesario examinar las circunstancias concretas que rodean la actividad de la

carece de significación en el caso de Colegios que de hecho o de Derecho son voluntarios porque no representan a una profesión (Licenciados en Filosofía y Letras o en Químicas). Observemos por lo demás que estas cuotas, no obstante exigirse ante la jurisdicción civil, son indudablemente exacciones públicas parafiscales.

BAÑO LEÓN, J.M. “El ejercicio de las profesiones tituladas y los Colegios Profesionales”. *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 24, 2000, pp. 40 y 41.

Por su parte, ÁLVAREZ ARROYO, LOZANO SERRANO o RIVAS NIETO llegan más lejos al considerar que los ingresos percibidos por concesionarios, Colegios Profesionales o Cámaras de Comercio deben calificarse como tributos. RIVAS NIETO realiza las siguientes consideraciones:

Nos decantamos por la segunda opción, de tal forma que al igual que el recurso cameral permanente, las cuotas colegiales obligatorias se configuran como impuestos, puesto que el presupuesto de hecho es el mero hecho de pertenecer al Colegio profesional, independientemente de los servicios que los miembros puedan recibir a cambio de dicha colegiación, porque lo importante es formar parte del Colegio Profesional. Si puntualizamos esta cuestión, nos encontramos que en realidad son impuestos parafiscales, ya que se separan del régimen tradicional de los tributos en los siguientes aspectos:

- Es el Colegio Profesional quien gestiona y recauda la prestación y éste es un ente público ajeno a la Administración financiera.
- No cumplen escrupulosamente con el principio de legalidad.
- Y tienen una finalidad afectada a conseguir los fines propios de los Colegios Profesionales.

RIVAS NIETO, M. E. *Los tributos atípicos*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 108.

En el mismo sentido, Vid.: ÁLVAREZ ARROYO, F. *Régimen Fiscal de los Colegios Profesionales*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, p. 32; LOZANO SERRANO, C. “Calificación como tributos o prestaciones patrimoniales públicas de los ingresos por prestación de servicios”. *REDEF*, núm. 116, 2002, p. 671; y MATEO RODRÍGUEZ, L. *La tributación parafiscal*. León: Colegio Universitario de León, 1978, p. 275.

entidad a fin de determinar si el vínculo de dependencia exigido por la norma se produce con la misma intensidad que las otras dos formas de control —control orgánico o financiación—. No sería admisible que cualquiera de los tres se pudiese interpretar de manera dispar, de forma que se incluyese en la categoría de “organismo de Derecho público” a entidades que presenten una situación de dependencia muy diferente de los poderes públicos.

No existen reglas concretas en relación con el control en la gestión, salvo que el de legalidad o regularidad se encuentra fuera de la órbita de lo que estamos tratando ahora y que, en todo caso, el control debe ser previo y no a *posteriori*. Tanto el de legalidad, cuya única función es constatar que la actuación llevada a cabo por parte del ente se adecúa al ordenamiento jurídico y que, consecuentemente, no incide propiamente en la gestión; como el a *posteriori*, no evidencian influencia dominante del poder público sobre la actuación de la entidad. Se trata de determinar si los poderes públicos influyen en la actividad contractual de la entidad en cuestión, aunque se lleve a cabo de forma indirecta. Es evidente que un mismo tipo de control puede ser objeto de una apreciación diferente según el contexto en el que se integre, de forma que determinadas actividades de intervención no tendrán los mismos efectos en función de que, en virtud de las normas por las que se rija el organismo controlado disponga de gran libertad de gestión o, por el contrario, esas mismas normas regulen muy estrictamente su actividad y se le imponga una línea de gestión predeterminada. Por ese motivo se deberá analizar en cada caso concreto las circunstancias en que se ejerce el control para poder determinar si es previo o a *posteriori*.³⁶⁰

³⁶⁰ Resulta ilustrativa, a efectos interpretativos, la distinción que señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ entre los dos grandes modelos o sistemas abstractos de intervención, uno de signo represivo y otro preventivo. El primero, supone la existencia de una completa regulación previa de la actividad, dentro de la cual el ejercicio de ésta se entiende enteramente libre y no está sometido *ab initio* a control administrativo alguno y sólo a *posteriori*, en los casos en que se compruebe que una concreta actividad se desarrolla fuera de los cauces de la legalidad, surge la reacción por vía de sanción administrativa o, incluso penal. En relación con el sistema represivo, se puede afirmar que las actuaciones que se lleven a cabo bajo el albur del mismo no pondrían de manifiesto un control en la gestión de carácter previo. Por otra parte, el sistema preventivo, según los autores, supone una intervención más intensa, una mayor restricción de la libertad, ya que a la regulación previa de la actividad mediante las normas correspondientes se une la comprobación, también previa, por parte de la Administración de la adecuación del concreto proyecto ideado por quien pretende ejercer dicha actividad, de forma que sólo cuando esa comprobación tenga un resultado satisfactorio se levantaría la prohibición general que la Ley reguladora establece como punto de partida. Por lo demás, el sistema preventivo, al partir de una prohibición general, implica un control previo individualizado de todas y cada una de las actividades que pretenden ejercerse. El control preventivo opera además sobre meras hipótesis, ya que en el momento en que se regula la actividad, se puede afirmar que aún no ha sido emprendida, lo cual hace entrar en juego un margen de apreciación. En relación con el preventivo, se debería estar a las circunstancias concretas del supuesto para determinar si es un mero control de legalidad, o bien conlleva una influencia dominante sobre las decisiones de la entidad correspondiente.

No obstante, dado que nos encontramos ante un concepto que ha de ser interpretado de conformidad con los parámetros europeos, se han de analizar las circunstancias concretas enjuiciadas por parte del Tribunal europeo. Las sentencias más relevantes recaídas al respecto donde el Tribunal de Luxemburgo ha concluido que concurría el control en la gestión han sido las recaídas en el Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda, Asunto *Mannesman*, Asunto C-237/99, Comisión contra Francia y Asunto *Truley*³⁶¹.

En la Sentencia dictada en el Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda³⁶², el Tribunal europeo puso de manifiesto una serie de circunstancias que evidenciaban un control público en la gestión del Servicio de Bosques, en concreto, las siguientes: a) que el poder público nombraba a los principales directivos; b) que se podían dictar instrucciones para adecuarse a las políticas estatales sobre actividades forestales; y c) que el Ministerio de Hacienda estaba facultado para controlar la actividad económica de la entidad. El Tribunal concluyó que el Estado ejercía una influencia dominante sobre la entidad analizada.

Por otra parte, en la Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann*, en la que se analizaba la actividad de ÖS dedicada, principalmente, a la producción para la Administración Federal de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad, el Tribunal europeo concluyó que sí concurría un control en la gestión, destacando, como circunstancia relevante, que el nombramiento del director general se efectuaba por un órgano integrado en su mayoría por miembros nombrados por la Cancillería Federal o por los diferentes Ministerios. Además, también hacía notar que ÖS se encontraba sujeta al control del Tribunal de Cuentas y a un servicio de inspección que se ocupaba de velar porque los impresos estuviesen sujetos a un régimen de seguridad, a lo que se ha de sumar que la mayoría de las acciones pertenecían al Estado austriaco.

Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo*. T. II. Madrid: Civitas, 7.ª ed., 2000, pp. 114 y 115.

³⁶¹ Vid.: Capítulo Primero del presente trabajo de investigación, donde se analizan exhaustivamente las sentencias referidas.

³⁶² La Sentencia deriva de un recurso interpuesto por la Comisión contra Irlanda al no publicar una licitación para el suministro de fertilizantes al *Irish Forestry Board (Coilte Teoranta)* —Servicio de Bosques— en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Al respecto, se ha de evidenciar que el Tribunal europeo extrae una conclusión que puede ser relevante en nuestro Derecho nacional y es que deduce la existencia de un control en la gestión cuando la titularidad de la totalidad de las acciones de la sociedad pertenece al poder público. Si bien se puede presumir que esta circunstancia se va a producir en estos casos, lo cierto es que se debería estar al caso concreto, y analizar las actuaciones que lleve a cabo el poder público para poder determinar que existe la influencia dominante que exige la norma. De lo contrario, y si se considerase que ello debería ser tan automático, el legislador debería incluir en las correspondientes disposiciones contractuales tal previsión, de forma que se facilitaría considerablemente la labor al operador jurídico.

En la Sentencia recaída en el Asunto C-237/99, Comisión contra Francia, derivada del recurso presentado por la Comisión europea contra la República francesa al incumplir la Directiva 93/37, en relación con diferentes procedimientos de adjudicación de contratos públicos para la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización —*SPCU*— y por parte de las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado —*SA VAM*—, el Tribunal consideró que la actividad de la sociedad analizada se encontraba extremadamente regulada y que, consecuentemente, permitía a los poderes públicos influir en sus decisiones en materia contractual³⁶³. En concreto, se tuvieron en cuenta los siguientes controles establecidos en el Código de la Construcción y la Vivienda: la facultad de disolver la sociedad y de nombrar un liquidador, suspender a los órganos directivos y nombrar a un administrador provisional, e imponer un determinado perfil de funcionamiento, bien obligándolas a un mínimo dinamismo o bien limitando su actividad³⁶⁴.

³⁶³ Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

59 Del conjunto de las disposiciones mencionadas en los apartados 51 a 58 de la presente sentencia se desprende que la gestión de las SA VAM está sujeta a un control de los poderes públicos que les permite influir en las decisiones de éstas en materia de contratos públicos.

³⁶⁴ Al respecto, el Tribunal señala:

50 A este respecto, debe observarse, por una parte, que, como señala el Abogado General en los puntos 53 a 64 de sus conclusiones, si bien las SA VAM son sociedades comerciales, su actividad está, sin embargo, detalladamente regulada.

En la sentencia recaída en el Asunto *Truley*, donde se planteaba si una sociedad mercantil debía considerarse “organismo de Derecho público”, de acuerdo con la Directiva 93/36, se concluye que sí concurre el control en la gestión al que alude la norma comunitaria dado que los poderes públicos se encontraban habilitados para revisar el balance anual y la gestión corriente —desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad—, a

51 En efecto, el artículo L. 411-1 del Código define sus actividades en términos generales y dispone que las características técnicas y los precios de coste serán determinados mediante decisión administrativa. A tenor del artículo R. 422-1 del Código, los estatutos de las SA VAM deberán incluir cláusulas conforme a las cláusulas tipo que se reproducen en el anexo de dicho Código, cláusulas que son muy detalladas, especialmente en lo que se refiere al objeto social de dichas entidades.

52 Pues bien, como ha destacado el Abogado General en el punto 67, dado que las normas de gestión son muy detalladas, el mero control de su cumplimiento puede, por sí solo, atribuir a los poderes públicos una importante influencia.

53 Por otra parte, en lo que respecta a los controles de la actividad de las SA VAM previstos, es preciso observar, en primer término, que, con arreglo a los artículos 451-1 y R. 451-1 del Código, las entidades gestoras de viviendas de alquiler moderado están sujetas al control de la Administración y, más en concreto, del ministro competente en materia de construcción y vivienda. Tales disposiciones no especifican los límites dentro de los cuales debe llevarse a cabo dicho control ni si éste debe circunscribirse a una mera comprobación de la contabilidad, tal como pretende el Gobierno francés, quien tampoco ha aportado ninguna prueba que acredite la veracidad de dicha alegación.

54 Asimismo, debe tenerse en cuenta la facultad que el artículo L. 422-7 del Código atribuye al ministro competente en materia de construcción y vivienda, en virtud del cual puede ordenar la disolución de una SA VAM y nombrar un liquidador, así como la que le confiere el artículo L. 422-8 del mismo Código de ordenar la suspensión de los órganos directivos y nombrar un administrador provisional.

55 Estos poderes se prevén para casos de irregularidades graves, de falta grave en la gestión o de omisión del Consejo de Administración o del comité ejecutivo y el consejo de vigilancia. Según destacó el Abogado General en los puntos 72 a 75 de sus conclusiones, los dos últimos casos de intervención de la Administración entran dentro del ámbito de la política de gestión de la sociedad de que se trata y no del mero control de regularidad.

56 Asimismo, y aun admitiendo que, como sostiene el Gobierno francés, el ejercicio de las facultades que dichas disposiciones confiere al ministro competente fuera efectivamente excepcional, implica, no obstante, un control permanente que permite por sí sólo descubrir faltas graves u omisiones de los órganos directivos.

57 Además, de los artículos L.423-1 y L.423.2 del Código se desprende que el ministro competente en materia de construcción y vivienda puede imponer a las SA VAM un perfil de gestión determinado bien obligándolas a un mínimo de dinamismo, bien limitando su actividad cuando se considere excesiva.

58 Finalmente, es preciso señalar que la comisión interministerial de inspección de la vivienda social creada por Decreto núm. 236/1993, además de controlar las operaciones de los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado mediante el examen de documentos y visitas sobre el terreno, puede realizar estudios, auditorías o evaluaciones en el ámbito de la vivienda social y formular propuestas sobre el curso que deba darse a sus informes de inspección. También le corresponde cerciorarse de que las personas sujetas a control apliquen las medidas adoptadas por los ministros de los que depende.

59 Del conjunto de las disposiciones mencionadas en los apartados 51 a 58 de la presente sentencia se desprende que la gestión de las SA VAM está sujeta a un control de los poderes públicos que le permite influir en las decisiones de éstas en materia de contratos públicos.

visitar los locales de forma periódica y a informar de los resultados de los controles a los accionistas y a los órganos competentes, todo ello, unido a la circunstancia de que el Ayuntamiento de Viena poseía la totalidad del capital de la entidad enjuiciada. También se señaló que un control *a posteriori* no se consideraba suficiente a los efectos que nos ocupan.

Tal y como se ha expuesto en el anterior Capítulo Primero, de las circunstancias puestas de manifiesto por el Tribunal europeo en los distintos casos analizados, se puede constatar que la gestión debe relacionarse con la administración, la dirección, la gerencia y la organización; términos, que llevan implícito el ejercicio de un determinado poder. Ello nos conduciría a pensar que un control que no tenga por objeto el modo en que los órganos directivos de una entidad orientan las acciones de éste no debería categorizarse como un control sobre la gestión de dicho organismo. Se incluye en el concepto tanto una relación de vigilancia y comprobación, como una relación de dominio y de dirección. En cuanto a la relación de vigilancia, ésta ha de ser de tal calibre que desemboque irremediabilmente en una influencia decisiva del poder público, que no será muy diferente del tipo de control resultante de la designación de la mayoría de los miembros de los órganos directivos o de una financiación mayoritariamente pública. Por otra parte, se podría sostener que el control que pueda ejercer el Tribunal de Cuentas o los Tribunales de Justicia sobre la actividad de la entidad, no implica *a priori* control en sus decisiones y, consecuentemente, estaríamos fuera del contexto al que nos estamos refiriendo, y ello sin perjuicio del matiz introducido en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación en cuanto al posicionamiento del Tribunal europeo al respecto.

De lo dicho anteriormente, se extrae la conclusión de que es difícil fijar criterios generales extrapolables a las entidades reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Se debe estar a las circunstancias previstas en las disposiciones nacionales correspondientes para determinar si el poder público ejerce o no un control en la gestión que evidencie la misma influencia dominante que los otros dos supuestos alternativos —financiación y control orgánico—. Ahora bien, y dada la interpretación amplia que mantiene el Tribunal europeo, se podría afirmar que dicho control va a concurrir en relación con aquellas entidades del sector público relacionadas en el artículo 2 de la LGP de 2003 —entre otras, las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones del sector público estatal, los

Consortios, y las Entidades Públicas Empresariales—, las cuales se encuentran sometidas a las disposiciones en materia de régimen presupuestario, económico-financiero, contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal³⁶⁵.

4.1.2 Entidades del sector público expresamente nominadas y que podrían tener la consideración de poderes adjudicadores, no Administración Pública

Para poder entender correctamente la metodología del artículo 3 del TRLCSP y considerar cerrado su estudio, nos vemos obligados a referirnos a aquellas otras que figuran expresamente nominadas en el artículo 3.1 del TRLCSP como integrantes del sector público y concretar su nivel de sujeción a la Ley. Nos estamos refiriendo a las Entidades Públicas Empresariales, a los Consortios y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, a las entidades incluidas en la letra residual, letra h), y a las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades considerados poderes adjudicadores.

a) Las Entidades Públicas Empresariales³⁶⁶

Ya podemos afirmar que existe una tipología de ente que queda integrado, como mínimo, en este segundo nivel de sujeción a la norma: las Entidades Públicas Empresariales estatales y locales, ya que tal y como se ha dicho anteriormente, el legislador, expresa y nominativamente, las ha excluido del NIVEL UNO, Administración Pública. Sin embargo, no podemos ser tan taxativos en nuestras conclusiones en relación con las entidades públicas autonómicas —asimilables a las Entidades Públicas Empresariales estatales—, por cuanto las distintas Comunidades Autónomas están interpretando de forma distinta su configuración legal y su inclusión en uno u otro nivel de sujeción a la Ley.

Además, no podemos dejar de decir que en el plano teórico, podría haber tanto Entidades Públicas Empresariales como otras entidades de Derecho público que tampoco se considerasen poder adjudicador, no Administración Pública, al

³⁶⁵ El mismo razonamiento es extrapolable a las entidades autonómicas y locales.

³⁶⁶ Nos remitimos a lo expuesto anteriormente en cuanto a este tipo de entes.

margen de que formasen parte del sector público por imperativo de la letra c) del artículo 3.1 del TRLCSP. Nos estamos refiriendo a aquellas Entidades Públicas Empresariales o entidades de Derecho público que no hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general y que realizaran actividades industriales o mercantiles, o bien que ejerciendo este tipo de actividades, no estuviesen controladas por los poderes adjudicadores. Si bien es cierto que, en el plano teórico nos podríamos encontrar con alguna entidad de Derecho público que reuniese alguno de estos requisitos, lo cierto es que en la práctica, este supuesto no se va a producir, atendiendo a la interpretación restrictiva que propugna el Tribunal europeo sobre estas circunstancias. No obstante, si ello se produjera, la entidad pública en cuestión siempre estaría integrada en el sector público y, consecuentemente, su nivel de sujeción sería el de menor intensidad previsto por el legislador³⁶⁷.

b) Los Consorcios³⁶⁸

Los Consorcios se encuentran nominados en la relación de las entidades que integran el sector público —en concreto en la letra e) del artículo 3.1 del

³⁶⁷ En estos términos se manifiesta la Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles y Entidades Públicas Empresariales dependientes de la Administración General del Estado, dictada por la Abogacía del Estado, cuando señala lo siguiente:

A la vista de la definición que de las Entidades Públicas Empresariales establece el artículo 53.1 de la citada Ley 6/1997, no cabe afirmar categóricamente, como en principio pudiera dar a entender su denominación, que estas entidades han sido creadas en todo caso para satisfacer finalidades de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, no son poderes adjudicadores, dado que dicho precepto legal alude, como fines de las Entidades Públicas Empresariales, no sólo a la producción de bienes (de interés público) susceptibles de contraprestación, lo que tiene una innegable connotación mercantil, sino también a la realización de actividades prestacionales y a la gestión de servicios, funciones estas últimas que no caben calificar sin más como funciones mercantiles o industriales. Así lo confirma la realidad, pudiendo traerse a colación a este respecto el caso de SASEMAR: configurada por el artículo 89 de la Ley 37/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante como una entidad de Derecho público, el Real Decreto 370/1999, de 5 de marzo, le atribuye la condición de entidad pública empresarial; ahora bien, atendido su objeto, difícilmente puede entenderse que se trata de una entidad creada para fines mercantiles o industriales, ya que no cabe atribuir este carácter a las funciones de búsqueda y salvamento marítimo, control del tráfico marítimo y ayuda al mismo y prevención y lucha contra la contaminación del medio marino (artículo 90 de la Ley 27/1992).

Debe entenderse, en consecuencia, que no puede establecerse una equiparación absoluta y total entre entidad pública empresarial y entidad que ha sido creada para fines mercantiles o industriales o, lo que es igual y a los efectos que aquí interesan, una equiparación absoluta entre Entidades Públicas Empresariales y entidades que no ostentan la condición de poder adjudicador.

³⁶⁸ Nos remitimos a lo expuesto anteriormente en cuanto a este tipo de entes.

TRLCSP—, pero no entre las que son consideradas Administración Pública. Ello requiere que en cada caso concreto se deba analizar su actividad y su financiación para determinar si se encuentran o no incluidas en la cláusula residual de las entidades que deben ser consideradas Administraciones Públicas —artículo 3.2, letra e) del TRLCSP—.

Al igual que sucede con las Entidades Públicas Empresariales, en el plano teórico, los Consorcios pueden incluirse en cualquiera de los tres niveles de sujeción, por cuanto aparecen expresamente relacionados como entes del sector público, pero no como Administraciones Públicas. De esta forma, en primer lugar, se deberá analizar si deben formar parte del nivel máximo de aplicación de la Ley —por imperativo del artículo 3.2, letra e) del TRLCSP—, de forma que si ello no fuese así, se deberá determinar si realizan actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que estén controlados por el poder público, integrándose, entonces, en el segundo nivel de sujeción. Si tampoco concurren estas circunstancias, se considerarán entidades del sector público, no poderes adjudicadores.

c) Las sociedades mercantiles públicas

El artículo 3.1, letra d), del TRLCSP hace expresa referencia a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del citado precepto, sea superior al cincuenta por cien. Este tipo de entidades han sido, junto a las fundaciones del sector público, el caballo de batalla del Tribunal europeo, por el empecinamiento del legislador nacional en excluirlas de la normativa de contratación pública.

En el panorama legislativo actual, una sociedad mercantil participada en más del cincuenta por cien por una entidad del sector público de las contempladas en las letras a) a f) del artículo 3.1 del TRLCPS³⁶⁹, y que realice actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que se encuentre controlada —a través de la financiación, de sus órganos de administración o en

³⁶⁹ De la literalidad del precepto quedan excluidas las identificadas en las letras g) Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y h) cualquier ente creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial y que estén controlados por un ente del sector público.

la gestión— por algún poder adjudicador, tendrá la consideración de poder adjudicador, no Administración Pública y, consecuentemente, se encontrará incluida en el NIVEL DOS de sujeción a la normativa de contratación. Por tanto, en cada caso se deberá analizar la actividad concreta que realiza la sociedad mercantil, la financiación y el control al que se encuentra sometida³⁷⁰.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña —en su Informe 4/2008, de 7 de julio—, analizó si una sociedad mercantil local de capital íntegramente público —Santa Oliva Gestión Urbanística Municipal, Sociedad Anónima Municipal— debía o no incluirse en el NIVEL DOS de sujeción a la normativa de contratación. En ese supuesto, se concluyó que debía ser considerada poder adjudicador, no Administración Pública, a pesar de que las actividades urbanísticas que llevaba a cabo pudiesen ser consideradas como mercantiles, al entenderse que respondían a la satisfacción de necesidades de interés general³⁷¹.

³⁷⁰ A tal efecto se deberán tener en cuenta los controles financieros a los que se encuentran sometidas las sociedades mercantiles públicas al formar parte del sector público empresarial de conformidad con los artículos 2 y 3 de la LGP de 2003. Al respecto, el citado artículo 2 de la LGP de 2003 define a las sociedades mercantiles estatales por referencia a la Ley de Patrimonio, haciendo hincapié en la participación mayoritaria, directa o indirecta, del Estado.

El artículo 166 de la Ley de Patrimonio las define en los siguientes términos:

1. Las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades: (...)
 - c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.
 - d) Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

³⁷¹ En el citado Informe se señala:

Por lo tanto, aunque las actividades que tiene que llevar a cabo la sociedad son de naturaleza mercantil, se puede afirmar que su objeto social responde a la satisfacción de necesidades de interés general, y más teniendo en cuenta que el propio TRLUC califica el urbanismo como “una función pública que abarca la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, del subsuelo y del vuelo, su urbanización y su edificación y la regulación del uso, de la conservación y de la rehabilitación de las obras, los edificios y las instalaciones.

En consecuencia, teniendo en cuenta la finalidad pública que tiene que satisfacer, la cual se enmarca plenamente dentro de las competencias municipales, se puede concluir que la sociedad mercantil Santa Oliva Gestión Urbanística Municipal, sociedad anónima municipal (SOGUM, SAM), ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades

A idéntica conclusión llegó la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa Andaluza —en su Informe 12/2008, de 22 de julio—, donde se analizaba la naturaleza jurídica y el tipo de actividad de Canal Sur S.A. y Canal Sur Televisión S.A., por cuanto se encuentra participada por la Junta de Andalucía —a través de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía—, está controlada por la Administración autonómica y, además, realiza una actividad de interés general de carácter no mercantil o industrial al corresponderle la prestación efectiva del servicio público de radio y televisión.

Sucede lo mismo con el análisis que efectúa la citada Comisión Andaluza —en su Informe 7/2010, de 7 de julio—, sobre la consideración del Parque Tecnológico de Andalucía S.A. como poder adjudicador, no Administración Pública, a pesar de que ejerce su actividad en régimen de competencia, se financie totalmente con ingresos de mercado, soporte las pérdidas o beneficios que conlleva su actividad y su accionariado no se encuentre obligado a cubrir sus pérdidas. El motivo por el cual esta entidad —pese a que actúe en condiciones normales de mercado—, se considera poder adjudicador, no Administración Pública, consiste en que debe primar el carácter de interés general de su actividad sobre el carácter mercantil. La actividad consiste en la promoción y gestión del Parque Tecnológico de Andalucía —en Málaga—, y se considera que dicha actividad se encuentra íntimamente unida a las finalidades de interés general perseguidas por las Administraciones Públicas participantes en su capital social. Incluso, se llega a afirmar, en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, que la anterior conclusión es totalmente independiente del hecho de que desempeñe otras actividades distintas como la promoción de terrenos, el alquiler de locales industriales, la enseñanza de formación —actividades, entiende la Comisión, instrumentales para la consecución de la finalidad principal—. Todas estas circunstancias, unido a que la sociedad se encuentra controlada —a través del Consejo de Administración—, por un poder adjudicador, es lo que lleva a considerarla poder adjudicador, no Administración Pública. Como es de ver, éste es un claro ejemplo de extrapolar la doctrina de la teoría del contagio proclamada por la jurisprudencia comunitaria, a las entidades reguladas en el Derecho nacional.

de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil y que, por lo tanto, es poder adjudicador a efectos de la LCSP.

Situados en este punto, hemos de plantearnos una última cuestión en relación con las sociedades mercantiles públicas: ¿qué sucede con las sociedades mercantiles minoritariamente públicas? ¿Hemos de entender que no se encuentran sujetas a ningún nivel de sujeción de la Ley, al no estar incluidas de forma expresa en la letra d) del artículo 3.1 del TRLCSP? La respuesta necesariamente ha de ser negativa, porque tal y como se ha señalado anteriormente, mantener lo contrario implicaría que el legislador ha vuelto de nuevo a incumplir la normativa comunitaria, transponiendo incorrectamente la Directiva 2004/18³⁷². Ya hemos dicho que tal conclusión se deriva de la cláusula de cierre contenida en la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP cuando hace referencia a que forman parte del sector público —con independencia de su naturaleza jurídica—, todas las entidades que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que estén controladas por algún ente del sector público. Se debe entender que, si la sociedad mercantil —minoritariamente pública—, lleva a cabo este tipo de actividades y se encuentra controlada por algún ente del sector público, la misma sí formará parte del elenco de entidades integrantes del sector público, y consecuentemente se deberá considerar poder adjudicador, no Administración Pública³⁷³.

d) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social son entidades del sector público por así indicarlo expresamente la letra g) del artículo 3.1 del TRLCSP.

³⁷² GIMENO FELIU, J.M. respalda esta postura en: *Novedades de la Ley de Contratos de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación... Op. cit.*, p. 53.

³⁷³ Se ha de mencionar que las sociedades integradas en el grupo Empresa de Transformación Agraria, S.A. —TRAGSA—, sociedad de capital totalmente público, tienen la consideración de poder adjudicador, no Administración Pública, por así expresamente preverlo el apartado octavo de la Disposición Adicional Vigésima Quinta del TRLCSP cuando señala que: “a los efectos de la aplicación de la presente Ley, las sociedades integradas en el grupo TRAGSA tendrán la consideración de poderes adjudicadores de los previstos en el artículo 3.3”. De acuerdo con la citada Disposición, el grupo de sociedades mercantiles integrado por TRAGSA, tienen por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos. El capital social de TRAGSA será íntegramente público.

La normativa reguladora de estas entidades se encuentra contenida, fundamentalmente, en el Título I, Capítulo VIII, Sección Primera del TRLGSS y en el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la Gestión de la Seguridad Social³⁷⁴. Su naturaleza jurídica se encuentra regulada en el artículo 68 del TRLGSS que dice:

Se consideraran mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro, y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios, que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas.

De conformidad con el apartado segundo del citado artículo 68 del TRLGSS, la colaboración en la gestión de la Seguridad Social comprende, entre otras, las siguientes actividades: a) La colaboración en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y b) La realización de actividades de prevención.

Por tanto, podemos definir a las Mutuas como asociaciones constituidas por empresarios con el objetivo de colaborar en la gestión de la Seguridad Social y, en lo que ahora nos interesa, como entidades de naturaleza jurídica privada con personalidad jurídica propia a las que se encargan funciones públicas³⁷⁵. Ahora bien, debemos plantearnos si se deben integrar en el concepto de poder adjudicador, no Administración Pública, o bien en el mínimo de sujeción a la Ley, como entes del sector público. Para ello debemos volver de nuevo al mencionado artículo 3.3, letra b) del TRLCSP. Dos de los tres requisitos previstos por la norma confluyen en las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social —esto es, personalidad jurídica propia y realización de actividades de interés general sin carácter

³⁷⁴ En adelante, Reglamento sobre Mutuas.

³⁷⁵ LUIS POMED define a las Mutuas como un “ejemplo paradigmático de entidades de base asociativa creadas para encauzar la colaboración de los particulares, en este caso de los empresarios, en la gestión de una prestación pública.”

POMED SANCHEZ, L.A. “Naturaleza de las mutuas de accidentes de trabajo”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, p.70 y ss.

industrial o mercantil—. Veamos, entonces, si concurre el tercero de los requisitos —el relativo al control por parte de un poder adjudicador—.

Tal y como prevé su norma de creación, una vez autorizada e inscrita la Mutua, ésta comienza a llevar a cabo sus actividades sujeta a las facultades de dirección y tutela, que corresponden al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social —artículo 71.1 del TRLGSS—. Estas facultades se concretan en una serie de actos de intervención administrativa de los que destacamos, los siguientes: a) Las Mutuas serán objeto anualmente de una auditoría de cuentas que será realizada por la Intervención General de la Seguridad Social —artículo 71.2 del TRLGSS—; b) Precisan de autorización administrativa los siguientes actos: la aprobación de los estatutos, la constitución y actuación de las Mutuas, así como su disolución —artículo 72.1 del TRLGSS—; c) Adopción de medidas cautelares cuando concurren situaciones excepcionales —artículo 74 del TRLGSS—, entre las que destacan la suspensión de todos o algunos directivos de la entidad, la ejecución de medidas correctivas de las tendencias desfavorables registradas en su desarrollo económico y la intervención de la entidad; e) La inspección y control está atribuida al Ministerio de Trabajo —artículo 68.6 del TRLGSS—; y f) Están sujetas a los controles financieros previstos en la LGP de 2003, al formar parte del sector público administrativo de carácter estatal, de conformidad con los artículos 2.d) y 3.1a) de la citada Ley. Si extrapolamos la doctrina jurisprudencial comunitaria que se ha ido mencionando a lo largo del presente trabajo de investigación sobre el concepto de control en la gestión, se puede concluir que la Administración Pública ejerce un control sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, razón por la cual, y sin necesidad de analizar los otros dos requisitos que son alternativos —financiación y órganos de gobierno—, estas entidades deberán considerarse poderes adjudicadores, no Administración Pública y, por lo tanto, se incluirán en el segundo nivel de sujeción a la norma.

La conclusión extraída en el presente apartado, en cuanto a que las Mutuas deben ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública, se encuentra refrendada por parte del Consejo de Estado en el ya referido Dictamen núm. 514, cuando, haciendo suyo el parecer de la Abogacía General del Estado, señala lo siguiente:

Ello responde a lo observado por el informe de la Abogacía General del Estado de 27 de julio de 2005:

“(…) Su inclusión en el sector público que, a efectos de contratación, delimita el artículo 3.1 del borrador, parece obligada pues no sería coherente que las aludidas Mutuas formen parte del sector público estatal, en su función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social y, en cambio, no aparezcan, incluidas en la enumeración de entes del sector público que, en materia de contratación, realiza el artículo 3.1 del borrador. A lo anterior, de por sí suficiente para que tales entidades se incluyan en dicho precepto, se une el intenso control que la Administración del Estado (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) ejerce sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, conforme resulta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y la propia configuración de las Mutuas como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. En consecuencia, siendo las entidades de que se trata, entidades creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estando dotadas de personalidad jurídica cumplen uno de los requisitos exigidos por el artículo 1, apartado 9, epígrafe c) de la Directiva 2004/18/CE, lo que determina que sea un poder adjudicador.”

Según los datos que el propio informe menciona, más propiamente habría que concluir que se tratan de “organismos de Derecho público” en el sentido del artículo 1.9 de la citada Directiva, pues reúnen los tres requisitos que éste enumera (satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, personalidad jurídica y dependencia estrecha de una entidad del sector público en virtud de una de las condiciones previstas, control de su gestión). La aplicación del régimen de estas entidades se consigue, en cualquier caso, mediante el entendimiento de que se cumplen dichos criterios según el artículo 13.1 del anteproyecto.

En el mismo sentido se expresó la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 43/2011, emitido el 15 de diciembre, por cuanto se concluye que las Mutuas pueden adherirse a las centrales de contratación existentes en una Administración Pública, sólo cuando esa central de contratación dependa de una Administración Pública territorial en cuyo ámbito funcional ejerzan sus cometidos. Al respecto, en el citado Informe se señala como algo indubitado que “presentan la consideración de poderes adjudicadores, sin tener el carácter de Administración Pública, conforme el artículo 3.1, g) de la LCSP”³⁷⁶.

³⁷⁶ Asimismo, del análisis del perfil de contratante de las Mutuas analizadas se puede constatar que éstas son consideradas poder adjudicador, no Administración Pública. Nos estamos refiriendo a entidades como FREMAP y ASEPEYO.

En sentido contrario, se manifiesta GIMENO FELIU, al señalar que:

Como decimos, la concurrencia del control del poder público en la gestión de la Mutua nos evitaría analizar el resto de requisitos que han de concurrir de forma alternativa, como la financiación o el control orgánico. No obstante, y con el fin de evidenciar la relevancia de la jurisprudencia europea en sede de las entidades reguladas en el Derecho nacional, hemos de señalar que el contenido de la Sentencia antes comentada recaída en el Asunto de las cajas públicas del seguro de enfermedad alemanas —Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*— sería perfectamente extrapolable a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de forma que si las cotizaciones de los afiliados constituyeran sus ingresos mayoritarios, concurriría una segunda circunstancia para entender que estas entidades deban ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública. Se ha de recordar que el Tribunal europeo hizo hincapié en el hecho de que las cotizaciones se abonaban sin contraprestación específica al imponerse por Ley, que su afiliación también se establecía en una disposición legal y que su recaudación se llevaba a cabo de conformidad con disposiciones de Derecho público. Al respecto, se ha de tener en cuenta que de conformidad con el artículo 71.4, párrafo segundo del TRLGSS, la gestión recaudatoria de los créditos derivados de la aplicación de la responsabilidad mancomunada a que se refiere el artículo 68.1 del TRLGSS —que tiene el carácter de recurso de Derecho público—, y se llevará a cabo por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, con arreglo a lo establecido en la Ley y en sus normas de aplicación y desarrollo³⁷⁷.

[E]sta naturaleza no debe confundirnos y llevarnos a pensar que es por ello poder adjudicador por cuanto aun cumpliendo el dato de personalidad jurídica y de control en ciertas funciones, no todas sus actividades son de interés general sino sólo algunas de ellas (sin duda el control viene dado por la financiación pública que reciben). En consecuencia, de no cumplir en todo caso la condición para su calificación como poder adjudicador y, siendo sector público, tendrían una aplicación de los principios que obligarían a éstas a tener Manuales de Instrucción conforme a las prescripciones previstas en la LCSP en el artículo 176. No obstante, desde el Ministerio de Trabajo se ha considerado que las Mutuas sí revisten el carácter de poder adjudicador, por entender que concurren los tres requisitos citados, por lo que éstas han optado por seguir los trámites derivados de tal consideración.

GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...Op. cit.*, p.57.

³⁷⁷ El artículo 3.1 del Reglamento sobre Mutuas, establece:

De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 68 y en el apartado 1 del artículo 80 de la Ley General de la Seguridad Social, los ingresos procedentes de las cuotas de la Seguridad Social obtenidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como consecuencia de la gestión

e) Entidades integradas la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP

Ya se ha avanzado anteriormente que la complejidad de la sistemática del artículo 3 del TRLCSP deriva, entre otras circunstancias, de que el legislador ha utilizado el concepto comunitario de “organismo de Derecho público” para delimitar dos categorías distintas —la de ente del sector público contenido en la cláusula residual letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP y la de poder adjudicador, no Administración Pública referido en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP—. Así, de conformidad con los criterios interpretativos expuestos, se deberán incluir en la citada cláusula residual letra h) todas aquellas entidades —se encuentren o no nominadas en las anteriores letras—, siempre que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil y que se encuentren controladas por los poderes públicos. De esta forma, cuando en una entidad concurren estos requisitos se integrará en el listado de entes del sector público y, automáticamente, y como mínimo, se incluirá en el segundo nivel de sujeción a la norma, por la coincidencia conceptual de entidad del sector público y de poder adjudicador, no Administración. Así sucedería si concluyésemos que las fundaciones —no del sector público—, las COCIN, los Colegios Profesionales, las Juntas de Compensación o las Federaciones deportivas³⁷⁸ —por citar algunos ejemplos—,

desarrollada, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta. Asimismo, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social las rentas y rendimientos de los bienes señalados y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con los mismos.

³⁷⁸ La normativa reguladora de las Federaciones deportivas se encuentra contenida en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte —en adelante, Ley del Deporte—, y son calificadas en el artículo 30 como entidades asociativas jurídico privadas de configuración legal, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio. Por otra parte, el artículo 33.1 de la citada norma establece las funciones de estas entidades, destacando las siguientes: a) Calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal y b) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos establecidos en la Ley.

Los actos ejecutados por las Federaciones deportivas españolas, en el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo, son recurribles ante el Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa. A tal efecto, el artículo 51 de la Ley del Deporte, establece que el Consejo Superior de Deportes ejerce la tutela y el control del deporte de alto nivel, acordando con las Federaciones los programas y planes de preparación que serán ejecutados por aquéllas

Han sido reiterados los pronunciamientos de los tribunales sobre el carácter público de las funciones realizadas por las Federaciones deportivas. En este sentido se ha de mencionar, entre

cumplen con la delimitación conceptual de la cláusula residual letra h). Si alcanzásemos esta conclusión, el siguiente ejercicio sería determinar si se deben integrar en el NIVEL DOS, como poderes adjudicadores no Administración Pública, o en el máximo, como Administración Pública, al tener encaje en la cláusula residual, letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP. Por el contrario, si los referidos entes no forman parte del sector público al no concurrir los elementos previstos en la citada cláusula residual, no estarían sujetos a la normativa de contratación pública.

Así, a título de ejemplo, apuntar, que las Juntas de Compensación obedecen al denominado fenómeno de autoadministración donde los propios interesados son los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento, en virtud de una delegación, que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración Pública. Por estas funciones públicas desarrolladas responde directamente frente a la Administración urbanística de la urbanización completa de la unidad de ejecución y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes. La Junta de Compensación está sujeta a un régimen de desdoblamiento funcional, actúan en régimen de Derecho público y de Derecho privado, y algunos de sus actos son susceptibles de recurso administrativo ante la Administración actuante³⁷⁹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las Juntas de Compensación. Así, la Sentencia de fecha 12 de mayo de 1991, define con una gran claridad el sistema de compensación en los siguientes términos:

El sistema de compensación se incardina como uno de los métodos o instrumentos legales para la actuación urbanística, a fin de ejecutar los polígonos y unidades de actuación; en él los propietarios del suelo afectado se obligan junto a la aportación de sus respectivas parcelas y terrenos de cesión obligatoria a la Administración actuante, a la ejecución

otras, la STSJ de Castilla-La Mancha, de fecha 28 de diciembre de 2008; STS de fecha 2 de marzo de 2004; y STS de fecha 20 de diciembre de 2001.

Dado que las Federaciones deportivas, tienen personalidad jurídica propia, realizan, entre otras actividades, funciones de carácter público administrativo y están controladas por el poder público, al ejercer el Consejo Superior de Deportes las funciones de tutela y control, se puede decir que se deben incluir en el segundo nivel de sujeción a la Ley, como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

En este sentido, Vid.: MORENO MOLINA, J.A.; PLEITE GUADAMILLAS F. *Op. cit.*, pp. 197-206.

³⁷⁹ Vid.: GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...* *Op. cit.*, p. 71.

de las obras de urbanización en los términos fijados en el plan de actuación urbanística que se constituyen por el procedimiento legalmente establecido en Junta de Compensación que como órgano de naturaleza administrativa, sujeto a la tutela de la Administración, con personalidad jurídica propia, previa inscripción en el Registro correspondiente de Entidades Urbanísticas colaboradoras, con plena capacidad de obrar y de carácter corporativo, integrada, además por un representante de esa Administración, por los propietarios del suelo exterior pero ocupado para la ejecución y por las empresas urbanísticas que participan con los dueños de la tierra en la gestión urbanística, aprueba por el correspondiente procedimiento, al que luego nos vamos a referir, las bases de su actuación, sus Estatutos y el Proyecto de Compensación.

Así, se podría afirmar que la función urbanizadora que llevan a cabo las Juntas de Compensación podría ser calificada de “interés general de carácter no industrial o mercantil”, dado que su finalidad esencial consiste en la urbanización de un polígono o unidad de actuación, reparto de los beneficios y cargas del planeamiento y cesión a la Administración actuante de los suelos de cesión gratuita y del coeficiente del aprovechamiento edificable correspondiente³⁸⁰.

Situados aquí, si se constatase que los poderes públicos ejercen sobre las Juntas de Compensación alguna de las tres formas alternativas de control — financiación mayoritaria, control en la gestión o control orgánico—, se deduciría

³⁸⁰ En este sentido se manifiesta ABEL FABRE cuando señala que la ejecución del planeamiento es una actividad de interés general que no tiene carácter mercantil o industrial.

Vid.: ABEL FABRE, J. *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia* Barcelona: Bosch, 2000, p. 60 y ss.; y en la misma línea: HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia *Scala 2001*”. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 4, 2004, p.30.

No obstante, esta conclusión no es pacífica por cuanto parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha entendido que la actividad urbanizadora debe ser considerada una actividad mercantil. Así, por ejemplo, BUSTILLO BOLADO ha entendido lo siguiente:

No parece correcto considerar en ningún caso que las Juntas de compensación que asuman labores de urbanización y edificación puedan considerarse organismos creados “para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, pues la urbanización y edificación de terrenos que posteriormente los propietarios del suelo en ella integrados puedan obtener un lucro con la venta o alquiler de los edificios construidos aparece como un prototípico ejemplo de actividad de carácter mercantil. b) Y —con independencia de lo anterior— parece igualmente que cualquier junta de compensación (aunque su labor termine con la obra urbanizadora) satisface necesidades de carácter mercantil (y, por tanto, no puede ser considerada organismo de derecho público a efectos comunitarios) en la medida en que desde una perspectiva económica, tal actividad se realiza por cuenta y riesgo no del erario público sino de los propios integrantes de la Junta.

BUSTILLO BOLADO R.O. “Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006”. *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, p. 92; y en la misma línea: PARDO ÁLVAREZ, M. “El derecho a urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de Contratos?” *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 198, 2002, p.25.

que se deberían incluir en la cláusula residual letra h), del artículo 3.1 del TRLCSP y, consecuentemente, y como mínimo, quedarían sujetas al NIVEL DOS de sujeción a la Ley, como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Estatal ha llegado a la conclusión de que las Juntas de Compensación no están sujetas a la normativa de contratación pública, al no concurrir el “control” al que alude la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, interpretado de conformidad con los parámetros europeos, sin perjuicio de que sí constató que se tratan de entidades que satisfacen necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil. En este sentido, se señala en el Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, lo siguiente:

El siguiente de los requisitos se refiere a que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es obvio que el cumplimiento de este requisito no plantea problema puesto que los fines para los que se constituyen tienen una clara naturaleza administrativa y pública, puesto que el objeto de su actuación lo constituyen exclusivamente actividades de ordenación territorial o urbanística. No son por tanto, de naturaleza industrial o mercantil, sin perjuicio de que en torno a su actuación pueda producirse una actividad de esta naturaleza, dirigida básicamente a la ejecución de las alineaciones y demás exigencias de carácter urbanizador, y, posteriormente, a la ejecución material de los planes urbanísticos nacidos de su actuación.

El último requisito se refiere a la financiación o al control administrativo de la entidad. Literalmente que “uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”

Aquí es donde las Juntas de Compensación se separan claramente del conjunto de requisitos exigidos por el artículo 3.1 h) de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, la financiación de las juntas corre a cargo exclusivamente de los propietarios adheridos a las mismas y control o gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del Ayuntamiento.

No se cumple, en consecuencia, el requisito de que la financiación recaiga sobre entidades del sector público ni el de que el control de los

órganos de administración, dirección o vigilancia corresponda a una de estas entidades³⁸¹.

f) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades considerados poderes adjudicadores

El artículo 3 del TRLCSP hace referencia a las asociaciones en dos lugares distintos. En primer lugar, cuando las incluye en el sector público, al indicarse en la letra i) del apartado primero a “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionadas en las letras anteriores” y, posteriormente, cuando en el artículo 3.3, letra c) las considera poderes adjudicadores cuando sus integrantes posean esta misma calificación. Por tanto, estos entes asociativos podrían incluirse en el NIVEL DOS o en el NIVEL TRES de sujeción a la norma, dependiendo del tipo de entidades que la integran.

Así, el artículo 3.3, letra c) del TRLCSP establece que serán poderes adjudicadores, “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”. Se está refiriendo a la letra a) —Administraciones Públicas— y a la letra b) —entidades constituidas para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil y que se encuentren controladas por una entidad del sector público—.

³⁸¹ En el mismo sentido se manifestó la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación de la *Generalitat* de Cataluña en el Informe 3/2003, de 29 de abril, cuando analizó el antiguo TRLCAP, y GIMENO FELIU, que ha llegado a idénticas conclusiones, cuando manifiesta lo siguiente:

De lo expuesto podría pensarse que estamos defendiendo la no aplicación de la normativa de la LCSP ó LFCP a las juntas de compensación, pero no es así. Afirmamos que no tienen la consideración de sujetos contratantes sometidos a las previsiones de la LCSP pero que sí deben aplicar la misma en los contratos consecuencia de la función pública encomendada por imperativo de la Directiva de contratos públicos —o del artículo 3 de LFCP— (la obra pública que realicen, pero no la obra privada que, como suele ser habitual, se le encomienda por los partícipes). Es decir, es el concepto funcional de obra pública lo que “atrae” el régimen de contratación pública a la actuación de la junta de compensación por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública.

Previsión a todas luces acertada en clave de cumplimiento del derecho comunitario en cuanto se recoge la doctrina de la controvertida TSJCE de 12 de julio de 2001 (Scala de Milán) en cuya virtud, a la vista de la similitud de la legislación urbanística italiana y española, bien podría entenderse que las Juntas de Compensación, no teniendo la consideración de ente contratante o poder adjudicador, deben someterse a las normas de publicidad y concurrencia cuando, al menos, se superen los umbrales de publicidad comunitaria en la realización de la obra pública encomendada.

GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...* Op. cit., pp. 72 y 73.

Este precepto es una transcripción prácticamente literal del párrafo primero del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18. La principal diferencia estriba en que la norma comunitaria emplea la expresión “las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes” frente al TRLCSP que se limita a señalar: “constituidas por los entes”³⁸².

Según ya se ha dicho en el Capítulo Primero anterior, el legislador comunitario ha regulado ese inciso como si de un cajón de sastre se tratase, en el sentido de que se deberán incluir en este supuesto aquellas entidades que no se puedan considerar: Estado, entidad territorial o bien organismo de Derecho público. Este posicionamiento se encuentra refrendado por el Abogado General Sr. la Pégola en las conclusiones presentadas el *Asunto BFI Holding BV*, cuando apuntó que la categoría de las asociaciones tenía una función residual. Por tanto, extrapolarlo lo señalado anteriormente al Derecho nacional, se podría deducir que el supuesto en cuestión tiene por finalidad no dejar escapar a ningún poder adjudicador, de forma que si nos encontrásemos ante una entidad asociativa, constituida por poderes adjudicadores, que no se pudiera calificar de Administración Pública —al no estar incardinada en el artículo 3.2 del TRLCSP y, en particular, al no considerarse entidad de Derecho público—, ni tampoco como poder adjudicador, no Administración Pública —al realizar actividades industriales o mercantiles, o bien, aun satisfaciendo necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil, no estuviese controlada por los poderes públicos—, dicho ente asociativo sería considerado poder adjudicador, no Administración Pública, por imperativo de la letra c) del artículo 3.3 y, consecuentemente, quedaría sujeta al segundo nivel de sujeción a la norma. Se ha de hacer notar, que el supuesto ahora analizado no requiere de más requisitos que el derivado de la fórmula asociativa, sin que sea necesario que satisfaga necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil. No obstante, ya se advierte, que la utilización de este criterio interpretativo conlleva que sean pocas las entidades que se incluyan en este supuesto y, ello, porque rara vez nos vamos a encontrar con una entidad asociativa, integrada por poderes adjudicadores, que no cumpla con los requisitos relativos al nivel

³⁸² Se ha de recordar que el tenor literal del primer inciso del artículo 1.9 es el siguiente:

Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

máximo o intermedio de la Ley, es decir, que no tenga personalidad jurídica, o bien que ostentándola, realice actividades industriales o mercantiles o no esté controlada por los poderes públicos. Se ha de recordar al respecto, que de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que regula el Derecho de asociación³⁸³, el acuerdo de constitución de la entidad asociativa, que incluirá la aprobación de los Estatutos, se deberá formalizar mediante acta fundacional, en documento público o privado y que con su otorgamiento adquirirá personalidad jurídica³⁸⁴.

De conformidad con este criterio, no se incluirían en este supuesto a las Mancomunidades de municipios, expresamente previstas en el artículo 44 de la LBRL y que están configuradas como asociaciones de municipios para la ejecución en común de obras y servicios de su competencia. De acuerdo con la Ley esta entidad asociativa tiene personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Se trata de una Entidad Local —por así expresamente preverlo el artículo 3 de la LBRL— y, consecuentemente, se debe integrar en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley —Administración Pública— por imperativo del artículo 3.2, letra a) del TRLCSP. La inserción de la Mancomunidad de municipios en este nivel provoca que no tengamos que analizar su inclusión en otros niveles de sujeción que, a nuestro criterio, se consideran residuales³⁸⁵. Se alcanzaría la misma conclusión en relación con los consorcios, de forma que si debiesen ser considerados Administración Pública —por imperativo de la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP al tratarse de una entidad de Derecho público en los términos allí previstos— o bien poder

³⁸³ En adelante, Ley de Asociaciones.

³⁸⁴ El artículo 3, letras a) y g) de la Ley de Asociaciones, establece:

Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- a) Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho. (...)
- g) Las personas jurídico-públicas serán titulares del derecho de asociación en los términos del artículo 2.6 de la presente Ley, salvo que establezcan lo contrario sus normas constitutivas y reguladoras, a cuyo tenor habrá de atenderse, en todo caso, el ejercicio de aquél.

³⁸⁵ En sentido contrario opina GIMENO FELIU, cuando afirma que tanto las Mancomunidades de Municipios como la Federación Española de Municipios y Provincias son poderes adjudicadores por imperativo del artículo 3.3, letra c) del TRLCSP.

Vid.: GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...Op. cit.*, p. 58.

adjudicador, no Administración Pública —de conformidad, con la letra b) del artículo 3.2 del TRLCSP—, no se tendría que llevar a cabo el ejercicio de incluirlos en el supuesto que ahora nos ocupa³⁸⁶.

Este criterio ha sido mantenido con ciertos matices por parte de la Junta Consultiva de Contratación estatal en su Informe 74/08, de 2 de diciembre, donde se analizaba el nivel de sujeción a la normativa de contratación pública de la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas — FORTA—, concluyendo que la entidad se debía considerar poder adjudicador, no Administración Pública por imperativo de la letra c) del artículo 3.3 del TRLCSP. El órgano consultivo partió de las siguientes consideraciones: a) FORTA es una asociación sin ánimo de lucro, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones, con personalidad jurídica propia, y por tanto entidad privada; y b) La entidad asociativa se encuentra integrada por organismos o entidades de Derecho público creados por los respectivos Parlamentos autonómicos para la gestión directa de los servicios públicos de radiodifusión y televisión en las distintas Comunidades Autónomas³⁸⁷. Para alcanzar la conclusión mantenida, el órgano consultivo, en un primer momento, descarta que la entidad asociativa en cuestión deba ser considerada Administración Pública, dado que se ha creado al amparo de la Ley de Asociaciones y, consecuentemente, se trata de una entidad

³⁸⁶ Al respecto, se ha de tener en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la LBRL, cuando regula la posibilidad de que las Entidades Locales creen entidades asociativas. Al respecto se establece:

1. Las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en él, la legislación del Estado en materia de asociaciones.
2. Las asociaciones de entidades locales se registrarán por sus estatutos, aprobados por los representantes de las entidades asociadas, los cuales deberán garantizar la participación de sus miembros en las tareas asociativas y la representatividad de sus órganos de gobierno. Asimismo, se señalará en los estatutos la periodicidad con la que hayan de celebrarse las Asambleas Generales Ordinarias, en caso de que dicha periodicidad sea superior a la prevista, con carácter general, en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación.
3. Dichas asociaciones, en el ámbito propio de sus funciones, podrán celebrar convenios con las distintas Administraciones públicas.

³⁸⁷ FORTA está constituido por los siguientes entes: Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión Andaluza; *Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals*; Ente Público Radio Televisión Madrid; Entidad Pública Radiotelevisión Valencia; Compañía de la Radio Televisión de Galicia; *Euskal Irrati Telebista*; Ente Público Radiotelevisión Canaria; Ente Público Radiotelevisión de Castilla-La Mancha; Empresa Pública Regional Radiotelevisión de la Región de Murcia; Corporación Aragonesa de Radio y Televisión; Ente Público de Comunicación del Principado de Asturias; y *Ens Públic Radiotelevisió de les Illes Balears*.

privada; posteriormente, en una segunda fase, procede a analizar la actividad de los entes asociados, entendiendo que todos deben ser calificados como poderes adjudicadores. A partir de las anteriores premisas, y sin entrar en el debate de si el ente consorciado cumple o no los requisitos de la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP —tipo de actividad y control—, lo incardina en el letra c) del citado precepto como asociación de poderes adjudicadores. En este sentido, en el Informe se señala:

En consecuencia, sentado que FORTA no es una Administración Pública dado que su régimen jurídico es el propio de una asociación tal como dispone el artículo 1 de sus Estatutos, para determinar si es o no un poder adjudicador deberemos estar a lo dispuesto en la letra c) del apartado antes transcrito. Debemos, así pues, determinar si puede considerarse o no como asociación de poderes adjudicadores, lo que nos lleva a establecer cuál es, a los efectos de la contratación pública, la condición de los entes que la integran.

A este respecto, y de conformidad con las normas por las que se rige cada uno de ellos así como de las competencias que tienen atribuidas que exceden por regla general del estricto ámbito de lo mercantil o industrial, debe entenderse que tienen la condición de poderes adjudicadores y, en consecuencia, la federación que todos ellos constituyen participa también de esta naturaleza a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 c) que ya hemos visto; es decir, se trata de un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública.

Según nuestro posicionamiento, el criterio sustentado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado yerra desde el momento en que se analiza si la entidad asociativa se integra o no en el nivel máximo de aplicación de la Ley, como Administración Pública, sin realizar el mismo ejercicio en relación con el supuesto contemplado en la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP. El órgano consultivo se limita a analizar la actividad y el control de las entidades consorciadas y no del ente asociado. Según ya hemos fundamentado, y de la propia estructura del artículo 3.3 del TRLCSP, lo correcto hubiese sido determinar, en primer lugar, si el ente asociativo es o no Administración Pública —ejercicio que también lleva a cabo el órgano consultivo—, posteriormente, de no poderse integrar en este supuesto, se debería analizar si la entidad asociativa cumple con las previsiones de la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP y, finalmente, si ello no fuese así, es cuando se deberá acudir a la letra c) o cláusula residual. Es decir, se podría llegar a entender —que no compartir—, que la lectura del precepto se inicie de forma inversa, empezando por esta última cláusula, de forma que si nos encontrásemos ante cualquier ente asociativo y los

asociados fuesen considerados poderes adjudicadores, fuese incluido en la letra c). Ahora bien, lo que no tiene sustento alguno es iniciar la lectura del precepto por la letra a) y acudir directamente a la letra c), sin analizar con carácter previo la letra b).

Una segunda cuestión que nos debemos plantear es si la entidad asociativa debe estar compuesta íntegramente por poderes adjudicadores, o bien si la mera participación de uno de ellos conlleva que la asociación deba tener la consideración de poder adjudicador, con independencia de la categorización del resto de integrantes. Como venimos advirtiendo, nos encontramos ante conceptos que se han de interpretar de conformidad con los parámetros europeos, de tal forma que si se mantuviese que todos los integrantes deben ser poderes adjudicadores se concluiría que la normativa española ha incumplido el Derecho comunitario en este concreto aspecto, al contradecir el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 cuando afirma que la asociación podrá estar constituida por uno o más de dichos entes. Por tanto, aún en el supuesto de que en la entidad asociativa concurriese un único poder adjudicador, dicha entidad deberá categorizarse como tal al amparo del artículo 3.3, letra c) del TRLCSP, únicamente bajo esta interpretación se asegura que los entes adjudicadores no puedan sustraerse de la normativa de contratación pública mediante la creación de un ente asociativo. En este sentido, GARCÍA-ANDRADE afirma:

La idea fundamental que parece latir en la configuración de estas asociaciones es la de evitar que los poderes adjudicadores se sustraigan de la Directiva mediante el recurso de asociarse con otros sujetos y aparecer de esta manera con una presencia externa diferenciada. El problema que se plantea es que, así entendido el concepto de asociación, es éste amplísimo, pues bastará la presencia de un poder adjudicador en cualquier tipo de entidad asociativa para que ésta sea considerada a su vez como un poder adjudicador³⁸⁸.

La Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en su Informe 19/2008, de 27 de noviembre, tras analizar la asociación Red de Conjuntos Históricos y Arquitectura Popular de Andalucía —integrada por veinte Ayuntamientos de Andalucía y por otras entidades privadas—, llega a la conclusión contraria a la aquí expuesta, al entender que no es de aplicación el precepto de referencia, sin perjuicio de que proceda a analizar la concurrencia o

³⁸⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Op. cit.*, p. 50.

no de los requisitos previstos en la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP, como poder adjudicador, no Administración Pública. Como se puede apreciar, la lectura del precepto se realiza a la inversa, iniciándola por la letra c) y no como aquí se sostiene, por la letra a). Al respecto señala:

Dado que en la Asociación forman parte entidades que en principio no pueden considerarse como poderes adjudicadores, es el caso de los Centros de Iniciativas Turísticas regulados por el Decreto 2481/1974, de 9 de agosto, no cabe su inclusión dentro de este apartado.

No obstante procede examinar si la Asociación reúne los requisitos para considerarla poder adjudicador en los términos previstos en la letra b) del artículo 3.3 de la LCSP.

Sin embargo, si se mantuviese el criterio sustentado por el órgano consultivo andaluz, el cual tampoco se deduce de la literalidad del artículo 3.3, letra c) del TRLCSP, sólo se podría inferir que el legislador español ha vuelto sobre sus pasos, transponiendo incorrectamente la Directiva 2004/18, en cuanto a este concreto aspecto se refiere.

4.2 Régimen jurídico aplicable a las entidades incluidas en el NIVEL DOS de sujeción a la norma

Los poderes adjudicadores, no Administración Pública, sólo podrán celebrar contratos privados y nunca contratos administrativos. La mayor o menor intensidad de aplicación de la Ley vendrá determinada por el tipo de contratación que realicen estas entidades. Así, si la contratación está sujeta a regulación armonizada, las entidades integradas dentro de este segundo nivel, deberán observar las prescripciones del TRLCSP, relativas a la preparación y adjudicación de los contratos, que reproduce en este punto las exigencias derivadas de la Directiva 2004/18, mientras que si estamos ante una contratación no sujeta a regulación armonizada, estas entidades no estarán sujetas a las disposiciones de la Ley, únicamente a los procedimientos internos que hayan elaborado, de acuerdo con los principios de contratación relacionados en el artículo 191 del TRLCSP —publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación—³⁸⁹.

³⁸⁹ Se consideran contratos sujetos a regulación armonizada, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, al margen del valor estimado del contrato, y los contratos de obras, concesión de obras públicas, suministros y contratos de servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado del contrato supere los umbrales comunitarios. Por el contrario,

Por tanto, los contratos sujetos a regulación armonizada adjudicados por entes integrados en este segundo nivel de sujeción, se regirán en cuanto a la preparación y adjudicación por el TRLCSP y, en concreto, se aplicarán las siguientes disposiciones:

1. El Libro I del TRLCSP bajo el título: “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”. Se aplicarán todas las disposiciones de este Libro, salvo las siguientes: a) Los límites de duración de los contratos³⁹⁰; b) La obligación de exigir la clasificación a los licitadores — artículo 65.1 del TRLCSP—; c) Las prohibiciones de contratación previstas exclusivamente para la Administración Pública —artículo 60.2 del TRLCS—; d) La prohibición del aplazamiento del precio contractual —artículo 87.7 del TRLCSP—; e) La revisión de precios —artículo 89 y siguientes del TRLCSP—; y f) Las garantías a exigir a los licitadores, tanto provisionales, como definitivas — artículo 95 y siguientes del TRLCSP—.

se consideran contratos no sujetos a regulación armonizada, los contratos de obras, concesión de obra pública, servicios y suministros, cuyo valor estimado del contrato no supere estos umbrales, y aquellos otros contratos, no nominados, al margen de su valor estimado. Tampoco se consideran contratos sujetos a regulación armonizada, al margen de su valor estimado, los contratos señalados en el apartado segundo del artículo 13 del TRLCSP, en concreto, los siguientes:

- a) Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.
- b) Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.
- c) Los incluidos dentro del ámbito definido en el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.
- d) Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que se exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.
- e) Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

Tampoco se considerarán contratos sujetos a regulación armonizada, los de gestión de servicios públicos adjudicados por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 en relación con el artículo 13.1 del TRLCSP.

³⁹⁰ El artículo 23.1 del TRLCSP es de aplicación a todos los entes del sector público, pero no las normas especiales contenidas en la Ley en cuanto a la duración de los contratos, sólo aplicables a los contratos administrativos.

En particular, será de aplicación a los poderes adjudicadores, el Título V de este Libro —introducido por la LES—, bajo la denominación: “Modificación de los contratos” y los Capítulos V y VI del Título I, que con anterioridad al TRLCSP estaba integrado en el Libro VI de la LCSP bajo el título: “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”.

2. El Título II del Libro II del TRLCSP, bajo el título: “Preparación de los contratos”. Se trata de un único precepto —artículo 137— que regula la obligatoriedad de elaborar prescripciones técnicas y pliegos de bases. Por remisión, se aplican algunos preceptos del Título I de este Libro, y en concreto los artículos 117, 118, 119 y 120 del TRLCSP —definición y establecimiento de prescripciones técnicas, condiciones especiales de ejecución del contrato, información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales, e información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo—.

3. El Capítulo II del Título I del Libro III del TRLCSP bajo el título: “Adjudicación de otros contratos del sector público”. Se aplica un único artículo —el 190 del TRLCSP—, pero por remisión, se aplica íntegramente el Capítulo I, relativo a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de las siguientes matizaciones: a) No se aplican las previsiones relativas al Comité de Expertos para la valoración de criterios subjetivos; b) No se aplican los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas; c) No se aplican las reglas sobre formalización de contratos, salvo las introducidas por la Ley 34/2010, relativas al plazo mínimo de formalización a computar desde la adjudicación, y la imposibilidad de iniciar la ejecución del contrato sin previa formalización del contrato; d) No se aplican las previsiones en cuanto al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación; e) No se aplican los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos; y f) No es preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios nacionales, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad con la inserción del anuncio en el DOUE y en la correspondiente plataforma de contratación.

4. El Título II del Libro III de TRLCSP, bajo la denominación: “Racionalización técnica de la contratación”. Este Título es de plena aplicación a las entidades que integran este segundo nivel de sujeción a la normativa de contratación pública, y se refieren a los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y las centrales de contratación.

5. El Libro V del TRLCSP bajo el título: “Organización administrativa para la gestión de la contratación”. Este Libro se aplicará atendiendo a la naturaleza jurídica de cada entidad en cuestión, siendo de aplicación de una forma plena lo previsto en el artículo 333 del TRLCSP relativo al registro de contratos del sector público y el artículo 334 relativo a la plataforma de contratación del Estado. Por otra parte, no serán de aplicación los preceptos relativos a las mesas de contratación, sólo aplicable a las Administraciones Públicas, de conformidad con el artículo 320 del TRLCSP.

Como ya dijimos anteriormente, el Libro IV del TRLCSP relativo a los: “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos” no se aplica por completo a las entidades integrantes en este segundo nivel.

Las previsiones legales que se aplican a los contratos adjudicados por las entidades de este segundo nivel, no sujetos a regulación armonizada son las siguientes:

1. El Libro I del TRLCSP bajo el título: “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”. Se aplicarán todas las disposiciones de este Libro, salvo las siguientes: a) La perfección de los contratos —artículo 27 del TRLCSP—; b) El régimen de invalidez de los contratos contenido en el Capítulo V, salvo los de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuando superen unos determinados importes; c) Los límites de duración de los contratos; d) Las prohibiciones de contratación previstas exclusivamente para la Administración Pública —artículo 60.1 TRLCSP—; e) La obligación de exigir la clasificación a los licitadores —artículo 65.1 del TRLCSP—; f) Medios de prueba para acreditar la solvencia económica o técnica de los licitadores. Se admiten otros medios distintos a los previstos — artículo 74.3 del TRLCSP—; g) La prohibición del aplazamiento del precio

contractual —artículo 87.7 del TRLCSP—; h) La revisión de precios —artículo 89 y siguientes del TRLCSP—; y i) Las garantías a exigir a los licitadores, tanto provisionales, como definitivas —artículo 95 y siguientes del TRLCSP—.

Se ha de insistir que el Título V, relativo a la modificación de los contratos, también se aplica a la contratación no armonizada.

2. El Título II del Libro II del TRLCSP, bajo la denominación: “Preparación de los contratos”. Se trata de un único precepto —artículo 137.2 TRLCSP— que regula la obligatoriedad de elaborar unos pliegos de bases para contratos superiores a cincuenta mil euros.

3. El Capítulo II del Título I del Libro III del TRLCSP, bajo el título: “Adjudicación de otros contratos del sector público”. Se aplica un único artículo —el 191 del TRLCSP—, donde se establece la obligación de que el poder adjudicador, no Administración Pública, elabore un manual interno o unas Instrucciones Internas de Contratación, donde cumpliendo con los principios de contratación —publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación—, se fijen los procedimientos de adjudicación que garanticen la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Se ha de señalar que el apartado c) del citado artículo 191 del TRLCSP establece que:

Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 Euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

4. El Título II del Libro III del TRLCSP, bajo la denominación: “Racionalización técnica de la contratación”. Este Título es de plena aplicación a las entidades que integran este segundo nivel de sujeción a la Ley, incluso, en los supuestos de contratación no armonizada, y se refiere a los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y las centrales de contratación³⁹¹.

³⁹¹ El artículo 195 del TRLCSP establece:

Los sistemas para la racionalización de la contratación que establezcan las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas en sus normas e instrucciones propias, deberán ajustarse a las disposiciones de este Título para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada.

5. El Libro V del TRLCSP bajo el título: “Organización administrativa para la gestión de la contratación”. Este Libro se aplicará dependiendo de la naturaleza jurídica de cada entidad en cuestión, y es de aplicación de forma plena lo previsto en el artículo 338 del TRLCSP relativo al registro de contratos del sector público y el artículo 334 relativo a la plataforma de contratación del Estado. Por otra parte, no serán de aplicación los preceptos relativos a las mesas de contratación, sólo aplicable a las Administraciones Públicas, de conformidad con el artículo 320 del TRLCSP.

Al igual que sucedía con la contratación armonizada, el Libro IV del TRLCSP relativo a los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos” no se aplica en su integridad a las entidades integradas en el segundo nivel.

Las controversias que surjan con relación a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se resolverán ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esta jurisdicción también conocerá de las controversias o litigios que se planteen en relación con la preparación y adjudicación de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II, cuyo valor estimado supere los umbrales comunitarios, a pesar de que estos contratos no se consideran sujetos a regulación armonizada. Por otra parte, las cuestiones litigiosas que puedan surgir en relación con los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos privados sujetos a regulación armonizada los resolverá —por la teoría de la separación de actos—, la jurisdicción civil.

Por el contrario, todas las incidencias que puedan surgir en relación con la preparación, adjudicación, efectos, extinción y cumplimiento de los contratos no sujetos a regulación armonizada adjudicados por alguna entidad integrada en este segundo nivel de sujeción, las resolverá la jurisdicción civil.

5. NIVEL TRES DE SUJECCIÓN A LA LEY: ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE PODERES ADJUDICADORES: TIPOLOGÍA DE ENTES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

5.1 Entidades que se integran en el NIVEL TRES de sujeción al TRLCSP

En el último de los niveles previstos por el legislador —el de menor intensidad—, se van a incluir —por imperativo del artículo 192 del TRLCSP— aquellas entidades relacionadas en el artículo 3.1 del TRLCSP que no tengan la consideración de poder adjudicador. El citado artículo 192.1 del TRLCSP señala:

Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Las entidades a las que se refiere el citado precepto se definen por exclusión y serán todas aquellas que no se consideren ni Administración Pública, ni poder adjudicador. Nos estamos refiriendo, entre otras, a las sociedades mercantiles en que, como mínimo el cincuenta por cien del capital sea público, cuando no concurren los requisitos del artículo 3.3, letra b) del TRLCSP —realice exclusivamente una actividad puramente industrial o mercantil, o bien no realizándola, no se encuentre controlada por un poder adjudicador—; a las Entidades Públicas Empresariales Estatales o Locales o asimiladas autonómicas que realicen una actividad exclusivamente industrial o mercantil; a las Mutuas de Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social —si se considerasen que no forman parte del NIVEL DOS, poder adjudicador, no Administración Pública—; y a los Consorcios que lleven a cabo una actividad industrial o mercantil, o bien no estuviesen controlados por el poder público. Son las que al amparo de la iniciativa pública económica realizan actividades no reservadas al sector público en régimen de competencia y concurrencia con el sector privado, al amparo del artículo 128.2 de la CE³⁹².

³⁹² El artículo 128.2 de la CE señala:

Como ya hemos fundamentado con anterioridad, en ningún caso podrán incluirse en este apartado aquellas entidades que formen parte del sector público, en base a la cláusula residual de la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, por cuanto, automáticamente, deben ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública, al contener la misma redacción los artículos 3.1, letra h) y 3.3, letra b) del TRLCSP.

5.2 Régimen jurídico aplicable a las entidades incluidas en el NIVEL TRES de sujeción a la norma

Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores sólo podrán celebrar contratos privados, nunca contratos administrativos, además, al no estar sujetas a las Directivas comunitarias, su contratación será siempre no armonizada. Las disposiciones del TRLCSP que le son de aplicación son las siguientes:

1. El Libro I del TRLCSP, bajo el título: “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”. Se aplicarán todas las disposiciones de este Libro, salvo las relativas a: a) La perfección de los contratos —artículo 27 del TRLCSP—; b) El régimen de invalidez de los contratos contenido en el Capítulo V; c) Los límites de duración de los contratos; d) Las prohibiciones de contratación previstas exclusivamente para la Administración Pública —artículo 60.1 del TRLCSP—; e) La obligación de exigir la clasificación a los licitadores —artículo 65.1 del TRLCSP—; f) Los medios de prueba para acreditar la solvencia económica o técnica de los licitadores. Se admiten otros medios distintos a los previstos —artículo 74.3 del TRLCSP—; g) La prohibición del aplazamiento del precio contractual —artículo 87.7 del TRLCSP—; h) La revisión de precios —artículo 89 y siguientes del TRLCSP—; y

Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

En línea con lo apuntado, el artículo 86.1 de la LBRL establece:

Las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución.

i) Las garantías a exigir a los licitadores, tanto provisionales, como definitivas — artículo 95 y siguientes del TRLCSP—.

2. El Título II del Libro II del TRLCSP, bajo el título: “Preparación de los contratos”. Se trata de un único precepto —artículo 137.2— que regula la obligatoriedad de elaborar unos pliegos de bases para contratos superiores a cincuenta mil euros.

3. El Capítulo II del Título I del Libro III del TRLCSP, bajo el título: “Adjudicación de otros contratos del sector público”. Se aplica un único artículo —el 192 del TRLCSP—, donde se establece la obligación de que los entes del sector público, que no tengan la consideración de poder adjudicador, elaboren un manual interno o unas Instrucciones Internas de Contratación, donde cumpliendo con los principios de contratación —publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación—, se fijen los procedimientos de adjudicación que garanticen la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Se ha de advertir que a diferencia de lo que sucede en relación con la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores, no Administración Pública, aquí no se prevé expresamente la obligatoriedad de insertar la información relativa a la licitación en los contratos de importes superiores a cincuenta mil euros y esta normativa va a regular tanto la contratación armonizada, como no armonizada.

4. El Título II del Libro III del TRLCSP, bajo la denominación: “Racionalización técnica de la contratación”. Este Título es de plena aplicación a las entidades que integran este tercer nivel de sujeción a la Ley, tal y como se deduce del artículo 195 del TRLCSP, antes transcrito.

5. El Libro V del TRLCSP bajo el título: “Organización administrativa para la gestión de la contratación”. Este Libro se aplicará atendiendo a la naturaleza jurídica de cada entidad en cuestión y es de aplicación, también de forma plena, lo previsto en el artículo 333 del TRLCSP relativo al registro de contratos del sector público y el artículo 334 relativo a la plataforma de contratación del Estado.

Al igual que sucedía con la contratación de los poderes adjudicadores, no Administración Pública, los entes del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, no estarán obligados a observar las prescripciones previstas en el Libro IV del TRLCSP relativo a los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”.

Las controversias que surjan en relación con la preparación, adjudicación, efectos, extinción y cumplimiento de los contratos los resolverá la jurisdicción civil.

**LAS FUNDACIONES
ADJUDICADORES**

**CAPÍTULO CUARTO
COMO PODERES**

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Desde la creación de las fundaciones del sector público, la doctrina mayoritaria ha visto en ellas un instrumento idóneo para huir del Derecho administrativo, con el claro objetivo de escapar de los controles públicos y, en especial, de los de la contratación pública³⁹³. A este respecto nos parece ilustrativo el posicionamiento de SOSA WAGNER cuando dice que “es la consumación de un adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yazca en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el Derecho privado”³⁹⁴, y el de SOCÍAS CAMACHO cuando afirma que la fundación ha sido “el vestido que más a mano han encontrado los poderes públicos entre los enseres encontrados en su alocada huida del Derecho administrativo”³⁹⁵.

Ahora estamos en situación de afirmar que esto ha cambiado radicalmente, cambio que se ha producido a raíz de las distintas modificaciones legislativas que se han llevado a cabo a lo largo de estos años, derivadas de las condenas del Tribunal europeo y de las constantes y reiteradas críticas por parte de la doctrina mayoritaria. Estas entidades se encuentran actualmente integradas en el sector público, tanto estatal como autonómico y, ahora sí están sujetas a los distintos controles públicos en sede de contratación, personal, finanzas, contabilidad y subvenciones, entre otros.

Como hemos visto en el Capítulo Segundo del presente trabajo de investigación, la no inclusión de las fundaciones del sector público en la normativa de contratación pública española mereció que el Reino de España fuese condenado

³⁹³ Entre otros: BORRAJO INIESTA, I. *Op. cit.*; GARRIDO FALLA, F. “Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales”. *REDA*, núm. 79, 1993; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. R. “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”...*Op. cit.*; SALA ARQUER, J.M. “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”. *REDA*, núm. 75, 1992; SAZ CORDERO, S. DEL. “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”. En: CHINCHILLA MARÍN, C.; *et al. Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 101 y ss., y, de la misma autora: “La huida del Derecho administrativo... *Op. cit.*”

³⁹⁴ SOSA WAGNER, F. “La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales”. En: SOSA WAGNER, F. (Coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 1932.

³⁹⁵ SOCÍAS CAMACHO, J.M. *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*. Madrid: Iustel, 2006, *In toto*.

por una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias³⁹⁶. A resultas de ello se produjo una modificación en el TRLCAP, a través del, ya citado, Real Decreto-Ley 5/2005, para llevar a cabo determinadas reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, mediante el que se procedía a incluir a las fundaciones del sector público en el ámbito subjetivo de la normativa de contratación pública y, en concreto, en el artículo 2.1 y en la Disposición Adicional Sexta³⁹⁷.

La modificación del TRLCAP llevada a cabo en el año 2005, y a diferencia de lo que sucede con la actual normativa, no contenía definición alguna de las fundaciones del sector público, limitándose simplemente a mencionarlas. Ello obligaba al intérprete a acudir a otros textos legales que contuviesen esa delimitación conceptual, como el artículo 44 de la Ley de Fundaciones del año 2002, la Disposición Adicional Decimosexta de la LGS³⁹⁸ o las distintas legislaciones autonómicas.

³⁹⁶ Al respecto, se ha de recordar que el Tribunal Europeo, mediante la Sentencia recaída en el Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España, condenó a nuestro país por excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP y, en concreto, de su artículo 1.3, a las entidades de Derecho privado que reunían los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las Directivas vigentes en ese momento.

³⁹⁷ Tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 5/2005, de reformas urgentes, el artículo 2.1 del TRLCAP quedó redactado en los siguientes términos:

Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones Públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

Por otra parte, la Disposición Adicional Sexta señalaba lo siguiente:

Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

³⁹⁸ El apartado segundo de la Disposición Adicional Decimosexta de la LGS establece:

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

El panorama cambia cuando la LCSP —hoy TRLCSP— define en el artículo 3.1, letra f) a las fundaciones como entes del sector público a efectos de contratación, y lo hace sobre dos conceptos —“aportación” y “patrimonio fundacional con un carácter de permanencia”—, cuya correcta interpretación requerirá del análisis de la normativa de Derecho privado en materia de fundaciones³⁹⁹.

Pero no nos detendremos en este punto ya que, tras categorizar a las fundaciones como entidades del sector público, nos plantearemos en qué nivel de sujeción se deben incluir, si en el máximo, como Administraciones Públicas; el intermedio, como poderes adjudicadores, no Administración Pública; o bien en el mínimo como entidades del sector público. Para ello, nos veremos obligados a analizar si son entidades de Derecho público o de Derecho privado; si realizan o no actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y el tipo de control público al que se encuentran sometidas. A estos efectos será necesario acudir al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, que se encuentra contenido no sólo en normas de Derecho público como la LGP del año 2003 —y sus correlativas autonómicas—, sino también en las de Derecho privado, como la propia Ley de Fundaciones del año 2002 —y sus homologas legislaciones autonómicas—⁴⁰⁰. Será a partir del estudio de la normativa

-
- a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público.
 - 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.

³⁹⁹ Se ha de recordar que la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP establece lo siguiente:

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 y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

⁴⁰⁰ No es aquí el lugar para debatir si las Entidades Locales ostentan capacidad para constituir fundaciones y, ello por cuanto de sustentarse tal teoría, las conclusiones que se extraigan en cuanto al nivel de sujeción de las fundaciones del sector público estatal y autonómico serían extrapolables a las mismas. No debemos olvidar que la normativa de régimen local no prevé expresamente esta figura instrumental, pero tampoco lo prohíbe.

Al respecto MALARET I GARCÍA y MARSAL I FERRET señalan:

Cuando de entes instrumentales se trata, la legislación de régimen local no prevé la posibilidad de que los entes locales constituyan fundaciones, sino que en la LRBRL (Artículo 85.2), y en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se

aplicable, ajena a la de la contratación pública, cuando podremos concluir su nivel de sujeción a la Ley.

aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLHL) sólo se mencionan y regulan los organismos autónomos, las sociedades mercantiles y las Entidades Públicas Empresariales. Por otra parte, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (en adelante TRLMRLC), prevé en su articulado únicamente la existencia de organismos autónomos y de sociedades mercantiles y cooperativas (éstas últimas necesariamente mixtas y, por tanto, mecanismo de gestión indirecta de servicios públicos). Por su parte, el artículo 188 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el *Reglament d'Obres, Activitats i Serveis de Ens Locals* (ROAS), reproduce la misma clasificación (sin el añadido posterior de las entidades públicas empresariales) de formas de gestión de los servicios públicos locales.(...)

La única excepción la representa la Carta Municipal de Barcelona que, en su artículo 50, dispone: "El Ayuntamiento de Barcelona puede constituir fundaciones privadas, que se rigen por la legislación de Cataluña, en lo que le sea aplicable".(...)

Aunque la posibilidad de constitución de fundaciones sólo se prevea de forma expresa en la citada Ley de la Carta Municipal de Barcelona, no creemos que en este caso se imponga una interpretación a contrario que determine la imposibilidad de optar por esta fórmula organizativa para el resto de entes locales de Cataluña. Precisamente, creemos que se produce la situación inversa, es decir, que en la Carta Municipal de Barcelona se produce únicamente la recepción expresa de una posibilidad organizativa que ya existía en virtud de la Ley de Fundaciones (recordemos dicha previsión expresa no se encontraba entonces ni en la Ley de fundaciones de Cataluña, puesto que ésta es de fecha posterior a la Carta Municipal de Barcelona) y que desde luego se encontraba en la rica realidad de las personificaciones instrumentales locales. Así, la previsión en la Carta Municipal de Barcelona de la posibilidad de constitución de fundaciones no sería en este caso una peculiaridad de dicho Municipio, sino una confirmación de que ello es una posibilidad de la que gozan todos los entes locales.

MALARET I GARCÍA E.; MARSAL I FERRET, E. *Las fundaciones de iniciativa pública. Un régimen jurídico en construcción: La singularidad de las fundaciones locales*. Barcelona: Fundación Carles Pi i Sunyer, 2005, pp. 116-119.

En la línea apuntada por los autores, algunas legislaciones autonómicas han reconocido en sus articulados la posibilidad de que las Entidades Locales puedan constituir fundaciones. Así, por ejemplo, además del artículo 50 de la Carta Municipal de Barcelona aprobada mediante la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, a la que aluden los autores, se han de citar los casos de Aragón o La Rioja. A tal efecto, el artículo 217 de la Ley 7/1999, de la Administración Local de Aragón establece:

Las entidades locales, para la realización de fines de su competencia, podrán constituir fundaciones y participar en su creación con otras entidades públicas o privadas y particulares, de acuerdo con la legislación general sobre fundaciones. Los correspondientes acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y cumplir los requisitos legales establecidos para la disposición de sus bienes.

En la misma línea que la apuntada y con el mismo tenor literal se refiere el artículo 218 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de la Rioja.

Por otra parte, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y régimen especial de la Ciudad de Madrid no ha previsto expresamente la posibilidad de que las Entidades Locales puedan constituir fundaciones, pero se refiere a ellas cuando en el artículo 11.1, letra l) de la Ley atribuye al Pleno la aprobación de los estatutos de las fundaciones; estableciéndose en el artículo 17,1, letra a) de la Ley que los proyectos de estatutos de las entidades fundacionales corresponderán a la Junta de Gobierno.

Mención especial requerirá el estudio de las fundaciones públicas sanitarias y de las fundaciones en mano pública —expresión, esta última, utilizada por VAQUER CABALLERÍA para distinguir a éstas de las fundaciones públicas sanitarias—, entidades que desde su creación han sido vistas por la doctrina como una auténtica anomalía legislativa⁴⁰¹. El motivo por el cual es necesario detenernos de forma particularizada en estos entes, deriva del hecho de que el legislador ha previsto una normativa específica y un régimen jurídico propio y, consecuentemente, su nivel de sujeción también podría ser distinto al de las restantes fundaciones del sector público.

Además de ello, se analizará si sólo deben ser consideradas entidades del sector público, aquellas fundaciones que reúnan las características del artículo 3.1, letra f) del TRLCSP o también aquellas otras que, aun cumpliendo con lo previsto en la letra h) o cláusula residual del citado precepto, la aportación o el patrimonio fundacional con carácter de permanencia no sea mayoritariamente público⁴⁰². Ya avanzamos en el Capítulo Tercero del presente estudio que la interpretación comunitaria del concepto de poder adjudicador requiere que sostengamos que el hecho de que las fundaciones estén expresamente nominadas y definidas en la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP, no puede impedir que existan otras fundaciones, distintas a las allí referidas, que se deban incluir en la cláusula residual de la letra h) del artículo 3.1 de la citada norma. Sostener lo contrario, implicaría que el legislador nacional ha vuelto sobre sus pasos, transponiendo incorrectamente las Directivas comunitarias en materia de contratación pública. Por este motivo, será preciso estudiar, de manera diferenciada a las fundaciones del sector público, el régimen jurídico de las que vamos a denominar fundaciones privadas *stricto sensu* —en las que incluiremos a las total y a las minoritariamente privadas—, sin perder de vista que muchas de las conclusiones ya expuestas en relación con las del sector público —los intereses generales que persiguen o el carácter industrial o mercantil de las actividades que realizan—, serán totalmente extrapolables a éstas. Ya se

⁴⁰¹ Vid.: VAQUER CABALLERÍA, M. *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*. Marcial Pons: Madrid, 1999, *in toto*.

⁴⁰² Se ha de recordar que el artículo 3.1, letra h) del TRLCSP establece que se considerarán entes del sector público aquellos que, ostentando personalidad jurídica propia, 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.

advierde que, tal y como se ha concluido en el Capítulo Tercero del presente estudio, de considerarlas integradas en el sector público —por imperativo de la cláusula residual, letra h), del artículo 3.1 del TRLCSP—, sólo se podrá deducir que su sujeción es la correspondiente al nivel máximo o al intermedio, pero nunca al mínimo, al coincidir literalmente su delimitación conceptual con la de los poderes adjudicadores, no Administración Pública prevista en el artículo 3.3 del TRLCSP.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones enunciadas, es necesario hacer una aclaración terminológica. La doctrina administrativista más autorizada ha utilizado un sinfín de expresiones para denominar a las fundaciones que estamos tratando. Algunos autores se han referido a ellas como fundaciones administrativas; fundaciones en mano pública; fundaciones del sector público; fundaciones de la Administración Pública; fundaciones privadas de la Administración Pública; o fundaciones públicas. Obviamente, todos los autores han sustentado en excelentes trabajos el porqué de estas denominaciones. No obstante, a los efectos de nuestro estudio, nos valdremos de la siguiente terminología: a) Fundaciones del sector público de ámbito estatal, cuya definición se encuentra prevista en el artículo 44 de la vigente Ley de Fundaciones del año 2002, y cuyo contenido es idéntico al referido en el artículo 3.1, letra f) del TRLCSP; b) Fundaciones del sector público de ámbito autonómico, reguladas en las distintas legislaciones autonómicas; c) Fundaciones privadas controladas por los poderes públicos. Es decir, aquellas que no reuniendo los requisitos de la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP, estén controladas por éstos —vía financiación, gestión o en los órganos de dirección—; d) Fundaciones privadas *stricto sensu*, en las que los poderes públicos, dejando a salvo el Protectorado, no controlan; e) Fundaciones Públicas sanitarias; y f) Fundaciones en mano pública.

2. LA CE COMO NORMA QUE RECONOCE EL DERECHO DE FUNDACIÓN

2.1 El artículo 34 de la CE: El Derecho de fundación

La correcta delimitación de los conceptos que inciden de manera directa en el objeto de nuestro estudio, como son los intereses generales que deben

satisfacer las fundaciones, el tipo de actividad que realizan o el control público al que se encuentran sometidas, exige que debamos conocer con carácter previo cual es la configuración constitucional del Derecho de fundación derivada de su ubicación en la norma suprema⁴⁰³.

El Derecho de fundación se encuentra reconocido en el artículo 34.1 de la CE, integrado en la Sección 2.ª: “De los Derechos y deberes de los ciudadanos”, del Capítulo II: “Derechos y libertades”, del Título I: “De los Derechos y los deberes fundamentales”⁴⁰⁴. Su ubicación en la CE conlleva que no goce de la protección

⁴⁰³ El Derecho de fundación contenido en la CE suponía una novedad en relación con los textos constitucionales anteriores. Así la SAN de fecha 31 de mayo de 1995 señala:

El artículo 34 de la Constitución Española introduce en nuestro más alto texto normativo la referencia a un derecho, cual es el de la fundación, de forma innovadora en cuanto que no cuenta con precedentes ni en otras Constituciones españolas anteriores ni en los textos constitucionales del Derecho comparado.

⁴⁰⁴ El artículo 34 de la CE señala:

1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley.
2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.

Se ha de recordar que los derechos fundamentales se encuentran regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I, lugar donde en el texto originario de la génesis de la CE aparecía el Derecho de fundación y, que tal y como nos recuerda CARBALLEIRA, una vez remitido al Senado el proyecto elaborado por el Congreso, tal opción desapareció, perdiendo su condición de Derecho fundamental, para ubicarse en su posición actual de Derecho subjetivo.

Vid.: CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Fundaciones y Administración Pública*. Barcelona: Atelier, 2009, p. 38.

Por otra parte GONZÁLEZ-TREVIJANO señala lo siguiente:

Así las cosas, el derecho de fundación sufría relevantes modificaciones en su *iter* constituyente. Primero, se regulaba con el derecho de asociación en el anteproyecto de la Constitución. Más tarde, durante la fase de la Ponencia, en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados y del Pleno del Congreso, adquiere sustantividad respecto del mentado derecho de asociación, pero eso sí, dentro de la Sección Primera del Capítulo II del Título I. Y, finalmente, tras su paso por la Comisión Constitucional del Senado, y su ubicación definitiva en el artículo 34, dentro ya de la Sección Segunda, pierde su protección respecto del recurso de amparo. En los dictámenes de la Cámara Alta se incorpora asimismo el reconocimiento del derecho de fundación para fines de interés general. No habría después más modificaciones posteriores en la Comisión Mixta Congreso-Senado.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. “El marco constitucional del derecho de Fundaciones”. En: CAZORLA PRIETO, L.M.; *et al. Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 207.

En la misma línea, MALARET I GARCÍA y MARSAL I FERRET nos relatan los orígenes del artículo 34 de la CE cuando señalan:

El derecho de fundación se encontraba previsto inicialmente en el artículo 22 del anteproyecto Constitucional junto con el derecho de asociación y sin ningún otro

prevista en el artículo 53.2 de la CE, y por tanto su vulneración no permita el acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Amparo, y ello sin perjuicio de que, de conformidad con el apartado primero del citado artículo 53, los poderes públicos se encuentren vinculados por el Derecho de fundación, al exigirse una Ley —estatal o autonómica— que regule su ejercicio⁴⁰⁵. Además, no podemos pasar por alto que se encuentra reconocido en un precepto posterior al de la propiedad privada y al de la herencia —artículo 33 de la CE—, de forma que en su configuración incide de manera directa el Derecho del fundador que decide afectar libremente su patrimonio al cumplimiento de fines de interés general⁴⁰⁶. Por último, se ha de decir que el apartado segundo del citado artículo 34 de la CE se remite a la regulación del Derecho de asociación, en concreto, a los apartados segundo y cuarto del artículo 22 de la CE, declarando ilegales aquellas que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos y ordenando que la disolución o suspensión de las actividades requiera de la preceptiva autorización judicial⁴⁰⁷.

condicionamiento que el de su necesaria configuración por ley y los derivados del propio precepto (prohibición de fundaciones con finalidades o medios de actuación delictivos), lo que, a nuestro entender, obligaba al legislador a legislar sobre lo dicho de la forma más respetuosa posible con su configuración como derecho de libertad, aunque respetando aquellos rasgos que hicieran reconocible la institución, su contenido esencial. Dicha situación no cambió hasta el último momento. En la Comisión Constitucional del Senado, mediante las enmiendas introducidas por el senador Martín-Retortillo, entre otros, se aprobó trasladar dicho derecho al artículo 34, añadiéndole el condicionamiento teleológico de su necesaria dedicación a fines de interés general.

MALARET I GARCÍA, E.; MARSAL I FERRET, M. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁰⁵ El artículo 53 de la CE señala:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse al ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).
2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

⁴⁰⁶ El artículo 33 de la CE señala:

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

⁴⁰⁷ El artículo 22 de la CE se encuentra incluido en la Sección 1.ª correspondiente a los derechos fundamentales y las libertades públicas y, señala lo siguiente:

De la configuración constitucional del Derecho de fundación y de su ubicación sistemática en la CE, distintos autores han extraído una serie de consecuencias en relación con su naturaleza jurídica⁴⁰⁸. En base al Derecho de libertad y al Derecho de propiedad, algunos hacen pivotar el régimen jurídico de la fundación sobre la voluntad del fundador que decide afectar un conjunto de bienes a un fin. En cambio, otros lo hacen sobre los intereses generales que deben perseguir las fundaciones. Así, por ejemplo, para MUÑOZ MACHADO el precepto contiene una doble naturaleza, el Derecho a constituir fundaciones y la garantía a favor de éstas de ser una institución cuyas características están expresamente previstas en el ordenamiento jurídico. Se trata de un Derecho perfecto y originario⁴⁰⁹. GARCÍA DE ENTERRÍA, por otra parte, apunta que el artículo 34 de la CE es un auténtico Derecho fundamental y, concretamente, un Derecho de libertad. Se trata de un Derecho subjetivo consistente en la facultad de establecer una organización con personalidad jurídica a cuyo sostenimiento se afecta un patrimonio de forma permanente y, cuyos fines han de ser necesariamente de interés general⁴¹⁰. REBÉS I SOLÉ afirma que se trata de un Derecho subjetivo,

-
1. Se reconoce el derecho de asociación.
 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

⁴⁰⁸ Han sido muchos los autores que han mostrado interés por su estudio. Sólo a efectos ilustrativos resaltamos los siguientes estudios: GARRIDO FALLA, F. (Dir.). *Comentarios a la Constitución* [Comentario al artículo 34]. Madrid: Civitas, 1980; HUERTA HUERTA R.; HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C. *Fundaciones: Régimen civil, administrativo y fiscal*. Barcelona: Bosch, 1998; LACRUZ BERDEJO, J.L. "Las fundaciones en la Constitución Española de 1978". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, 1983; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. *Materiales para una Constitución*. Madrid: Akal, 1984; MUÑOZ MACHADO, S. "Las fundaciones en la Constitución". En: LORENZO GARCÍA, R. DE; CABRA DE LUNA, M.A. (Dir.; Coords.) *Presente y futuro de las fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990; y RICO PÉREZ, F. *Las fundaciones en la Constitución Española*. Toledo: Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, 1982.

⁴⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, S. "Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos". En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*. Madrid: Iustel, 2009, p. 152 [A partir del año 2010, este Anuario se transforma en una publicación periódica].

⁴¹⁰ El autor señala:

Esta calificación del derecho de fundación como un derecho fundamental y como un derecho de libertad, precisamente no es gratuita; implica consecuencias propias del más alto interés. Es un derecho facultad, un derecho subjetivo, un poder reconocido a todos los ciudadanos. Además, según la propia jurisprudencia, muy reiterada, del Tribunal

subalterno o condicionado de los fines de interés general que persigue⁴¹¹. PÉREZ ROYO, por otra parte, apunta que se trata de una manifestación particular del Derecho a disponer de los propios medios⁴¹². ARIÑO ORTIZ incide en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, subraya el Derecho constitucional a fundar como manifestación del Derecho de libertad sobre la propiedad y, en segundo lugar, advierte que el interés general ya no es un monopolio del Estado⁴¹³.

Es ilustrativa la aportación que hace GONZÁLEZ-TREVIJANO cuando desmenuza el Derecho de fundación, resaltando sus rasgos definitorios más característicos. El autor parte de la distinción entre las corporaciones —*universitas personarum*— y las fundaciones —*universitas bonorum*— y, concluye que éstas tienen naturaleza jurídica híbrida. Hace especial hincapié en que se trata de un Derecho de perfiles mayoritariamente privados, que encuentra su origen en la voluntad última del fundador que adscribe un determinado patrimonio a la consecución de un fin específico. Así, mientras que la faceta privada del Derecho de fundación deriva de la vinculación con el Derecho de propiedad y la herencia, la pública procede de la existencia del Protectorado como un órgano administrativo que salvaguarda los intereses previstos y la adecuada administración de los bienes y del patrimonio fundacional. En definitiva, GONZÁLEZ-TREVIJANO concibe el Derecho de fundación como una manifestación del Derecho de propiedad, como un Derecho constitucional al que se aplica analógicamente por disposición

Constitucional, todos los derechos fundamentales producen por sí mismos un efecto directo, de modo que alteran sin necesidad de cambiar el régimen jurídico existente preconstitucional en todo lo que resulte necesario para el despliegue plenario de este derecho fundamental. Por consiguiente, cuando el artículo 34 de la Constitución dice que el derecho se reconoce “en los términos que establezcan las leyes”, no hay que entender, de ninguna manera, que está efectuando una remisión en blanco al legislador para que configure el derecho de fundación y para que lo regule de la manera que, en cada momento, pueda entender oportuna. Por el contrario, los conceptos de garantía institucional, los conceptos de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53, obligan a preservar precisamente un núcleo que es indisponible por el legislador.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Constitución, Fundaciones y sociedad civil”. *RAP*, núm. 122, 1990, pp. 238.

⁴¹¹ Vid.: REBÉS I SOLÉ, J.E. “El protectorado de las fundaciones: especial referencia a las actividades de control económico y fomento”. En: BELLO JANEIRO, D.; LUNA SERRANO, A. (Coords.). *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: EGAP, 2003, pp. 105-133.

⁴¹² Vid.: PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 320.

⁴¹³ Vid.: ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*. Granada: Comares, 2001, p.180.

constitucional expresa el régimen de las asociaciones, pero que, a diferencia de éste y pese a vincular a todos los poderes públicos, se ha configurado como un Derecho constitucional de segundo grado⁴¹⁴.

El Tribunal Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la naturaleza jurídica del Derecho de fundación. Para el máximo intérprete de la CE, se trata de una clara manifestación de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, en cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas. La argumentación que esgrime el Tribunal Constitucional parte de la ubicación del precepto en la CE, y en concreto de su reconocimiento con posterioridad al del Derecho a la propiedad y a la herencia. El Tribunal Constitucional define la fundación como “persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general”⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Vid.: GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ P. “El marco constitucional del derecho de fundaciones... *Op. cit.*, pp. 199-211.

⁴¹⁵ A título de ejemplo, señalar, entre otras, STC núm. 18/1984, de 7 de febrero; STC núm. 164/1990, de 29 de octubre; STC núm. 48/1998, de 22 de marzo; STC núm. 49/1998, de 22 de marzo; ATC núm. 224/2003, de 1 de julio; STC núm. 341/2005, de 21 de diciembre; y STC núm. 120/2011, de 6 de julio.

Así, la citada STC núm. 49/1998, de 22 de marzo, dice:

El art. 34 CE se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quién los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las Leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman como afirmación general pocas dudas puede haber de que ése es el concepto de fundación a que se refiere el art. 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados.

Al respecto vid.: PIÑAR MAÑAS, J.L.: “El derecho de fundaciones en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; ALONSO GARCÍA, R. (Coords.). *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. I. Madrid: Civitas, 2012, pp. 253-273.

De lo todo lo dicho hasta el momento se puede extraer la conclusión de que el Derecho de fundación se encuentra configurado como un Derecho subjetivo de rango constitucional de segundo orden, al no estar incluido en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de nuestra CE. Se trata de un Derecho privado, ligado al de propiedad, al derivar de la voluntad del fundador que libremente decide afectar su patrimonio al cumplimiento de unos determinados fines, y que incide especialmente en la esfera pública, al ser consustancial al mismo que éstos sean de interés general. De acuerdo con el artículo 103 de la CE, las Administraciones Públicas sirven con objetividad a los intereses generales, de forma que en un Estado social de Derecho como el nuestro, éstos no sólo se satisfacen por parte de las Administraciones Públicas, sino también por las entidades que forman parte de lo que se ha venido denominando convencionalmente “Tercer Estado”⁴¹⁶ o como dice el Tribunal Constitucional, por parte de las “entidades de carácter social, no públicas”⁴¹⁷. Por tanto, se

⁴¹⁶ Siguiendo a PIÑAR MAÑAS se puede afirmar que la expresión “Tercer Estado” fue utilizada por primera vez en los años 70, bien por AMITAI ETZONI o por THEODORE LEVITT, sin olvidar a BURTON ALLEN WEISBROD. Nace como un concepto residual para distinguirlo del sector público —primer sector— y del sector lucrativo —segundo sector—.

PIÑAR MAÑAS, J.L. “El estado actual del modelo constitucional: revisión crítica”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dir.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, p.7.

Por otra parte, PARADA VÁZQUEZ incluye a las fundaciones dentro del Derecho público de lo social y corporativo. El autor señala:

Justamente en este terreno del Derecho público de lo colectivo, que no es el puro y duro Derecho público estatal, sino el Derecho público de lo social y corporativo, deben, a mi juicio, situarse hoy las fundaciones, y desde esta nueva posición estratégica podrán desempeñar su trascendental labor avanzando en el diseño de nuevos modos de relación entre la sociedad y el Estado; hacer más sociedad y menos Estado, construir un mundo en el que estén juntos la vitalidad y la energía que producen el ánimo de lucro y la solidaridad que aportan las fundaciones y que cura las heridas del fiero combate de la lucha libre del mercado: se trata de alcanzar así una conciliación urgente entre ambos motores del alma humana, y a llegar así a una nueva armonía social.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Las fundaciones desde el derecho público”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED (BFD)*, núm. 4, 1993, p. 149 [De 2006, en adelante, continúa con: *Revista de derecho de la UNED (RDUNED)*].

⁴¹⁷ En este sentido la ya citada STC núm. 18/1984, de 7 de febrero, cuando señala que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no públicos que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general. Al respecto la Sentencia dice:

La interacción Estado-Sociedad, y la interpenetración de lo público y lo privado trasciende, como hemos señalado, al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es innecesario estudiar a los efectos del presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general.

puede afirmar que las fundaciones tienen una naturaleza híbrida —pública y privada—, y, de ahí el interés y legitimación de los poderes públicos en controlar que, efectivamente estas entidades cumplan con los fines de interés general que han motivado su constitución.

Los anteriores posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales inciden de pleno en la contratación pública y, en concreto, en la categorización de las fundaciones como poderes adjudicadores. Así, por ejemplo, y como después desarrollaremos, es una cuestión esencial determinar si las fundaciones del sector público son entidades privadas, o como algunos autores han apuntado, de Derecho público. Ello tiene consecuencias en la materia que nos ocupa, ya que la consideración de una entidad como de Derecho público puede implicar que se encuentre integrada en uno u otro nivel de sujeción a la norma. A estos efectos, es importante la conclusión que hemos extraído anteriormente sobre la naturaleza privada de la entidad fundacional al derivar de una decisión libre y voluntaria del fundador a constituir la. Por otra parte, el *leit motiv* de la creación de las fundaciones —centrado en los fines de interés general que éstas deben perseguir—, es consustancial a la propia definición de “organismo de Derecho público” que contiene el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 y el artículo 3 del TRLCSP, intereses generales que además inciden en la existencia de controles públicos sobre las actividades fundacionales, de forma que dependiendo de su alcance una fundación puede o no ser considerada poder adjudicador. Emerge aquí la figura del Protectorado, como un órgano administrativo que controla la actividad fundacional, y cuyas funciones —asignadas por el legislador—, han de ser interpretadas de conformidad con la configuración constitucional del Derecho de fundación, de forma que no podremos perder de vista que la entidad fundacional surge de la autonomía de los particulares ajena a la organización pública.

La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica.

2.2 La CE como origen de las fundaciones del sector Público: Posicionamiento de la doctrina y del Tribunal Constitucional

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, las fundaciones del sector público no derivan directamente del artículo 34 de la CE, al no alcanzar a las personas jurídico-públicas⁴¹⁸. El constituyente, al elaborar el precepto no estaba pensando en los poderes públicos como titulares del Derecho de fundación, dado que algunas de las afirmaciones que se predicen del fundador, tales como “disponer libremente de su patrimonio” o la “voluntad del fundador”, no encajan con el funcionamiento de los poderes públicos ni con los principios que deben inspirar el mismo. Así por ejemplo, PIÑAR MAÑAS justifica que el Derecho de fundación previsto en la Constitución no alcanza a las personas jurídico-públicas, porque éstas gozan de un Derecho de propiedad que obedece a perfiles propios y no requieren del Derecho de fundación para participar en la vida cultural, social y económica⁴¹⁹. Por otra parte, GARCÍA-ANDRADE sostiene que el Derecho

⁴¹⁸ Fueron muchos los autores que se posicionaron en contra de la posibilidad de que los poderes públicos constituyeran fundaciones al amparo del artículo 34 de la CE, al considerar que el citado precepto estaba incluido en la Sección 2.ª del Capítulo II de la Constitución, que como hemos visto se refiere a los “derechos y deberes de los ciudadanos”.

Entre estos, hemos de destacar los siguientes: CAFFARENA LAPORTA, J. “Comentario al artículo 6”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE.; *et al. Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Escuela Libre Editorial; Marcial Pons, 1995, p. 50; LASAGABASTER HERRATE, I. “Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. De los derechos y deberes fundamentales*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 661 y 662; PAREJO ALFONSO, L. “Público y privado en la Administración Pública”. En: IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Vol. IV. Madrid: Civitas, 1996, pp. 4667-4716; y PIÑAR MAÑAS J.L.; REAL PÉREZ A. *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador. Estudio, desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

⁴¹⁹ En este sentido son ilustrativas las palabras de PIÑAR MAÑAS cuando afirma lo siguiente:

Como ya he señalado en otra ocasión (PIÑAR, 1996, p.179; véase también PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, 2000), el artículo 34 de la Constitución reconoce el derecho de fundación tanto a las personas físicas como a las jurídico-privadas. Pero según creo tal derecho no alcanza a las entidades públicas. La garantía constitucional del artículo 34 no alcanza a las personas jurídico-públicas, en relación con las cuales el legislador es libre de tomar la decisión que considera más oportuna. Además, hay que tener en cuenta que las personas jurídico-públicas gozan de un derecho de propiedad que obedece a perfiles propios (carecen, por ejemplo, de plena autonomía de la voluntad para disponer de sus bienes) y no necesitan del derecho de fundación para participar en la vida cultural, social y económica. No hay, pues, un derecho constitucional de las personas jurídico-públicas a constituir fundaciones (en contra de lo que ocurre en relación con otros derechos: el Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídico-públicas el derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo), pues no es un derecho que integre su estatus jurídico-constitucional.

constitucional a la beneficencia no sólo exige la consecución de fines de interés general, sino que además debe provenir de la iniciativa de los privados, de forma que cuando la Administración Pública se acoge a la figura fundacional lo hace para organizar sus servicios, sin contenido benéfico alguno, y por tanto no se dan los presupuestos de aplicación del artículo 34 de la CE⁴²⁰.

El posicionamiento de la doctrina estaba más que justificado y efectivamente se puede afirmar que el artículo 34 de la CE no habilita a los poderes públicos para la constitución de las fundaciones. Ello se deduce de la propia metodología utilizada por el constituyente. La ubicación del precepto en la sección correspondiente a los derechos y deberes de los ciudadanos impide que podamos incluir en este concepto a las personas jurídico-públicas. Además, el anterior artículo 33 de la CE relativo al Derecho de propiedad privada y a la herencia corresponde a los ciudadanos, y no a los poderes públicos. No se puede obviar que las Administraciones Públicas, al amparo del ya citado artículo 103 de la CE, deben actuar con objetividad al servicio de los ciudadanos, mientras que las fundaciones, lo deben hacer a favor de los beneficiarios. La posición jurídica de unos y otros es totalmente distinta. Así mientras que los ciudadanos ostentan derechos frente a las Administraciones Públicas, a los beneficiarios les corresponden sólo expectativas⁴²¹.

El Tribunal Constitucional también ha declarado que la capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones no deriva directamente del artículo 34 de la CE y así, la citada Sentencia núm. 120/2011 es contundente cuando, recordando que la proclamación del Derecho de fundación para la consecución de fines de interés general implica el reconocimiento de un Derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del constituyente, afirma que “de la proclamación constitucional de este Derecho fundamental no se deriva, en

PIÑAR MAÑAS, J.L. “Tercer sector, sector público y fundaciones”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm.1, 2005, pp. 15-36.

⁴²⁰ Vid.: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”. *RAP*, núm. 155, 2001.

⁴²¹ Vid.: PIÑAR MAÑAS, J.L. “El estado actual del modelo constitucional: revisión crítica”...*Op. cit.*, p. 101.

consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídicas públicas”.

No obstante, ello no implica que los poderes públicos no se encuentren facultados para constituir este tipo de entes fundacionales, lo que sucede es que su habilitación constitucional deriva de otro precepto y, en concreto, del artículo 103.1 de la CE. El legislador puede prever que los entes públicos, en base a su potestad de autoorganización, puedan constituir fundaciones para satisfacer el mandato del citado precepto constitucional y, consecuentemente, actuar con la eficacia allí exigida. Al respecto, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional —Fundamento jurídico sexto— señala que:

(...) no nos encontramos en estos casos ante particulares que voluntariamente atienden fines de interés general, sino ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tienen normativamente encomendados⁴²².

En la línea apuntada por el Tribunal, ALLI TURRILLAS salva la constitucionalidad de las fundaciones del sector público, aduciendo que la norma constituyente no niega la posibilidad de crear este tipo de entes, si bien, en vez de acudir al tantas veces citado 34 de la CE, se refiere a los artículos 103.1 y 2 y 128.1, ambos de

⁴²² La citada Sentencia —Fundamento Jurídico Séptimo— añade:

La decisión del legislador de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad para constituir fundaciones (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones) tiene como consecuencia la posibilidad de que las Administraciones Públicas empleen instrumentalmente la legislación reguladora de esta concreta forma de personificación jurídica que, según hemos indicado, ha de concretarse de conformidad con el “concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional —el art. 34.1 CE— coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas” y que integra una “imagen cognoscible de la institución preservada por el art. 34 CE” (STC 341/2005, de 21 de diciembre, F.7). Sin perjuicio de que el legislador deba, por ello, respetar esa imagen, el carácter instrumental de las fundaciones respecto de las Administraciones Públicas que las han creado, y por lo que aquí interesa de las fundaciones del sector público respecto de la Administración del Estado, tiene, no obstante, diversas consecuencias para su régimen jurídico (...)

En el caso de fundaciones del sector público, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el artículo 34.1 CE —para fines de interés general, con arreglo a la Ley— sino que se deriva del art. 103.1 que llama a la Administración a servir con objetividad a los intereses generales, así como a actuar de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía... con sometimiento pleno a la Ley y fundamentalmente a la garantía de la integridad de esos principios constitucionales.

la CE, lo que habilitaría la creación de entidades instrumentales de las Administraciones Públicas y, entre otras, de las fundaciones⁴²³.

Se ha de advertir que pese al posicionamiento de los autores y del Tribunal Constitucional, lo cierto es que la capacidad para constituir entes fundacionales se encuentra normativizada en disposiciones de Derecho privado, dictadas al amparo del Derecho de fundación previsto en el artículo 34 de la CE, las cuales no hacen referencia alguna, ni en las distintas Exposiciones de Motivos ni en sus articulados, a la capacidad de autoorganización del poder público ni tampoco a los artículos 103 y 128 de la CE. Es más y, como después veremos, la Disposición Final Segunda de la Ley de Fundaciones del año 2002 al señalar los preceptos de aplicación general a todas las fundaciones, incluye el artículo 8 relativo a la capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones privadas dentro de la materia civil. Por lo tanto, lo que nos debemos plantear es si una norma privada es un instrumento suficiente para que las Administraciones Públicas se encuentren habilitadas para constituir fundaciones o, por el contrario, se exigiría una disposición de Derecho público que regulase su constitución y funcionamiento. Pues bien, en el panorama actual, donde la regulación de las fundaciones constituidas por los poderes públicos y configuradas como entes del sector público no se encuentran contenidas exclusivamente en disposiciones de Derecho privado, sino también en normas de Derecho público —como son las que regulan la contabilidad, finanzas y presupuestos, entre otras—, sería muy difícil sostener que estas entidades no gozan de la necesaria habilitación legal.

⁴²³ El autor señala:

Pues bien, no nos puede dejar indiferentes la consideración de que el art. 34, verdadera columna vertebral de la fundación como institución operativa sea un artículo válido, exclusivamente, para sujetos privados. Pues si esto es así, es entonces irremediable que debamos buscar otros apoyos constitucionales y legales para las fundaciones públicas. Tales apoyos pueden provenir de estos lugares (...)

Si es así ¿tiene el poder público capacidad para utilizarla? No parece, *ictu oculi*, que la Constitución niegue esta posibilidad, sino que tanto el artículo 103.1 y 2 como el 128.1 CE son un marco bajo el cual se permite que, posteriores leyes desarrollen la creación limitada por las instituciones públicas tanto de fundaciones como otras figuras: empresas, sociedades, etc. Pero, eso sí, bajo un régimen jurídico mucho más severo, derivado de su personalidad pública. Y con un mandato normativo —hoy el art. 2.4 LOFAGE— que aún constriñe más su régimen y tipología. Las Administraciones Públicas han acudido, con o más menos normalidad, a otras figuras, disponibles, que provienen del ámbito civil. Y lo han hecho para prestar determinadas actividades que debemos calificar como accesorias o secundarias a su fin público y, en cualquier caso, fuera de las potestades soberanas. En tal sentido, la fundación podría ser —y ha sido, de hecho— una de ellas.

Los controles que el legislador del Derecho administrativo ha impuesto en la constitución y funcionamiento de los entes fundacionales, completando, en algunos casos, las previsiones contenidas en las disposiciones de Derecho privado y, ratificando, en otros, lo establecido en estas últimas, impide que se pueda hablar de problemas de constitucionalidad en la creación de entidades fundacionales por parte de los poderes públicos, dado que su configuración legal, considerada en su conjunto por la yuxtaposición de disposiciones, cumple holgadamente las cautelas que se exigen al bloque de *lo público*⁴²⁴.

3. LA PRIMERA LEY ESTATAL DE FUNDACIONES POSTCONSTITUCIONAL Y LOS CONTROLES PÚBLICOS PREVISTOS EN EL ANTIGUO TRLGP DE 1988

3.1. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general⁴²⁵

La Ley de Fundaciones de 1994 fue la primera Ley estatal postconstitucional que regulaba el Derecho de fundación y que derogó la vieja Ley General de Beneficencia de 1849, norma que hasta ese momento se encontraba en vigor y, que junto con el Código Civil constituyó una pieza clave en materia de fundaciones⁴²⁶. Como expresamente señalaba su Exposición de Motivos, esta

⁴²⁴ En este sentido PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ señalan:

Admitido lo anterior, y, por tanto, que es posible la creación de fundaciones por personas jurídico-públicas y no sólo la participación en su constitución, de inmediato hemos de insistir en la necesidad de tomar todas las cautelas posibles para evitar que se pueda caer en una utilización torticera de la institución.

PIÑAR MAÑAS J.L.; REAL PÉREZ A. *Op. cit.*, pp. 217-223.

⁴²⁵ En adelante, Ley de Fundaciones de 1994.

⁴²⁶ La Ley General sobre establecimientos de beneficencia, aprobada mediante Real Decreto de 20 de junio de 1849 (*Gaceta de Madrid*, núm. 5398, de 24 de junio de 1849) —en adelante, Ley General de Beneficencia de 1849— es el antecedente legislativo inmediato a la Ley de Fundaciones de 1994 y ha estado en vigor hasta que se ha promulgado esta disposición legal. El artículo 1 de la citada Ley de 1849 reconocía a los establecimientos como públicos, pero permitía, excepcionalmente, la posibilidad de que existiesen privados.

La Ley clasificaba en el artículo 2 los establecimientos públicos en generales, provinciales y municipales y, atribuía al Gobierno la dirección de la beneficencia —artículo 4—, quien estaría auxiliado por diversas Juntas de Beneficencia —artículo 5—. El Gobierno se reservaba la facultad de crear y suprimir establecimientos, agregar o segregar sus rentas en todo o en parte —artículo 15—.

Asimismo, en el artículo 35 del Código Civil de 1889 (*Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889), se reconoce como personas jurídicas a las “fundaciones de interés público reconocidas por la Ley”.

Ya desde antiguo se podían encontrar ejemplos en el Derecho español de fundaciones constituidas por los poderes públicos conforme al modelo jurídico-civil de dotación patrimonial, junto con un patronato público. Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. RAMÓN FERNÁNDEZ, siguiendo a la legislación alemana, ya habían apuntado la necesidad de crear una figura específica de Fundación de Derecho Público, dentro del género de los entes públicos institucionales. Los autores señalan:

Así, la “Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos” (Decreto-Ley de 23 de agosto de 1957); o la “Fundación Lázaro Galdiano” (Ley de 17 de julio de 1948, reformada por la de 15 de julio de 1952); o las fundaciones en cuyo Patronato sustituyó el Estado a la antigua Casa Real (Decretos de 1 de julio de 1932, 17 de febrero de 1934 y 13 de junio de 1935; hoy todos estos Patronatos están incluidos en el Patrimonio Nacional, y son personalmente ejercidos por el Jefe del Estado; Ley de 7 de marzo de 1940, artículos 3º y 8º); o la llamada “Obra Pía de los Santos Lugares” (Ley de 3 de junio de 1940, en realidad sucesora de una antigua o antiguas fundaciones de cuyos capitales se incautó el Estado por Ley de 2 de agosto de 1886) o las Fundaciones en el extranjero cuyo protectorado ejerce el Ministerio de Asuntos Exteriores (Decretos de 12 de diciembre de 1947 y 13 de abril de 1951). Ha de advertirse que no siempre el término Fundación se refiere a supuestos específicos de este tipo (así la que se llamó “Fundación Nacional para Investigaciones Científicas” creada por la República y luego absorbida por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y de naturaleza jurídica puramente institucional).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T.I. *Op. cit.*, 5.ª ed., 1989, reimpr. 1991, pp. 226 y 227.

Por otra parte, también encontramos una referencia al vocablo “fundación” en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y en concreto en el artículo 85 cuando se hacía referencia a la fundación pública del servicio, como una de las formas de gestión de un servicio público. Ahora bien, este tipo de entes no tenían absolutamente nada que ver con las fundaciones a las que nos estamos refiriendo. Comprendía a las de tipo institucional para gestionar servicios públicos, cuya denominación se sustituyó por la de Organismos Autónomos en el artículo 85 de la LBRL. Se trataban de entes que no tenían ni autonomía ni gestión independiente, sino, más bien, dependencia orgánica y funcional del ente local correspondiente. Su denominación de “fundación” era totalmente inapropiada, y conducía a equívocos con las fundaciones privadas, ya que su naturaleza pública era clara y evidente. Así lo había confirmado el Tribunal Supremo en reiterados pronunciamientos. Así, la STS de fecha 9 de diciembre de 1999, donde se analizaba a la Fundación Hospital San Jaime de Calella y la STS de fecha 23 de febrero de 1995 donde se enjuiciaba una reclamación formulada por el extinto INSALUD contra el Ayuntamiento de San Sebastián y contra la Fundación Pública: Centro de Atracciones y Turismo.

Así, en la primera de ellas, el Tribunal Supremo señalaba:

Motivo este que ha de ser desestimado puesto que frente a la calificación que hace la Sentencia recurrida sobre la naturaleza pública de la Fundación, por lo que entiende estar comprendida en el art. 52 del expresado Reglamento de Recaudación en referido a los entes públicos con cuya categoría cierra la enumeración que contiene, la Tesorería recurrente no funda su alegación en ninguna norma o doctrina legal, que establezca o de ellas se derive que la Fundación del Hospital de San Jaime de Calella, no tiene naturaleza pública por lo que ante esta omisión del fundamento del motivo, el mismo ha de ser desestimado; sin perjuicio de lo cual, puede señalarse que las fundaciones establecidas por los Ayuntamientos no se hallan excluidas por el art. 85.3 b) LBRL como medio para la gestión por las corporaciones locales de los fines que son de su competencia, entre los cuales y dentro de la amplia formulación del art. 25.1 de la misma LBRL cabe la prestación a nivel de municipio de servicios hospitalarios por medio del ente en cuestión en cuanto contribuye a satisfacer las necesidades de la vecindad comunal; por lo que

Ley puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto, fragmentario, incompleto y, aún contradictorio, estableciendo una completa regulación legal en la que, además se contemplaba, conjuntamente, el régimen jurídico de los entes fundacionales y las ventajas fiscales que podían obtener los particulares por sus actividades o aportaciones económicas destinadas a fines de interés público o social⁴²⁷. El desarrollo de la Ley de Fundaciones de 1994 se llevó a cabo mediante el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal⁴²⁸.

Las fundaciones reguladas en esta Ley se encontraban configuradas como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro, en las que sus creadores adscriben de modo duradero un patrimonio a la consecución de un interés general. Ostentan personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones y la dotación fundacional podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, siempre que se declare adecuada y suficiente al cumplimiento del fin fundacional. Tienen duración indefinida y, el gobierno y representación de la fundación corresponde al patronato, el cual debe cumplir con los fines fundacionales. El Protectorado, como órgano administrativo, facilitará el recto ejercicio del Derecho de fundación y asegurará su legalidad y funcionamiento.

El artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994 era el que habilitaba expresamente a las personas jurídico-públicas para la creación de fundaciones, y a tal efecto se señalaba que “las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”. Este precepto fue objeto de numerosas críticas por parte de la

nada se opone a que tales fundaciones se constituyan con carácter público para la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, como establece el art. 85.1 Ley Reguladora de Bases de Régimen Local.

⁴²⁷ La propia Exposición de Motivos —Expositivo III— detalla la dispersión normativa que existía hasta el momento y, en concreto, hacía referencia a los siguientes antecedentes normativos: La Ley General de Beneficencia de 1849; el Código Civil; el Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 dictando reglas relativas a la Beneficencia en general y para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia en particular (*Gaceta de Madrid*, núm. 74, de 15 de marzo de 1899); el Decreto 2930/1972, de 21 de julio por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas y de los Servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas; el Real Decreto de 20 de julio de 1926, de Instituciones y Fundaciones Benéfico-docentes Particulares de Enseñanza Agrícola, Pecuaria o Minera; el Decreto 446/1961, de 16 de marzo de fundaciones laborales.

⁴²⁸ En adelante, Real Decreto 316/1996.

doctrina que se sustentaban, principalmente, en dos argumentos. En primer lugar y como ya se ha expuesto, el artículo 34 de la CE no habilita a la constitución de fundaciones por parte de los poderes públicos, los cuales se han apropiado de una institución reservada al sector privado; y en segundo término, la fundación es un claro instrumento utilizado por las Administraciones Públicas para huir de los controles administrativos. Se ha de señalar que a diferencia del régimen actual, las fundaciones del sector público, constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994, apenas estaban sujetas a controles en sede de finanzas, intervención, contabilidad pública o contratación, entre otros, y por tanto eran el máximo exponente de la huida del Derecho administrativo.

Así, por ejemplo, ROJAS MONTES llega a afirmar que el artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994 es “una apropiación por parte de una persona pública de una institución jurídica típica de la sociedad civil”⁴²⁹. Por otra parte, MUÑOZ MACHADO afirma que podría concluirse que:

el primer y esencial quebranto de la garantía constitucional que se desprende del artículo 34 de la CE deriva de la creación de fundaciones por las Administraciones Públicas, ya que de acuerdo con su tradición y por la ubicación que su regulación tiene en la Constitución, las fundaciones son establecimientos de base y fundador privado⁴³⁰.

SOCÍAS CAMACHO apunta que:

es inadecuado que la legislación de fundaciones atribuya capacidad para fundar a las personas públicas, y ello por cuanto las entidades públicas no gozan del mismo Derecho de libertad que los particulares, y además porque la garantía de institución que establece la CE obliga a no convertir a las fundaciones en un instrumento de organización en las que no se reconozcan sus características básicas⁴³¹.

CARBALLEIRA señala que el “Estado regula un aspecto del régimen jurídico de las Administraciones Públicas apoyándose en un título competencial distinto e

⁴²⁹ ROJAS MONTES, L. *La fundación: instrumento privado de intereses generales*. Granada: Nuestra Señora de las Angustias, 1996, p. 15. [Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada pronunciado el 20 de noviembre de 1995].

⁴³⁰ MUÑOZ MACHADO, S. “El tercer sector entre el Estado y el mercado”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; TORNOS MAS, J. (Ed.). *La Enseñanza del derecho administrativo, tercer sector y fundaciones, rutas temáticas e itinerarios culturales*. Barcelona: Cedecs, 2002, p. 229 [Actas del XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo: Salamanca, 9-11 de octubre de 2000].

⁴³¹ SOCÍAS CAMACHO J.M. *Op. cit.*, pp. 117 y 118.

inadecuado⁴³². MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y DEL SAZ abogan por su inconstitucionalidad⁴³³.

La tramitación parlamentaria del citado artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994 fue un claro reflejo de las críticas de la doctrina mayoritaria de la época, y dos Grupos Parlamentarios —CiU y Grupo Popular— intentaron, sin éxito, su supresión⁴³⁴. La Enmienda núm. 258 del Grupo Popular proponía la eliminación del precepto y su justificación se encontraba en la Enmienda núm. 256 correspondiente al artículo 6.1⁴³⁵. Por otra parte, la Enmienda núm. 93 del Grupo Parlamentario catalán proponía la siguiente redacción: “Las personas jurídico-

⁴³² CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Op. cit.*, p. 65.

⁴³³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ señala:

La, a nuestro juicio, insalvable inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley de Fundaciones, que es preciso afirmar sin ambages ni paliativos, y sin posibilidades de saneamiento ni de interpretaciones conformes al orden constitucional, deriva directamente de la incompatibilidad del principio que nos parece existe entre la figura de las Fundaciones privadas reguladas en la Ley 30/94 y las exigencias constitucionales sobre la actuación de la Administración y su posible descentralización.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “Fundaciones privadas del sector público. Problemas de constitucionalidad”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; TORNOS MAS, J. (Ed.). *Op. cit.*, pp. 301-332.

En el mismo sentido, vid.: SAZ CORDERO, S. DEL. “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo...”. *Op. cit.*, p. 172 y ss.

⁴³⁴ Todas las enmiendas a las que hacemos referencia pueden consultarse en el BOCG Serie A, núm. 39-7, de 16 de marzo de 1994.

⁴³⁵ La justificación de la Enmienda núm. 258 fue la siguiente: “En consonancia con y por las mismas razones de la enmienda al apartado 1 de este mismo artículo”.

Por otra parte, la Enmienda núm. 256 proponía la modificación del artículo 6.1, debiendo quedar redactado en los siguientes términos: “Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas privadas”.

La justificación de la Enmienda núm. 256 fue la siguiente:

No debe permitirse que las personas jurídicas públicas creen fundaciones privadas para escapar de los controles administrativos del gasto público, creando “cajas especiales”.

Así se establece además en la Ley catalana de Fundaciones de 3 de marzo de 1982, con la que este precepto entraría en conflicto (al ser de aplicación directa en todo el territorio, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Primera).

Por otro lado, el “derecho de fundación” se contempla en la Constitución en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, como “derecho de los ciudadanos”.

Finalmente, los entes públicos no pueden inmovilizar los bienes productores de rentas afectándolos de forma permanente a un fin, ni precisan crear fundaciones para desarrollar fines de interés general, puesto que ya los deben cumplir por sí mismos.

Tema bien distinto es la participación de los entes públicos en los patronatos de ciertas fundaciones privadas, que se regula más adelante.

públicas tendrán capacidad para participar en la constitución de fundaciones junto con personas físicas y personas jurídicas privadas, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”⁴³⁶. Como decimos, ninguna de las dos enmiendas prosperó, y el redactado del artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994 se mantuvo en los mismos términos que el contenido en el proyecto de Ley.

Del redactado del artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994 se deduce que la norma contenía una única limitación, consistente en que las normas reguladoras de los poderes públicos no contuviesen una prohibición en la constitución de la fundación, la cual se mantuvo tanto en la Ley posterior de Fundaciones del año 2002 como en la gran mayoría de legislaciones autonómicas reguladoras de este Derecho. Esta remisión ha querido ser vista por algunos autores como una exigencia de la necesidad de que se dictase una ley habilitante ulterior para la constitución de la fundación por parte del sector público⁴³⁷. La cuestión dio lugar a un enorme debate doctrinal entre distintos autores administrativistas que se posicionaron a favor y en contra de la habilitación con reserva de prohibición. Pese a que la referida controversia no tiene incidencia en el objeto de nuestro estudio, se considera conveniente resaltar que a nuestro criterio este requisito adicional aducido por algunos

⁴³⁶ La Enmienda núm. 93 se justificaba en los siguientes términos: “Se debe precisar que podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas privadas, pero las entidades jurídico-públicas no podrán constituir las por sí mismas”.

⁴³⁷ Así, por ejemplo, VAQUER CABALLERÍA entiende que conforme a la concepción sistemática del ordenamiento jurídico, la habilitación general a favor de los entes públicos para constituir fundaciones no es en absoluto una habilitación en blanco para celebrar dicho acto privado, sino que, por el contrario, se trata de una norma de recepción que requiere una ulterior habilitación o actualización por parte de la legislación estatutaria de las Administraciones Públicas. Considera que se está atribuyendo a los entes públicos una habilitación que requiere actualización por parte de la normativa administrativa.

Vid.: VAQUER CABALLERÍA, M. *Op. cit.*, pp. 40 y 41.

PAREJO ALFONSO, en el Prólogo al libro de VAQUER CABALLERÍA —*supra cit.*— comparte la idea de que la previsión del artículo 6.4 de la Ley 30/1994 sólo puede entenderse como una habilitación genérica del Derecho privado requerida de actualización por las normas administrativas posteriores, pero sitúa el debate en un nivel superior, al considerar que con esta habilitación resulta violentado el sistema constitucional de la organización administrativa, y concluye toda regulación sobre tipos organizativos posibles y su funcionamiento y, por tanto, las condiciones para su creación, modificación y extinción, deben residenciarse precisamente en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y ser ejercicio del título competencial correspondiente.

Vid.: VAQUER CABALLERÍA, M. *Op. cit.*, p.14 y15.

En el mismo sentido, CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Op. cit.*; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; TORNOS MAS, J. (Ed.). *Op. cit.*, pp. 301-333; y SOCÍAS CAMACHO, J.M. *Op. cit.*

autores no se deduce de la literalidad de la norma, que contiene una previsión negativa, y no la exigencia de una ley habilitadora posterior⁴³⁸.

La regulación de las fundaciones del sector público contenida en la Ley de Fundaciones de 1994 se limitaba al artículo 6.4 antes mencionado, sin que, a diferencia de la hoy vigente Ley de Fundaciones del 2002, se hiciese referencia alguna ni a su delimitación conceptual, ni a su régimen jurídico. Tampoco encontramos mención alguna en el desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero. El problema derivado de la ausencia de regulación específica era más que evidente, a lo que se sumaba que las fundaciones constituidas por los poderes públicos tampoco estaban previstas en aquella época en la normativa de contratación pública ni tampoco en el hoy derogado TRLGP de 1988. Ello provocó una proliferación masiva de fundaciones públicas como un instrumento claro y evidente de la huida de los controles públicos⁴³⁹, huida que sólo podía ser imputable a la prepotencia del legislador que había permitido, con la ausencia de regulación específica, la constitución de fundaciones públicas sin sujeción a un régimen jurídico público concreto. Como ha dicho ALEJANDRO NIETO y, haciendo hincapié, una vez más, en la utilización

⁴³⁸ En este sentido se manifiestan PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ. Para los autores, la normativa reguladora puede desde impedir que la Administración constituya fundaciones hasta limitar o restringir su constitución, o someterla a condiciones específicas, pero ello no puede traducirse en la necesidad de una Ley adicional de reconocimiento expreso y puntual a las entidades públicas de su capacidad para constituir fundaciones.

Vid.: PIÑAR MAÑAS, J.L.; REAL PÉREZ, A. *Op. cit.*, p. 203 y ss.

En el mismo sentido lo entienden: MORELL OCAÑA L.; RUIZ OJEDA, A. "La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público". En: RUIZ OJEDA, A. (Coord.). *Manual de Fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 260 y 261.

La postura de estos autores se ha visto refrendada por la STSJ de Madrid de 29 de diciembre de 2009, que si bien analizaba la Ley de Fundaciones del año 2002, su redactado es de iguales características a la de la Ley de Fundaciones de 1994. La citada Sentencia señala:

El artículo octavo de la Ley 50/2002 de Fundaciones, al regular la capacidad para fundar, además de los dos requisitos ressaltados en la demanda para personas físicas o jurídicas privadas de índole asociativa, establece en su número 4 que las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario, de donde resulta que el Consejo General en este caso tiene capacidad de crear fundaciones, capacidad que sólo cedería ante una disposición expresa en contrario de las normas que la regulan, disposición que no se identifica en la demanda ni se halla en los estatutos.

⁴³⁹ En ese momento se empezaron a constituir fundaciones con el fin de buscar flexibilidad en la organización. A título de ejemplo y, en cuanto a las fundaciones estatales se refiere, podemos citar las siguientes fundaciones: Fundación del Teatro Lírico, Fundación Escuela de Organización Industrial, Fundación Seguridad y Salud en el Trabajo, Fundación Iberoamericana para la Administración Pública, Fundación Carlos III para la Investigación del Cáncer, Fundación para la Investigación y la Prevención del SIDA en España, entre otras muchas.

de los entes de base privada como instrumento para huir del Derecho administrativo:

(...) lo que ha ocurrido no es que se haya limitado el Estado, sino que el Estado se ha sumergido: más de la mitad de nuestra Administración ha abandonado la veste pública, se ha convertido en organizaciones privadas desapareciendo de nuestra vista y reapareciendo de espaldas al régimen público estatal tradicional, en forma de dudosas empresas públicas, sociedades anónimas. Esta ha sido la auténtica transformación del Estado y con él de nuestras Administraciones Públicas⁴⁴⁰.

3.2 La regulación contenida en el antiguo TRLGP de 1988: Primeros controles públicos

Ya hemos visto que la Ley de Fundaciones de 1994 se limitaba a recoger la capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones, sin contener precepto alguno que las definiese ni que regulase su régimen jurídico. Eran el máximo exponente de la huida del Derecho administrativo. La situación empieza paulatinamente a cambiar cuando a través de las siempre polémicas Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se incorporan en el ya derogado TRLGP una serie de previsiones legales, con el objetivo de delimitar conceptualmente a las fundaciones del sector público y de incluir controles financieros y contables de los poderes públicos sobre su actividad.

En la LGP del año 1977 y en la redacción originaria del TRLGP de 1988 no se hacía mención alguna a las fundaciones del sector público estatal o de competencia estatal, ni tampoco se regulaban las obligaciones contables y financieras a las que posteriormente se encontrarían sujetas. La primera previsión que se recoge en la citada norma proviene del artículo 52.13 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 1999⁴⁴¹, que modificó el artículo 127.1. f) del TRLGP de 1988, incluyendo a los Presidentes del Patronato de las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal como cuentadantes sujetos a la obligación de rendir cuentas que se hayan de remitir al Tribunal de Cuentas, a través de la

⁴⁴⁰ NIETO GARCÍA, A. "La reforma de la Administración Pública en España". *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, 2, 1992, pp. 143-156.

⁴⁴¹ En adelante, Ley 50/1998 de Medidas Fiscales.

Intervención General de la Administración del Estado⁴⁴². Asimismo, mediante la citada Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, se preveía en el artículo 123.3 del TRLGP de 1988 que las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal formarían y rendirían sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad, estableciéndose en los artículos 100.2 y 129.1 de la citada norma que la Intervención General de la Administración del Estado auditaría las cuentas de las fundaciones, las cuales, y según el artículo 132.3 del TRLGP de 1988, formarían parte de la Cuenta General del Estado⁴⁴³.

Pero no es hasta el año 2000, cuando mediante el artículo 43.6 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, y del Orden

⁴⁴² El artículo 127 del TRLGP de 1988 señalaba:

1. Serán cuentadantes los titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas y, en todo caso: (...)
 - f) Los Presidentes del patronato de las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal.
2. Los cuentadantes de las entidades y órganos enumerados en el punto anterior son responsables de la información contable y les corresponde rendir, en los plazos fijados al efecto y debidamente autorizadas, las cuentas que hayan de enviarse al Tribunal de Cuentas, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado.

⁴⁴³ El artículo 100.2 del TRLGP de 1988 señalaba:

La Intervención General de la Administración del Estado realizará anualmente la auditoría de las cuentas de los Organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, los organismos públicos y las entidades a que se refieren las Disposiciones adicionales novena y décima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, las fundaciones de naturaleza pública estatal y las sociedades mercantiles estatales, en los supuestos, forma y con el alcance establecido en el artículo 129 de esta Ley.

Por otra parte, el artículo 129.1 del TRLGP de 1988 decía:

La Intervención General de la Administración del Estado realizará anualmente la auditoría de las cuentas que deban rendir los Organismos autónomos, las Entidades públicas empresariales y los organismos públicos y, las Entidades a que se refieren las Disposiciones adicionales 9 y 10 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, las Entidades del Sistema de Seguridad Social y las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal.

Y el artículo 132.3 del TRLGP de 1988:

La Cuenta General del Estado se formará con los siguientes documentos:

Cuenta General de las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, que se formará mediante la agregación o consolidación de las cuentas de las entidades que formen sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que lo desarrollen.

Social, se incluye un párrafo tercero al artículo 123 del TRLGP de 1988 y se define por primera vez a las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal como aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o demás entidades del sector público estatal⁴⁴⁴. Tal y como se puede deducir del precepto, no se hace referencia al concepto “sector público estatal”, ni tampoco a los términos “aportación” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”, que se incorporarían posteriormente en la Ley de Fundaciones del año 2002. Ello implicaba que una fundación, cuyo patrimonio fundacional con carácter de permanencia fuese mayoritariamente público, quedase excluida de la aplicación de la Ley, al referirse el precepto sólo y exclusivamente al concepto “dotación fundacional”. En consonancia con esta modificación y, mediante el artículo 43 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2001, se añade un nuevo apartado al artículo 6 del TRLGP de 1988 donde se establece que son fundaciones estatales aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o demás entidades del sector público estatal, requiriéndose para su creación la autorización por parte del Consejo de Ministros⁴⁴⁵. Como después veremos, el apartado quinto de este precepto se modificó una vez más mediante la Ley de Fundaciones del año 2002, recogiendo la definición de fundación en los mismos términos que en la normativa privada de fundaciones.

Por último, vale la pena destacar que mediante el artículo 59.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2002 se procedió a modificar el artículo 50, letra d) del TRLGP

⁴⁴⁴ El párrafo segundo del artículo 123.3 del TRLGP de 1988 señalaba: “Se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos o las demás entidades del sector público estatal”.

⁴⁴⁵ El artículo 6.5 del TRLGP de 1988 establecía:

Son fundaciones estatales a efectos de esta Ley, las fundaciones en cuya dotación participen mayoritariamente, directa o indirectamente, la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos o las demás entidades del sector público estatal. Su creación requerirá en todo caso autorización previa por parte del Consejo de Ministros.

de 1988, ordenando que los Presupuestos de las fundaciones del sector público se incluyesen en los Generales del Estado⁴⁴⁶.

Este es el panorama legislativo que nos encontramos cuando se promulga la Ley de Fundaciones del año 2002, y, como vemos la ausencia de controles públicos sobre estas entidades, si bien dista de ser el ideal, no es tan recalcitrante como el de épocas pasadas, y en concreto en el momento en que se dicta la Ley de Fundaciones de 1994. Es a raíz de la nueva Ley de Fundaciones del año 2002 cuando se empiezan a generalizar en la normativa de Derecho público determinados controles financieros y contables, como por ejemplo, el previsto en el artículo 99.4 del derogado TRLGP de 1988 cuando hace referencia a que estas entidades se encuentran sometidas a un control financiero, ejercido de forma centralizada por la Intervención General de la Administración del Estado, en ejecución del Plan anual en que se incluya su realización.

4. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

4.1 Justificación de la exposición

La letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP contiene la delimitación conceptual de las fundaciones como entes integrantes del sector público, idéntica a la incluida en la Ley de Fundaciones del año 2002. Si bien por razones de seguridad jurídica es de alabar que distintas normativas contengan idénticas definiciones, lo cierto es que la no coincidencia conceptual se hubiese resuelto a favor de la normativa sectorial en materia de contratación pública sobre la general de fundaciones. Ahora bien, dado que el alcance del presente capítulo tiene por objeto determinar su nivel de sujeción al TRLCSP, es por lo que deberemos conocer cuál es su régimen jurídico y los controles a los que se encuentran sometidas, los cuales están contenidos tanto en la normativa privada que regula las fundaciones, como en las disposiciones de Derecho público en materia de finanzas, presupuestos, intervención o fiscalización, entre otras. Características tales como el tipo de actividades que realizan estas entidades o el control al que

⁴⁴⁶ El artículo 50 del TRLGP de 1988 señalaba: "Integran los Presupuestos Generales del Estado:(...) d) Los presupuestos de las fundaciones Estatales".

se encuentran sometidas requieren que analicemos toda la normativa que afecta a las fundaciones.

Además, no nos debemos limitar a la legislación estatal, sino que debemos examinar las distintas leyes autonómicas que inciden en el régimen jurídico de las fundaciones del sector público autonómico. El hecho de que estas disposiciones pudiesen contener distintas delimitaciones conceptuales de lo que hemos de entender por fundaciones del sector público puede ser ilustrativo, pero no incide de forma directa en nuestro estudio. La cuestión varía, sin embargo, en relación con su régimen jurídico, y en particular con los controles públicos a los que se encuentran sometidas, los cuales no se encuentran definidos ni detallados en el TRLCSP. Es por este motivo, por el cual nos vemos obligados no sólo a analizar el régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal, sino también las de ámbito autonómico y para ello, debemos conocer con carácter previo, cuáles son los títulos competenciales que habilitan al Estado y a las Comunidades Autónomas a legislar en materia de fundaciones. Se advierte desde el inicio que con la exposición de la distribución de competencias no se pretende agotar el tema con el análisis de los distintos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales recaídos al respecto, sino simplemente nos sirve como instrumento para evidenciar que las distintas Comunidades Autónomas han legislado en materia de fundaciones.

4.2 La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones

Las fundaciones no se encuentran referidas expresamente en ninguno de los dos preceptos constitucionales que regulan las materias competenciales asignadas a las Comunidades Autónomas y al Estado —artículos 148 y 149 de la CE—. Ante esta situación, y dado que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁴⁷, el artículo 34 de la CE no es ninguna norma atributiva de competencias, es por lo que se tiene que acudir al artículo 149.3 de la CE cuando señala que las materias no atribuidas expresamente al Estado por

⁴⁴⁷ Entre otras, la ya referida STC núm. 341/2005, de 21 de diciembre.

la CE podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de la asunción de competencias en sus respectivos Estatutos de Autonomía⁴⁴⁸.

Ahora bien, determinadas materias no pueden ser asignadas de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas, y ello por cuanto el Estado tiene determinados títulos competenciales que inciden de pleno en algunos aspectos de las fundaciones. Así, el artículo 149.1.1.ª de la CE le atribuye competencias exclusivas en materia de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y los artículos 149.1.6.ª y 149.1.8.ª en materia de legislación mercantil y procesal y civil, respectivamente.

La Disposición Final Primera de la Ley estatal de Fundaciones del 2002, en consonancia con lo dicho, recoge los preceptos aplicables con carácter general a todas las fundaciones, al margen de su ámbito de actuación territorial. Así, según el apartado primero de la citada Disposición Final Primera, y de conformidad con el artículo 149.1.1.ª de la CE —en materia de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales—, constituyen condiciones básicas los preceptos relativos al concepto de fundación: la

⁴⁴⁸ Los actuales Estatutos de Autonomía han asumido competencias en materia de fundaciones en los siguientes preceptos: artículo 79.2 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía —en adelante, Estatuto de Andalucía—; artículo 71.40.º de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón —en adelante, Estatuto de Aragón—; artículo 10.1.30 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre de Estatuto de Autonomía para Asturias; artículo 30.33.ª de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears —en adelante, Estatuto de Autonomía de Baleares—; artículo 30.7.ª de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias —en adelante, Estatuto de Autonomía de Canarias—; artículo 24.29 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cantabria —En adelante, Estatuto de Autonomía de Cantabria—; artículos 70.1.34.ª de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León —en adelante, Estatuto de Autonomía de Castilla y León—; artículo 31.1.25.ª de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha —En adelante, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha ; artículo 118.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; artículo 9.11. de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura —en adelante, Estatuto de Autonomía de Extremadura—; artículo 27.26.ª de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril del Estatuto de Autonomía para Galicia —en adelante, Estatuto de Autonomía de Galicia—; artículo 8.1.34.ª de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio del Estatuto de Autonomía para La Rioja— en adelante, Estatuto de Autonomía de La Rioja—; artículo 26.1.26.ª de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero del Estatuto de Autonomía para la Comunidad de Madrid —en adelante, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid—; artículo 10.1.26.ª de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia —en adelante, Estatuto de Autonomía de Murcia—; artículo 44.20 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento de Navarra; artículo 49.1.23.ª del Estatuto de la Comunidad valenciana; y artículo 10.1.13.ª de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía del País Vasco —En adelante, Estatuto de Autonomía vasco—.

obligación de perseguir fines de interés general; el carácter colectivo de los posibles beneficiarios; la personalidad jurídica; el carácter constitutivo de la inscripción registral; la necesidad de gobierno a través del patronato; y las causas de extinción y la supervisión a través del Protectorado. Por otra parte, y según la letra a) del apartado segundo de la citada Disposición Final Primera son de aplicación general, de conformidad con los artículos 149.1.1.ª y 149.1.8.ª —competencia exclusiva en materia de legislación civil—, los preceptos relativos al domicilio y la sede de las fundaciones; el régimen de fundaciones extranjeras en España; y los efectos de los restantes Registros públicos distintos del Registro de fundaciones.

Asimismo, y en consonancia con el artículo 149.1.8.ª de la CE —legislación civil—, y de acuerdo con la letra b) del apartado segundo de la citada Disposición Final Primera, son de aplicación general los preceptos relativos a la denominación de las fundaciones, la capacidad para fundar —incluyendo la de los poderes públicos—; las modalidades de constitución; el contenido de las escrituras de constitución y de los estatutos; la naturaleza y cuantía de la dotación; el régimen de la fundación en proceso de constitución; los deberes de diligencia y la responsabilidad de los patronos; la sustitución y cese de éstos y la necesaria inscripción de tales circunstancias en el registro; la composición del patrimonio; la imposición de una autorización para la enajenación o gravamen de ciertos bienes y derechos; el régimen de modificación estatutaria; la aceptación de herencias y legados por los patronos; el régimen de fusión de las fundaciones; su forma de extinción; y el régimen de intervención temporal. No podemos dejar de mencionar el segundo inciso de la letra b) del apartado segundo de la Disposición Final Primera, el cual prevé la aplicación preferente del Derecho foral o especial sobre estos preceptos.

Por último, de conformidad con el artículo 149.1.6.ª de la CE —en materia de legislación mercantil y procesal—, y tal y como señala el apartado tercero de la citada Disposición Final Primera de la Ley, son de aplicación general los preceptos relativos a la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos en caso de adopción de acuerdos lesivos para la fundación, los recursos jurisdiccionales y la posibilidad de suspensión judicial cautelar de patronos en su cargo.

El anclaje de ambas circunstancias —la asunción por parte de los Estatutos de Autonomía de competencias exclusivas en materia de fundaciones y, el hecho de que pueden haber cuestiones relacionadas con las fundaciones, cuya competencia exclusiva corresponda al Estado— ha sido realizado por parte del Tribunal Constitucional, de forma que será el legislador autonómico el que se encuentre habilitado para ejercer la libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las previsiones estatutarias⁴⁴⁹. De todas formas, el legislador autonómico deberá respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal, así como también las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles en el Derecho de fundación que hemos citado anteriormente⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ El apartado 4 de la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones del año 2002 señala: “Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal”.

BERMEJO LATRE afirma al respecto:

(...) Así pues, resulta de los estatutos de autonomía, del citado párrafo 4 de la Disposición Final primera LF, de los artículos 34.2 y 36.1 de la misma Ley y del artículo 2 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por RD 1337/2005, de 11 de noviembre, que existen fundaciones de competencia estatal, siendo éstas las que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma. Por lo tanto, la clave para singularizar las fundaciones de competencia estatal es la localización espacial del desarrollo principal de las actividades más allá de una sola Comunidad Autónoma, aunque resulta difícil concebir una fundación que desarrolle principalmente sus actividades en más de un territorio a la vez, como señala DE PRIEGO FERNÁNDEZ (2004:673).

BERMEJO LATRE, J.L. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dir.). *Tratado de Fundaciones...Op. cit.*, p. 154 y 155.

⁴⁵⁰ Entre otras la, ya citada, STC núm. 341/2005, de 21 de diciembre’ —Fundamento Jurídico Segundo— cuando señala lo siguiente:

(...) debemos partir de la constatación de que en el texto constitucional el fenómeno fundacional no es considerado como material competencial dotado de sustantividad propia. En efecto, esta materia no figura en los listados de los artículos 148.1 y 149.1 CE, sin que a efectos de la necesaria distribución competencial resulte clarificadora la consagración del derecho de fundación en el artículo 34 CE ya que no se trata de una norma atributiva de competencias. Por otra parte, las fundaciones sí se recogieron desde fecha temprana en varios Estatutos de Autonomía que proclamaron la competencia sobre las mismas de las respectivas Comunidades Autónomas. Ahora bien de tal situación no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el artículo 34 CE. En efecto el reconocimiento por el precepto del “derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley” incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el art. 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete ex art. 149.1.1 al regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado —en los términos en que los consagra la propia Constitución— le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 9), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la

Por tanto, de la Disposición Final Primera analizada y de la doctrina del Tribunal Constitucional podemos deducir, en relación con las cuestiones que nos ocupan, que el Estado tiene competencias exclusivas para decidir sobre la constitución de fundaciones por parte de los poderes públicos, y ello por cuanto el artículo 8 de la Ley de Fundaciones del año 2002 constituye legislación civil y, por tanto, es de aplicación general⁴⁵¹. El tema anunciado podría ser conflictivo si alguna Comunidad Autónoma hubiese legislado en contra de este precepto, en el sentido de prohibir que los poderes públicos pudiesen constituir fundaciones. No

realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponda establecer, de conformidad con el artículo 149.1.14 CE. En cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas, señalamos en la STC 48/1988, de 22 de marzo, F.2, que las fundaciones adquieren relevancia constitucional en los textos estatutarios. Así, en primer lugar, ya en los textos originarios de los Estatutos de Autonomía para el País Vasco (art. 10.13), Cataluña (art. 9.24), Andalucía (art. 13.25), Comunidad Valenciana (art.31.23) y Canarias (art. 30.7), estas Comunidades Autónomas asumieron la competencia exclusiva sobre fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en cada una de ellas; en parecidos términos, se pronuncian el Estatuto de Autonomía para Galicia (art. 27.26) y la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (art. 44.20) en relación con la Comunidad Foral de Navarra.

Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2. f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, la competencia exclusiva sobre “fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma” fue asumida por las restantes Comunidades Autónomas. Dicha competencia se incorporará más tarde al articulado de los distintos Estatutos de Autonomía y, concretamente, en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid a su art. 26.24 (...). Comunidades Autónomas”.

⁴⁵¹ No es este el lugar para exponer las distintas críticas que la doctrina ha vertido al respecto cuando el legislador, incluyendo el artículo 8 de la Ley de Fundaciones del año 2002 —y en concreto el de la capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones—, en la Disposición Final Primera, atribuye al Estado competencias exclusivas en esta materia, al considerar que se trata de legislación civil. Las referidas críticas derivan del error en el título competencial, de forma que el correcto hubiese sido el previsto en el artículo 149.1.18.ª de la CE —cuando se atribuyen al Estado competencias exclusivas en relación con las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas—, y no el artículo 149.1.8.ª de la CE.

Al respecto es ilustrativa la aportación de CARBALLEIRA cuando afirma:

Cabe preguntarse qué ocurriría si se diese la circunstancia contraria, esto es, que la LF limitase o prohibiese expresamente a las Administraciones públicas constituir fundaciones acogiéndose a las competencias del art. 149.1.8 CE. Seguramente la primera reacción frente a esa supuesta decisión del legislador sería la de denunciar la inconstitucionalidad del título competencial utilizado para, a continuación, poner de relieve que todo lo concerniente a la definición de lo básico en materia de organización y régimen jurídico de las Administraciones públicas debe ser ejercida por el Estado en el marco del art. 149.1.18 CE. Sin embargo, el presente caso sucede lo contrario. El Estado, amparándose en las competencias exclusivas que ostenta para dictar la legislación civil, otorga una facultad a las Administraciones públicas para crear fundaciones privadas. Dicho en otros términos, el Estado regula un aspecto del régimen de las Administraciones públicas apoyándose en un título competencial distinto e inadecuado.

obstante, según abordamos a continuación, esta situación actualmente no se produce, razón por la cual el debate ha devenido estéril.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas tendrán competencias exclusivas tanto en la delimitación conceptual de las fundaciones del sector público, como en la regulación de su régimen jurídico, y ello por cuanto ninguno de los preceptos que hacen referencia a estas cuestiones —artículos 44, 45 y 46 de la Ley de Fundaciones del año 2002 — constan referidos en la citada Disposición Final Primera, razón por la cual y, de acuerdo con el apartado cuarto de la citada norma, esos preceptos sólo serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal. Por este motivo, será del todo necesario analizar el régimen jurídico previsto en las distintas legislaciones autonómicas, ya que dependiendo de su configuración legal, las fundaciones del sector público autonómico podrán, o no, ser consideradas poderes adjudicadores.

Restaría analizar una última cuestión competencial significativa, derivada de la posible aplicación supletoria de la Ley de Fundaciones del año 2002 a aquellas Comunidades Autónomas que no hubiesen legislado en relación con el régimen jurídico de las fundaciones del sector público. La solución al problema planteado no viene dada por la citada Disposición Final Primera, ya que no hace referencia alguna a la supletoriedad de la normativa estatal, razón por la cual se deberá acudir a la cláusula general prevista en la CE y, en concreto, al artículo 149.3 cuando señala que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio de las Comunidades Autónomas”. Los distintos Estatutos de Autonomía disponen de preceptos similares, pero a la inversa, cuando señalan que “sólo en su defecto será de aplicación supletoria el Derecho del Estado”⁴⁵². Ahora bien, esta aplicación supletoria ha sido modulada por el propio Tribunal Constitucional cuando señala que el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria en materias sobre las cuales carece de todo título competencial, “el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal atributiva de competencias”, sino que debe venir dado por lo que el aplicador del Derecho

⁴⁵² A título de ejemplo, el artículo 21 del Estatuto de Autonomía del País vasco o el artículo 38.2 del Estatuto de Autonomía de Galicia. El artículo 110.2 del Estatuto catalán no es tan explícito cuando afirma que “El derecho catalán, en materia de las competencias exclusivas de la Generalitat, es el derecho aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro”.

decida cuando detecte una laguna en el ordenamiento autonómico⁴⁵³. MUÑOZ MACHADO explica la cláusula de supletoriedad a partir de la concepción constitucional del Derecho estatal como uno más completo que el autonómico, “donde se integran las reglas que dan unidad, sistematicidad y coherencia al ordenamiento jurídico entero; reglas de las que carece, o sólo tiene en una medida más limitada el ordenamiento particular de las Comunidades Autónomas”⁴⁵⁴.

Pues bien, como después veremos, todas las Comunidades Autónomas han asumido en sus correspondientes Estatutos competencias en materia de fundaciones, previendo en sus legislaciones internas la capacidad de los poderes públicos para constituir este tipo de entes fundacionales. El problema radica en relación con aquellas legislaciones autonómicas que hayan sido excesivamente parcas en la regulación del régimen jurídico de las fundaciones del sector público. En estos casos, debe entrar en juego la supletoriedad de la Ley estatal en cuanto a aquellas previsiones no contempladas en ninguna disposición autonómica —ya sea en la propia Ley de fundaciones, o bien en las distintas leyes de finanzas, hacienda pública o sector público—. Mediante la aplicación supletoria de la norma estatal, se completa el vacío o el hueco dejado por el legislador autonómico, de forma que ante la inexistencia de normativa que regule el régimen jurídico de las fundaciones del sector público, se deberá acudir a las previsiones estatales contenidas en la Ley de Fundaciones del año 2002. A

⁴⁵³ En este sentido se pronunció la STC núm. 118/1996, de 27 de junio, cuando señala que “la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes”.

En el mismo sentido, STC núm. 61/1997, de 20 de marzo sobre el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Esta última Sentencia ha sido ampliamente criticada por parte de la doctrina. Entre otros: MUÑOZ MACHADO. S. (Dir.). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. El ordenamiento jurídico*. T. II. Madrid: lustel, 2006, pp. 285-288.

⁴⁵⁴ El autor, haciendo referencia a la legislación estatal, señala:

Esta legislación fija la disciplina de las instituciones jurídicas fundamentales, de manera que contiene necesariamente el núcleo o sustrato jurídico del que tiene que servirse el Derecho autonómico. Éste es también, por razón de las mismas reglas de distribución de competencias, más incompleto, se refiere a objetos más singulares. Deja, por lo común, al proceder a regular las materias de competencia propia, huecos, intersticios, que pueden o deben, según los casos, ser rellenados con principios, reglas, o el empleo de instituciones que sólo están en el Derecho estatal (es éste, en consecuencia, un Derecho más general frente al carácter intersticial del Derecho autonómico). Es en el Derecho del Estado donde habrá que buscar y será posible encontrar principios jurídicos complementarios de las regulaciones sectoriales que formulen las Comunidades Autónomas.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo... Op. cit.*, p. 278 y ss.

esta misma conclusión ha llegado UTRILLA cuando, analizado la legislación de Castilla-La Mancha en materia de fundaciones —Comunidad Autónoma que se ha caracterizado por su escasa regulación—, considera que la supletoriedad de la legislación estatal deriva de la inactividad del legislador autonómico, que ha provocado un vacío normativo que debe ser rellenado con el Derecho estatal. La autora apoya su posicionamiento en distintos pronunciamientos judiciales, y en concreto en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fechas 15 de marzo de 2002 y 7 de mayo de 2003, y en la de la Audiencia Provincial de Toledo, de fecha 17 de junio de 2005, donde los órganos judiciales fallaron de conformidad con las leyes de fundaciones estatales⁴⁵⁵. En los mismos términos se expresa la Sindicatura de Cuentas de las Comunidad Castellano-Manchega en el Informe definitivo de la revisión formal de las fundaciones participadas mayoritariamente por el sector público regional, ejercicio 2010, al señalar lo siguiente:

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, regula el régimen jurídico de este tipo de entidades; la citada norma es de aplicación íntegra en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha al no existir en la misma regulación específica⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO dice:

Ello no impide, sin embargo, que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sea aplicada de modo supletorio a las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Por el contrario, estamos ante un caso de aplicación del principio de supletoriedad del Derecho estatal caracterizado por la inactividad de la Comunidad Autónoma en cuanto al desarrollo de una regulación que queda dentro de sus facultades, provocando ella misma el vacío normativo y dando lugar a la aplicación de las normas estatales para cubrirlo. De este modo, la aplicación de la normativa estatal neutraliza las consecuencias negativas de la inactividad del legislador autonómico. Debe entenderse que lo que sí excluye la jurisprudencia constitucional es derivar de la cláusula del artículo 149.3 CE un poder normado general del Estado que le permitiera entrar en las materias autonómicas bien con carácter supletorio o de segundo grado.

Esta variante de aplicación del principio de supletoriedad, que ha sido utilizado de modo relativamente frecuente en la primera legislación de las Comunidades Autónomas, puede emplearse de manera legítima siempre que se observen algunos límites. Señaladamente, las normas estatales a aplicar de modo supletorio han de tener alguna correspondencia con la posición y las competencias de la Comunidad Autónoma, y nunca puede invocarse con carácter supletorio cuando la distribución competencial les atribuya aplicabilidad directa en la Comunidad Autónoma concreta.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. "Las fundaciones en Castilla-La Mancha". En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones...* *Op. cit.*, pp. 232 y 233.

⁴⁵⁶ Publicado en *DOCM*, núm. 178, de 11 de septiembre de 2012.

4.3 La Ley de Fundaciones del año 2002

Al igual que ya había sucedido con la Ley de Fundaciones de 1994, en el trámite de aprobación de la Ley de Fundaciones del año 2002⁴⁵⁷, un Grupo Parlamentario —en este caso, el Mixto— propuso la supresión del Capítulo que regulaba las fundaciones del sector público, al considerar que su regulación debía estar incluida en otra disposición legal distinta a las de carácter privado. La Enmienda núm. 80 se encontraba justificada en los siguientes términos:

No parece oportuno incluir en el mismo texto legal la regulación de las fundaciones de carácter privado y público, por su diferente naturaleza. Las fundaciones públicas son, en la mayoría de los casos, entes instrumentales de la Administración, y por ello deben serles aplicables las normas de Derecho administrativo que rigen esos entes, con las especialidades propias que derivan de la naturaleza fundacional, y evitar así la continua "huida" del Derecho administrativo que se pretende con la proliferación de fundaciones públicas⁴⁵⁸.

Este criterio fue compartido por parte del Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1636/2002, de 9 de julio, cuando informó sobre el anteproyecto de Ley de Fundaciones y, al respecto, volvió a incidir sobre el hecho de que el artículo 34 de la CE no podía ser el título habilitante que justificase que los poderes públicos constituyesen fundaciones y sí, y en todo caso, en base a la potestad organizadora de las Administraciones Públicas⁴⁵⁹.

En el mismo sentido se expresó el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el Dictamen 65/1997, de 21 de octubre, cuando analizando la Fundación Pública para el Desarrollo del Espacio Rural de los Campos de Hellín aplicó la entonces vigente Ley de Fundaciones de 1994, señalando en su Considerando IV lo siguiente:

Atendiendo por tanto al supuesto planteado, el calificativo de "pública" de la fundación no supondría el sometimiento a ningún régimen jurídico específico distinto del que se contiene en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, sino que sería éste el directamente aplicable en ausencia de regulación normativa autonómica en la materia.

⁴⁵⁷ A diferencia del anterior régimen de la Ley de Fundaciones de 1994 donde se contenían en una misma disposición legal el régimen jurídico y sus aspectos tributarios, en la actual legislación se han desglosado estos dos planos en dos textos legales diferentes. A tal efecto, el legislador también dictó la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

⁴⁵⁸ BOCG Serie A, núm. 105-12, de 24 de octubre de 2002.

⁴⁵⁹ El Consejo de Estado señaló en el citado Dictamen:

La primera cuestión que se suscita, respecto de la regulación del Capítulo XI de las Fundaciones del sector público estatal, es la relativa a la conveniencia de su inclusión en el anteproyecto examinado. El Consejo General del Notariado y el Centro de Fundaciones consideran que no es el lugar adecuado para la regulación de dichas Fundaciones. La

Todas estas consideraciones no prosperaron y, el texto definitivo de la Ley se mantuvo en los mismos términos que los propuestos. De hecho, mediante la Disposición Final Segunda de la Ley de Fundaciones del año 2002 se procedió a modificar el artículo 6.5 del entonces en vigor TRLGP de 1988, incluyéndose la definición de fundación del sector público estatal de la Ley privada de Fundaciones. Posteriormente, incluso, se llegó a delimitar a estas entidades por referencia expresa a aquella y, así por ejemplo, en la actual LGP de 2003 se señala en su artículo 2.1.f) lo siguiente: “a los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal: f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones”.

Es el artículo 8.1 de la citada Ley el que prevé que las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario, precepto de contenido idéntico al ya comentado artículo 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994. Por otra parte, de acuerdo con las Disposiciones Adicionales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley de Fundaciones del año 2002 las entidades a las que se refiere la Ley 23/1982 del Patrimonio Nacional; las fundaciones de entidades religiosas; las público sanitarias, constituidas al amparo del artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales; y las constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril,

justificación de esta observación parece radicar en que el anteproyecto desarrolla el derecho de fundación reconocido por el artículo 34 de la Constitución en cuanto instrumento de participación de los particulares en la realización de actividades de interés general, de modo que el reconocimiento del derecho de fundación a las entidades públicas no constituye una exigencia resultante del referido precepto constitucional, sino una decisión del legislador al articular la potestad organizadora de la Administración y la utilización instrumental de formas jurídico-privadas (así, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Cataluña, a diferencia del artículo 6 de la Ley 30/1994, se refería sólo al derecho de fundación reconocido en la Constitución a las personas naturales o jurídicas privadas; la nueva Ley 5/2001 en su artículo 2 recoge dicha posibilidad indicando expresamente su preámbulo que proviene de la Ley 30/1994). Si a lo anterior se añaden las peculiaridades del régimen jurídico de este tipo de Fundaciones, resulta más adecuado que su regulación —la de las Fundaciones del sector público— se contenga en otro instrumento normativo distinto del presente que está fundamentalmente conectado con el desarrollo del derecho de fundación reconocido por el artículo 34 de la Constitución. Podría hacerse referencia en una disposición adicional a una futura Ley que las regulase.

CARBALLEIRA, compartiendo el criterio del Consejo de Estado, afirma: “De entrada, que la Ley de Fundaciones reconozca capacidad a las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones privadas y que en el capítulo XI se regulen las denominadas fundaciones de iniciativa pública es de por sí una desafortunada elección legislativa”.

CARBALLEIRA RIVERA M.T. *Op. cit.*, pp. 61-62.

sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, se encuentran excluidas de la Ley⁴⁶⁰.

El legislador estatal, en el año 2002, intentó atajar las críticas recibidas por parte de la doctrina mayoritaria en relación con la anterior legislación y, a tal efecto reguló toda una serie de cautelas y de controles por parte de los poderes públicos, a fin evitar la tan denunciada huida del Derecho administrativo. Se trata de previsiones que deben ser bienvenidas, pero que en ningún caso resolvían todos los problemas que se planteaban. Así, fueron dos las novedades que introdujo el legislador del año 2002 en relación con las fundaciones del sector público estatal. El artículo 44 de la Ley contiene su delimitación conceptual y en los artículos 45 y 46 de la Ley se regula el régimen jurídico al que se deben someter estas entidades. El artículo 44 establece lo siguiente:

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 autónomos 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.

El artículo 45.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002 es el que regula la creación de este tipo de entidades, requiriendo para la constitución,

⁴⁶⁰ En adelante, Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas del SNS.

La Disposición Adicional Primera establece: "La presente Ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional".

Por otra parte la Disposición Adicional Segunda dice:

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones, y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas.

La Disposición Adicional Tercera señala: "Las fundaciones sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica".

Indicando la Disposición Adicional Cuarta lo siguiente:

Las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, seguirán rigiéndose por su normativa específica, aplicándoles los preceptos del capítulo XI con carácter supletorio.

transformación, fusión, extinción y pérdida o adquisición del carácter de fundación del sector público estatal, la autorización del Consejo de Ministros. Además, se señala en el párrafo segundo del citado apartado primero — introducido por la Disposición Final Segunda de la LGP de 2003—, que se garantizará la designación de la mayoría de miembros del patronato por las entidades del sector público. Por otra parte, el artículo 46 de la Ley regula su régimen jurídico, estableciéndose una serie de limitaciones, y en concreto las siguientes: a) No podrán ejercer potestades públicas; b) Podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas; c) El Protectorado se ejercerá por la Administración General del Estado, con independencia de su ámbito territorial de actuación; d) En materia de presupuestos, contabilidad, y auditoría de cuentas, se regirán por la LGP de 2003; e) La selección de personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria; f) 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 principios⁴⁶¹; y g) Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.

Además de estas previsiones, exclusivamente aplicables a las fundaciones del sector público estatal, también se deberán tener en cuenta otras disposiciones, aplicables a todas las fundaciones y, en concreto, las relativas a las actividades económicas que pueden realizar las fundaciones o las funciones que debe ejercer el Protectorado sobre las fundaciones, previsiones contenidas no sólo en la Ley de Fundaciones del año 2002, sino también en su Reglamento de desarrollo.

⁴⁶¹ Si bien esta previsión legislativa se ha de entender actualmente derogada por el TRLCSP, lo cierto es que hasta el año 2005, en que se incluyeron a las fundaciones del sector público en el ámbito subjetivo de la normativa de contratación pública, ese precepto fue un claro instrumento para evitar el cumplimiento de la normativa de compras públicas y, consecuentemente, para huir de los controles en esta materia.

4.4 La legislación autonómica en materia de fundaciones

Antes de exponer el contenido de las normas autonómicas más relevantes con incidencia en lo público, se ha de hacer una precisión a efectos sistemáticos. El hecho de que sean diecisiete las Comunidades Autónomas que han legislado sobre la materia, implica que tengamos que seguir un hilo conductor a fin de no perder de vista las cuestiones más relevantes en cuanto a la configuración legal del régimen jurídico de las fundaciones del sector público autonómico. Así, se iniciará la exposición con las Comunidades Autónomas que disponen de legislación propia en materia de fundaciones, distinguiendo las que hubiesen legislado con anterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994 de aquellas otras que lo hubiesen hecho en un momento posterior. A renglón seguido se hará referencia al resto de Comunidades Autónomas que no disponen de legislación propia en materia de fundaciones, lo que nos obligará a acudir a otras disposiciones de Derecho público a fin de poder determinar si los poderes públicos controlan o no la actividad de los entes fundacionales.

4.4.1 En cuanto a las Comunidades Autónomas que disponen de legislación propia en materia de fundaciones

Son diez las Comunidades Autónomas que en la actualidad disponen de leyes propias en materia de fundaciones, previéndose en todas ellas la capacidad de los poderes públicos para constituir las⁴⁶². En algunas disposiciones autonómicas, tanto la delimitación conceptual como su régimen jurídico son similares a las estatales, mientras que en otras se han añadido otros criterios — como los ingresos mayoritariamente públicos o la representación mayoritaria del poder público en el patronato—, sin contener un régimen jurídico concreto, y sin que ello implique necesariamente que su actividad se encuentre huérfana de controles públicos, ya que para extraer esta conclusión deberemos analizar las disposiciones más relevantes en materia de hacienda, finanzas o contabilidad, entre otras.

⁴⁶² Andalucía, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra, Valencia, y País Vasco.

a) Legislaciones autonómicas dictadas con anterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994

Fueron cinco las Comunidades Autónomas que dispusieron de legislación propia en materia de fundaciones con anterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994: a) Las Comunidades Autónomas vasca y catalana regularon expresamente — permitiéndolo o prohibiéndolo—, la capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones⁴⁶³; b) Tanto la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego, como la Ley canaria 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias⁴⁶⁴, no lo preveían, simplemente se referían a que las personas físicas o jurídicas las podían constituir; y c) Un caso especial lo representa la Comunidad Foral de Navarra.

1) Comunidad Autónoma del País Vasco

Así, la Comunidad Autónoma vasca dispuso de su propia normativa en materia de fundaciones mediante la Ley 12/1994, de 17 de junio⁴⁶⁵, que en línea con la estatal, reconocía en el artículo 4, la capacidad de que las entidades jurídico-públicas pudieran constituir fundaciones. La actual Disposición Adicional Cuarta de la Ley es la que, sin contener una delimitación conceptual de fundación del sector público⁴⁶⁶, establece que las personas jurídicas públicas podrán constituir

⁴⁶³ De acuerdo con el apartado 2. b) de la Disposición final primera de la Ley de Fundaciones de 1994, el artículo 6.4 era de aplicación general a todas las fundaciones, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la CE, incluso a aquellas cuya competencia correspondía, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. Asimismo, se señalaba que este precepto sería de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial.

⁴⁶⁴ En adelante, Ley gallega 7/1983 de Fundaciones y Ley canaria 1/1990 de Fundaciones, respectivamente.

⁴⁶⁵ La Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, —en adelante Ley vasca 12/1994 de Fundaciones— se ha modificado en tres ocasiones. La primera con la Ley 13/1998, de 29 de mayo de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco; la segunda, mediante la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, por la que se añadía una nueva Disposición Adicional Cuarta, relativa al régimen de las fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas; y recientemente, ha sufrido una última modificación operada mediante la Ley 7/2012, de 23 de abril.

⁴⁶⁶ La delimitación conceptual de fundación se encuentra contenida en el artículo 23 *bis* del Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, cuando señala lo siguiente:

Son fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi aquellas en las que la mayoría de los miembros de su patronato se designen por entidades componentes de dicho sector público, siempre que además concurra en ellas alguna de las siguientes circunstancias:

o participar en la constitución de fundaciones exclusivamente para promover la participación de los particulares o de otras entidades, públicas o privadas, en actividades de interés general y siempre que ello no suponga la asunción del ejercicio de potestades públicas o de la prestación de servicios públicos obligatorios. Asimismo, se establece en el apartado segundo una serie de limitaciones y controles, destacándose la previsión de que su constitución requiere de la autorización por parte del órgano de gobierno que resulte competente⁴⁶⁷.

2) Comunidad Autónoma de Cataluña

Cataluña también legisló con anterioridad a la Ley de Fundaciones del 1994, pero a diferencia de la del País Vasco, preveía expresamente que sólo las personas naturales o jurídicas privadas podían constituir fundaciones

-
- a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi o demás entidades del sector público de la Comunidad Autónoma.
 - b) 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.

⁴⁶⁷ La Disposición Adicional Cuarta de la Ley vasca 12/1994 de Fundaciones, en los puntos 2 a) y 3, señala:

- 2. Creación y extinción.
 - a) La constitución de fundaciones por parte de las personas jurídicas públicas deberá ser autorizada por el órgano de gobierno que resulte competente, con carácter previo a la adopción del correspondiente acuerdo, previos informes favorables de los órganos competentes en materia de hacienda y régimen jurídico de cada institución. (...)
- 3. Régimen legal.
 - a) El Protectorado de Fundaciones del País Vasco y los órganos competentes en materia de contratación y función pública de cada persona jurídica pública velarán por que las contrataciones que realicen estas fundaciones se ajusten a la legislación aplicable en materia de contratación pública, y en todo caso a los principios de publicidad y concurrencia, así como porque la selección de su personal se rija por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.
 - b) Las fundaciones constituidas o participadas por personas jurídicas públicas que realicen, directa o indirectamente, actividades mercantiles o industriales ajustarán su actuación a los principios y normas de la libre competencia.

También se ha de tener en cuenta el artículo 23 *ter* del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, al requerir que determinados actos determinantes en la vida fundacional como la constitución o modificación estatutaria deban ser autorizadas por el Consejo de Gobierno con carácter previo al correspondiente acuerdo.

privadas⁴⁶⁸. Posteriormente, la Comunidad Autónoma catalana modificó su legislación y dictó la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, donde ya se reconocía a las personas jurídico-públicas capacidad para constituir fundaciones privadas, situación que se mantiene en la actual legislación contenida en el Libro III del Código Civil catalán aprobado mediante la Ley 4/2008, de 24 de abril, relativo a las personas jurídicas, asociaciones y fundaciones⁴⁶⁹.

En la redacción original del artículo 331-2 del Libro III del Código Civil catalán se delimitaba conceptualmente a la fundación del sector público en términos idénticos a los previstos en la legislación estatal del año 2002, y se añadía un supuesto adicional que se refería a la representación mayoritaria del poder público en el órgano de gobierno. Recientemente y, mediante la Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas⁴⁷⁰, el Libro III del Código Civil catalán ha sufrido una importante modificación, y se ha suprimido el apartado segundo del artículo 331-2 del Código Civil, de forma que ha desaparecido la definición de fundación

⁴⁶⁸ La legislación catalana contenida en la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones, establecía, en su artículo 1, que sólo las personas naturales o jurídicas privadas podían constituir fundaciones privadas.

El debate sobre la legislación a aplicar —si la catalana contenida en la Ley 1/1982 o bien la estatal de fundaciones de 1994—, ha devenido estéril y ello por cuanto la actual legislación autonómica prevé que los poderes públicos puedan constituir entidades fundacionales. No obstante, PIÑAR MAÑAS llegó a concluir que debía prevalecer la estatal, dado que con el precepto en cuestión, lo que está en juego no es el Derecho civil, sino las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el cual entra de lleno en las competencias que la CE le atribuye al Estado.

PIÑAR MAÑAS dice:

Si bien esta conclusión, que podría extraerse de un modo excesivamente simplista de la Ley 30/1994, no puede hacernos olvidar que en realidad lo que está aquí en juego no es el Derecho civil, sino las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, por lo que habrá que entender que lo que caiga dentro de ese concepto (difícil de precisar, por lo demás) debe ser regulado por el Estado. Y, por sólo citar algún ejemplo, debemos de recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que, entre otros extremos, forman parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el régimen de contabilidad y control económico y financiero de las mismas (STC 76/1983, de 5 de agosto, Fundamento Jurídico 24) y la administración, defensa y conservación de su patrimonio (STC 58/1982, de 27 de julio, Fundamento Jurídico 1º), puntos ambos de especial importancia en la creación de fundaciones. Como lo es, por supuesto, el que la propia posibilidad de crear personificaciones por las Administraciones Públicas, y el tipo de ellas, entra también en el concepto de bases de régimen jurídico a que se refiere el artículo 149.1.18 de la Constitución.

PIÑAR MAÑAS, J.L. "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones". *REDA*, núm. 97, 1998, pp. 37-63.

⁴⁶⁹ En adelante, Libro III del Código Civil catalán.

⁴⁷⁰ En adelante, Ley 7/2012 de modificación del Código Civil.

del sector público. Ello no implica que las personas jurídico-públicas no puedan constituir fundaciones, ya que se sigue regulando su capacidad en el apartado primero del citado artículo 331-2, pero sí conlleva que una norma de Derecho privado no contenga la delimitación terminológica de lo que se ha de entender por fundación del sector público⁴⁷¹.

Tras la modificación operada en el Libro III del Código Civil Catalán, no encontramos en el ordenamiento autonómico ninguna disposición legal donde se contenga la definición de fundación del sector público. Esta situación nos obliga a acudir a la Orden ECO/166/2012, de 18 de junio —aprobada por el Consejo de Economía y Conocimiento—, mediante la cual se dictan normas para elaborar los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013, donde se establece que quedarán integrados los de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat* y, a tal efecto se señala:

En relación a los consorcios y fundaciones, se considera que la participación de la *Generalitat* es mayoritaria cuando se disponga de la mayoría directa o indirecta, de los derechos de voto en los órganos de gobierno o en el patronato. A estos efectos, no computan los derechos de voto de los miembros que designa el mismo órgano de gobierno o patronato⁴⁷².

⁴⁷¹ El artículo 331-2 del Libro III del Código Civil catalán ha quedado redactado en los siguientes términos:

1. Pueden constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, privadas y públicas. Las personas jurídicas públicas solo pueden hacerlo conjuntamente con personas privadas, de acuerdo con su normativa.
2. Las personas físicas, para constituir una fundación, deben tener plena capacidad de obrar, si lo hacen entre vivos, o capacidad para testar, si lo hacen por causa de muerte.
3. Para que las personas jurídicas puedan constituir una fundación, es preciso que las normas que las regulan no se lo prohíban y que el acuerdo, en el que debe constar la finalidad de interés general que pretende alcanzarse, sea adoptado por un órgano competente a tal efecto o con facultades suficientes.
4. Los fundadores deben tener la libre disposición de los bienes que aportan a la fundación.

⁴⁷² Se ha de advertir que a fecha 11 de julio de 2013, la *Generalitat* de Cataluña no ha procedido a publicar los presupuestos para el 2013, siguen vigentes los de 2012 en virtud del Decreto 170/2012, de 27 de diciembre, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga de los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012 mientras no sean vigentes los del 2013, modificado por el Decreto 164/2013, de 14 de mayo, de modificación del Decreto 170/2012, de 27 de diciembre, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga de los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012 mientras no entren en vigor los del 2013.

Además de esta Orden, se ha de tener en cuenta el complejo Acuerdo de Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña de fecha 10 de julio de 2012⁴⁷³ —por el que se aprueban criterios para la creación, modificación y la supresión de entidades participadas por la *Generalitat*, para la toma de participación y la desvinculación de entidades existentes y para la tramitación de determinadas propuestas de acuerdo del Gobierno relativas a las fundaciones—. A tal efecto, el artículo 8 del citado Acuerdo establece que todas las entidades del sector público han de transferir a la *Generalitat* la información relativa sobre los recursos humanos, económicos y financieros, de acuerdo con la periodicidad y los requerimientos que establezca el Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales, y el Departamento de Economía y Conocimiento.

Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 18/2010, de 7 de junio, sujeta a las fundaciones del sector público catalán al control de la Sindicatura de Cuentas, y el artículo 71 del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre —mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de la *Generalitat* de Cataluña—, establece la obligación de remitir una serie de documentación contable a la Intervención General de la *Generalitat*.

3) Comunidad Autónoma de Canarias

Al igual que el País Vasco y Cataluña, la Comunidad Autónoma canaria también dispuso de legislación propia con anterioridad a la del Estado del año 1994. No obstante, en la normativa canaria no se recogía expresamente que las personas jurídico-públicas pudiesen constituir fundaciones. Fue posteriormente y, mediante la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones, cuando se reguló esta previsión, estableciéndose su régimen jurídico años más tarde, mediante la Disposición Adicional Sexta de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre de la Hacienda Pública Canaria, que añadió un nuevo Capítulo VI a la Ley de Fundaciones, dedicado a las fundaciones públicas autonómicas —artículos 41 a 43—. La definición de este tipo de entes y su régimen jurídico es casi idéntica al previsto en la legislación estatal del año 2002, imponiéndose, entre otras

⁴⁷³ Hasta la fecha el citado Acuerdo de Gobierno no ha sido publicado en el *DOG*, ni publicación oficial equivalente, no obstante, puede consultarse [*On line*] <http://www20.gencat.cat/portal/site/economia/menuitem.6135b456613b7f9af813ae92b0c0e1a0/?vgnextchannel=812ba2944ae69210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextoid=812ba2944ae69210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD> [Consulta: 1 de junio de 2013].

limitaciones, la autorización previa del Gobierno canario en las operaciones de constitución, modificación, fusión y extinción del ente fundacional⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Los artículos 41 a 43 de la Ley 2/1998 de Fundaciones, quedaron redactados en los siguientes términos:

Artículo 41

A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones públicas, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, sus organismos autónomos o demás entidades que integran el sector público, o que el patrimonio fundacional, con carácter permanente, esté formado por más de un 50 por 100 de bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Artículo 42

1. La constitución, modificación, fusión, federación y extinción, así como los actos o negocios que impliquen la adquisición o pérdida del carácter de fundación pública de una fundación preexistente o la participación mayoritaria en la creación de una fundación, requerirán autorización previa del Gobierno de Canarias. Adoptado este acuerdo, se dará traslado del mismo, mediante comunicación, a la Comisión correspondiente en materia de Hacienda del Parlamento de Canarias.
2. Para la constitución y adquisición del carácter de fundación pública de una fundación preexistente será requisito necesario que la mayoría de los miembros del patronato representen a las instituciones o entidades que le otorgan el carácter público.
3. La propuesta de autorización previa será elevada al Gobierno por la consejería interesada, en cuyo seno se distribuirá el expediente, que deberá contar con informe de la consejería competente en materia de Administración Pública. A este efecto, a la solicitud de informe se acompañará memoria justificativa de las razones por las 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.
4. La consejería competente en materia de Hacienda deberá, asimismo, emitir informe a instancia de la consejería interesada, que acompañará de una memoria económica justificativa. En el caso de creación de una nueva fundación, esta memoria acreditará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de la actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

Artículo 43

1. Las fundaciones públicas estarán sujetas a las siguientes limitaciones:
 - a) No podrán ejercer potestades públicas.
 - b) Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.
2. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones de la Ley de Hacienda Canaria.

En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones públicas en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.3 de la presente Ley corresponderá a la Intervención General.

3. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.
4. La actividad contractual de las fundaciones públicas se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las administraciones públicas.

4) Comunidad Autónoma de Galicia

La Comunidad Autónoma gallega, al igual que la catalana, no contiene actualmente en su legislación de fundaciones la definición de las constituidas por los poderes públicos, ni tampoco su régimen jurídico. Ya hemos dicho anteriormente que la primera Ley gallega en materia de fundaciones —Ley 7/1983—, no hacía referencia alguna a si los poderes públicos podían o no constituir fundaciones, siendo la Ley 10/1996, de 5 de noviembre —actuación en materia de personal y contratación en las sociedades públicas que tiene participación mayoritaria la *Xunta*— la primera norma autonómica que expresamente preveía la existencia de este tipo de entes⁴⁷⁵. Esta disposición legislativa se ha de entender posteriormente superada por la Ley de Fundaciones de Interés Gallego, aprobada mediante la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, en cuyo Capítulo X se regulaba el régimen jurídico de las fundaciones del sector público⁴⁷⁶ —capítulo que actualmente se encuentra derogado por la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia—⁴⁷⁷. Esta Comunidad Autónoma es de las que ha definido a las fundaciones del sector público, añadiendo un supuesto a los previstos en la normativa estatal, y en concreto al referirse en el artículo 113 de la Ley 16/2010 del sector público gallego, a que los ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de

También se ha de tener en cuenta en cuanto al control económico se refiere, los artículos 122.2 —formación de cuentas—, 123.2 —control interno, gestión económica y financiera del sector público—, y 144 —auditoría pública—, de la Ley 11/2006 de 11 de diciembre, de Hacienda de Canarias.

⁴⁷⁵ El artículo 1.1, letra b) de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre establecía:

1. En los términos regulados en los artículos siguientes, habrán de ajustar su actuación en materia de personal y contratación a los principios básicos que regulan la función pública y contratación de las Administraciones Públicas:
 - c) Las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por sus organismos autónomos o entidades de derecho público vinculadas o dependientes o cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección.

⁴⁷⁶ La capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones se encontraba prevista en el artículo 9.4 y el régimen jurídico en los artículos 58 a 63 de la Ley.

⁴⁷⁷ En adelante, Ley 16/2010 del sector público gallego.

la Comunidad Autónoma, siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza un control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección.

Valga la pena resaltar, por la incidencia que puede tener en nuestro trabajo de investigación, que en el apartado segundo del citado artículo 113 de la Ley 16/2010 del sector público gallego, se señala que la financiación que puedan recibir las fundaciones de las entidades del sector público gallego —mediante concierto, convenio, subvenciones o contraprestación por prestación de servicios en general— no determina que deban categorizarse del sector público, sin perjuicio de su condición de poder adjudicador a efectos de la normativa de contratación pública. Con esta forma singular de actuar, el legislador gallego contradice la jurisprudencia comunitaria, al incluir conceptos o partidas que el intérprete europeo no tiene en cuenta en el concepto de “financiación pública”, como serían las contraprestaciones recibidas por los servicios prestados. Además, se ha de advertir que sólo se hace referencia a la contraprestación de servicios prestados, de forma que de una interpretación literal de la norma deben quedar excluidas las de los suministros realizados o las de las obras ejecutadas. Al respecto se ha de recordar el análisis que se ha realizado de la Sentencia recaída en el Asunto Universidad de *Cambridge*, donde se concluye que la contraprestación satisfecha por una o varias entidades adjudicadoras por la prestación de servicios que comprenden trabajos de investigación, organización de seminarios, conferencias y demás no se deben incluir como financiación pública. Se trata de una relación de dependencia, pero incardinada dentro de las relaciones comerciales normales que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático, negociados libremente por las partes.

La Comunidad Autónoma gallega ha regulado el régimen jurídico de las fundaciones del sector público en términos muy similares a la legislación estatal, al prever en los artículos 114 y 115 de la Ley 16/2010 del sector público gallego, entre otras circunstancias, la necesidad de que la Administración Pública designe a la mayoría de los miembros del patronato, y que la constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión o extinción deban ser autorizados por el Consejo de la *Xunta*. En la línea con la estatal, las fundaciones del sector público gallego tampoco pueden ejercer potestades públicas, y su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y

de control se regirá por lo establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia⁴⁷⁸.

5) Comunidad Foral de Navarra

Navarra dispone de un régimen especial derivado del Fuero Nuevo de Navarra de 1973 —Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación de Derecho Civil Foral—, donde se regulan las fundaciones en las Leyes 44 a 47. La Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva sobre fundaciones en virtud del Amejoramiento del Fuero, y en su consecuencia se aprobó la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y actividades de patrocinio. En cuanto a las fundaciones del sector público navarro, éstas se encuentran reguladas en los artículos 125 y 126 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ A tal efecto, el artículo 114 de la Ley 16/2010 del sector público gallego, establece:

1. La constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma, los actos que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico, o la adquisición de tal carácter por una fundación preexistente, deberán ser autorizados por acuerdo del Consejo de la Xunta, que determinará el contenido de los estatutos y designará a la persona o personas que deban actuar en el acto de constitución, así como los miembros que, en representación de la Xunta de Galicia, formen parte del patronato.
2. En el expediente de autorización se incluirá una memoria, que deberá ser sometida a informe del departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación, en la cual se justifiquen suficientemente las razones de por qué se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas previstas en la normativa vigente.
3. Deberá presentarse, igualmente, una memoria económica, que requerirá el informe de la consejería competente en materia de hacienda, en la cual se precisarán los extremos previstos en el apartado 2 del artículo 54^o de la presente ley, y un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el apartado 6 del referido artículo.
4. El Parlamento podrá ejercer el control de la creación de este tipo de fundaciones, en los términos establecidos en su reglamento, dentro del control de la acción de la *Xunta* de Galicia.

Por otra parte, el artículo 115 señala:

1. Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de sus fines, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de sus competencias, salvo previsión legal expresa.
2. El protectorado de estas fundaciones será ejercido por el departamento de la *Xunta* de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación.

⁴⁷⁹ El citado artículo 125 de la citada Ley Foral 15/2004 establece:

Posteriormente, la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública, en su artículo 2, letra g), amplió el concepto de fundación del sector público a aquellas otras que, teniendo originariamente carácter privado, en un momento posterior pudiesen tener los requisitos de públicos, junto a la exigencia de que la representación de la Administración en sus órganos de gobierno sea mayoritaria⁴⁸⁰. En cuanto a su régimen jurídico, podemos destacar las siguientes previsiones: a) Su creación se efectúa por acuerdo del Gobierno de Navarra, siendo los estatutos, aprobados en el acuerdo de creación; b) En cuanto al régimen económico y presupuestario, se aplica la Ley de la Hacienda Pública de Navarra; c) El fundador deberá reservarse la facultad de modificar y extinguir la

-
1. Son fundaciones públicas las creadas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos públicos, de acuerdo con la Compilación del Derecho Civil Foral, para la realización de fines de su competencia. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de la entidad fundadora.
 2. En el momento de la creación, el patrimonio fundacional estará constituido mayoritariamente por aportaciones directas o indirectas de su fundador.
 3. Se regirán por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de las especialidades establecidas en la normativa administrativa aplicable en materia de contratación y en materia presupuestaria, contable y de control financiero.
 4. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública.

Por otra parte, el artículo 126 establece:

1. La creación de fundaciones públicas se hará por Acuerdo del Gobierno de Navarra, a propuesta del Departamento interesado, previo informe de los Departamentos competentes en materia de función pública, organización administrativa y economía.
2. El referido Acuerdo aprobará los Estatutos por los que se habrá de regir la fundación pública, los cuales deberán reflejar, además de los aspectos contemplados en la Compilación del Derecho Civil Foral, las facultades que se reserva el fundador en detrimento del Patronato y su forma de participar en el mismo.
3. En particular, el fundador deberá reservarse, la facultad de modificar y extinguir la fundación pública, debiendo aprobarse estos actos en la forma determinada en el apartado 1 de este artículo.
4. Los Estatutos se publicarán en el Boletín Oficial de Navarra.

⁴⁸⁰ La letra g) del artículo 2 establece:

Las fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos públicos. A estos efectos, adquirirán dicho carácter, además de las definidas en el artículo 125 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, aquellas otras que teniendo carácter privado en el momento de su creación, por no concurrir en ellas los requisitos exigidos en el precepto antes citado, sobrevenidamente los reúnan, juntamente con la exigencia de que la representación de la Administración en sus órganos de gobierno sea mayoritaria.

fundación pública; y d) Se dispone que no podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de la autoridad⁴⁸¹.

b) En cuanto a las legislaciones autonómicas dictadas con posterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994

1) Comunidades Autónomas de La Rioja, Castilla-León y Madrid

La legislación en materia de fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en línea con la gallega y con la catalana, tampoco contiene regulación alguna en relación con el régimen jurídico de las fundaciones constituidas por los poderes públicos. Así, la Ley de Fundaciones de La Rioja —Ley 1/2007, de 12 de febrero—, en su artículo 7.2⁴⁸², ni siquiera contiene una definición de fundación del sector público, limitándose a remitirse a la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja —artículos 53 a 56—. En cuanto a su delimitación conceptual, la contenida en la normativa autonómica es más escueta que la estatal, haciendo referencia exclusivamente a la participación por parte de los poderes públicos en la dotación fundacional, y no al patrimonio. Por otra parte, y en cuanto a su régimen jurídico, se señala, entre otras limitaciones, que no pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de la autoridad y, además están obligadas a observar las disposiciones en materia presupuestaria, contable y de control. Asimismo, también se regula la necesidad de autorización por parte del Gobierno de La Rioja, para la creación de este tipo de entidades, así como para la adquisición y la pérdida de la posición mayoritaria⁴⁸³.

⁴⁸¹ Al respecto se ha de tener en cuenta los artículos 94 — control interno económico-financiero— y 113 —auditoría de cuentas anuales— de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril de Hacienda Pública.

⁴⁸² El artículo 7.2 de la Ley 1/2007 establece lo siguiente:

El ejercicio de esta competencia por la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja o entidades integrantes del sector público autonómico se realizará en los términos previstos en la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

⁴⁸³ El artículo 53 señala:

1. Son fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja las fundaciones en cuya dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, el Gobierno de La Rioja.
2. Se registrarán por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las siguientes materias:
 - a) Las obligaciones que se deriven de la normativa aplicable en materia presupuestaria, contable y de control vigente en la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, su regulación se encuentra contenida en el artículo 6 de la Ley 13/2002, de 15 de julio de 2002, de Fundaciones⁴⁸⁴. Al igual que sucede con la legislación de La Rioja, la delimitación terminológica que hace la normativa castellanoleonesa es menos amplia que la estatal, remitiéndose exclusivamente a la dotación y no al patrimonio. Por otra parte, se limita a indicar que el ejercicio de la competencia para constituir este tipo de fundaciones, requiere de autorización por parte de la Junta de Castilla y León⁴⁸⁵.

-
- b) En materia de contratación se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.
 3. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública.

Por otra parte, el 54 establece:

La creación de fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja, así como los actos de adquisición o pérdida de la posición mayoritaria, directa o indirecta, requerirá acuerdo del Gobierno de La Rioja. El acuerdo se adoptará a propuesta de la Consejería interesada, y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administraciones Públicas y de Hacienda.

Y en cuanto a los estatutos, el artículo 55 dice:

1. Los estatutos de las fundaciones públicas se elevarán a Gobierno junto a la propuesta de acuerdo por la que se disponga la creación de la misma. La aprobación de los mismos corresponderá al órgano de la fundación que tenga atribuida tal facultad.
2. Junto a la propuesta de acuerdo y los estatutos el Gobierno conocerá el plan de actuación inicial de la fundación pública. El contenido mínimo de dicho plan deberá ajustarse a lo señalado en esta Ley para los organismos públicos.

⁴⁸⁴ El artículo 6.2 y 3 de la Ley 13/2002 establece:

2. El ejercicio de esta competencia por la Administración de Castilla y León, o entidades del sector público autonómico, deberá ser autorizado por la Junta de Castilla y León, excepto cuando sean constituidas por las universidades públicas de acuerdo con su normativa específica y no participe en la dotación fundacional en más del cincuenta por ciento ninguna otra entidad del sector público. El acuerdo de la Junta de Castilla y León determinará las condiciones y limitaciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional.
3. Se consideran fundaciones públicas de la Comunidad a efectos de esta Ley aquellas en cuya dotación participen en más del cincuenta por ciento, directa o indirectamente, la Administración General de la Comunidad o las demás entidades del sector público autonómico.

⁴⁸⁵ Otras referencias al régimen de las fundaciones en Castilla y León se encuentran en los artículos 7, 20, 31, 32 y Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2013, en materia de determinadas autorizaciones para el endeudamiento, aportaciones y régimen de personal. Asimismo, se han de tener en cuenta los artículos 138 y 230, 235, 275 y 280 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo de Hacienda y Sector Público de la Comunidad de Castilla y León, sobre el seguimiento

Una regulación similar se contiene en la legislación madrileña de fundaciones, cuando se prevé en el artículo 9 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones, la capacidad de los poderes públicos para constituir fundaciones. En la legislación madrileña de fundaciones no se contiene su delimitación conceptual, ni tampoco se hace referencia a su régimen jurídico, limitándose a señalar que la Comunidad Autónoma deberá autorizar mediante Decreto del Consejo de Gobierno la constitución de este tipo de entidades⁴⁸⁶.

y control de la variación de los presupuestos, auditoría de las cuentas anuales, comunicaciones de las variaciones de presupuestos.

⁴⁸⁶ El artículo 9 de la referida Ley 1/1998 establece:

1. La capacidad para fundar se regirá por los preceptos de la legislación de fundaciones que sean de aplicación general al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución.
2. El ejercicio de esta competencia por la Comunidad de Madrid deberá ser autorizada por Decreto del Consejo de Gobierno, que determinará las condiciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional.

Por otra parte, el artículo 10 de la Ley dice:

1. La dotación y el patrimonio de las fundaciones sujetas a la presente Ley y creadas por personas jurídico-públicas responden de las obligaciones de aquéllas en los términos del Derecho privado, y es incommunicable con el patrimonio de tales fundadoras.
2. Se aplicará al personal dependiente de las fundaciones señaladas en el apartado anterior el mismo régimen jurídico previsto para las fundaciones constituidas por personas físicas o jurídicas privadas.

Se ha de advertir que el artículo 2.1 de la Ley 7/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2013, sí establece una definición de lo que ha de entenderse por fundación del sector público, a efectos presupuestarios, en los siguientes términos:

2. A los solos efectos de cumplir con las exigencias derivadas de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid integran información de las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por la Administración de la Comunidad de Madrid y organismos que integran su sector público, incluidos en el Sector Administraciones Públicas delimitado conforme el Sistema Europeo de Cuentas (SEC).

Se entiende por fundaciones del sector público autonómico aquellas que, o bien se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus organismos públicos o demás entidades del sector público de la Comunidad de Madrid, o bien 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.

2) Comunidades Autónomas de Andalucía y Valencia

Las legislaciones de fundaciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Valencia son de características muy similares a la estatal. Así, en relación con la legislación andaluza, el Capítulo X de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones, contiene la regulación de este tipo de entidades, estableciéndose en el artículo 55 su definición y, en los artículos 56 y 57 su régimen jurídico. En cuanto a la delimitación conceptual, el legislador andaluz ha añadido un tercer supuesto y, en concreto, el relativo a la representación mayoritaria en el patronato de la Administración de la Junta de Andalucía. Por otra parte, y en cuanto a su régimen jurídico, es de similares características al estatal, señalándose, entre otras circunstancias, que la creación y extinción de estas entidades, así como la modificación de sus fines fundacionales, requiere de autorización del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Asimismo, también se establece que no podrán ejercer potestades públicas, y que en materia de contabilidad, presupuestos y auditoría se regirán por las Leyes de la Hacienda Pública de la Comunidad⁴⁸⁷. En cuanto a la Comunidad valenciana, la regulación se encuentra contenida en el artículo 7 y en el Título III de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones, y tanto la delimitación conceptual

⁴⁸⁷ Así, el artículo 56.1 de la Ley andaluza de fundaciones establece:

La creación y extinción de fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, así como la modificación de sus fines fundacionales, deberán ser autorizadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que determinará las condiciones generales que deben cumplir todos estos actos y designará a la persona que haya de actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, a su representante o representantes en el Patronato.

Por otra parte, los apartados 1 y 3 del artículo 57 dicen:

1. Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos. Además, podrán realizar únicamente actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de éstas, salvo previsión legal expresa. (...)
3. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, las fundaciones previstas en este Capítulo se regirán por lo dispuesto en la Ley citada en el apartado anterior.

Las fundaciones reguladas en este Capítulo remitirán a la Intervención General de la Junta de Andalucía sus cuentas anuales una vez aprobadas. En el supuesto de que exista obligación de someter a auditoría externa las cuentas anuales de estas fundaciones, su realización corresponderá al órgano citado anteriormente.

Al respecto se ha de tener en cuenta el Decreto legislativo 1/2010 de 2 de marzo, a través del que se aprueba la Ley General de Hacienda Pública, y en concreto, el artículo 93.1 —control financiero—, artículo 96.4 —auditoría de cuentas anuales—, y 97.3 —sometimiento al régimen de contabilidad pública—.

como su régimen jurídico son casi idénticos a la del Estado, destacándose, entre otras limitaciones, la exigencia de autorización previa por parte del Consejo de Gobierno para la autorización, transformación, fusión o extinción del ente fundacional, y exigiéndose una representación mayoritaria pública en el órgano de gobierno del ente fundacional⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ El artículo 34, añadido por la Ley 9/2008, de 3 de julio, de modificación de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la *Comunitat* valenciana señala:

1. La autorización para la constitución de fundaciones del sector público de la *Generalitat* habrá de efectuarse mediante Acuerdo del *Consell*.

También requerirán igual autorización las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de aquéllas, concurra en ella la circunstancia a la que se refiere la letra b del artículo 33.

2. La transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida del carácter de fundación del sector público de la *Generalitat* o la adquisición del mismo por una fundación preexistente, requerirán la misma autorización a que se refiere el apartado anterior.
3. Para la constitución o la adquisición del carácter de fundación del sector público de la *Generalitat*, las *consellerias* y entidades del sector público valenciano que la promuevan habrán de asegurar, en los Estatutos, la designación mayoritaria de los miembros del Patronato. (...)
5. Las fundaciones cuyos Estatutos hayan de ser autorizados por el *Consell* deberán incorporar a los mismos una estipulación en la que se recoja la obligación del Patronato de recabar la autorización previa de aquél acerca del contenido de las futuras modificaciones estatutarias que hayan de ser aprobadas por el Patronato.

Por otra parte, el 35 de la referida Ley 8/1998, reguladora de las fundaciones valencianas:

1. Las fundaciones a las que se refiere este título estarán sujetas a las siguientes limitaciones:
 - a) No podrán ejercer potestades públicas.
 - b) Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público valenciano fundadoras, coadyuvando a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de competencias propias, salvo previsión legal expresa.
2. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá por la *Generalitat*.
3. En lo referente al control financiero, auditoría de cuentas y contabilidad o cualquier otro recogido en la Ley de Hacienda Pública de la *Generalitat*, estas fundaciones se regirán por los preceptos de la misma que les resulten expresamente aplicables.
4. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.
5. Asimismo, su contratación se ajustará a lo regulado para este tipo de fundaciones en la legislación en materia de contratos del sector público.
6. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público.

4.4.2 En cuanto a las Comunidades Autónomas que no disponen de legislación propia en materia de fundaciones

Son siete las Comunidades Autónomas que no disponen de legislación propia en materia de fundaciones, razón por la cual se deberá acudir a la dispersión legislativa representada por las leyes que regulen la hacienda pública o los entes instrumentales de la Administración Pública, a fin de evidenciar si definen o no a las fundaciones del sector público y, si contienen o no un régimen jurídico determinado⁴⁸⁹.

a) Comunidad Autónoma de Cantabria

En relación con la legislación cántabra, nos debemos referir a la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas⁴⁹⁰ y, en concreto, al artículo 2.1, letra f) donde se regula el sector público de la Comunidad Autónoma. A tal efecto se define en la citada Ley a las fundaciones del sector público en los mismos términos que en la legislación estatal. Por otra parte, se prevé en el artículo 62 de la citada norma, que los presupuestos de este tipo de fundaciones, se integrarán en el general de la Comunidad Autónoma y que, de conformidad con el artículo 109.2 de la Ley 14/2006 se deberá solicitar autorización al Gobierno de Cantabria, para concertar operaciones de endeudamiento a largo plazo⁴⁹¹. Asimismo, la Ley

-
7. Las fundaciones reguladas en este título se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley, por las restantes normas de Derecho público cuya aplicación les sea de necesaria y obligada observancia, y, en el resto, por el Derecho privado.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta los artículos 55 —control interno, gestión económico-financiera—, 57 —fiscalización previa—, 59 *ter* —régimen especial de fiscalización—, 60. 1— control financiero permanente—, 61. *Ter.* 4 —auditoría pública—, y 68 —inspección-contabilidad—, del Decreto legislativo de 26 de junio de 1991 del *Consell* de la *Generalitat* valenciana por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la *Generalitat* valenciana.

⁴⁸⁹ Ello sucedería con Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, y Murcia.

⁴⁹⁰ En adelante, Ley 14/2006.

⁴⁹¹ El artículo 62 de la Ley 14/2006 establece:

1. Todas las entidades que formen parte del sector público autonómico empresarial o fundacional elaborarán un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital en los que se detallarán los recursos y dotaciones anuales correspondientes. Dichos presupuestos de explotación y capital se integrarán en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, el artículo 109 señala:

3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio de la Comunidad incluye a las fundaciones dentro del “sector público autonómico fundacional” y las define en el artículo 153.1, letra e) en los mismos términos expresados anteriormente.

Además, no podemos obviar que dada la escueta regulación autonómica del régimen fundacional del sector público, procede la aplicación de la Disposición Transitoria Octava del Estatuto de Autonomía de Cantabria cuando señala que:

Hasta tanto la Asamblea Regional no legisle sobre las materias de su competencia continuarán en vigor las actuales leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias, sin perjuicio de que su desarrollo reglamentario y ejecución se lleven a cabo por la Diputación Regional de Cantabria en los supuestos previstos por este Estatuto⁴⁹².

-
1. Las sociedades mercantiles y las fundaciones pertenecientes al sector público autonómico deberán solicitar la autorización previa de la Consejería competente en materia de Hacienda para concertar operaciones de endeudamiento a largo plazo.

No obstante, cuando consoliden sus cuentas con las de la Administración General de la Comunidad Autónoma, a efectos del cálculo de la capacidad o necesidad de financiación de conformidad con las normas del sistema europeo de cuentas, deberán ser autorizadas por norma con rango de ley.

A estos efectos, la Ley de Presupuestos de cada ejercicio incluirá la relación de sociedades y fundaciones sujetas a lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. Para atender necesidades transitorias de tesorería las sociedades mercantiles y fundaciones pertenecientes al sector público autonómico podrán realizar operaciones de crédito a corto plazo, siempre que se cancelen en el mismo ejercicio en que se hayan formalizado y que se comuniquen a la Consejería competente en materia de Hacienda, en las condiciones que ésta determine.

⁴⁹² De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la legislación a aplicar será la que actualmente se encuentre en vigor. En este sentido, a título de ejemplo, puede referirse la STS de fecha 21 de marzo de 2006, que interpreta la Disposición Transitoria Quinta del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que es sustancialmente igual que la cántabra y, al respecto, señala:

Pues la sentencia recurrida, ha aplicado adecuadamente la Disposición Transitoria Quinta del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; ya que si la misma dispone que continúen en vigor las actuales Leyes y disposiciones del Estado que se refieran a dichas materias, por tales Leyes y disposiciones se ha y debe entender que son las vigentes, hasta el momento en que la Comunidad Autónoma, haga la regulación que estime oportuna sobre la materia, pues la expresión Leyes actuales, sea más o menos afortunada, ha de referirse y comprender las normas en cada caso vigentes, ya que, por un lado, si el Legislador quería referirse a una Ley concreta, como la parte recurrente, dice, tenía que haberlo así expresado, y por otro la expresión Leyes actuales no puede obviamente llevar a la aplicación en la Comunidad Autónoma de una Ley Estatal ya derogada. Sin que en nada obste a lo anterior, la doctrina que del Tribunal Constitucional señala el recurrente, pues esa doctrina se refiere a la aplicación en las Comunidades Autónomas de la normativa estatal, que se había producido con el carácter de supletoria al amparo del artículo 149 de la Constitución Española, y en caso de autos se trata de un supuesto diferente, totalmente distinto, pues es la propia Comunidad Autónoma la que expresamente acoge la aplicación de la normativa estatal, mientras no exista normativa de la propia Comunidad Autónoma.

b) Comunidad Autónoma de Extremadura

En la Comunidad Autónoma extremeña, la regulación de las fundaciones del sector público se encuentra contenida en la Ley 2/2008, de 16 de junio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma extremeña, en concreto, en el artículo 160.4 cuando define a este tipo de entidades en términos similares al Estado, y se añade el supuesto de la representación de la Administración autonómica en sus órganos de gobierno. En cuanto a su régimen jurídico, también es muy similar al previsto para las fundaciones del sector público estatal, y se encuentra contenido en el apartado quinto del citado precepto, de forma que los actos más relevantes de la entidad fundacional que requerirán de la previa autorización del Gobierno son la constitución, la transformación, la fusión y extinción, exigiéndose, además, la representación mayoritaria pública en el patronato. Por otra parte, se dispone que estas entidades no puedan ejercer potestades públicas, rigiéndose por la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas⁴⁹³.

⁴⁹³ El artículo 160.5, letras a), d) y f) de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma extremeña señala:

A efectos patrimoniales las fundaciones del sector público autonómico se regirán en lo relativo a su creación y régimen jurídico por las siguientes normas:

- a) La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico o la adquisición de tal carácter por una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero competente en materia de Hacienda, previa iniciativa de la Consejería interesada.

En la constitución y en la adquisición se asegurará, en todo caso, la designación por las entidades del sector público autonómico de la mayoría de los miembros del patronato. (...)

- d) Las fundaciones del sector público autonómico estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

—No podrán ejercer potestades públicas.

—Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público autonómico fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. (...)

- f) En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público autonómico en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, corresponderá a la Intervención General de la Junta de Extremadura.

c) Comunidad Autónoma de Murcia

La legislación murciana regula las fundaciones del sector público autonómico en la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de Ley de Hacienda Pública de la Región de Murcia aprobado mediante el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, donde se contiene la misma delimitación conceptual que la referida en la Ley de Fundaciones del año 2002, añadiendo una tercera circunstancia consistente en la representación mayoritaria de los poderes públicos en el patronato. En la citada Disposición Adicional se regula una serie de obligaciones a nivel presupuestario, auditoría y de contabilidad pública⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ A tal efecto la dictada Disposición Adicional Segunda señala:

1. Se consideran Fundaciones del sector público autonómico, aquellas que se encuentren en alguno de estos supuestos:
 - a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General, sus organismos públicos o demás entidades vinculadas o dependientes de las anteriores.
 - b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más del 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las entidades referidas en la letra a).
 - c) Que la Administración General, sus organismos públicos o demás entidades vinculadas o dependientes de las anteriores tengan una representación mayoritaria en el patronato de la fundación. Se entenderá que existe esta representación mayoritaria, cuando más de la mitad de los miembros del patronato se alcance con la suma de los que sean nombrados por los órganos competentes de cualquiera de las entidades mencionadas.
2. Los presupuestos de las fundaciones del sector público autonómico estarán constituidos por un presupuesto administrativo, que recogerá las estimaciones de gastos e ingresos, estructuradas de acuerdo con la clasificación económica vigente para la Administración General de la Comunidad Autónoma, así como por un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital en los que se detallarán los recursos y dotaciones anuales correspondientes y que estarán constituidos, respectivamente, por una previsión de la cuenta de pérdidas y ganancias y del estado de flujos del correspondiente ejercicio. Dichos presupuestos se integrarán en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.
3. La estructura del presupuesto administrativo y de los presupuestos de explotación y de capital de las fundaciones, se fijará anualmente por la Consejería competente en materia de Hacienda, en la Orden de elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

Asimismo, las fundaciones del sector público autonómico elaborarán la documentación complementaria que se establezca en la citada Orden.
4. Las fundaciones del sector público autonómico remitirán a la Consejería competente en materia de Hacienda, por conducto de la Consejería de la que dependan, tanto sus presupuestos como la documentación complementaria de los mismos, dentro de los plazos fijados en la mencionada Orden.
5. Junto con los presupuestos de las fundaciones, que se incluirán en el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, la Consejería competente en materia de Hacienda someterá al Acuerdo del Consejo de Gobierno la documentación complementaria de dichos presupuestos, que acompañará al proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

-
6. Las aportaciones que figuran con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma en los presupuestos de las fundaciones del sector público autonómico, y en la documentación complementaria de los mismos, estarán condicionadas a las cantidades resultantes de la aprobación definitiva de tales presupuestos.

Si las referidas aportaciones fueran modificadas por la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, las fundaciones del sector público autonómico deberán adaptar sus presupuestos y la documentación complementaria, dentro de los dos primeros meses del ejercicio, y remitirlos por conducto de la Consejería de la que dependan a la Consejería competente en materia de Hacienda, para que ésta los someta a la aprobación del Consejo de Gobierno.

7. Las fundaciones del sector público autonómico deberán aplicar los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y normas de información presupuestaria de las mismas, y disposiciones que lo desarrollan.
8. Las cuentas anuales de las fundaciones del sector público autonómico serán aprobadas por el patronato en el plazo máximo de seis meses desde el cierre del ejercicio, sin que pueda delegar esta función en otros órganos de la fundación.
9. Las cuentas anuales se presentarán a la Intervención General dentro del plazo de 10 días hábiles desde su aprobación, acompañadas de certificación del acuerdo aprobatorio del patronato en el que figure la aplicación del resultado.

Dicha certificación será emitida por el secretario con el visto bueno del presidente.

10. Las fundaciones del sector público autonómico serán auditadas por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, como mínimo, una vez al año. Estas fundaciones deberán remitir a la Intervención General sus cuentas anuales formuladas antes del 30 de abril del ejercicio siguiente al que correspondan, con el objeto de poder ser auditadas. En todo caso, la realización de la auditoría externa de fundaciones del sector público autonómico en las que concurren las circunstancias previstas en el número 1 de esta disposición, corresponderá a la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
11. La auditoría pública comprenderá, además de la auditoría de cuentas anuales, la verificación del cumplimiento de los fines fundacionales y de los principios y normas a los que deberá ajustar su actividad en materia de personal, contratación y disposición dineraria o aplicación de fondos públicos a favor de terceros o beneficiarios de estos recursos públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como cualquier otra exigencia o cumplimiento normativo.

Asimismo, se extenderá a la verificación de la ejecución de los presupuestos.

12. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición o intermediación dineraria de fondos sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará, en su caso, al Plan Estratégico de Subvenciones, así como a la normativa reguladora específica de estos recursos públicos, y, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
13. A la entrada en vigor de este artículo quedarán derogados los apartados 2 y 3 del artículo 5 de la Ley 9/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Modificación de diversas leyes regionales en materia de Tasas, Puertos, Educación, Juego y Apuestas y Construcción y Explotación de Infraestructuras.

Se ha de advertir que, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013, durante el ejercicio 2013 no se procederá a la creación de entidades del sector público regional, excepto las que se produzcan como consecuencia de una

Asimismo, la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, donde se señala que las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración Pública de Murcia se regirán por la normativa específica de aplicación. En cuanto a su régimen jurídico se limita a afirmar que el Consejo de Gobierno aprobará la constitución de las fundaciones, su dotación económica, los estatutos y la designación de los miembros que, en representación de la Comunidad Autónoma, vayan a formar parte del patronato⁴⁹⁵.

d) Comunidad Autónoma de Asturias

La legislación asturiana es de las menos explícitas, y así nos tenemos que remitir al artículo 4.5 del Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, mediante el cual se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario de la Hacienda de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, cuando integra a las fundaciones en el sector público autonómico⁴⁹⁶. Al respecto, y a pesar de que no contenga una definición muy clara, se refiere a la aportación

reestructuración del sector público regional y previo informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos.

⁴⁹⁵ La Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2004 establece:

1. Las fundaciones constituidas, mayoritariamente o en su totalidad, por aportaciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se rigen por el Derecho privado y por la normativa específica que les resulta de aplicación.
2. El Consejo de Gobierno aprobará la constitución de las fundaciones a que se refiere el apartado anterior, su dotación económica, los estatutos, y la designación de los miembros que, en representación de la Comunidad Autónoma, vayan a formar parte de su patronato.

⁴⁹⁶ Autores como HUERGO LORA y GARCÍA LUENGO, analizando el régimen de las fundaciones públicas asturianas, consideran que no procede la aplicación supletoria del régimen contenido en la Ley de Fundaciones del año 2002, por cuanto niegan que exista en la normativa autonómica la laguna que habilitaría tal supletoriedad. Así, señalan:

Por otra parte, dado el tenor de los preceptos incluidos en el citado Título XI de la Ley 50/2002, y la existencia de otras normas aplicables a todas las Administraciones Públicas (o bien a la del Principado de Asturias) que regulan dichas cuestiones, no parece existir ninguna laguna que justifique la aplicación supletoria de los preceptos de ese Título, ya que la regulación de estas materias se encuentra, bien que dispersa, en otras normas estatales o autonómicas (...).

HUERGO LORA, A.; GARCÍA LUENGO, J. "Las fundaciones en Asturias". En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones...* Op. cit., pp. 242 y 243.

inicial pública⁴⁹⁷. Además, y de conformidad con el artículo 20.1 b) del citado Decreto Legislativo, la totalidad de sus gastos e ingresos se integran en el Presupuesto del Principado, correspondiendo a la Intervención General el control financiero y de eficacia, a tenor del artículo 56.8 de la citada norma. Asimismo, se ha de tener en cuenta la Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, donde se incluyen a las fundaciones como entes del sector público, objeto de fiscalización —artículo 2 a)—.

e) Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha define a las fundaciones del sector público en los mismos términos que la legislación estatal, en concreto, en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha⁴⁹⁸. Por

⁴⁹⁷ El artículo 4.5 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario de la Hacienda de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias señala:

Los entes públicos del Principado son aquellos órganos de carácter institucional o representativo, o desarrollados en coordinación con otras Administraciones Públicas, tales como consorcios o fundaciones, cuyo régimen legal y de funcionamiento será el que se derive de su normativa de creación y en los cuales la participación del Principado en su capital social, fondo social o aportación inicial sea mayoritaria.

⁴⁹⁸ El referido artículo 4 ha sido recientemente modificado mediante la Disposición Final Primera Uno, de la Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de Castilla-La Mancha —con efectos de vigencia 2013—. No obstante, dicha modificación no ha afectado a la definición de las fundaciones del sector público, únicamente se ha procedido a aclarar el redactado del precepto a efectos de lo que ha de entenderse por el sector público regional en los siguientes términos:

1. A los efectos de la presente ley, integran el sector público regional:
 - a) Los órganos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha regulados en el Estatuto de Autonomía y los vinculados o dependientes de estos.
 - b) La Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos y entidades públicas vinculadas o dependientes.
 - c) Las empresas y fundaciones públicas regionales.
 - d) Los consorcios participados mayoritariamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a los que se refiere el artículo 6.
2. A los efectos previstos en el apartado anterior, se considerarán empresas públicas regionales las sociedades mercantiles en cuyo capital social la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tenga una participación directa o indirecta superior al cincuenta por ciento. Para la determinación de este porcentaje se tendrán en cuenta las participaciones de todas las entidades integrantes del sector público regional a las que se refiere este artículo.
3. Las fundaciones públicas regionales son aquellas en las que concurra algunas de las siguientes circunstancias:
 - a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional.

otra parte, se alude de forma residual al régimen jurídico de estas entidades en las correspondientes Leyes de Presupuestos y, así en el artículo 19 de la Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha para el año 2013 se establece que la creación de este tipo de entidades requerirá de autorización previa por parte del Consejo de Gobierno, debiendo elaborar un expediente previo de creación⁴⁹⁹. Además, se prevé en el artículo 47 de la citada Ley, la necesidad de solicitar informe previo, preceptivo y vinculante de la Dirección General competente en materia de política financiera para concertar operaciones de endeudamiento⁵⁰⁰.

Al igual que sucede con la Comunidad Autónoma de Cantabria, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha también prevé en la Disposición Transitoria Cuarta la aplicación de la normativa estatal en aquellas materias asumidas

-
- b) 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 la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional.

⁴⁹⁹ El citado artículo 19.1 de la Ley 10/2012, de Presupuestos de Castilla-La Mancha para el año 2013 señala:

- 1. La creación de fundaciones que deban ser consideradas pertenecientes al sector público regional por la concurrencia de alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 4.3 del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, así como la participación de los órganos o entidades integrantes del sector público regional como patronos en cualesquiera otras fundaciones, distintas de las referidas anteriormente, deberá ser autorizada por el Consejo de Gobierno.

El expediente de creación de fundaciones deberá incluir:

- a) Una memoria en la que se justifiquen los motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los objetivos de interés general perseguidos a través de la figura jurídica fundacional, que deberá ser informada por la consejería con competencias en materia de administraciones públicas.
- b) Una memoria económica explicativa de la dotación inicial, y, en su caso, de los gastos futuros para garantizar su continuidad, que deberá ser informada por la dirección general competente en materia de presupuestos.

⁵⁰⁰ Otras referencias al régimen de las fundaciones en Castilla-La Mancha las podemos encontrar en el artículo 1.2 b) de la Circular 1/2007, de 19 de junio, de control financiero y en la Propia Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha para el año 2013, y en concreto, en los siguientes artículos 22 —Libramiento de los créditos correspondientes a transferencias para organismos autónomos y otros entes públicos y subvenciones nominativas—, Disposición Adicional Quinta —Aportaciones a fundaciones y consorcios—, Disposición Adicional Sexta —Encomiendas a entidades, empresas y fundaciones públicas—, Disposición Adicional Octava —Auditorías—, y Disposición Adicional Decimoctava, sobre el régimen de limitaciones del sector público regional para el año 2013, entre otras cuestiones.

estatutariamente cuando el legislador autonómico no haya legislado al respecto⁵⁰¹.

f) Comunidad Autónoma de Aragón

En relación con la Comunidad Autónoma aragonesa, nos hemos de referir al artículo 8 del Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de julio, mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se denomina a estas entidades “fundaciones privadas de iniciativa pública” y se las identifica por una representación mayoritaria del poder público en el órgano de gobierno. Se prevé el control financiero en el artículo 16.1 del citado Texto Refundido, estableciéndose que para la creación y extinción, así como para la adquisición y pérdida de la posición mayoritaria, se requerirá autorización del Gobierno de Aragón⁵⁰². Por otra parte, la Disposición Adicional Octava del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado mediante Decreto Legislativo

⁵⁰¹ La Disposición Transitoria Cuarta del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha establece que:

Mientras las Cortes Generales no elaboren las Leyes a que este Estatuto se refiere y hasta que las Cortes de Castilla-La Mancha legislen sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes y disposiciones del Estado que se refieran a dichas materias, sin perjuicio de que su desarrollo legislativo, en su caso, y su ejecución, se lleve a cabo por la Junta de Comunidades en los supuestos así previstos en el Estatuto.

⁵⁰² El artículo 8 del Decreto Legislativo 1/2000, señala:

1. Los consorcios, asociaciones, fundaciones privadas de iniciativa pública y demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en los artículos anteriores, en los que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón quedarán sometidos al control financiero previsto en el artículo 16.1 de esta Ley y deberán obtener autorización del Departamento competente en materia de Hacienda para la apertura de cuentas en entidades financieras.
2. Asimismo, estas entidades vendrán obligadas a formar Presupuesto de explotación y de capital en el caso de que reciban subvenciones de esta naturaleza.
3. Para la creación y extinción de las entidades citadas, así como para la adquisición y pérdida de la posición mayoritaria, se requerirá autorización del Gobierno de Aragón.
4. Se entenderá que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón tiene representación mayoritaria en dichos entes cuando tenga capacidad de nombramiento, directamente o a través de sus organismos públicos y empresas, de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o vigilancia, o su aportación al capital fundacional o a la constitución de sus recursos propios sea también mayoritaria.

2/2001, de 3 de julio, también dispone de una regulación general de estos entes fundacionales⁵⁰³.

g) Comunidad Autónoma de les *Illes Balears*

En la Comunidad Autónoma Balear, la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental regula a las fundaciones del sector público, junto con las sociedades mercantiles públicas bajo la denominación “organismos de naturaleza privada de titularidad pública”, forman parte del sector público instrumental balear. Las previsiones en cuanto a la definición y el régimen jurídico son similares a las estatales y se encuentran reguladas en los artículos 55 a 57 de la Ley⁵⁰⁴. Consecuentemente, se establece, entre otras limitaciones,

⁵⁰³ La Disposición Adicional Octava del Decreto Legislativo 2/2001, señala:

1. La Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos, para la realización de fines de su competencia, podrán constituir fundaciones y participar en su creación con otras entidades públicas o privadas y particulares, de acuerdo con la legislación general sobre fundaciones. A estas fundaciones no se les podrá encomendar el desempeño de servicios públicos cuya prestación en régimen de Fundación no se halle legalmente prevista.
2. La constitución de una Fundación privada de iniciativa pública deberá ser autorizada por Decreto del Gobierno de Aragón, quien determinará también las condiciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional.
3. La dotación y el patrimonio de las fundaciones a que se refiere esta disposición responden de las obligaciones de éstas en los términos propios del Derecho privado, sin que sea posible extender la responsabilidad como consecuencia de sus actos al patrimonio de la persona jurídica fundadora.
4. El personal dependiente de una Fundación tendrá régimen jurídico de carácter laboral.
5. La contratación de estas fundaciones privadas de iniciativa pública se regirá por las normas de derecho privado, sin perjuicio de la atención a los principios de publicidad y transparencia propios de la actuación de la Administración pública fundadora.
6. El control de la actividad financiera de las fundaciones privadas de iniciativa pública se desarrollará de la forma regulada en la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma.

⁵⁰⁴ El artículo 55.1 de la citada Ley 7/2010 establece:

Son fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de les *Illes Balears* las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de les *Illes Balears* o sus entes instrumentales, y también aquellas otras cuyo patrimonio fundacional, con carácter permanente, está integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico.

Los apartados 1 y 4 del artículo 56 señalan:

1. La creación, la modificación de la escritura de constitución y la extinción de fundaciones del sector público requieren el acuerdo previo del Consejo de Gobierno. También requieren acuerdo las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una

que la creación, la aprobación y modificación de estatutos, y la fusión de las entidades fundacionales requieren previa autorización del Consejo de Gobierno.

4.4.3 A modo de conclusión

Del análisis del régimen jurídico contenido en las distintas normativas autonómicas referenciadas podemos extraer una serie de conclusiones que nos servirán posteriormente para analizar el nivel de control o de intervención de los poderes públicos sobre las fundaciones del sector público autonómico y, consecuentemente, su nivel de sujeción a la normativa de contratación pública.

Así, se ha podido constatar que de todas las Comunidades Autónomas analizadas, seis de ellas, han regulado, en términos similares al Estado el régimen jurídico de estas entidades fundacionales, estableciendo limitaciones o prohibiciones en el mismo sentido. En concreto, nos estamos refiriendo a Andalucía, Baleares, Canarias, Extremadura, Galicia y Valencia.

Asimismo, otras nueve Comunidades Autónomas, sin contener un régimen tan detallado y extenso como el estatal, han previsto en distintas disposiciones legislativas la autorización previa por parte de los distintos Consejos de Gobierno

fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de éstas, se dé la circunstancia referida en el artículo 55.1 de la presente Ley, así como los actos o negocios que determinen la pérdida del carácter de fundación del sector público autonómico. (...)

4. La fusión, la absorción, la integración o la transformación de fundaciones del sector público requieren el acuerdo previo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la consejería de adscripción y con los informes previos de las consejerías competentes en materia de hacienda y presupuestos y en materia de fundaciones, así como con el informe previo a que se refiere el apartado 4 de la disposición adicional décima de esta ley.

El artículo 57.1 y 3 establece:

1. Los estatutos de las fundaciones del sector público han de elevarse al Consejo de Gobierno junto con la propuesta de acuerdo por el cual se dispone su creación. (...)
3. Las modificaciones de los estatutos de las fundaciones del sector público han de elevarse, en todo caso y con carácter previo a su aprobación por el órgano de la entidad que corresponda, al Consejo de Gobierno para que proceda a su autorización previa, junto con, en su caso, el plan de actuación y el estudio económico-financiero a que se refiere el segundo párrafo del artículo 56.3 anterior.

Este acuerdo se adoptará a propuesta de la consejería interesada, con el informe preceptivo de la consejería competente en materia de hacienda y presupuestos.

También se habrá de tener en cuenta los artículos 87 —control financiero— y 90 —inspección-contabilidad—, del Decreto legislativo 1/2005 de 24 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas de les *Illes Balears*.

de determinados actos que son relevantes en la vida fundacional —a título de ejemplo, su constitución—, amén, de los controles presupuestarios, financieros y de eficacia que todas las legislaciones autonómicas han previsto en relación con este tipo de entes como integrantes del sector público autonómico. Nos estamos refiriendo a Aragón, Cataluña, Castilla y León, Castilla-La Mancha, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra y al País Vasco.

Por último, se puede afirmar que las Comunidades Autónomas cántabra y asturiana son las que contienen disposiciones más dispersas y menos detalladas, sin perjuicio de que se haya detectado un claro control financiero sobre la actividad fundacional.

A todo ello debemos añadir, la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal contenida en el artículo 149.3 CE interpretado en los términos ya comentados anteriormente.

5. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO COMO PODERES ADJUDICADORES

Una vez expuesto el panorama legislativo en materia de fundaciones, nos encontramos en condiciones de entrar a abordar este tipo de personificaciones desde el punto de vista de la contratación pública y, a tal efecto, procede ahora analizar los dos requisitos alternativos que han de concurrir para que una fundación deba ser considerada entidad del sector público, “aportación” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”⁵⁰⁵. Una vez extraída la conclusión de que la fundación se debe incluir entre las entidades del sector público, se deberá determinar cuál es su nivel de sujeción y, con ese objetivo, se deberán interpretar las previsiones contempladas en el artículo 3.3 del TRLCSP cuando hace referencia a los poderes adjudicadores, de conformidad con los

⁵⁰⁵ Se ha de recordar que el artículo 3.1, letra f) del TRLCSP señala:

A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: (...)

- f) 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 carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

critérios comunitarios ya expuestos en los Capítulos Primero y Tercero del presente trabajo de investigación.

5.1 Significado de “aportación” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”

La primera norma, en sede de contratación pública, que incluye la definición de las fundaciones como entidades del sector público fue la LCSP —hoy TRLCSP—. Hasta la promulgación de esa Ley, el intérprete se encontraba obligado a acudir a otras disposiciones legislativas —tanto estatales como autonómicas—, que contuviesen tal delimitación conceptual. La situación cambia radicalmente cuando el TRLCSP la hace pivotar sobre dos conceptos: “constitución con una aportación mayoritaria” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”, recogidos en la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP.

El alcance de estos conceptos se encuentra contenido en las legislaciones privadas en materia de fundaciones —tanto estatal, como autonómicas— y pretenden reflejar la situación patrimonial de la entidad desde su constitución hasta su extinción. A tal efecto, se deben distinguir tres tipos de aportaciones: la dotación inicial, las aportaciones patrimoniales afectadas a la dotación y el patrimonio fundacional. La “dotación inicial” es la aportación que debe realizar el fundador en el momento de su constitución y puede consistir en cualquier tipo de bienes o derechos. Su existencia es obligatoria para poder constituir la fundación y su cuantía debe ser adecuada y suficiente para atender los fines de interés general que persigue la misma. La dotación inicial puede complementarse posteriormente con la realización de actos sucesivos de afectación patrimonial o de terceros. Son las denominadas “aportaciones patrimoniales cualificadas” o realizadas en concepto de dotación, que constituyen el segundo grupo y se someten a las mismas reglas que la dotación inicial. Así se establece, por ejemplo, a nivel estatal, en el artículo 12.4 de la Ley de Fundaciones del año 2002 cuando señala que:

Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas o que se afecten por el Patronato a los fines fundacionales⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Vid.: GRAMUNT FOMBUENA, M.D. “La dotación de las fundaciones”. En: BELLO JANEIRO, D.; LUNA SERRANO, A. (Coords.). *Op. cit.*, pp. 41-57.

Se debe advertir que el artículo 3.1, letra f) del TRLCSP no hace referencia al concepto de “dotación”, sino al de “aportación”, concepto más amplio y que incluye a todos los bienes y derechos que cedan los poderes públicos en el momento originario de la constitución de la fundación, con independencia de que se encuentren o no afectos a la dotación fundacional, es decir, cualquier acto, directo o indirecto, que suponga un enriquecimiento de la entidad fundacional⁵⁰⁷. Además, no podemos pasar por alto que la normativa de contratación pública hace referencia al verbo “constituir”, razón por la cual y del tenor literal del precepto, sólo se puede deducir que cuando una fundación nace pública, permanece pública hasta su extinción, aunque las aportaciones que se puedan hacer posteriormente dejen de ser mayoritariamente públicas. Por el contrario, una fundación constituida con fondos privados, puede ser pública posteriormente, porque las aportaciones subsiguientes destinadas al patrimonio fundacional con carácter de permanencia, sean mayoritariamente públicas. Si bien se puede afirmar que la determinación del carácter público o privado de la entidad en el momento del nacimiento de la misma carece de sentido cuando hay una modificación patrimonial posterior, lo cierto es que el legislador no deja margen alguno al intérprete, al referirse de forma clara y contundente al verbo “constituir”, y por tanto obliga a referirnos en todo caso al momento inicial de creación de la entidad⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ En estos términos, se manifiesta GARCÍA-ANDRADE cuando señala que la aportación parece comprender cualquier negocio jurídico o acto que contenga por resultado un enriquecimiento económico para la fundación. El citado autor señala:

A tales efectos habrán de computarse tanto las aportaciones *directas* como las *indirectas*. Esto es, tanto las que sean imputables a los sujetos del sector público estatal, como las que sean imputables bien por intermediación de otros sujetos o bien por el cauce de otros instrumentos jurídicos que tengan como resultado aquella aportación.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. “Fundaciones de la Administración Pública”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; *et al.* (Dir.). *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, p. 680.

⁵⁰⁸ Ello ha sido detectado por parte de BLÁZQUEZ LIDOY cuando señala que tal consecuencia no es conceptualmente correcta, limitando a las Administraciones públicas la flexibilidad suficiente para que ciertas estructuras puedan pasar al sector privado. El citado autor señala:

Vincular el concepto de fundación pública a la aportación inicial ha llevado, de hecho, a que fundaciones que han sido abandonadas por los poderes públicos —sobre todo aquellas constituidas con anterioridad a la Ley 50/2002—, sigan siendo públicas a pesar de que ni la actual dotación es mayoritariamente pública, ni la Administración nutre de forma habitual sus recursos ni, tampoco, en su patronato existe representación mayoritaria de las administraciones. En estos casos cabe preguntarse si tiene algún sentido que estas entidades estén sometidas a normativa pública. Vincular a una situación estática —nacimiento— el régimen público de las fundaciones entendemos que no es conceptualmente correcto y, además, limita a las Administraciones la flexibilidad suficiente para que ciertas estructuras puedan pasar al sector privado. Si bien es cierto que en la

El concepto de “patrimonio fundacional” tampoco se encuentra definido en el TRLCSP y está formado, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Fundaciones del año 2002, por todos aquellos bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integran la dotación, así como por otros que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no la dotación⁵⁰⁹. La norma hace referencia no sólo a los bienes y derechos, sino también al concepto “obligaciones” como parte integrante del patrimonio, concepto al que no se refería la Ley de Fundaciones de 1994. Por tanto, y siguiendo a PÉREZ ESCOBAR con CABRA DE LUNA y LORENZO GARCÍA⁵¹⁰, podemos entender que el patrimonio se configura como una universalidad susceptible de valoración económica en la que tienen cabida tanto las relaciones jurídicas activas —bienes y derechos de cualquier tipo— como las pasivas —obligaciones—. Consecuentemente, se deben incluir dentro del concepto de “patrimonio fundacional”, además de los bienes, los derechos de crédito, los derechos inmateriales, los derechos hereditarios, las rentas que produzcan todos

constitución se emplea dinero público, dicha situación no debería implicar la vinculación permanente al sector público de la Fundación. Si el problema es que dicho dinero deba ser resarcido, debería arbitrase algún mecanismo para que la Fundación pudiera ser privada y la Administración resarcirse de los fondos empleados en la constitución. Se puede pensar en una situación como la siguiente: una fundación creada para un determinado fin ha cumplido la misión inicial que buscaba la Administración, pero la iniciativa privada entiende que es un mecanismo adecuado para los fines que ahora ellos buscan. Si esa fundación tiene ya una organización con capital humano y productivo y la Administración no quiere seguir con la misma, carece de sentido que tal asunción de la misma por el sector privado sea prácticamente imposible al no perder ésta nunca su carácter público.

BLÁZQUEZ LIDOY, A. “Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dir.). *Tratado de Fundaciones... Op. cit.*, p. 365.

En el mismo sentido se expresa el reciente Informe CORA, cuando señala lo siguiente:

Respecto de la primera de estas, la aportación mayoritaria estatal en la constitución de una fundación, supone que si la aportación mayoritaria en la constitución es pública, la fundación nace pública y permanece pública hasta su extinción. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el patronato puede solicitar permiso al protectorado para desafectar dinero de la dotación, de forma que una dotación de carácter público puede a lo largo del tiempo constituirse en otra de carácter privado, sin que deje de ser pública. Este abre la puerta a serias dudas, en especial si tiene o no sentido que una fundación quede adscrita de forma permanente al sector público sólo por el origen público de la aportación inicial.

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Op. cit.*, p. 241.

⁵⁰⁹ En términos similares se expresan las legislaciones autonómicas en materia de fundaciones. Así, por ejemplo, el artículo 28 de la Ley 10/2005, de Fundaciones de Andalucía o el artículo 12 de la Ley 2/1998, de Fundaciones de Canarias.

⁵¹⁰ Vid.: PÉREZ ESCOBAR, M.; *et al.* “Patrimonio, régimen económico y funcionamiento”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dir.). *Tratado de Fundaciones... Op. cit.*, p. 257.

estos derechos, e incluso los que puedan producir la actividad financiera y comercial de la actividad de la fundación⁵¹¹. El artículo 16 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, mediante el cual se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal⁵¹², detalla y relaciona los bienes y derechos, susceptibles de valoración económica, que forman parte del patrimonio fundacional y, a tal efecto, señala:

- a) La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido económico patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales; En el caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en ésta los bienes y derechos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse;
- b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante, por acuerdo del patronato o por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial;
- c) Los demás bienes y derechos y las obligaciones que adquiera la fundación en el momento de su constitución o con posterioridad.

No obstante, para determinar si la fundación en cuestión debe o no ser considerada entidad integrante del sector público a efectos de la contratación pública, han de analizarse dos requisitos adicionales: el carácter “permanente” del patrimonio fundacional y la referencia a los verbos “aportación” o “cesión” al que alude el artículo 3.1, letra f) del TRLCSP.

El “patrimonio fundacional permanente” estará constituido por aquellos bienes o derechos que integren la dotación inicial, junto a aquellos bienes o derechos que se han aportado posteriormente a la misma por este concepto, a los que antes hemos denominado “aportaciones patrimoniales cualificadas” y, además, por aquellos bienes o derechos que el patronato decida declarar su carácter de permanencia. En este último caso, tendrá que existir una declaración formal en tal sentido. Esta conclusión se puede extraer de la lectura del artículo 16 del

⁵¹¹ Vid.: ALLI TURRILLAS, J.C. *Op. cit.*, p. 301 y PUIG FERRIOL, L. “El patrimonio fundacional en la ley de fundaciones catalanas”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, 1983, p. 1647.

⁵¹² En adelante, Real Decreto 1337/2005.

Real Decreto 1337/2005 antes transcrito, y que diferencia entre el carácter permanente o no de los bienes integrantes del patrimonio fundacional.

Por otra parte, en cuanto a la referencia que se hace al verbo “aportar” o “ceder”, debemos extraer una conclusión, y es que los bienes o derechos a los que alude el precepto deben ser transmitidos a título gratuito. Ello implicaría que las transmisiones que realicen los poderes públicos de forma onerosa con contraprestación no deberían quedar incluidas en el concepto que estamos analizando. Este extremo reviste su importancia, ya que si se llegase a concluir que se deben incluir en el concepto de “patrimonio” las transmisiones a título oneroso que pudiese realizar el poder público a favor del ente fundacional, podría darse el resultado de que quedasen comprendidas las cantidades que percibiese la entidad como adjudicataria de contratos públicos⁵¹³.

Situados en este punto, nos debemos plantear si las subvenciones públicas que puede percibir una fundación se deben o no considerar bienes o derechos integrantes del patrimonio fundacional con carácter de permanencia. Pues bien, salvo afectación de la subvención de forma permanente al patrimonio fundacional por parte del patronato, no se podrá considerar como un bien o un derecho que reúna los requisitos de permanencia previstos en la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP. Es decir, la sola circunstancia de que una fundación reciba mayoritariamente subvenciones públicas no conlleva *per se* que la entidad deba categorizarse como del sector público a efectos de contratación, ya que se requiere un requisito adicional: que se realice con carácter de permanencia.

Distintos autores han extraído conclusiones similares en cuanto a las subvenciones se refiere. Así, por ejemplo, GARCÍA-ANDRADE distingue entre las subvenciones que se gastan en el ejercicio de la actividad, que no se deben computar en el patrimonio de la fundación al no concurrir el requisito de la permanencia, y las subvenciones destinadas a la compra de bienes o derechos que permanecen en la entidad y, consecuentemente, son un claro reflejo de la permanencia. Al respecto, el autor señala:

⁵¹³ En el mismo sentido, vid.: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. En: MUÑOZ MACHADO, S.; *et al.* (Dir.). *Op. cit.*, pp. 681 y 682.

Así el carácter de la aportación económica de la letra b) difiere un tanto, a efectos de su cómputo, con respecto a la prevista en la letra a). Así, en el primero de los apartados del artículo 44 de la Ley 50/2002 bastaba con que la fundación recibiese una aportación mayoritaria para ser incluida en el sector público; mientras que en este segundo supuesto, la norma no contempla tanto el ingreso, la entrada en la economía de la fundación, como la integración en su patrimonio. Integración de la que además se exige un carácter de permanencia. El sentido de la diferenciación seguramente se justifique en el ánimo de no incluir el supuesto tan frecuente de fundaciones enteramente privadas que obtienen anualmente subvenciones públicas que suponen más de la mitad de sus ingresos. De tal manera que las menciones a la composición del patrimonio (no a los ingresos) y también a su carácter de permanencia excluyen de la definición a aquellas fundaciones que reciben subvenciones que gastan en el ejercicio de su actividad. No obstante, sí quedan incluidas aquellas fundaciones que destinen el importe de las subvenciones a la adquisición de bienes o derechos que permanezcan en la fundación.⁵¹⁴

La legislación catalana en materia de fundaciones, con anterioridad a la modificación operada mediante la Ley 7/2012 de modificación del Código Civil, llegaba aún más lejos al establecer que las subvenciones no se debían incluir en los conceptos de “aportación” ni de “patrimonio fundacional”, sin ni siquiera hacer la distinción sobre su carácter de permanencia o no. Así, se infería de la Disposición Adicional Tercera del Libro III del Código Civil catalán cuando señalaba lo siguiente:

No comparte la consideración de fundación del sector público de la Administración de la *Generalitat* o de la Administración local de Cataluña, a los efectos de lo establecido por el artículo 331-2.2 del Código Civil de Cataluña, la financiación que las fundaciones reciben de las Administraciones y de otras entidades públicas, ya sea mediante concierto o como contraprestación por la prestación de servicios y, en general, cuando tienen causa en negocios jurídicos que implican

⁵¹⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. En: MUÑOZ MACHADO, S.; *et al.* (Dirs.). *Ibidem*.

En el mismo sentido se expresa el Informe CORA, cuando señala lo siguiente:

El segundo criterio es el de la financiación en más del 50 por 100 con carácter de permanencia a cargo de entidades públicas. Y un problema de las fundaciones del sector público trae causa precisamente, por su forma de financiación con recursos públicos. Cuando la Ley hace mención a que el patrimonio fundacional se financie con un carácter de permanencia debe entenderse que se refiere a cantidades que se reciban para financiar globalmente su actividad, esto es, a las que sean transferencias o subvenciones habituales o permanentes no vinculadas a objetivos concretos sino a su funcionamiento. Así, quedarían excluidas las subvenciones que se obtengan para realizar actividades concretas, ya sea nominativamente en presupuestos o mediante un procedimiento de concurrencia competitiva. Una interpretación diferente haría que muchas fundaciones privadas pudieran convertirse en públicas por esta vía, pues muchas de estas entidades se nutren mayoritariamente de subvención.

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Ibidem*.

obligaciones recíprocas. Asimismo, el hecho de que los ingresos de las fundaciones provengan mayoritariamente de subvenciones otorgadas por las administraciones y de otras entidades públicas, no determina por esta sola circunstancia el carácter de fundación del sector público, sin perjuicio de su condición como poder adjudicador a los efectos de su régimen jurídico contractual⁵¹⁵.

Se ha de recordar al respecto que con anterioridad a la modificación del año 2012, el artículo 331-2.2 del Libro III Código Civil de Cataluña definía a las fundaciones del sector público catalán en base a tres criterios alternativos: a) aportación mayoritariamente pública, directa o indirecta; b) patrimonio fundacional con carácter de permanencia, mayoritariamente público; o c) representación mayoritariamente pública en el órgano de gobierno de la entidad.

Por tanto, cuando la citada Disposición Adicional Tercera hacía referencia a que los ingresos que reciban las fundaciones —ya sea mediante concierto, contraprestación o subvenciones— no deben incidir en la categorización de la entidad como del sector público y aludía al hoy derogado artículo 331-2.2, se desprende que está haciendo referencia a la “aportación” o al “patrimonio fundacional”, concluyéndose que en ningún caso se deben incluir las subvenciones en ninguno de estos dos conceptos, dado que son los únicos de los tres que tienen una relevancia o contenido patrimonial.

5.2 Características esenciales de las fundaciones del sector público a efectos de determinar su nivel de sujeción a la normativa de contratación pública

Cuando la entidad cumple con los requisitos de “aportación” o de “patrimonio fundacional con carácter de permanencia” en los términos referidos anteriormente, se puede afirmar que la fundación, a efectos de contratación pública, estará incluida en el sector público y, consecuentemente, estará sujeta al tercer nivel de sujeción a la Ley. Ahora bien, situados aquí, deberemos despejar otra incógnita, y es si la fundación debe o no estar incluida en alguno de los dos primeros niveles de sujeción a la norma. Con esa pretensión es fundamental interpretar los siguientes rasgos definitorios: a) Naturaleza jurídica de los entes fundacionales —entidad de Derecho privado *versus* entidad de

⁵¹⁵ La citada Disposición Adicional Tercera fue derogada mediante la letra b) de la Disposición Derogatoria de Ley 7/2012, de modificación del Código Civil.

Derecho público—; b) Finalidad fundacional: Interés general; c) Realización de actividades mercantiles o industriales por parte de los entes fundacionales; y d) Controles públicos a los que se encuentra sometidas las fundaciones del sector público⁵¹⁶.

Es necesario hacer una aclaración a efectos sistemáticos. Las tres primeras características enunciadas —la naturaleza pública o privada de la entidad, el interés general que persiguen las fundaciones, y su actividad industrial o mercantil— son aplicables a todas las fundaciones del sector público, tanto estatal como autonómicas y, consecuentemente, son comunes las conclusiones que se puedan extraer. Por el contrario, para poder determinar si los poderes públicos controlan a las fundaciones del sector público en términos comunitarios, ha sido necesario analizar tanto las disposiciones estatales, como autonómicas y, no sólo las relativas al Derecho de fundaciones, sino también las de Derecho público que regulan las finanzas, presupuestos, contabilidad o hacienda pública de los entes del sector público.

5.2.1 Entidades de Derecho privado *versus* entidades de Derecho público

La primera cuestión que se ha de determinar es la naturaleza pública o privada de las fundaciones del sector público, la cual no es baladí en el terreno que nos movemos, la contratación pública. Ya hemos dicho anteriormente que al legislador comunitario le es indiferente que la entidad tenga o no naturaleza jurídica pública, lo determinante es la actividad que realiza y el control a la que está sometida. En cambio, esa indiferencia no es compartida por el legislador nacional, el cual extrae consecuencias totalmente distintas de la naturaleza pública o privada de la entidad. Así, una entidad privada nunca estaría integrada

⁵¹⁶ Al respecto, se ha de recordar que el artículo 3.3 del TRLCSP establece lo siguiente:

Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 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.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionadas en las letras anteriores.

en el NIVEL UNO de sujeción al TRLCSP y, consecuentemente, sus contratos nunca serían administrativos. Por el contrario, una entidad de Derecho público podría estar integrada en cualquiera de los tres niveles de sujeción y sus contratos podrían ser administrativos o privados, dependiendo del nivel en el que se le incluyese.

Se puede afirmar que las fundaciones del sector público son entidades de Derecho privado sometidas a la reglas de Derecho civil y, consecuentemente, no forman parte de las entidades institucionales de la Administración, ni son Administración Pública, sin perjuicio de que para concretas normas administrativas —y una de ellas es la que estamos analizando ahora, el TRLCSP— deban ser consideradas entes del sector público. Ello no desnaturaliza su carácter jurídico privado. Esta premisa es fundamental y no puede dar lugar a confusión. Las fundaciones del sector público no pueden ejercer potestades públicas, y sólo pueden realizar actividades relacionadas con las competencias de las entidades públicas fundadoras, coadyuvando a sus fines. Las fundaciones del sector público, al no poder ejercer potestades públicas, no se encuentran en la posición de privilegio que estaría una Administración Pública⁵¹⁷. Esta opinión se encuentra confirmada por autores como CARBALLEIRA, PIÑAR MAÑAS y RAZQUIN LIZARRAGA⁵¹⁸. Así por ejemplo, la primera autora, afirma que las fundaciones del sector público no son entidades instrumentales de la Administración y que si alguna semejanza guarda con otras entidades es con el sector público empresarial. En todo caso y, para que no nos lleve a confusión, la autora sólo habla de semejanza, circunstancia

⁵¹⁷ En este mismo sentido se expresa el Informe CORA, cuando señala lo siguiente:

Respecto de su naturaleza, las fundaciones del sector público son personas jurídico-privadas, y ello a pesar de la participación mayoritaria de la Administración en la constitución o en el patrimonio de las mismas, y a pesar también de que exista un control público sobre la actividad desarrollada por estas entidades. Es precisamente la justificación de una fundación el problema principal que se plantea en torno a la figura de las fundaciones del sector público. Lo esencial es por tanto delimitar el por qué se precisa de una entidad de derecho privado para satisfacer necesidades en que en principio deben cubrirse por una Administración.

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Ibídem*.

⁵¹⁸ Vid.: CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Op. cit.*, pp. 149 y 150; PIÑAR MAÑAS, J.L. *Régimen Jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1992, p 35 y, del mismo autor, "Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones". *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 303-305; y RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. "Las fundaciones y la contratación pública". *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87 y 88, 2010 pp. 905-941.

que no implica que las fundaciones deban quedar integradas en el sector público empresarial.

En apoyo de nuestra tesis, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 27 de abril de 2005, enjuiciando la competencia para conocer de un asunto relacionado con una fundación, apreció falta de competencia a favor de la Jurisdicción civil, al entender que la entidad, aunque alguno de los miembros del patronato formase parte de alguna Administración Pública, no era ningún ente público disfrazado bajo la personalidad jurídica ficticia de una fundación privada, puesto que resulta factible la existencia de fundaciones privadas de iniciativa pública que sean verdaderas fundaciones y cuyos actos por tanto no sean administrativos, sino privados. La citada Sentencia afirma:

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 incardina 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)⁵¹⁹.

En el mismo sentido se expresó la Audiencia Nacional en las Sentencias de fecha 2 de diciembre de 2009 y 4 de mayo de 2011. Así, mediante la primera de ellas, se revoca la sentencia de instancia por no ser el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para decidir sobre la entrega dineraria sin contraprestación realizada por una fundación del sector público, denominada Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales. La Audiencia Nacional señaló:

⁵¹⁹ La citada STS declaraba no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia, de fecha 6 de noviembre de 2002, en el que se apreciaba falta de jurisdicción para conocer del asunto.

En consecuencia, tratándose de una convocatoria para la realización de entregas dinerarias sin contraprestación en que consiste la asignación de recursos, realizada por una fundación del sector público, que, por tanto, está sometida al Derecho Privado, la competencia para conocer del asunto corresponde a la jurisdicción civil; a lo que no es obstáculo el hecho de que para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se tenga que ajustar a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal (art. 46.6 LF), pues tales principios no excluyen la aplicación del Derecho privado, como se desprende de la Disposición Adicional 16ª LGS.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en la Sentencia de fecha 13 de septiembre de 2010, llega a la misma conclusión al analizar la actuación de la Fundación para la Enseñanza de las Artes en Castilla y León, atribuyendo la jurisdicción para conocer del asunto a la jurisdicción social, y no a la contencioso-administrativa, al tratarse de una entidad sometida al Derecho privado que no puede calificarse de Administración Pública. Al respecto señaló:

Carecen de relevancia las argumentaciones del apelante sobre el interés general de los fines de la Fundación Arcyl —en este caso, impartición de enseñanza de danza y otras artes— o sobre su financiación íntegra a cargo del erario público, pues ambos aspectos son intrínsecos a todas las fundaciones de naturaleza pública —art. 3 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León y art. 6.3—, sin que el ejercicio de las actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras —aquí, la propia Comunidad de Castilla y León— coadyuvando a sus fines, suponga la asunción de competencias propias ex art. 46.1.b) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ni el hecho de que el Patronato esté conformado por determinados cargos de la entidad fundadora —Comunidad de Castilla y León— convierta sin más a la fundación en una entidad pública sujeta al Derecho Administrativo ya que está sometida al derecho privado integrado, en lo esencial, por la voluntad del fundador, los estatutos y la legislación de fundaciones —figura jurídica propia del derecho civil—, ostentando personalidad y capacidad jurídica propias y con indudable naturaleza jurídico-privada a la vista de las normas que amparan su creación, por lo que no puede calificarse de Administración Pública y ello al margen de la actividad fiscalizadora del Protectorado ejercida por la Administración autonómica, que sí tiene naturaleza administrativa poniendo fin a esta vía y abriendo su imputabilidad ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, Protectorado que, por lo demás, no interviene en la selección de personal ni concertación de contratos por la fundación al tratarse de una función de administración típicamente atribuida al Patronato en los correspondientes estatutos⁵²⁰.

⁵²⁰ En el mismo sentido se pronunció el TSJ de Canarias en la Sentencia de fecha 6 de marzo de 2009, donde se concluyó la sujeción de una fundación del sector público a la normativa de contratación pública, sin perjuicio de su carácter de entidad de Derecho privado, al respecto afirma:

No obstante lo dicho anteriormente en cuanto a la naturaleza privada de las fundaciones del sector público, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones, ha procedido a levantar el velo de estas entidades, categorizándolas como de Derecho público. Ello sucede en aquellas materias donde la utilización de entidades privadas conlleva la inaplicación de controles públicos, situación que no se daría actualmente en sede de contratación pública. Además, no podemos obviar el momento temporal en que acontecen los hechos enjuiciados por el Tribunal Constitucional —cuando se produce el máximo exponente de la huida del Derecho administrativo—, y que el órgano constitucional pretende compensar mediante la teoría del levantamiento del velo. No obstante, el ordenamiento jurídico de aquella época en cuanto a los controles públicos se refiere, nada tiene que ver con el actual. Veamos, por ejemplo, el Auto del Tribunal Constitucional núm. 206/1999, de 28 de julio, donde se analizaba la naturaleza jurídica de la Fundación del Teatro Lírico —a raíz de un recurso de amparo formulado por la antigua Directora de la Fundación, por supuesta vulneración de los derechos fundamentales al ser cesada de su puesto de trabajo por modificación estatutaria y, como consecuencia del cambio operado por el Gobierno, tras las elecciones de 1996—. El órgano constitucional acudió a la técnica del levantamiento del velo, pese a inadmitir la demanda —al considerar que no existía vulneración de tales derechos fundamentales—, afirmó que se “puede equiparar en realidad a un ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera

Nos centramos ahora en el Derecho español para dilucidar si en nuestro ordenamiento patrio una actividad considerada como materialmente administrativa, pero desarrollada a través de formas de personificación de Derecho privado (caso de la Fundación aquí demandada), se somete al régimen de contratación administrativa.

El TSJ de Galicia, en Sentencia de fecha de 18 de noviembre de 2010, entendió que la jurisdicción contenciosa administrativa era la competente para conocer de la resolución de un contrato de seguridad y vigilancia entre una fundación del sector público y una entidad mercantil, al formar parte del sector público, sin perjuicio de que sea una entidad de Derecho privado y no una Administración Pública. El Tribunal señaló:

Sostiene la parte apelante que era aplicable la nueva ley de contratos de 2007, lo que no es verdad, pues el que aquí interesa se licitó en el mes de junio de 2007 y aquélla entró en vigor el 30.04.08. Si bien no interesa al caso, la fundación recurrente forma ya parte del sector público al que se refiere su artículo 3, pero no es una administración pública, circunstancia que determina que, con independencia del objeto del contrato, esté sujeto a derecho privado y no a derecho administrativo (artículo 20.1), sin que, por lo demás, pueda calificarse como contrato administrativo el que celebre una fundación, por no estar investida de prerrogativas unilaterales y ejecutorias; no obstante, en la medida en que se configure como poder adjudicador (artículo 3.3 .b) y su contrato de servicio esté sujeto a regulación armonizada (artículo 16.1), esta jurisdicción contencioso-administrativa podría conocer de los actos separables de preparación y adjudicación (artículo 21.1).

instrumental la vestimenta fundacional”. El Tribunal Constitucional levanta el velo de lo privado para descubrir bajo la personificación de una fundación, elementos de Derecho público que considera plenamente aplicables⁵²¹. No podemos pasar por alto que el órgano constitucional se limita a “equiparar” a las fundaciones del sector público con las entidades de Derecho público, y no a configurarlas como tales, la cual se produce cuando la creación de este tipo de entidades privadas tiene por objeto desvincularse de los controles públicos. Expresiones utilizadas en la Sentencia tales como “la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación” o “utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica”, nos ayudan a concluir en estos términos. El Tribunal Constitucional reconoce a los poderes públicos la capacidad de los poderes públicos para constituir entes privados, y no desnaturaliza su naturaleza jurídica cuando los controles públicos actúan de conformidad con el Derecho Público.

En términos similares, y ya más recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, —Sala de lo Social—, en la Sentencia de fecha 27 de octubre de 2009, mediante la que se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Fundación Lázaro Galdiano contra una Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. El objeto de debate se centraba en si a la fundación se le debía aplicar el Estatuto Básico del Empleado Público, o bien, como solicitaba la Abogacía del Estado, el Estatuto de Trabajadores. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso y confirmó la Sentencia al entender que nos encontramos ante una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente del Ministerio de Cultura y, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 del Estatuto Básico del Empleado. Pero la Sentencia llega aún más lejos e interpreta no sólo la normativa laboral y de función pública, sino también —*obiter dicta*— la de la contratación pública, en concreto, el artículo 3 de la antigua LCSP, concluyendo, que esta fundación del sector público se debe categorizar como Administración Pública a efectos de contratación. Al respecto la Sentencia señala:

⁵²¹ Vid.: MORENO FUENTES, R. “Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública (Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)”. *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 60, 2000, pp. 310-315.

En cualquier caso, aun tomando estas definiciones como criterio interpretativo, llegaríamos a la misma conclusión por cuanto dentro del sector público tendrá la consideración de Administración Pública conforme al apartado e) del nº 2 del artículo 3 de la Ley 30/3007.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid calificó a la fundación de Derecho público, al considerar reveladoras las siguientes circunstancias: a) La Dirección de la fundación recayó en un Protectorado presidido por el Jefe de Estado e integrado por Ministros y Directores Generales; b) El patronato está integrado exclusivamente por el sector público; y c) Sus cuentas anuales están sometidas a distintas leyes presupuestarias⁵²². Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R.

⁵²² Pese a su extensión, es interesante reproducir el Fundamento de Derecho Segundo de la citada STSJ de Madrid, donde se señala:

No cuestionan las partes que la Fundación demandada es una Fundación del sector público estatal con plena autonomía y personalidad jurídica propia e independiente, que funciona para el desarrollo de su actividad conforme a normas de derecho privado. Lo que se trata de dilucidar, por el contrario, es si la Fundación constituye una Entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de cualquier administración pública (art. 2.1 EBEP), o si se trata de una entidad del sector público estatal no incluida en el ámbito del art. 2, que estén definidas, así en su normativa específica y a la que le sea de aplicación los arts. 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP, conforme establece la disposición adicional primera.

Como se apunta en el recurso por el Abogado del Estado, que una entidad forme parte del "sector público estatal" no significa que sea Administración Pública ni que esté vinculada o dependa de cualquier Administración Pública. Lo relevante, por el contrario, es si su constitución, estructura, dependencia y control de su gestión se realiza con vinculación y dependencia de una Administración Pública, en cuyo caso, de conformidad con el art. 2 del EBEP, quedaría dentro de su ámbito de aplicación.

Partiendo, pues, de esta premisa, debemos destacar que la Dirección de la Fundación recayó en un Protectorado, constituido el 16 de marzo de 1949, presidido por el Jefe del Estado e integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores, Hacienda y Educación Nacional, así como por los Directores de las Reales Academias de Bellas Artes de San Fernando y de la Historia y el Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. En la actualidad, tal y como se recoge en el fundamento cuarto de la sentencia, el Patronato Rector está compuesto por la Ministra de Cultura, el Subsecretario de Cultura, el Interventor General del Estado, los Directores Generales de Patrimonio, de Bellas Artes y el Abogado General del Estado. Tal composición, a entender de la Sala, evidencia una clara vinculación y dependencia de una Administración Pública (Ministerio de Cultura).

Por otro lado, sus cuentas anuales están sometidas a las diversas leyes presupuestarias del Estado, tal y como revela el Anexo XIII de la Ley para el ejercicio de 2008 y para el 2009, dato que el Juzgador pone igualmente de relieve en el referido fundamento cuarto, constituyendo una circunstancia que pone de manifiesto una dependencia, vinculación y control por parte de la Administración Pública (Ministerio de Cultura).

En consecuencia, si estamos ante una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente del Ministerio de Cultura, nos encontramos dentro del ámbito de aplicación del art. 2 del EBEP, no existiendo necesidad de acudir a las definiciones que, dentro del ámbito subjetivo, se contienen en el art. 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pues, sin negar su carácter inspirador a efectos de interpretación, las mismas lo son "a los efectos de esta Ley", la de Contratos del Sector Público, tanto en lo que se refiere a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público (circunstancia que no se niega por la demandada), como a

FERNÁNDEZ y PIÑAR MAÑAS con REAL PÉREZ habían llegado a la misma conclusión que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid —en base a razonamientos totalmente distintos—, al señalar que la Fundación Lázaro Galdiano es una fundación pública creada al amparo de la Ley de 17 de julio de 1948, de conflictos jurisdiccionales⁵²³, y no una fundación privada de iniciativa pública constituida de conformidad con la Ley de Fundaciones del año 2002. Así, PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, comentando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, afirman:

Creemos que la solución final es acertada, pero no la argumentación utilizada para llegar a ella. Ante todo, la Fundación Lázaro Galdiano no es en realidad una fundación privada de iniciativa pública en las que está pensando la Ley 50/2002, de Fundaciones, sino una fundación pública⁵²⁴.

No obstante, pese a la opinión de los citados autores, las Instrucciones Internas de Contratación que regulan el régimen contractual de la Fundación Lázaro

los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas dentro del sector público y a los efectos de la ley.

En cualquier caso, aun tomando estas definiciones como criterio interpretativo, llegaríamos a la misma conclusión por cuanto dentro del sector público tendrá la consideración de Administración Pública conforme al apartado e) del nº 2 del art. 3 de la Ley 30/2007:

Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

- 1.ª. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o;
- 2.ª. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Se ha de decir que no era la primera vez que el TSJ de Madrid se pronunciaba en estos términos, categorizando a una fundación del sector público como entidad de Derecho público. Así, la Sentencia de fecha 27 de enero de 2000 —esta vez dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo—, enjuicia la naturaleza jurídica de la Fundación Hospital Alcorcón y la califica de entidad de Derecho público, a la vista de sus Estatutos, su régimen normativo, el régimen de su patrimonio y quien asume el Protectorado. Con relación a esta sentencia, se ha de advertir que esta fundación no estaba categorizada como una fundación pública sanitaria, en cuyo caso, su clasificación como pública se hubiese ajustado a derecho, sino que es de las que hemos denominado fundaciones en mano pública que después analizaremos ampliamente.

⁵²³ Ley de 17 de julio de 1948, relativa a los conflictos jurisdiccionales (BOE, núm. 200, de 18 de julio de 1948).

⁵²⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L.; REAL PÉREZ, A. "Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribunales 2009-2010". *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, p.433. En el mismo sentido, vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T.I. *Op. cit.*, 15.ª ed., 2011, pp. 405 y 406.

Galdiano indican expresamente que es una fundación del sector público estatal, incluyéndolas en el NIVEL DOS de sujeción a la Ley, como poderes adjudicadores, no Administración Pública, al señalar lo siguiente:

La Fundación Lázaro Galdiano, creada por la Ley de 17 de Julio de 1948, con los bienes de propiedad del Estado procedentes de la herencia de D. José Lázaro Galdiano, es una organización sin ánimo de lucro, y que tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

Se considera fundación del sector público estatal a los efectos de la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones; Ley 47/2003, de 26 de Noviembre, General Presupuestaria; y Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público⁵²⁵.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación de la *Generalitat* de Cataluña, en su Informe 3/2009, de 28 de mayo, —ya referido— llega a la misma conclusión que la alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al entender que las fundaciones del sector público podrían ser consideradas Administraciones Públicas si se cumpliera alguno de los requisitos previstos en la letra e) del antiguo artículo 3.2 de la LCSP —que su actividad no fuese de mercado o que no se financiase con ingresos obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes y servicios—. El criterio de la junta catalana no era nuevo, ya que mantuvo esta posición en relación con el antiguo TRLCAP, en concreto, en el Informe 4/2004, de 10 de diciembre, donde analizaba, por una parte, el régimen de contratación de las fundaciones públicas —refiriéndose a los organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de la Administración Pública, y poniendo como ejemplo a las fundaciones públicas sanitarias— y, por otra parte, lo que el órgano consultivo denominaba fundaciones con componente público, de iniciativa pública, del sector público o en mano pública⁵²⁶.

⁵²⁵ Expositivo I de las Instrucciones Internas de Contratación de la Fundación Lázaro Galdiano de fecha 14 de noviembre de 2012, Disponible [*On line*] <http://www.flg.es/contratacion/instrucciones-internas-contratacion-fundación-lazaro-galdiano.pdf> [Consulta: 2 de junio de 2013].

⁵²⁶ La Junta catalana concluye que para determinar su régimen de contratación, se hacía necesario analizar los artículos 1.3 y 2.1 del TRLCAP. Al respecto, se ha de recordar que el artículo 1.3 del antiguo TRLCAP sólo hacía referencia a las entidades de Derecho público, razón por la cual, la Junta está considerando que las fundaciones del sector público deban ser consideradas entidades de Derecho público.

Si bien consideramos que los pronunciamientos de la Junta Consultiva Catalana son aislados, no se llega a comprender cuál es el argumento jurídico que sustenta tal posicionamiento, por cuanto el centro consultivo, partiendo de una premisa no justificada —que las fundaciones son entidades de Derecho público—, concluye su nivel de sujeción a la norma. La Junta Consultiva no se acoge a la teoría del levantamiento del velo, ni a la huida del Derecho administrativo, ni a cualquier otra fundamentación que motive tal afirmación, razón por la cual, se hace imposible conocer el *iter* lógico que le lleva a considerar a las fundaciones como entidades de Derecho público; conclusión, de la que se derivan importantes consecuencias. Además, la Junta Consultiva catalana, en el citado Informe 3/2009, confunde las fundaciones públicas sanitarias, que sí tienen personalidad jurídica pública, con las fundaciones del sector público, que no la tienen, incluyendo a todas en el máximo nivel de sujeción, correspondiente al de las Administraciones Públicas⁵²⁷. Así, de la primera parte del argumentario del Informe se podría inferir que el centro consultivo catalán sólo se está refiriendo a las fundaciones públicas sanitarias, pero la conclusión no dejar lugar a dudas: se incluye a todas las del sector público. La confusión se evidencia, aún más, en el Informe 2/2009, de 28 de mayo que tenía por objeto determinar el nivel de sujeción de las mutualidades de previsión social, de las órdenes religiosas, de las fundaciones privadas y de las sociedades mercantiles de capital privado que forman parte de la red de

⁵²⁷ En el citado Informe 3/2009 se señala textualmente:

Especial consideración hay que efectuar de las fundaciones, respecto de las cuales ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva de Contratación en el informe 4/2004, de 10 de diciembre, de la Comisión Permanente, relativo al grado de sujeción de las fundaciones privadas a las Ley de contratos de las Administraciones Públicas cuando su actividad esté financiada mayoritariamente por las Administraciones Públicas. A los efectos de este informe, se tiene que reproducir la parte de la consideración jurídica II del informe 4/2004, citado en el cual textualmente ya se afirmó que: “(...) la LCAP es de aplicación íntegra a las llamadas fundaciones públicas en los términos del artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es decir, las que son equiparables a los organismos públicos y que, como hemos dicho, se trata de entes creados exclusivamente por las administraciones públicas para prestar servicios en que tienen competencia directa y, en consecuencia, sometida al derecho público”. Esta afirmación se fundamentaba, entre otros aspectos, en el hecho de que “el análisis de nuestro ordenamiento permite distinguir una primera modalidad de fundaciones, las fundaciones públicas, que se define porque se trata de fundaciones que, a pesar del uso de esta denominación, son organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de la Administración para el desarrollo de su actividad, es decir, tienen un estricto y marcado carácter instrumental respecto de ella. En este sentido, la definición de las fundaciones públicas equivale a la definición de organismos públicos que recoge la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado”. Por lo tanto, y sobre la base de lo que se ha expuesto se puede afirmar que las fundaciones tendrán la consideración de administración pública conforme al artículo 3.2. e) cuando cumplan alguno de los requisitos mencionados en este artículo”.

utilización, pública hospitalaria de salud mental y socio-sanitaria. En este supuesto la Junta concluye que no se puede considerar que todas estas entidades —entre las que se incluyen las fundaciones privadas—, formen parte del sector público al no concurrir los requisitos del artículo 3.1, letra h) de la antigua LCSP. Si bien la Junta no lo explicita, se puede deducir que, en este último Informe, sólo se hace referencia a lo que estamos denominando fundaciones privadas *stricto sensu*, no a las fundaciones del sector público, y ello por cuanto se hace referencia sólo y exclusivamente a la cláusula residual contenida en la letra h) del artículo 3.1 de la antigua LCSP, y no a la letra f) del citado precepto, donde se refiere a las fundaciones del sector público⁵²⁸.

No obstante lo dicho, recientemente la Junta Consultiva catalana ha matizado su posicionamiento en el Informe 7/2013, de 6 de junio, donde se recogen los criterios para determinar el grado de sujeción de las entidades del sector público al TRLCSP, al efecto de la previsión de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁵²⁹. En el referido Informe, el centro consultivo acepta que, atendiendo a la

⁵²⁸ No podemos dejar de evidenciar la trascendencia práctica del criterio sustentado por parte de la Junta Consultiva catalana, dado que a partir de su posicionamiento la Sindicatura de Cuentas catalana ha extraído toda una serie de consecuencias en relación con el nivel de sujeción de determinadas fundaciones del sector público catalán. Así, por ejemplo, en el Informe 33/2012, emitido por el órgano de control en cuanto a la Fundación Privada Hospital de la Santa Creu y Sant Pau, ejercicio 2009, —páginas 36 y 37— se señala lo siguiente en cuanto a su nivel de sujeción:

Con la entrada en vigor de la LCSP, las fundaciones del sector público, siguiendo el criterio anterior, fueron consideradas por la doctrina poderes adjudicadores no Administración Pública. Asimismo, posteriormente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya argumentó, a partir de superar las diferencias terminológicas entre el nombre de una determinada forma jurídica (fundación, entidad, ente, organismo, etc.) y la verdadera naturaleza del ente de acuerdo con la jurisprudencia europea interpretativa de las Directivas comunitarias en materia de contratación, que las fundaciones podían reunir los requisitos citados en el artículo 3.2 e de la LCSP y que, por tanto, podían ser consideradas poderes adjudicadores administración pública.

En este sentido, la Sindicatura considera que la Fundación es poder adjudicador administración pública. No obstante ello, dado los argumentos anteriores la Sindicatura también considera que, por lo que hace a la contratación, durante el ejercicio 2009 la Fundación Privada Hospital de la Santa Creu y Sant Pau va actuar con la convicción fundada de actuar ajustadamente a derecho, dada la interpretación mayoritaria por parte de la doctrina jurídica. Por tano la fiscalización de la contratación administrativa y las observaciones que se derivan están hechas con el criterio de considerar la Fundación poder adjudicador no administración pública. [Texto original en Catalán; la traducción es nuestra].

⁵²⁹ En concreto, en el citado Informe se señala textualmente que:

(...) a la vista de la evolución de la aplicación que se hace y de algún pronunciamiento jurisprudencial posterior, se considera conveniente introducir algunos matices y concreciones en relación al grado de sujeción al TRLCSP de las fundaciones que forman

tipología de fundaciones ante la que nos encontremos, se pueden incluir en el nivel intermedio de sujeción a la norma, o bien en el máximo, correspondiente al de Administración Pública. Así, estarían sujetas al segundo, las del sector público reguladas en la Ley de Fundaciones del 2002, que no pueden ejercer potestades públicas y que se configuran como entidades de Derecho privado. No se trata de organismos públicos, ni de entes públicos, ni asumen competencias administrativas, limitándose a llevar a cabo actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, y que han sido creadas en el ejercicio de su Derecho fundacional. Otra tipología de fundaciones, que se pueden incluir en el nivel máximo de sujeción, son las que no responden a la definición de fundaciones del sector público y que son equiparables a los organismos públicos, siendo creadas en el ejercicio de la potestad de autoorganización administrativa. Son entes públicos instrumentales de una Administración Pública que adoptan la forma institucional de fundación⁵³⁰.

parte del sector público a efectos del TRLCSP. [Texto original en Catalán; la traducción es nuestra].

⁵³⁰ En el referido Informe se señala lo siguiente:

Una vez constatada la existencia de diferentes tipologías de fundaciones, y para poder determinar los grados de sujeción de cada una, se ha de prestar atención tanto en lo que establece el artículo 3.2 del TRLCSP, que enumera los sujetos que tienen la consideración de Administración Pública, como lo que se prevé en el artículo 3.3 del TRLCSP que establece que entes, organismos y entidades tienen la consideración de poder adjudicador al efecto del TRLCSP. Es en este sentido, y sobre la base de las características de las diferentes tipologías de entidades incluidas en la categoría de fundaciones a la cual se ha hecho referencia, que se ha de observar lo siguiente:

- Las fundaciones que se constituyen con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una entidad o de diversas entidades integradas en el sector público, o las que tienen un patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades integradas en el sector público; que no ejerzan potestades públicas y que sólo realicen actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, coadyuvando a la consecución de sus finalidades y sin que este hecho comporte la asunción de competencias del sector público:

.- Como ya se ha dicho, estas fundaciones, que responden a la categoría de fundación del sector público, son entidades de derecho privado y, por tanto, no tienen la consideración de Administración Pública al efecto del TRLCSP porque no cumplen el primero de los requisitos que establece el artículo 3.2 e de ser "entidades de derecho público".

.- Respecto de estas fundaciones, se debería ver, entonces, si concurren los requisitos que establece el apartado b) del artículo 3.3 del TRLCSP para considerarlas poderes adjudicadores al efecto del mismo TRLCSP. Es en este sentido que se ha de tener en cuenta la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, de la abogacía del Estado, según la cual estas fundaciones reúnen, por definición, los requisitos para ser consideradas poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública al efecto del TRLCSP.

- Las otras fundaciones que no responden a la tipología anterior, que se constituyen como formas jurídicas para prestar determinados servicios y cumplir determinadas

Por otra parte, autores como GARCÍA-ANDRADE sí justifican su posicionamiento sobre que las fundaciones del sector público deben ser consideradas entidades de Derecho público, al entender que quedan sometidas, por su dependencia e integración en la Administración, a normas del Derecho administrativo, cualquiera que sea la forma de personificación jurídico pública o privada que adopten. El autor entiende que las fundaciones de la Administración no pueden reputarse como una figura puramente privada, tomada del Derecho civil ni que conserven las características de este orden jurídico. Por el contrario afirma:

(...) que las circunstancias que inciden sobre el tratamiento que las fundaciones de la Administración reciben en el Derecho español señalan con claridad que ya nos encontramos en presencia de un nuevo instrumento del Derecho administrativo, que son, en definitiva, la Administración pública contemporánea actuando con una forma de personificación privada⁵³¹.

Pues bien, según nuestro posicionamiento, no se puede compartir el criterio de que las fundaciones sean entidades de Derecho público, porque sería tanto como negar la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas

finalidades, forman parte del sector público al efecto del TRLCSP si concurren los requisitos establecidos en el artículo 3.1 h) del TRLCSP; así, tienen la consideración de Administración Pública, de poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración o de entidad del sector público que no tiene la consideración de poder adjudicador, según la concurrencia de las características y requisitos citados en los apartados 2 y 3, respectivamente, del artículo 3 del TRLCSP – que son objeto de un análisis completo, entre otros, en el Informe 3/2009, de 28 de mayo, ya citado.

En concreto, la eventual consideración de Administración Pública al efecto del TRLCSP queda determinada por su incardinación en la categoría establecida en el apartado e) del artículo 3.2 del TRLCSP (...). [Texto original en Catalán; la traducción es nuestra].

⁵³¹ El autor señala:

Teniendo en cuenta que las fundaciones de la Administración Pública constituyen una forma contemporánea de administrar, negarles la consideración de entidades de derecho público supondría dejarlas al margen de las normas que han sido precisamente concebidas para regir la Administración, con los efectos de inseguridad jurídica sobre el Derecho aplicable y pérdida de garantías que ya quedaron expuestos. Todas estas razones llevan a cuestionar si debe seguir entendiéndose que las entidades de derecho público son únicamente aquellas que adoptan una forma pública de personificación o, siguiendo la inteligente fórmula acuñada en el Derecho comunitario, son entidades de Derecho público aquellas, que persiguiendo fines de interés general no mercantiles, dependen y se integren en el aparato administrativo. De manera que se logre que la Administración, ya actúe como tal o bajo formas de personificación privada, arrastre siempre tras de sí aquellas regulaciones de Derecho administrativo que se consideran indisponibles para embridar el ejercicio del poder y otorgar garantías verdaderas y sólidas a los ciudadanos que se relacionan con la Administración en sus distintas formas.

que incide en la decisión de constituir una entidad privada fundacional. No debemos olvidar que de acuerdo con el Tribunal Constitucional la decisión de optar por el modelo fundacional se enmarca dentro de las competencias en materia de organización administrativa⁵³². PIÑAR MAÑAS también apunta a la potestad de los poderes públicos de disposición de fondos y recursos públicos como habilitadora para constituir este tipo de entidades privadas⁵³³. El hecho de que estas entidades satisfagan intereses de carácter general, comunes a los de la Administración Pública, y que las aportaciones fundacionales o el patrimonio

⁵³² Entre otras, la STC núm. 50/1991, de 11 de marzo o, la ya citada, STC núm. 120/2011, de 6 de julio, que es clara al señalar que:

Del mismo modo, la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales. No nos encontramos en estos casos ante particulares que voluntariamente atienden fines de interés general, sino ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados.

No obstante, se ha de decir que en la referida sentencia, el Tribunal Constitucional tras apelar a la potestad de autoorganización como sustento para justificar que las Administraciones Públicas constituyan fundaciones, se remite, renglón seguido, al ATC núm. 206/1999, ya comentado, en el que se equipara a la Fundación del Teatro Lírico a una entidad pública.

Si bien tal remisión puede llegar a crear una cierta confusión en relación con la auténtica naturaleza jurídica de las fundaciones del sector público, seguimos sosteniendo que la equiparación que realiza el TC es únicamente en aquellas materias en las que no existen controles públicos. El TC no niega que las Administraciones Públicas puedan crear entes institucionales bajo personificaciones privadas, de hecho, justifica su existencia constantemente, llegando a afirmar en la STC núm. 120/2011, de 6 de julio anteriormente citada, que es “la utilización por parte del poder público de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado como un medio práctico de ampliar su acción social y económica”. El órgano constitucional equipara —únicamente “equipara”— a las fundaciones del sector público con las entidades de Derecho público, sin configurarlas como tales.

⁵³³ PIÑAR MAÑAS alude a que la potestad de autoorganización puede entrar en juego sólo de manera indirecta, de forma que la fundación es una manifestación de la potestad de disposición de fondos y recursos públicos. El autor niega que las fundaciones sean entidades de Derecho público, y señala al respecto lo siguiente:

La creación de fundaciones privadas de iniciativa pública tampoco es manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración, sino, en primer lugar, de la potestad de disposición de fondos y recursos (no personales) públicos. Puede entrar en juego, indirectamente, la potestad de autoorganización cuando la creación de la fundación afecta a la organización administrativa. Por ejemplo, si la creación de una fundación lleva aparejada la supresión de un órgano o unidad administrativos. Se trata de una suerte de manifestación negativa o indirecta de la potestad de autoorganización. Pero nada más. Y ello es así, porque las fundaciones de iniciativa públicas a las que ahora nos estamos refiriendo, no son entidades públicas, no se integran en la organización pública, no son, en definitiva, administraciones públicas. Incluso es equívoco considerarlas, a todos los efectos, como integrantes del sector público, como parecería desprenderse de la Ley 50/2002. Más simplemente *vienen consideradas* como integrantes del sector público *pero sólo a ciertos efectos*: a los derivados del control presupuestario y a los del régimen de contratación.

PIÑAR MAÑAS, J.L. “Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones”... *Op. cit.*, pp. 302-303.

sean públicos, no puede determinar que deban ser consideradas entidades de Derecho público. La naturaleza pública o privada deriva de la decisión de la Administración Pública, la cual deberá tener su correspondiente substrato legal, como es el caso de las fundaciones.

La doctrina más autorizada ha reconocido libertad al poder público para la elección de la forma organizativa que en cada caso se considere más apropiada para la satisfacción del interés público que se persiga, incluyendo a las formas privadas. Siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR podemos decir que la discusión acerca de si un ente es privado o público carece de sentido, pues lo relevante es determinar en cada relación jurídica el tipo de norma, pública o privada, que se aplica. Para el autor, parte de la actividad del ente se regirá por el Derecho privado, y otra parte por el Derecho público y, por tanto, las fundaciones del sector público son entidades de Derecho privado sometidas a numerosos controles públicos, entre los que se encuentran, los de la contratación pública. Las fundaciones del sector público no son fundaciones privadas *stricto sensu*, pero tampoco entidades de Derecho público⁵³⁴. En este sentido también SOCÍAS CAMACHO afirma:

El nuevo tipo de entes fundacionales se inserta en lo que el legislador económico en la Ley 47/2003, General Presupuestaria ha rubricado “sector público fundacional”, que alberga aquellos entes instrumentales del sector público, formalmente de naturaleza privada pero de titularidad pública, distintos de los entes societarios (no son sociedades mercantiles públicas) y atípicos (no están previstos en la legislación orgánica-administrativa), que, desde la veste o forma fundacional, se rigen, primero, por las normas legales y específicas dictadas para ellos —las cuales se integran en muchos aspectos, como se verá, por normas del régimen jurídico-público de las Administraciones (art. 46 de la Ley 50/2002, sobre Fundaciones)— y supletoriamente, por la regulación general sobre fundaciones contenida en la citada Ley 50/2002 (apartado 7 del referido precepto)⁵³⁵.

Además, se ha de insistir que este tipo de entidades privadas del sector público no están exentas de controles públicos y actualmente se podría afirmar que ya no existe esa huida del Derecho administrativo o, cuando menos, no es tan recalitrante como lo fue en épocas pasadas. Como entidades del sector público

⁵³⁴ Vid.: SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General*. T.I. Madrid: Iustel, 2004, pp. 392 y 393; 440 y 441.

⁵³⁵ SOCÍAS CAMACHO, J.M. *Op. cit.*, p 152.

que son —que no, entidades de Derecho público—, se encuentran sometidas a numerosos controles administrativos en materia de presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas, fiscalización por parte de la Intervención de la Administración y del Tribunal de Cuentas, y contratación pública, entre otros. Por lo tanto, y pese a que, en el plano teórico, el carácter privado de una fundación del sector público puede ser objeto de discusión, lo cierto es que su naturaleza jurídica privada está muy clara en su configuración legal, a lo que debemos unir los controles públicos a los que se encuentra sometida su actividad con incidencia en lo público.

De lo aquí expuesto, ya podemos extraer una primera conclusión, en cuanto al nivel de sujeción a la normativa de contratación se refiere, y es que las fundaciones del sector público, no deben incluirse nunca en el primer nivel de sujeción, reservado, en todo caso, a las Administraciones Públicas.

5.2.2 Las fundaciones del sector público satisfacen necesidades de interés general

Las fundaciones del sector público, al igual que el resto de fundaciones, satisfacen necesidades de interés general, porque es el fin fundacional el que justifica su creación. Así lo señala el artículo 34.1 de la CE antes referido, y el artículo 3.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002⁵³⁶, cuando señala:

Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de

⁵³⁶ La propia Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones del año 2002 hace referencia al concepto de “interés general” como un cauce procedimental “a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general”. En la misma línea, la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones de 1994 señalaba, en su apartado II, que: “Atendiendo a la realidad social puede advertirse sin esfuerzo que las fundaciones, fenómeno expresivo de la autonomía de la voluntad, tienen hoy un innegable peso como coadyuvantes en la satisfacción del interés general (...)”.

la tolerancia, de desarrollo de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico⁵³⁷.

Ya hemos hecho notar la importante labor que representan las fundaciones para la consecución de los intereses generales, dado que su satisfacción ya no constituye un monopolio del Estado, sino de la sociedad en su conjunto⁵³⁸. LACRUZ afirma, en sede de fundaciones, que el interés general es todo aquel que no es individual o de un grupo de personas determinadas y que representa un valor apetecible para la comunidad, a lo que une que la actividad señalada como objetivo de la fundación sea puramente filantrópica en el sentido de no perseguir la ganancia⁵³⁹. Por otra parte, GARCÍA DE ENTERRÍA admite la presencia de una multitud de fines de interés general que, sin ser de tipo benéfico-altruista, pueden quedar englobados en tan amplio concepto jurídico indeterminado que constituye el interés general⁵⁴⁰. CARBALLEIRA señala que el “interés general es ese patrimonio común de la sociedad al que todos están llamados a atender y a todos involucra en su definición y consecución pues de ello depende su bienestar”⁵⁴¹. DE LORENZO nos da las siguientes pautas interpretativas, partiendo de los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional: a) Podrían catalogarse como fines de interés general los que el Tribunal Constitucional denominaba “servicios esenciales para la comunidad”; b) También podrían fijarse como tales los bienes, valores o derechos reconocidos en el bloque de la constitucionalidad; y c) Como criterio residual, se deberían aceptar los nuevos fines que la evolución social defina como de interés general⁵⁴². PIÑAR MAÑAS

⁵³⁷ Se ha de advertir que, de acuerdo con la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones del año 2002, el artículo 3.1 constituye legislación básica para el ejercicio del Derecho de fundación.

⁵³⁸ Vid.: El Prólogo de MUÑOZ MACHADO a VAQUER CABALLERÍA, M. *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 17; y BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración”. *RAP*, núm. 183, 2010, pp. 73-97.

⁵³⁹ Vid.: LACRUZ BERDEJO, J.L. *Op. cit.* pp. 1461 y 1462.

⁵⁴⁰ Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Constitución, Fundaciones y sociedad civil”. *Op. cit.*, p.245.

⁵⁴¹ CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Op. cit.*, p. 45.

⁵⁴² Vid.: LORENZO GARCÍA, L. DE. *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p.143. En este sentido, la STC núm. 18/1984, de 7 de febrero —Fundamento Jurídico Tercero— señala:

La intervención Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado trasciende, como hemos señalado, el campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es

señala que el interés general que deben perseguir las fundaciones es el interés superior al individual, incluso al del grupo si éste está integrado por sujetos no genéricamente individualizados, pudiendo llegar incluso a ser el mismo que el que deben servir las Administraciones Públicas, de acuerdo con el artículo 103 de la CE⁵⁴³.

Por tanto, podemos afirmar que los fines fundacionales siempre han de perseguir un interés general, cuya definición compete al legislador, y que sea relevante socialmente, lo cual deberá apreciarse teniendo en cuenta en cada momento las cambiantes necesidades y valoraciones de la sociedad, la opinión de la misma sobre lo que merece ser protegido y fomentado⁵⁴⁴. El listado relacionado en el artículo 3.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002 es abierto y orientativo, al indicarse en el precepto “como pueden ser entre otros”, fórmula más precisa que la utilizada en la legislación de 1994 cuando señalaba “o cualesquiera de naturaleza análoga”. Además, la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, y a tal efecto, el artículo 3.2 de la Ley de Fundaciones del año 2002 nos aclara que tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares. Asimismo, el apartado tercero del citado precepto prohíbe la constitución de fundaciones familiares y la de aquellos que tengan la finalidad principal de destinar sus prestaciones a concretos beneficiarios determinados individualmente, dejando a salvo las personas jurídicas que persigan fines de interés general.

Por tanto, nuestro posicionamiento no puede ser otro que el considerar que todas las fundaciones —incluidas las de sector público—, han sido creadas para satisfacer necesidades de interés general, ese es el motivo principal de su constitución, su *leit motiv*, y no otro. No debemos olvidar que el concepto de “interés público” que algunos autores exigen que sea satisfecho por las

innecesario estudiar a los efectos del presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general.

⁵⁴³ PIÑAR MAÑAS, J.L. “El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica”. *Op. cit.*, p. 91.

⁵⁴⁴ Vid.: CAFFARENA LAPORTA, J. “Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión”. En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones...* *Op. cit.*; y CARBALLERÍA RIVERA, M.T. *Op. cit.*

fundaciones del sector público como entes financiados, tutelados y controlados por los poderes públicos sería, en todo caso, más restrictivo que el de “interés general” ya que, como afirma CARBALLEIRA, todo “interés público es un interés general, pero no todo interés general es un interés público”⁵⁴⁵, de forma que si atendiésemos a esos criterios doctrinales, también se verían estos cumplimentados y, consecuentemente, seguiría siendo válida la afirmación de que los entes fundacionales han sido creados para satisfacer necesidades de interés general.

5.2.3 Las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias

A efectos de determinar el nivel de sujeción de estas entidades, existe otra cuestión que no podemos despreciar y que consiste en analizar si las fundaciones realizan o no actividades de carácter industrial o mercantil, y en su caso, cómo se relacionan con el interés general, que es la principal pretensión de una fundación. El Capítulo V de la Ley de Fundaciones del año 2002, bajo el Título: “Funcionamiento y actividad de la fundación” regula la forma en que este tipo de entes pueden realizar actividades de carácter económico, sin olvidar, que las fundaciones son *per se* entidades sin ánimo de lucro que persiguen intereses de carácter general. Ello implica que el ejercicio de estas actividades económicas no es libre y, consecuentemente, estará condicionado al cumplimiento de toda una serie de reglas, que abarcan desde la obligación de

⁵⁴⁵ La autora sostiene:

Si de fundaciones creadas por la Administración pública se trata, sólo puede perseguir fines de interés público pues desde el mismo momento que lo hace suyo, lo financia con fondos públicos y lo tutela, adquiere una plusvalía que lo diferencia de los restantes intereses sociales que puede perseguir un particular a través de una fundación. Dicho en otros términos, el hecho de que toda fundación persiga un fin de interés general no constituye un visado en blanco que permita a la Administración acogerse libremente a esa forma de personificación para perseguir todos sus fines pues en tal proceso entran en juego otros muchos elementos y principios de corte iusadministrativista. La ecuación interés general-Administración pública-fundaciones privadas no se aplica de forma lineal sino que debe ser modulada por tres importantes factores: la calificación legal de interés público, la financiación pública y la sintonía entre la forma subjetiva elegida, el contenido de la acción administrativa y el resultado perseguido. Este razonamiento llevó al Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la citada sentencia 1233/2002 a concluir que no todos los fines de interés general de una fundación pueden adscribirse a una fundación pública (GONZÁLEZ MARÍÑAS, 2002, 37) o, *mutatis mutandi*, una fundación pública no puede perseguir cualquier fin de interés general sino únicamente aquellos de carácter público vinculado a su ámbito competencial.

destinar el beneficio principal obtenido de la actividad económica a la consecuencia del fin fundacional, hasta su protección mediante la imposición de límites en la participación de las empresas y sociedades.

A tal efecto, el artículo 24 de la Ley de Fundaciones del año 2002, aplicable a todas las fundaciones de ámbito estatal, y por ende, a las fundaciones del sector público, establece lo siguiente:

1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados.

2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca.
3. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Las normativas autonómicas regulan en términos similares el Derecho de las fundaciones a realizar actividades económicas o mercantiles. En algunos supuestos, como en Cataluña, existe una mayor permisividad, en cambio, en otros, como en Canarias, aun previendo la posibilidad de realizar dichas actividades, se establece un régimen de autorizaciones más estricto.

Así, por ejemplo, el artículo 333.4 del Libro III del Código Civil catalán establece lo siguiente:

1. Las fundaciones pueden constituir sociedades y participar en las mismas. Si ello supone la asunción de responsabilidad personal de las deudas sociales, es precisa la autorización previa del protectorado.
2. La fundación debe comunicar al protectorado en el plazo de treinta días la adquisición o tenencia de acciones o participaciones sociales que le confieran, directa o indirectamente, el control de sociedades que limiten la responsabilidad de los asociados.
3. El ejercicio por una fundación de funciones de administración de sociedades debe ser compatible con el cumplimiento de las finalidades fundacionales.

En cambio, la Ley 2/1998, de Fundaciones de Canarias establece lo siguiente:

1. La fundación podrá realizar por sí misma actividades empresariales sólo cuando estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional. El Patronato deberá

Del contenido de este precepto se deduce el reconocimiento de la libertad de actuación de las fundaciones en el ejercicio de actividades mercantiles e industriales, estableciéndose una serie de controles y garantías. Por lo tanto, pueden obtener ingresos por la explotación de empresas que les permitan financiar sus actividades fundacionales, estableciéndose una limitación taxativa que impide la participación accionarial de las fundaciones en sociedades no personalistas, con el objetivo de preservar y garantizar la supervivencia de la dotación fundacional y de la propia fundación. Además, se exige dar cuenta al Protectorado cuando se participe mayoritariamente en las sociedades correspondientes.

Una cuestión a la que se ha de aludir brevemente es al fenómeno de lo que la doctrina denomina “fundación-empresa” y, en concreto, dentro de dicha tipología de entidades, a la “fundación-empresa funcional”, todo ello, con el objetivo de dejar claro que, de existir, el fin empresarial estaría subordinado, en todo caso, al interés general que debe presidir la constitución de la fundación. ALLI TURRILLAS define la “fundación-empresa” como:

(...) aquella en la que la fundación fue creada por voluntad del fundador para el ejercicio empresarial, de forma tal que ni la fundación puede existir sin el ejercicio de la empresa, ni ésta puede ser desprendida de la fundación, porque la finalidad se realiza precisamente en el campo mismo de la actividad empresarial de que se trate. De este modo, al identificarse fin, actividad y obtención-transfusión de patrimonio por una —la empresa— para la otra —la fundación—, mediante ese fin y forma, la confusión es máxima. Por ello también podría denominarse “Empresa-fundación”, en su sentido más estricto⁵⁴⁷.

A la fundación-empresa también se ha referido el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 49/1988, de 22 de marzo, en los siguientes términos:

comunicar al Protectorado de Fundaciones canarias el inicio de las actividades en un plazo no superior a veinte días.

2. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.
3. Las fundaciones podrán participar en sociedades no personalistas. Si la participación es mayoritaria será necesaria la autorización previa del Protectorado de fundaciones canarias para que la misma pueda llevarse a cabo. En caso contrario bastará con que el patronato comunique al protectorado de fundaciones canarias la participación.

⁵⁴⁷ ALLI TURRILLAS, J.C. *Op. cit.*, pp. 164-165.

El concepto de fundación-empresa en sus diversas modalidades constituye una de tantas importaciones de la doctrina alemana que se han realizado o intentan realizarse en nuestro Derecho. No es, por supuesto, tarea de este Tribunal determinar si es posible y, en caso afirmativo, en qué condiciones, esa importación. Basta con señalar, a los efectos que aquí interesan, no sólo que la doctrina no es unánime sobre cuáles serían las condiciones y las medidas legislativas para llevarla a cabo, especialmente cuando se trata de la llamada “fundación-empresa funcional” aplicada a un tipo de empresas tan peculiar como son las entidades de crédito, sino que en todo caso, resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el artículo 34 de la Constitución.

La fundación-empresa se puede admitir siempre que el objetivo sea la satisfacción de los intereses generales fundacionales, de forma que la obtención de beneficios estuviesen destinados a la satisfacción del interés general. Al respecto, resulta ilustrativa la afirmación de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando dice que “la fundación de empresa es perfectamente lícita siempre que sea compatible con el interés general”⁵⁴⁸. En todo caso, en lo que ahora nos interesa —a efectos de la contratación pública—, la doctrina que acepta la teoría de la fundación-empresa es unánime al entender que los beneficios obtenidos como empresa son destinados al cumplimiento del fin fundacional perseguido por la institución, es decir, siempre que se adscriban efectivamente al fin fundacional. La actividad mercantil no deja de ser vicarial, secundaria o complementaria⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Constitución, fundaciones y sociedad civil”. En: *ÁREA DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (Coord.). Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. Vol I. Barcelona: Bosch, 1992, p. 367.

⁵⁴⁹ Entre los autores que admiten el concepto de fundación-empresa, se ha de destacar a VALERO AGÚNDEZ, el cual señala que los únicos límites a la utilización de la fundación como forma de empresa son los mismos que se exigen para la creación de la fundación en general. No importa cómo o qué medios se utilizan para el logro del fin de interés general que debe satisfacer la fundación.

Vid.: VALERO AGÚNDEZ, U. *La fundación como formas de empresa*. Valladolid: Secretaría de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1969 [Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. José Giron Tena, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid].

Otros autores como SERRANO CHAMORRO —siguiendo a CARANCHO HERRERO— admiten:

(...) la posibilidad de que las fundaciones ejerzan el comercio ofrece dos ventajas indiscutibles: de carácter positivo, porque supone la posibilidad de incrementar el patrimonio de la fundación; de carácter negativo, porque se evita el empobrecimiento de la fundación. Suponiendo estos dos aspectos un aporte de medios que repercute directamente en los beneficiarios del fin fundacional, al evitar la desaparición de la fundación, ya que en otro caso, si las rentas obtenidas van siendo cada vez menores, acabarán resultando insuficientes para alcanzar el fin social que busca la fundación, abocando a ésta a la total extinción. Situación ante la que reacciona la doctrina apuntando distintas soluciones, entre las que se encuentra la de orientar la fundación como una nueva forma de empresa económica.

SERRANO CHAMORRO, M.E. *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*. Madrid: Civitas, 2010, p. 295.

Situados en este punto, lo determinante, a los efectos que nos ocupan, es dejar sentado que si bien las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, éstas son accesorias, de carácter complementario al interés general que persiguen. La actividad económica siempre es vicarial del fin fundacional, que es el interés general que ha motivado la constitución de la fundación, y no cabe su individualización como fin en sí mismo. De hecho, las fundaciones están obligadas a actuar bajo criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios y a destinar efectivamente su patrimonio y rentas a los fines fundacionales⁵⁵⁰. En este sentido, el artículo 27 de la Ley de Fundaciones del año 2002 establece que se deberán destinar al menos el setenta por cien de los resultados de las explotaciones económicas y de los ingresos que se obtengan, a la realización de los fines fundacionales.

Por todos estos motivos podemos afirmar que el ejercicio de actividades económicas, entendidas como aquellas encuadradas dentro de la iniciativa empresarial y, por tanto, prestadas en el marco de la economía de mercado, la libre competencia, en concurrencia, y en pie de igualdad con otros operadores, y sometidas a las reglas impuestas por la legislación mercantil, escapan de la esencia de las fundaciones y, consecuentemente, si bien están facultadas para llevarlas a cabo, —porque existe una habilitación legal al respecto—, deberán conjugar armónicamente esas actividades con la característica ausencia de ánimo de lucro que debe presidir la actuación de toda fundación.

Como es de ver, la respuesta a la cuestión planteada sobre si las fundaciones pueden realizar actividades económicas es afirmativa, pero condicionada al fin fundacional del interés general que motivó la constitución de la entidad y, por lo tanto, es vicarial, complementaria o secundaria.

Por su parte, LACRUZ entiende que la fundación-empresa debe admitirse cuando la actividad empresarial sirva al interés general que es la esencia de la fundación, y no genera ganancias privadas, sino que el beneficio se destine al servicio de las finalidades propias de la misma.

Vid.: LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil. Parte General de Derecho Civil*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1990, pp. 331-333.

⁵⁵⁰ Como dice CARBALLEIRA: “consiguientemente, la actividad económica tiene siempre un carácter accesorio al fin de interés público fijado por el fundador y sólo en la medida en que cumple ese cometido de accesoriedad, es lícita y admisible”.

CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Op. cit.*, p. 152.

5.2.4 Control público sobre las fundaciones

Todas las fundaciones, sean o no públicas, están sometidas a un control por parte de la autoridad pública, a través del Protectorado, cuyo principal objetivo es garantizar que estas entidades satisfagan, efectivamente, los intereses generales que representan la voluntad del fundador⁵⁵¹. Se trata, ahora, de determinar el tipo de control público al que se encuentran sometidas las fundaciones del sector público, tanto estatales como autonómicas.

En primer lugar, abordaremos la cuestión en relación con las fundaciones del sector público estatal. Según ya se ha expuesto, la propia Ley de Fundaciones del año 2002 establece en el artículo 45 una serie de controles sobre las fundaciones que evidencian una clara intervención administrativa en el funcionamiento de la entidad. En concreto, los actos más relevantes en la vida del ente fundacional, como son la constitución, la transformación, la fusión y extinción, así como la pérdida de su carácter de fundación del sector público, requieren de la autorización previa del Consejo de Ministros. Asimismo, en la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, se asegurará la designación de la mayoría de los miembros del patronato por parte de las entidades del sector público estatal. Se trata de controles que derivan directamente de la naturaleza jurídica del poder público constituyente de la entidad, el cual se encuentra — directamente o través de los entes instrumentales que pueda constituir— al servicio del interés general proclamado en el artículo 103.1 de la CE, cuando llama a la Administración a servir con objetividad los intereses generales, así como a actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho⁵⁵².

Además de los controles que la propia Ley de Fundaciones del año 2002 establece, existen toda una serie de disposiciones de carácter presupuestario, contable y financiero, en las que se evidencia una clara intervención

⁵⁵¹ El control que ejerce el Protectorado, al ser común a todas las fundaciones, será objeto de desarrollo posteriormente.

⁵⁵² En este sentido puede verse la, ya citada, STC núm. 120/2011.

administrativa sobre la actividad financiera de la entidad. Así, por ejemplo, el Título V de la LGP del 2003 hace referencia a la contabilidad del sector público estatal⁵⁵³; Título, que se encuentra integrado por tres capítulos donde se recogen, no sólo los principios contables a los que tienen que acogerse las fundaciones del sector público —entre otras entidades—, sino, también, las competencias que corresponden a los distintos órganos administrativos. En el artículo 64.1 de la LGP del año 2003, cuando se hace referencia a los presupuestos de explotación y de capital de las fundaciones del sector público, se establece la obligación de remitirlos al Ministerio de Economía y Hacienda. Por otra parte, el artículo 69 de la misma Ley, regula los principios de funcionamiento de la gestión económico-financiera. El artículo 119.3 de la LGP del año 2003 obliga a las fundaciones a la rendición de cuentas de sus operaciones ante el Tribunal de Cuentas, máximo órgano fiscalizador de cuentas y de la gestión económica del Estado y de las entidades del sector público. El artículo 121.4 de la LGP del año 2003 obliga a las fundaciones del sector público a aplicar los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad y el artículo 130.1 c) establece que la Cuenta General del Estado está integrada, entre otras, por la Cuenta General del sector público fundacional. Asimismo, el artículo 162 de la citada Ley define lo que es la auditoría pública de la actividad económica-financiera del sector público estatal. Además, se ha de recordar que el hecho de que las fundaciones estén incluidas en el sector público estatal, conlleva que se les apliquen las limitaciones previstas en las Leyes de Presupuestos, de forma que en un momento de crisis como el actual, decisiones tales como el no incremento retributivo del personal o de las masas salariales, son adoptadas por el poder público con la incidencia que ello tiene en el control la gestión de la entidad fundacional⁵⁵⁴.

⁵⁵³ De acuerdo con el artículo 2.3 de la LGP del año 2003 las fundaciones definidas en la Ley de Fundaciones del año 2002 forman parte del sector público estatal.

⁵⁵⁴ Así, por ejemplo, los apartados Dos, Tres y Cuatro del artículo 22 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013—en adelante, PGE para el año 2013—, aplicable a las fundaciones del sector público estatal, establecen:

Dos. En el año 2013, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2012, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo, y sin tenerse en cuenta la reducción aprobada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. Todas las menciones de esta Ley a retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2012 o devengadas en 2012 deben entenderse hechas a las que resultan de la Ley 2/2002, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, sin tenerse en cuenta la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional o equivalente del mes de diciembre

De todo lo expuesto, se puede deducir que los poderes públicos controlan, no sólo orgánicamente a las fundaciones del sector público estatal al designar a la mayoría de los miembros del patronato, sino que también controlan de una forma decisiva la actividad y la gestión de la fundación, tanto desde un punto de vista económico y presupuestario, como en aquellos actos determinantes en el funcionamiento de la entidad tales como la propia constitución, transformación, fusión o extinción⁵⁵⁵.

En cuanto a las fundaciones del sector público autonómico, debemos hacer el mismo ejercicio que el ya realizado en relación con las de ámbito estatal y, consecuentemente, se habrá de acudir tanto a la normativa privada de fundaciones, como a la legislación en materia presupuestaria, contable y financiera. Las conclusiones que vamos a extraer son similares a las estatales, y ello por cuanto, con mayor o menor acierto, todas las legislaciones autonómicas han previsto un control similar al Derecho Estatal. Así, se ha podido constatar que de todas las Comunidades Autónomas analizadas, seis de ellas han regulado —en términos similares a la del Estado—, el régimen jurídico de estas entidades fundacionales, estableciendo limitaciones o prohibiciones en términos parecidos al estatal. Asimismo, otras nueve Comunidades Autónomas, sin contener un régimen tan detallado y extenso como el estatal, han previsto en distintas disposiciones legislativas la autorización previa por parte de los distintos

aprobada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Tres. Durante el ejercicio 2013, las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado Uno de este artículo no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación. (...)

Cuatro. La masa salarial del personal laboral, que no podrá incrementarse en 2013, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2012, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado Dos de este artículo. (...)

Se ha de advertir que el transcrito artículo 22. Tres, ha sido impugnado —entre otros preceptos de la norma— mediante el recurso de inconstitucionalidad núm. 1814-2013, admitido a trámite por Providencia del TC de 23 de abril de 2013, (BOE, núm. 114, de 13 mayo de 2013).

⁵⁵⁵ A efectos de control también se ha de tener en cuenta la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y las últimas Leyes de Presupuestos dictadas por las Comunidades Autónomas para el año 2013, donde se hace especial hincapié en medidas de contención y restricción tendentes a la reestructuración del sector público; la no contratación personal laboral; prohibiciones de incrementos salariales o del sector público instrumental.

Consejos de Gobierno de determinados actos que son relevantes en la vida fundacional, como es su constitución, amén de los controles financieros y de eficacia que todas las legislaciones autonómicas han previsto en relación con este tipo de entes como integrantes en el sector público autonómico. Por último, se puede afirmar que las Comunidades Autónomas de Asturias y Cantabria son las que contienen disposiciones más dispersas y menos detalladas, sin perjuicio de que se haya detectado un claro control financiero sobre la actividad fundacional. No obstante, en el caso cántabro ya se ha visto que el propio Estatuto de Autonomía recoge en su Disposición Transitoria Octava la aplicación del Derecho Estatal cuando no se legisle sobre las materias de su competencia. Además de todo ello, no se puede perder de vista la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal contenida en el artículo 149.3 CE interpretado en los términos ya comentados anteriormente.

Por tanto, se puede concluir que ninguna Comunidad Autónoma deja huérfanas de controles públicos a las fundaciones del sector público. La diferencia entre las distintas legislaciones estriba, en definitiva, en el mayor o menor detalle de la descripción de la intervención administrativa. Además, tampoco podemos obviar que las limitaciones retributivas, ya expuestas, en relación con las fundaciones del sector público estatal y contenidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, también son de aplicación a las Comunidades Autónomas y a su sector público, dado que el artículo 149.1.13.ª de la CE confiere al Estado la competencia exclusiva sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, de forma que al tratarse de disposiciones que persiguen una contención de los gastos de personal de las Administraciones Públicas y de las entidades del sector público, como parte del gasto público, el resto de Administraciones Públicas —entre ellas, las autonómicas— no las pueden superar; sí están facultadas a reducir o imponer condiciones más estrictas en sus correspondientes legislaciones.

5.2.5 El nivel de sujeción de las fundaciones del sector público a la normativa de contratación pública

Una vez delimitados y definidos los conceptos que se han de barajar a la hora de determinar el nivel de sujeción de las fundaciones del sector público a la normativa de contratación pública y sentado nuestro posicionamiento al

respecto, nos encontramos en condiciones de abordar cuál es su nivel de sujeción a la Ley. Para lograr el resultado pretendido, debemos recordar las conclusiones extraídas de la jurisprudencia comunitaria en relación con el concepto de poder adjudicador y extrapolarlas a la naturaleza jurídica y características de las fundaciones y al control que ejercen los poderes públicos sobre éstas.

Es por este motivo, y a efectos aclaratorios, por lo que en el apartado anterior se ha procedido a desgranar los rasgos definitorios de las fundaciones del sector público, en concreto, los siguientes: a) Las fundaciones del sector público son entidades de Derecho privado; b) Todas las fundaciones satisfacen necesidades de interés general, que es el fin fundacional que justifica su constitución; c) Todas las fundaciones pueden realizar actividades de carácter mercantil, pero complementarias o vicariales al fin fundacional consistente en la satisfacción del interés general; y d) Las fundaciones del sector público están controladas por el sector público. En algunas ocasiones a través de sus órganos de gobierno, y otras en la gestión de la entidad.

En primer lugar, es determinante la conclusión sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, de Derecho privado y no de Derecho público. Pues bien, la primera consecuencia que podemos extraer es que las fundaciones del sector público no están incluidas en el NIVEL UNO, reservado a las Administraciones Públicas. Pero situados aquí y dado que las fundaciones del sector público sí se encuentran relacionadas en el listado de entes que integran el sector público y, en concreto, en la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP, debemos concluir si el nivel de sujeción a aplicar es el NIVEL DOS, correspondiente a los poderes adjudicadores, no Administración Pública, o el NIVEL TRES, correspondiente a los entes del sector público.

Se ha de recordar que el motivo primordial de la creación de una fundación y, consecuentemente, también de las del sector público, es la consecución de fines de interés general. Por tanto, y dado que las fundaciones son organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y que persiguen, además, un interés general, vemos cómo el primero de los requisitos del poder adjudicador, no Administración Pública siempre va a concurrir en las entidades fundacionales ¿Pero concurriría el segundo de los previstos, esto es, el no ejercer una

actividad industrial o mercantil? *Per se*, al igual que sucede con el del interés general, este concurre de una forma natural en las fundaciones, ya que de ejercer algún tipo de actividad mercantil, éste es complementario o vicarial del primero, representado por el interés general. La solución a la cuestión planteada la da el Tribunal Europeo, en la citada Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann*, donde se fijó como criterio interpretativo que, ante casos como el que nos ocupa, prevalece la función del interés general sobre las de carácter mercantil, aún en el caso de que el peso de estas últimas fuese mucho más importante que las de interés general. Es, de nuevo, la teoría del contagio que se justifica en razones de seguridad jurídica que desaconsejan embarcarse en la tarea de desmembrar la parte de la gestión que satisface necesidades de interés general de aquellas otras que no. Sin embargo, nuestra legislación interna hace que dicha problemática quede suavizada porque el interés general que realiza la fundación siempre deberá ser cualitativamente más importante que la actividad económica que pueda realizar la fundación.

No obstante, para poder concluir si las fundaciones del sector público deben o no ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública, resta analizar un último requisito, consistente en si el control al que se refiere el artículo 3.3 del TRLCSP concurre en cualquiera de sus formas —financiación mayoritariamente pública; control orgánico, en este caso, a través del patronato; o control en la toma de decisiones—. Es decir, se requiere que exista una influencia dominante de los poderes públicos, una estrecha dependencia, la cual se puede producir, alternativamente, a través de cualquiera de estas formas.

Pues bien, y sin perjuicio de que se pueda presumir que la financiación mayoritariamente pública se va a producir de forma natural en las fundaciones del sector público, lo cierto es que ello no deja de ser una mera hipótesis y no una imposición legal y, por tanto, deberemos estar, en su caso, al análisis concreto de la entidad en cuestión. Si esta circunstancia se produjese, la fundación deberá ser considerada poder adjudicador, no Administración Pública. No obstante, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a los otros dos requisitos, el control orgánico y el control en la toma de decisiones. Los dos tipos de control se producen por imperativo legal en las fundaciones del sector público.

Así, en cuanto al control orgánico, representado a través de los cargos públicos del patronato, como órgano de gobierno de la fundación, el artículo 45.2, párrafo segundo, de la Ley Fundaciones del 2002, impone la obligación de que en las fundaciones del sector público se asegure, “en todo caso, la designación de la mayoría de los miembros del patronato”. En algunas legislaciones de las Comunidades Autónomas —por ejemplo, Extremadura, Galicia o Valencia— también se encuentra previsto este control orgánico. Por tanto, concurriendo este requisito, y al tratarse de controles que se deben dar de forma alternativa, no estaríamos obligados a analizar ningún otro y, consecuentemente, ya podríamos afirmar que todas las fundaciones del sector público deben considerarse poderes adjudicadores, no Administración Pública, encuadradas en el segundo nivel de sujeción a la Ley.

No obstante, dado que en determinadas Comunidades Autónomas no se ha previsto ese control orgánico, deberemos analizar si concurre el tercero de los supuestos, el relativo a la gestión. Como ya hemos adelantado, estamos en situación de afirmar que los poderes públicos tienen una influencia dominante sobre la gestión de todas las fundaciones del sector público, influencia que deriva de la regulación prevista en las distintas leyes de fundaciones, y en las leyes de presupuestos, contabilidad y finanzas correspondientes. No debemos olvidar que en todas las legislaciones se prevén controles sobre los actos más determinantes de la vida de una fundación como sería su constitución o extinción, además de todos los controles financieros analizados. No son meros controles de legalidad, ni tampoco a *posteriori*. Se trata de claros controles previos que inciden en la gestión o funcionamiento de la entidad.

Por tanto, todas las fundaciones del sector público, tanto estatal como autonómicas, deberán ser consideradas, siempre y por imposición legal, poderes adjudicadores, no Administración Pública. Este posicionamiento se ha visto refrendado, entre otros autores, por MORENO MOLINA⁵⁵⁶, MUÑOZ MACHADO,

⁵⁵⁶ El citado autor señala:

La notable ampliación de la noción comunitaria europea de poder adjudicador y su traslación a los conceptos del artículo 3 de la LCSP tiene como consecuencia inmediata la consideración de que la mayoría de las entidades y organismos públicos en España que no son Administración Pública —por no entrar en la definición expresa del artículo 3.2— deben ser considerados poderes adjudicadores.

Así ocurre, en particular, con las fundaciones del sector público, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Constitución española de 1978 (“Se reconoce el

PLEITE GUADAMILLAS y RAZQUIN LIZARRAGA⁵⁵⁷, también, por la propia Abogacía del Estado en su Instrucción núm. 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 Estado⁵⁵⁸.

derecho de fundación para fines de interés general...” y en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (“Son fundaciones 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”) no pueden tener por objeto fines de carácter industrial o mercantil, por la que cabe considerarlas poder adjudicador.

MORENO MOLINA, J.A. “La contratación de las fundaciones en la Ley de contratos del Sector Público”. *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, 2009 pp. 13 y 14 [On line] <http://www.cemci.org/revista/numero-4/pdf/articulo2.pdf> [Consulta: 3 de junio de 2013].

⁵⁵⁷ Vid.: MUÑOZ MACHADO, S. En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones...* Op. cit., pp. 162 y 163; PLEITE GUADAMILLAS, F. *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*. Madrid: La Ley, 2010, p. 69; y RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. “Las fundaciones y la contratación pública”... Op. cit., pp. 910-916.

⁵⁵⁸ La Abogacía del Estado en la citada Instrucción, señala:

A diferencia de lo que acontece con las sociedades mercantiles del Estado, respecto de las cuales es necesario, según lo dicho, examinar caso por caso ante la posibilidad de que, por no tener por fin actividades mercantiles o industriales, algunas de ellas deban reputarse poderes adjudicadores, tratándose de fundaciones del sector público estatal ha de entenderse que todas ellas ostentan la condición de poderes adjudicadores, al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales. En efecto, con directo fundamento en lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Constitución (“Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la Ley”), el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones preceptúa que “son fundaciones 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”. Esta caracterización de los fines de las fundaciones como fines de interés general excluye la posibilidad de que el objeto de aquéllas tenga carácter mercantil o industrial, como lo viene a confirmar la enumeración de los fines de las fundaciones que *ad exemplum* efectúa el artículo 3 de dicho texto legal, sin que este criterio quede desvirtuado por la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas, ya que éstas no pasan de ser actividades complementarias o accesorias de sus fines (que no tienen carácter mercantil o industrial) como precisa el artículo 24 de la Ley 50/2002, situándose dichas actividades económicas en un plano secundario. A lo anterior debe añadirse que en el caso de fundaciones del sector público estatal la consecución de fines de interés general (lo que excluye la caracterización mercantil o industrial) queda, si cabe, más reforzada, desde el momento en que el artículo 46.1.b) de la citada Ley 50/2002 dispone, en relación con dichas fundaciones, que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, por lo que si el ámbito competencial de éstas queda siempre comprendido en la satisfacción de fines públicos o de interés general, los fines de las fundaciones del sector público estatal habrán de ser necesariamente fines de interés general o públicos.

Debe, pues, entenderse que, como se ha dicho, las fundaciones del sector público estatal ostentan siempre la condición de poderes adjudicadores.

La Instrucción de la Abogacía del Estado núm. 1/2008, de 5 de febrero, se encuentra disponible [On line] www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1215198020438/Detalle.html [Consulta: 3 de junio de 2013].

6. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS Y LAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA COMO PODERES ADJUDICADORES

El especial régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias y de las fundaciones en mano pública nos obliga a analizar su naturaleza jurídica y las características previstas por el legislador a fin de concluir si su nivel de sujeción a la normativa de contratación pública difiere o no del relativo al de las fundaciones del sector público.

6.1 Origen y legislación aplicable a las fundaciones públicas sanitarias y las fundaciones en mano pública

En el año 1991 se publicó el denominado Informe abril, elaborado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, donde se analizaba la organización sanitaria tradicional⁵⁵⁹. En el citado Informe se consideraba que su configuración era una de las causas de la deficiencia del sistema público sanitario. Al respecto se planteaban una serie de soluciones, entre las que se incluía la conversión de los establecimientos sanitarios públicos en sociedades estatales sujetas al Derecho privado. Uno de los motivos que la Comisión achacaba y señalaba como causa de las deficiencias del sistema sanitario español era su tradicional gestión según normas administrativas que hacían ineficaz la prestación e impedían atender con calidad las necesidades de

⁵⁵⁹ En febrero de 1990, el Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario de CDS instando al Gobierno para que promoviera la constitución por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión que tuviera como tarea el análisis, la evolución y la propuesta de mejoras del Sistema Nacional de la Salud. Tras su constitución, y trabajos, la Comisión rindió su Informe y recomendaciones al Ministro en julio de 1991 y fue presentado en el Congreso de los Diputados por el Presidente de la Comisión de Expertos, el Sr. Abril Martorell, el 25 de septiembre del mismo año.

La iniciativa de la proposición no de Ley y su aprobación —con modificaciones—, puede verse en el *BOCG* Serie D, núm. 13, de 25 de enero de 1990 y núm. 27, de 19 de febrero de 1990, respectivamente.

La Comparecencia del Presidente de la referida Comisión de Expertos encargada del análisis y evaluación del Sistema Nacional de Salud, para informar de las conclusiones del referido Informe, puede verse en *DSCD*, núm. 306, de 25 de septiembre de 1991 [Comisiones: Política Social y Empleo].

los ciudadanos⁵⁶⁰. Es a raíz de este Informe, cuando se inicia un debate público sobre la conveniencia o no de modificar el Sistema de Gestión Nacional de Salud, con el fin de introducir formas de gestión privada y con el objetivo de dotar a los centros de mayor autonomía y flexibilidad. En consonancia con esta línea, el extinto INSALUD constituyó las Fundaciones Hospital Alcorcón y Manacor, a las que luego siguieron la Fundación Hospital Calahorra en el año 2000 y la Fundación Hospital *Son Llätzer* en el 2001⁵⁶¹.

La cobertura legal de las citadas fundaciones se encontraba en el Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD⁵⁶², en cuyo artículo único se establecía:

En el ámbito del Sistema Nacional de salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente, o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho creadas por personas o entidades públicas o privadas, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos, convenios y fórmulas o gestión integrada o compartida⁵⁶³.

⁵⁶⁰ En el citado Informe, la Comisión de análisis y evaluación del Sistema Nacional de Salud, señala:

El análisis de otros sistemas europeos (...), confirma de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para atender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad.

⁵⁶¹ El extinto INSALUD fue autorizado a constituir determinadas fundaciones, así como a aprobar los Estatutos de la Fundación Hospital Manacor y de la Fundación Hospital Alcorcón, por Resolución de 21 de enero de 1997, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, mediante la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de noviembre de 1996; la constitución y aprobación de los estatutos de la Fundación Hospital de Calahorra, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 2000; y la constitución y aprobación de los estatutos de la Fundación Hospital *Son Llätzer*, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2001.

⁵⁶² En adelante, Decreto-Ley 10/1996 sobre nuevas formas de gestión del INSALUD.

⁵⁶³ La Exposición de Motivos del citado Real Decreto-Ley es suficientemente ilustrativa cuando afirma lo siguiente:

La necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tiene planteados, hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión.

La tramitación del citado Decreto-Ley 10/1996 concluyó con la aprobación de la, ya referida, Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas del SNS, a su vez desarrollada por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud⁵⁶⁴. Los argumentos para la promulgación de la Ley son los mismos que para el Decreto-Ley 10/1996 sobre nuevas formas de gestión del INSALUD —flexibilidad, autonomía y eficacia en la gestión sanitaria—⁵⁶⁵. El artículo único de la citada Ley 15/1997 señala:

1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho.

En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias—, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados

2. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y socio-sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

Tal y como se deduce del artículo único transcrito, la referencia a las fundaciones ha desaparecido, aunque se puedan entender incluidas dentro del concepto más amplio, de “entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho”. Ya en la propia Exposición de Motivos se señalaba que la norma

⁵⁶⁴ En adelante, Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS.

⁵⁶⁵ La Exposición de Motivos de la Ley señala:

En esta Ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y socio-sanitarios puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad privada admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados con personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones —en los términos a las ya creadas— u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

amparaba la gestión a través de “entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones”⁵⁶⁶.

Posteriormente, se dicta el extenso artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, recogiendo un tipo de entidad bautizada con el nombre de fundación pública sanitaria, y que supuso una auténtica conmoción en el mundo del Derecho administrativo. El citado precepto fue introducido en el texto legal a raíz de una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Senado —la Enmienda núm. 347—⁵⁶⁷. Pese a su denominación, la entidad configurada como fundación

⁵⁶⁶ Es interesante, la aportación que hace PIÑAR MAÑAS cuando señala que a partir de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas del SNS, las fundaciones no tienen cabida en la norma como entidades para la gestión de los servicios públicos sanitarios. El autor afirma:

La modificación, en relación con el Real Decreto-Ley es radical: según la Ley —que como vemos se preocupa de resaltar que el Sistema Nacional de Salud preserva en todo caso su condición de servicio público—, ya no tienen cabida, paradójicamente, las fundaciones reguladas por la Ley 30/1994. La realidad es ésta y no otra. Y ello por lo siguiente: estas fundaciones ni son de naturaleza pública (pues su naturaleza es jurídico-privada), ni son de titularidad pública, pues las fundaciones no tienen titular: son personas jurídicas que a nadie pertenecen, y desde luego no al fundador. Pretender otra cosa es simple y llanamente desconocer la naturaleza y el régimen de las fundaciones. (...)

La Ley, en lo que a las fundaciones se refiere, no ampara en absoluto lo que la Exposición de Motivos pretende. Afirmar otra cosa significa, como digo, desconocer el derecho de fundaciones. Pues las empresas públicas (de acuerdo al concepto del Derecho español, que no del Derecho comunitario) pueden considerarse de titularidad pública y los consorcios pueden considerarse de naturaleza pública. Pero las fundaciones de la Ley 30/1994 no son ni una cosa ni la otra. Ciertamente que la Ley 15/1997 tiene la prudencia de no citar la Ley de Fundaciones (en contra de lo hacía el Real Decreto-Ley sustituido, como veíamos antes), pero hoy por hoy las únicas fundaciones “admitidas en Derecho” son las reguladas por la Ley estatal y las leyes autonómicas de fundaciones.(...)

Por lo que sólo podemos mostrar ahora nuestra perplejidad ante la Ley.

PIÑAR MAÑAS, J.L. “Fundaciones constituidas por entidades.... *Op. cit.*, pp. 59 y 60.

⁵⁶⁷ La justificación de la Enmienda núm. 347, por parte del Grupo Parlamentario Popular, fue la siguiente:

La necesaria justificación de los centros sanitarios públicos obliga a la búsqueda de formas organizativas dirigidas al logro de una óptima eficiencia. Se trata de lograr la desburocratización de la gestión, la descentralización en toma de decisiones y la autonomía de gestión.

Para el logro de estos objetivos, además de la separación de las funciones de compra y provisión, es necesario alcanzar mayores cotas de responsabilidad en la Dirección de los Servicios Sanitarios, motivar al personal, establecer una mayor flexibilidad en la Gestión Económica y en la de Recursos Humanos de forma que parte de las retribuciones se vinculen a la obtención de resultados.

Se trata por tanto de establecer una personificación jurídica-pública adecuada y adaptada a las circunstancias de las instituciones sanitarias públicas, como instrumento de eficiencia y eficacia, detectada la necesidad de buscar este tipo de personificaciones como salvaguarda del propio sistema público necesario.

pública sanitaria nada tiene que ver con las fundaciones privadas, dado que son entidades de Derecho público. Como apuntan PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, las fundaciones públicas sanitarias sólo tienen de fundación el nombre⁵⁶⁸. SOSA WAGNER describe la aparición de este tipo de entes como una “conmoción en el mundo jurídico”⁵⁶⁹.

El artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales establece:

1. De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de salud, o de atención sanitaria, o socio-sanitaria, podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, y entre ellas las fundaciones públicas sanitarias que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.
2. Las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, que se registrarán por las disposiciones contenidas en este artículo.
3. La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Al proyecto de acuerdo se acompañará el plan inicial de actuación al que se refiere el apartado siguiente. (...)
7. El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. (...)
10. El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales.
11. Las fundaciones públicas sanitarias se registrarán en lo no previsto en el presente artículo por lo dispuesto para las entidades públicas

Este artículo incorporado a través de esta Ley daría vida a las Fundaciones Públicas Sanitarias, con la finalidad de dejar clara su naturaleza y vocación públicas y responder a las críticas infundadas sobre la privatización de la sanidad.

BOCG Serie A, núm. 142-2, de 22 de octubre de 1998.

⁵⁶⁸ PIÑAR MAÑAS J.L.; REAL PÉREZ A. *Derecho de fundaciones...* Op. cit., p. 245.

⁵⁶⁹ SOSA WAGNER, F. Op. cit., p. 1931.

empresariales de la Ley 6/1997 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Con esta nueva fórmula, podemos decir que nos encontramos ante dos entidades bien distintas. Las primeras, que son fundaciones privadas, y que autores como VAQUER CABALLERÍA han denominado fundaciones en mano pública y, las segundas, fundaciones públicas sanitarias, que son entidades de Derecho público, con un régimen bien diferenciado, que se encuentran reguladas en el artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales. No obstante, lo cierto es que la propia denominación de fundación pública sanitaria no es demasiado acertada, ya que genera confusión y una gran inseguridad en cuanto a su tratamiento.

El Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS, reglamenta, ya de forma agrupada, las distintas formas de gestión sanitaria y, a tal efecto, la Exposición de Motivos distingue claramente entre las amparadas por la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas del SNS y las creadas al amparo del artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales⁵⁷⁰. El artículo 1 del citado Real Decreto 29/2000 señala que tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas del SNS y del artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales. Así, en el Capítulo III, bajo el título: “Disposiciones específicas de las nuevas formas de gestión”, distingue entre las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias. En la Sección Primera del citado Capítulo III de la citada disposición reglamentaria — artículos 38 a 45—, se regula el régimen jurídico de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994. Por otra parte, en la Sección cuarta del mismo Capítulo se regula el régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias.

⁵⁷⁰ La Exposición de Motivos dice:

De este modo, manteniendo el carácter y esencia de servicio público de los centros y servicios sanitarios que se han de gestionar, enumera y desarrolla en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, las nuevas formas de gestión sanitaria estableciendo, como las fundaciones de la Ley 30/1994, de 20 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada de actividades de interés general, los consorcios y las sociedades estatales, todas ellas refrendadas en la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, así como las fundaciones públicas sanitarias reguladas por la Ley 50/1998.

Posteriormente, el extinto INSALUD transfirió las funciones y servicios a las distintas Comunidades Autónomas, de forma que para determinar el tipo de ente ante el que nos encontramos —fundación pública sanitaria o fundación en mano pública— debemos estar a las normas autonómicas que regulen las entidades en cuestión. Así, por ejemplo, la Fundación Pública Sanitaria Hospital Comarcal de Inca se constituyó mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de las *Illes Balears* de fecha 17 de marzo de 2006, su régimen de contratación regula en el artículo 29.1, estableciendo que:

para la adquisición de bienes, servicios o suministros y para la ejecución de obras, estará sujeta a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como su normativa de desarrollo.

6.2 Características esenciales de las fundaciones públicas sanitarias y de las fundaciones en mano pública a efectos de determinar el nivel de sujeción a la normativa de contratación pública

Situados aquí y con el objetivo de conocer el nivel de sujeción de estas entidades a la normativa de contratación pública, debemos proceder ahora, a analizar los mismos elementos que ya estudiamos en relación con las fundaciones del sector público; es decir, su naturaleza jurídica, el tipo de actividad que realizan y los controles públicos a los que se encuentran sometidas.

6.2.1 En cuanto a las fundaciones en mano pública

Desde un primer momento ha de quedar sentado que la problemática que anunciamos se circunscribe exclusivamente a las fundaciones públicas sanitarias y no a las fundaciones en mano pública, y ello porque éstas últimas se constituyen al amparo de la Ley de fundaciones privadas y, consecuentemente, al estar constituidas por un poder público, su régimen de aplicación será el mismo que el analizado en relación con las del sector público⁵⁷¹. Ello se deduce,

⁵⁷¹ En estos términos se pronuncian BERMEJO LATRE y MIR PUIGPELAT cuando analizando las citadas fundaciones señalan:

Se trata, en efecto, de verdaderas fundaciones (aunque *sui generis*, por supuesto, porque su fundador las acompañará y guiará a lo largo de su existencia), y como tales sometidas a la LF y, a través de ella, a sus propios estatutos. Su régimen jurídico, por lo tanto, es el

entre otros preceptos, del artículo 38 del Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS cuando establece que tendrán la consideración de fundaciones las organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el Instituto Nacional de la Salud, que destinen su patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria. Por otra parte, su régimen jurídico está previsto en el artículo 39 de la citada disposición reglamentaria cuando se remite, entre otras, a la legislación en materia de fundaciones. Además, se ha de recordar que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Fundaciones del año 2002 establece que los preceptos del Capítulo IX se aplicarán de forma supletoria a las fundaciones en mano pública.

El control que ejercen los poderes públicos sobre este tipo de fundaciones se evidencia a lo largo de los preceptos de la citada disposición reglamentaria. Así, por ejemplo, en el artículo 40 del Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS se prevé que la constitución de este tipo de fundaciones requiere la previa autorización del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad. Por otra parte, en el artículo 42 de la citada disposición reglamentaria establece que los miembros del Patronato estarán designados y cesados por el extinto INSALUD.

Además de ello, si analizamos los Estatutos de las Fundaciones Hospital Alcorcón y Hospital Manacor, podemos deducir claramente que existe un control por parte de los poderes públicos en la toma de decisiones: a) Del artículo 5 de los Estatutos se deduce que todas las actividades que constituyen el objeto fundacional se desarrollarán con sujeción a los criterios de planificación y coordinación y a las directrices de carácter general del extinto INSALUD y del Ministerio de Sanidad; b) La dotación patrimonial inicial procede del extinto INSALUD; c) El presupuesto y otros documentos de tipo contable se integrarán en los Presupuestos Generales del Estado; y d) Se aplicará en la gestión y registro de actividades económicas y patrimoniales el Plan General de Contabilidad Pública.

propio del Derecho privado (aunque tamizado, como en toda fundación, por una fuerte intervención administrativa, ejercida desde el Protectorado).

BERMEJO LATRE, J.L.; MIR PUIGELAT, O. "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública". *REDA*, núm. 104, 1999, pp. 575-593.

Por último, se ha de decir que todos los controles previstos en la normativa presupuestaria en cuanto a las fundaciones del sector público ya analizados anteriormente, también son de aplicación a las fundaciones en mano pública.

Ante esta regulación no cabe duda que se trata de entidades de Derecho privado que satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y que se encuentran controladas por los poderes públicos. Este control es financiero, en la toma de decisiones y orgánico. Por lo tanto, su nivel de sujeción a la normativa de contratación pública es el mismo que el de las fundaciones del sector público, integrándose en el NIVEL DOS, como poderes adjudicadores, no Administración Pública. Consecuentemente, y en línea con lo apuntado, la previsión contenida en el artículo 43 del Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS cuando establece que este tipo de fundaciones ajustarán su actividad contractual al Derecho civil y mercantil, y a los principios de publicidad y concurrencia, se ha de entender derogada por las modificaciones legislativas operadas en sede de contratación pública.

6.2.2 En cuanto a las fundaciones públicas sanitarias

La novedad en relación con el nivel de sujeción a la normativa de contratación pública deriva del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, y ello porque el legislador las ha configurado como entidades de Derecho público y no como entidades de Derecho privado, provocando una gran confusión ante la incompatibilidad del vocablo “fundación” con su auténtica naturaleza jurídica pública. La nota distintiva viene dada en todo caso por esta característica, ya que el resto de elementos analizados y las conclusiones ya extraídas en relación con los intereses generales que persiguen, las actividades industriales o mercantiles que realizan, o el control al que se encuentran sometidas, son también extrapolables a las fundaciones públicas sanitarias.

Al respecto, y en cuanto al control se refiere, se ha de recordar que el artículo 111.3 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales prevé que la constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Asimismo, se

establece en el apartado décimo del citado precepto que el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de las fundaciones públicas sanitarias será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las Entidades Públicas Empresariales. Por otra parte, se establece en el artículo 66 del Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS, que el plan inicial de actuación de la fundación pública sanitaria será aprobado por el extinto INSALUD, y el Consejo de Gobierno, según los artículos 67 y 68 de la norma reglamentaria, el máximo órgano de gobierno de la fundación, cuyos miembros serán designados y cesados por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD.

Consecuentemente, tanto del artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, como de los preceptos del Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS, se deduce que el control público sobre la actividad de la fundación es más que evidente; control, que no es sólo orgánico a través del Consejo de Gobierno, el cual ya sería suficiente, sino también en la toma de decisiones, a través de la aprobación de los estatutos por parte del Consejo de Ministros, del plan inicial de actuación por parte del extinto INSALUD, de la constitución, modificación o extinción de la fundación o de todos los controles financieros, presupuestarios o de intervención que prevé la norma.

Sentado lo anterior, resta analizar las consecuencias derivadas desde el punto de vista de la contratación pública de la calificación de este tipo de fundaciones como entidades de Derecho público. La cuestión es trascendental porque en función de los resultados se deberá concluir si se integran en el NIVEL UNO, de sujeción máxima a la Ley, al considerarse que se trata de Administraciones Públicas, o en el NIVEL DOS, si se trata de poderes adjudicadores, no Administración Pública.

El artículo 62 del Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS, establece que las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos adscritos al Instituto Nacional de la Salud con personalidad jurídica propia. Por otra parte, de conformidad con el artículo 63, estas entidades se rigen por el artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, y por lo dispuesto en la LOFAGE, en cuanto a las Entidades Públicas Empresariales. De acuerdo con estos dos preceptos podemos deducir que las fundaciones públicas sanitarias

son entidades de Derecho público y se registrarán por las disposiciones aplicables a las Entidades Públicas Empresariales.

Por tanto, dada la remisión que hace la norma que regula las fundaciones públicas sanitarias al régimen jurídico de las Entidades Públicas Empresariales, debemos estar a la regulación aplicable a estas últimas en la normativa de contratación pública. Al respecto, se ha de recordar que, tal y como expusimos en el Capítulo Tercero del presente trabajo, y de acuerdo con la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP “no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las Entidades Públicas Empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales”. Consecuentemente, las fundaciones públicas sanitarias no deben integrarse en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, dado que las Entidades Públicas Empresariales por imperativo legal no se integran en este nivel, sino en el NIVEL DOS como poderes adjudicadores, no Administración Pública, al concurrir los requisitos previstos en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP.

No obstante, se ha de precisar una cuestión, la conclusión antes extraída en cuanto a que las fundaciones públicas sanitarias se han de incluir en el NIVEL DOS, al equipararse su régimen jurídico al de las Entidades Públicas Empresariales, sirve de forma clara para aquellas entidades que fueron creadas por el extinto INSALUD y que después se transfirieron a las distintas Comunidades Autónomas. Ahora bien, nos debemos plantear qué sucede con aquellas otras que fueron creadas con posterioridad a los traspasos competenciales. A *priori*, la respuesta debería ser la misma, pero ya hemos visto en el Capítulo Tercero que algunas Juntas Consultivas de Contratación difieren de este posicionamiento en cuanto al tratamiento de las entidades de Derecho público autonómicas, asimiladas a las Entidades Públicas Empresariales de la Administración General del Estado⁵⁷². Nuestra opinión ya ha sido apuntada

⁵⁷² Se ha de recordar al respecto, que la Instrucción 3/2008, de 21 de abril de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa —sobre la aplicación de la normativa de contratación a las entidades de Derecho público andaluzas—, concluye que una serie de entidades de Derecho público analizadas deben tener la consideración de Administración Pública a los efectos referidos, a pesar de que en el grupo de entidades se encontraban las Agencias Públicas Empresariales, entidades asimilables a las Entidades Públicas Empresariales estatales.

En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Madrid, en el Informe 6/2008, de 10 de julio, concluye que el ente público Hospital Universitario de Fuenlabrada es una entidad de Derecho público no asimilable a una Entidad Pública Empresarial estatal y, por lo tanto, categorizada, a efectos de

anteriormente, y la solución pasa por analizar las funciones y el régimen jurídico de las entidades autonómicas correspondientes, de forma que si es similar a las Entidades Públicas Empresariales estatales, deberemos asimilarlas contractualmente, y estar al segundo nivel de sujeción a la norma, como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

No obstante, esta solución no ha sido compartida por parte de algunas Juntas Consultivas de Contratación, y así, por ejemplo, la Comisión Permanente de la Generalitat de Cataluña en el Informe 3/2009, antes referido, incluye a las fundaciones públicas sanitarias en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, como Administraciones Públicas, por cuanto entiende que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 3.2, letra e) de la antigua LCSP. Ya hemos dicho que la Junta Consultiva no justifica tal conclusión, razón por la cual resulta imposible tanto rebatirla como compartirla. Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno balear también incluye en el NIVEL UNO de máxima sujeción a la norma, a la fundación pública sanitaria Hospital Comarcal de Inca, entidad que fue creada por el Gobierno balear⁵⁷³. El posicionamiento de la Junta balear ha quedado desfasado tras la Ley 1/2011, de

contratación, como Administración Pública, a pesar de tener personalidad jurídica propia, estar sometida al Derecho privado, y tener como principal función la prestación de servicios sanitarios.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña, en su Informe 3/2009 distingue dos situaciones bien diferentes. Las nuevas entidades, sobre las que el legislador deberá indicar o no su asimilación a las Entidades Públicas Empresariales estatales, y las ya creadas a la entrada en vigor de la LCSP. En relación con estas últimas, y para determinar si se produce, o no, esa asimilación, la Junta propone analizar en cada caso las características y finalidades de las entidades en cuestión, de forma que si por las actividades que realiza —contenido empresarial de las actividades— y por las características de las mismas —personalidad jurídica propia con sometimiento al Derecho privado— se pueden asimilar a las Entidades Públicas Empresariales estatales, habrá que estar al régimen de contratación de estas últimas.

En cambio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha afirmado, en su Circular 1/2008, de 3 de marzo —sobre el alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP—, que de la previsión contenida en el último párrafo del artículo 3.2 de la LCSP se tiene que deducir que los entes de derecho público a los cuales se refieren los artículos 79 a 82 del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, tienen características formales y de gestión que los asimilan a las Entidades Públicas Empresariales por lo cual, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, a efectos de contratación pública, no tendrán la consideración de Administración Pública.

⁵⁷³ Nos estamos refiriendo a las conclusiones que se extraen del Informe de la Junta Consultiva de Contratación de las Islas baleares de fecha 17 de diciembre de 2008. Este Informe fue elaborado por una ponencia técnica creada por el propio Pleno de la Junta el 11 de diciembre de 2007, para el estudio y la determinación del ámbito de aplicación subjetiva de la antigua LCSP. El Informe se limita a exponer de forma genérica determinadas consideraciones jurídicas al efecto de discernir sobre la inclusión, o no, de las entidades del ámbito territorial balear en uno u otro nivel de sujeción a la norma. Incluye un Anexo en el que se relacionan las entidades correspondientes y su nivel de sujeción.

24 de febrero, de transformación de las fundaciones del sector público sanitario de las Islas Baleares y de determinación del régimen de las fundaciones públicas sanitarias⁵⁷⁴, al establecer que el régimen de contratación ha de respetar, en todo caso, las previsiones, contenidas en la legislación de contratos del sector público para las Entidades Públicas Empresariales.

6.3 Los casos de las Fundaciones Hospital de Manacor y Hospital Son Llàtzer

Especial atención merecen las fundaciones baleares de Manacor y *Son Llàtzer*, por cuanto se constituyeron como fundaciones en mano pública y se han transformado, recientemente, en fundaciones públicas sanitarias. Como ya se ha dicho *infra*, el Hospital Manacor fue creado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 22 de noviembre de 1996 por el que se autorizaba al extinto INSALUD, entre otras cuestiones, a su constitución, así como a la aprobación de los estatutos de dicha fundación, al amparo de la Disposición Final Única del Real Decreto-Ley 10/1996 sobre nuevas formas de gestión del INSALUD. Por otra parte, mediante Acuerdo de fecha 8 de junio de 2001, el Consejo de Ministros autorizó —también al INSALUD— la constitución y la aprobación de los estatutos de la Fundación Hospital *Son Llàtzer*, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS.

La Fundación Hospital Manacor se constituyó como una entidad privada sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia, controlada por el INSALUD a través del patronato. El objeto de la fundación era la realización de actividades de promoción, prestación y gestión directa o indirecta de recursos y servicios sanitarios, en su zona de influencia. Por otra parte, la Fundación Hospital *Son Llàtzer*, al igual que la de Manacor, se constituyó originariamente como una entidad privada sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y controlada, también, por el INSALUD.

Por tanto, ambas entidades se constituyeron originariamente como fundaciones en mano pública, bajo la regulación del Decreto-Ley 10/1996 sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas del SNS, y el Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del

⁵⁷⁴ En adelante, Ley 1/2011, de transformación de las fundaciones sanitarias.

INS, así como por el ordenamiento jurídico privado y, actualmente, a nivel autonómico, por los artículos 55⁵⁷⁵, 56 y 57 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de *Illes Balears*. Posteriormente, amparándose en razones estatutarias del personal funcionario y laboral que presta servicios en las instituciones sanitarias de Baleares⁵⁷⁶, las citadas fundaciones privadas se convirtieron en fundaciones públicas sanitarias, mediante la referida Ley 1/2011 de transformación de las fundaciones sanitarias. A tal efecto, se estableció en el artículo 1 lo siguiente:

Las fundaciones del sector público Hospital *Son Llätzer* y Hospital Manacor, constituidas en el ámbito de la comunidad autónoma de las *Illes Balears*, se transformarán automáticamente, desde la entrada en vigor de la esta Ley, en fundaciones públicas sanitarias con personalidad jurídica propia que tiene por objeto la gestión y la administración de los centros Hospital *Son Llätzer* y Hospital Manacor.

El artículo 2 de la Ley 1/2011 de transformación de las fundaciones sanitarias, establece el régimen jurídico de las citadas fundaciones, destacándose las siguientes previsiones: a) Se regirán por sus estatutos y se aplicarán supletoriamente las disposiciones sobre las Entidades Públicas Empresariales;

⁵⁷⁵ El artículo 55 de la referida Ley 7/2010 establece:

1. Son fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de las *Illes Balears* las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de las *Illes Balears* o sus entes instrumentales, y también aquellas otras con patrimonio fundacional, con carácter permanente, integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico.
2. Las fundaciones del sector público se rigen por el ordenamiento jurídico privado, excepto en los aspectos a que se refiere esta Ley y demás normativa de derecho público que les sea de aplicación.
3. Ejerce el protectorado de las fundaciones del sector público la Administración de la comunidad autónoma de *les Illes Balears*, con conformidad con lo que se establezca reglamentariamente.

⁵⁷⁶ Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2011 de transformación de las fundaciones sanitarias, establece lo siguiente:

Dentro del marco normativo mencionado y al amparo de la disposición adicional quinta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, el Servicio de Salud de las *Illes Balears* pretende implementar un procedimiento estatutario del personal funcionario y laboral que preste servicio en las instituciones sanitarias que conforman el sistema sanitario público de *les Illes Balears*, como por ejemplo las fundaciones del sector público *Son Llätzer* y Manacor. De acuerdo con esta disposición adicional quinta, y al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, de las instituciones o de los servicios de salud y con la finalidad de mejorar la gestión, las administraciones públicas sanitarias pueden establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario en la categoría y titulación equivalente, de las personas que prestan servicios en estos centros, instituciones o servicios con la condición de funcionarios de carrera o en virtud de contrato laboral fijo.

b) La constitución, modificación, extinción, fusión, absorción, escisión o transformación de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus estatutos tienen que ser aprobados mediante acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero competente; y c) El régimen de contratación tiene que respetar, en todo caso, las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público para las Entidades Públicas Empresariales.

Como se puede apreciar las Fundaciones Hospital Manacor y *Son Llätzer* han pasado de ser entidades de Derecho privado sin ánimo de lucro a entidades de Derecho público. Ahora bien, desde el punto de vista de la contratación pública, la modificación de su régimen jurídico no ha afectado al nivel de sujeción a la Ley, por cuanto, ambas, están incluidas en el NIVEL DOS, como poder adjudicador, no Administración Pública.

Posteriormente, mediante el Decreto 19/2012, de 9 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las *Illes Balears*, se ha previsto la extinción de las fundaciones hospital de Manacor y *Son Llätzer*; extinción. En este sentido, la Disposición Transitoria Primera del citado Decreto, bajo el título Gestión de los recursos de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma, señala: “Las Gerencias territoriales a que se refieren las letras b, c y d) del artículo 19.2 entrarán en funcionamiento en la fecha en que se extingan las fundaciones públicas sanitarias y se integren en el Servicio de Salud”. Por tanto, una vez que se produzca su extinción, se integrarán en el Servicio balear, dejando de tener personalidad jurídica propia.

7. LAS FUNDACIONES PRIVADAS *STRICTO SENSU* COMO PODERES ADJUDICADORES

7.1 Planteamiento del tema: Nivel de sujeción de las fundaciones privadas *stricto sensu* a la normativa de contratación pública

Se ha considerado conveniente, a efectos expositivos, introducir una nueva categorización de fundaciones con el claro objetivo de diferenciarlas de las del sector público, de las de mano pública y de las públicas sanitarias. Nos estamos refiriendo a las fundaciones privadas *stricto sensu*, que no se pueden incluir en

la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP. La cuestión que debemos resolver es si este tipo de fundaciones deben o no ser consideradas entes del sector público, e incluso poderes adjudicadores, no Administración Pública. La respuesta debe ser positiva, porque de lo contrario llegaríamos a la conclusión de que el legislador español ha vuelto sobre sus pasos, transponiendo incorrectamente la Directiva 2004/18⁵⁷⁷. Es decir, el hecho de que las fundaciones, nominativamente, aparezcan citadas expresamente en la letra f), no quiere decir que no se deban incluir —cuando no reúnan los requisitos allí mencionados en cuanto a la aportación o al patrimonio fundacional se refieren—, en la letra h) o cláusula residual antes mencionada, siempre y cuando se cumpla el supuesto de hecho previsto en esa disposición normativa. Por tanto, si nos encontramos ante una fundación —minoritariamente pública—, en cuanto a la aportación o al patrimonio fundacional, e incluso ante una fundación totalmente privada, que realice actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que se encuentre controlada por un poder público, deberá ser considerada entidad integrante del sector público —por imperativo de la cláusula residual, letra h) del citado artículo 3.1 del TRLCSP—, y, además, se deberá incluir como mínimo en el NIVEL DOS, correspondiente a los poderes adjudicadores, no Administración Pública, ya que los requisitos que se exigen para formar parte del sector público —de acuerdo con la citada letra h)—, son exactamente los mismos que para que una entidad deba ser considerada poder adjudicador, no Administración Pública, de conformidad con el artículo 3.3, letra, b) del TRLCSP.

⁵⁷⁷ No obstante lo dicho, esta conclusión no es la alcanzada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 10/2008, de 2 de octubre, al analizar la Fundación Teatro Abadía. Ese centro consultivo considera que no se trata de un ente integrante del sector público, al no concurrir el supuesto previsto en la letra f) del artículo 3.1 de la LCSP, sin plantearse si procede el análisis de si la entidad cumple con los requisitos previstos en la letra h) del citado precepto.

En sentido contrario se manifestó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en el Informe 40/2010, de 28 de octubre, donde se analizaba la actividad de la Fundación Patronato Zorroaga. Se concluyó que la entidad no cumplía con los requisitos del antiguo artículo 3.1, letra f) de la LCSP —en cuanto a la aportación o el patrimonio fundacional se refiere—, circunstancia que no impidió que se analizase si se cumplían o no los requisitos de la letra h) del artículo 3.1 de la LCSP, comprobándose que concurrían los tres allí citados: el de personalidad jurídica, el de la satisfacción de los intereses generales que no tengan carácter industrial o mercantil, y el del control por parte de los poderes públicos.

En el mismo sentido que la Estatal, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en el Informe 18/2008, de 27 de noviembre, llegó a la misma conclusión al entender que las fundaciones que no deban ser consideradas entes del sector público, de conformidad con la letra f) del artículo 3.1 de la LCSP, podían ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública, si se financiaban, mayoritariamente, por parte de los poderes públicos a través de subvenciones.

Desde un primer momento, se debe apuntar que las fundaciones privadas *stricto sensu* nunca estarán incluidas en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, por cuanto la aplicación máxima de la norma está reservada exclusivamente a las entidades de Derecho público, por tanto, en ningún caso, tendrán esta consideración las que ahora nos ocupan. Se podría admitir a efectos dialécticos que tal discusión fuese predicable de las fundaciones del sector público en los términos comentados anteriormente por la injerencia de los poderes públicos en su creación y posterior desarrollo, pero no sería de recibo extrapolarla a las fundaciones *stricto sensu*, al no estar en discusión su naturaleza de entidad de Derecho privado. Por lo tanto, sólo se puede extraer una única conclusión: Las fundaciones privadas *stricto sensu*, o bien se encuentran incluidas en el NIVEL DOS, debiéndose considerar poderes adjudicadores, no Administración Pública, o bien no están sujetas a la normativa de contratación del sector público.

Situados aquí, para poder concluir si estas entidades deben o no ser incluidas en el sector público y, consecuentemente, poderes adjudicadores, no Administración Pública, deberemos proceder en los mismos términos en los que ya lo hemos hecho en relación con el resto de fundaciones; esto es, se ha de analizar si satisfacen o no actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y si están o no controladas por los poderes públicos —vía orgánica, financiación, o en la toma de decisiones—.

El primero de ellos, —el interés general de carácter no industrial o mercantil de la actividad fundacional— se produce por imperativo constitucional y legal, y de forma natural en todas las fundaciones, y no sólo en relación con las del sector público. Por tanto, es extrapolable todo lo dicho en cuanto al Derecho de fundaciones y sobre las consecuencias derivadas de su configuración constitucional en relación con los intereses generales que debe satisfacer la entidad, así como el carácter vicarial, complementario o secundario de las actividades industriales o mercantiles que puedan realizar. De esta forma, concurre el primero de los requisitos que prevé la norma para considerar a todas las fundaciones como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

No obstante, el punto de inflexión lo encontramos en el tipo de control que ejercen los poderes públicos sobre las entidades fundacionales. Así, a diferencia

del régimen jurídico de las del sector público, que viene impuesto por ley, no ocurre lo mismo con las fundaciones que ahora nos ocupan, razón por la cual se deberá analizar en cada caso concreto el tipo de control que efectivamente ejercen los poderes públicos.

De las tres manifestaciones de control alternativos que puede ejercer el poder público sobre las entidades —orgánico, financiación o en la gestión—, debemos iniciar el análisis por el orgánico. Si en el patronato de la fundación, la mayoría de los miembros son designados por alguna entidad del sector público, la fundación deberá ser considerada poder adjudicador, no Administración Pública. Esta circunstancia podría concurrir en las minoritariamente públicas, pero rara vez se va a producir en las totalmente privadas. En cuanto al segundo tipo de control —el de la financiación pública—, se deben extrapolar las conclusiones extraídas en los Capítulos Primero y Tercero anteriores, cuando se hizo referencia a la jurisprudencia europea y, especialmente, sobre la Sentencia recaída en el Asunto de la Universidad de *Cambridge*, en la que el Tribunal europeo distingue dos supuestos bien diferenciados⁵⁷⁸. El primero, representado por aquellos pagos que suponen una contrapartida de prestaciones contractuales y que no deben incluirse en el concepto de “financiación pública”, —la entidad posee un interés económico en realizar la prestación—, y el segundo, representado por aquellos otros pagos, en concepto de becas o subvenciones, que sí han de considerarse “financiación pública” por cuanto se crea una relación de dependencia o subordinación entre el ente concedente y el receptor de las cantidades⁵⁷⁹. Por tanto, si seguimos la interpretación que ha llevado a cabo el Tribunal europeo sobre la financiación pública, se debe advertir que cuando las fundaciones —sean total o mayoritariamente privadas—, reciban subvenciones públicas que representen más de la mitad de sus ingresos, deberán ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública y, por tanto, tendrán que someterse a la normativa de contratación pública en toda su actividad contractual durante los ejercicios que perdure esa financiación mayoritariamente pública. Lo anterior, se hace notar por cuanto es común que las fundaciones, inclusive, las totalmente privadas, reciban subvenciones públicas, así como que desconozcan que han de someterse en ese período y

⁵⁷⁸ Vid.: Capítulo Primero del presente trabajo de investigación.

⁵⁷⁹ En el mismo sentido la Sentencia recaída en el Asunto *Bayerischer*.

para todas sus actividades comerciales, a la normativa de contratación pública⁵⁸⁰.

Merece especial atención, el tratamiento que hace el legislador gallego en el ya comentado artículo 113.2 de la Ley 16/2010 del sector público gallego, en relación con la financiación pública⁵⁸¹. La legislación autonómica gallega —contradiciendo al Tribunal europeo—, incluye en el concepto de “financiación pública” no sólo los ingresos derivados de relaciones de dependencia —tipo subvenciones o becas—, sino también los derivados de relaciones comerciales —contraprestación por prestación de servicios en general—. Por tanto, de conformidad con este precepto, una fundación privada *stricto sensu*, sometida a la legislación gallega, que se financie mayoritariamente con ingresos procedentes de contratos públicos de servicios, deberá ser considerada poder adjudicador, no Administración Pública y, consecuentemente, deberá observar la normativa de contratación pública en toda su actividad contractual durante el período o períodos que dure esa financiación pública. Esta extraña y paradójica regulación puede llegar a suponer un agravio comparativo, injustificado y carente de sentido, frente a otras entidades privadas contratistas de los entes del sector

⁵⁸⁰ En línea con la jurisprudencia europea, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en el ya referido Informe 18/2008, de 27 de noviembre, señala:

La última consulta se refiere a si las fundaciones no clasificadas como fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía del artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que financien su actividad mayoritariamente con subvenciones procedentes de la Administración Pública pueden clasificarse como poderes adjudicadores a los efectos de la LCSP.

La Ley 10/2005, de 31 de mayo, define en su artículo 1.2 a las fundaciones como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. El artículo 4 dota a las fundaciones de personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Andalucía.

Cumpléndose pues para las fundaciones los dos primeros requisitos a que se refiere el artículo 3.3 b) de la LCSP, para el caso de tratarse de fundaciones no pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, si en las mismas concurriese además el de la financiación mayoritaria en los términos expuestos en los apartados anteriores, habrá de considerarlas como poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública a los efectos de la LCSP, sujetándose para la adjudicación de los contratos a las previsiones que a tal efecto establece la LCSP.

⁵⁸¹ El artículo 113.2 de la Ley 16/2010 del sector público gallego, establece:

La financiación que las fundaciones reciban de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las entidades integrantes del sector público, ya sea mediante concierto, convenio o contraprestación por prestación de servicios en general, así como mediante concesión de subvenciones, no determina por esta única circunstancia el carácter de fundación del sector público, sin perjuicio de su condición de poder adjudicador a efectos del régimen jurídico contractual.

público, que no han de cargar con el cumplimiento de las previsiones legales derivadas de la consideración de ser poderes adjudicadores. Por esta razón, el precepto en cuestión no se debería interpretar de forma literal, sino en el sentido de que el legislador, cuando se refiere a la financiación pública, lo único que pretende es definir, por exclusión, a las fundaciones del sector público, sin inmiscuirse en una normativa, como es la de contratación pública, sobre la cual no tiene competencia alguna. Se ha de entender que cuando se remite al concepto de poder adjudicador, lo hace al régimen jurídico contractual interpretado de acuerdo con los parámetros judiciales europeos, que en nuestro caso, excluye a las entregas de dinero derivadas de relaciones comerciales.

El último de los requisitos que alternativamente puede concurrir para que haya un control público es el relativo al control en la gestión o en la toma de decisiones. Es sobre esta cuestión donde es determinante conocer el alcance de la intervención administrativa ejercida por el Protectorado, como órgano creado *ex lege* que interviene en la actividad de todas las fundaciones. Si este control es a los que alude la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, extraeríamos la conclusión de que todas las fundaciones deberían ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública, y ello con independencia de que los poderes públicos no controlasen el gobierno de la entidad a través del patronato ni financiasen mayoritariamente la misma.

Se ha de recordar que el concepto “control de gestión” al que alude tanto el artículo 3.1, letra h) del TRLCSP como el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 ha sido interpretado de forma amplia por parte del Tribunal europeo como aquel a través del cual se pone de manifiesto una influencia dominante en las decisiones de la entidad, en su gestión, de manera que ha de ser equivalente al que existe cuando se cumple el orgánico o el de financiación. Dicho control, además, ha de ser a *priori*, no a *posteriori*, y en ningún caso de mera legalidad. Así, podemos afirmar que existirá un control a *priori* cuando éste ejerza con carácter previo a que la entidad sometida a control lleve a cabo el acuerdo correspondiente, de forma que la referida entidad, en nuestro caso la fundación, no podría adoptarlo o ejecutarlo si no fuese consentido o autorizado previamente por parte del poder público. Por el contrario, se considerará que se ejerce un control a *posteriori*, cuando una vez la entidad sometida a control ha adoptado un determinado acuerdo, el órgano administrativo se limita a tomar razón o conocimiento del

mismo. Un control a *posteriori* es menos decisorio que uno a *priori*. Por otra parte, a través del control de legalidad se comprueba que la actuación de la entidad se ajusta a la normativa vigente, frente al control en la toma de decisiones donde el poder público se inmiscuye en la actividad de la entidad o en los actos o decisiones más relevantes en su funcionamiento.

Según se ha concluido en los Capítulos Primero y Tercero anteriores, son varias las circunstancias tomadas en consideración por parte del Tribunal europeo para determinar que concurre el control de gestión al que nos estamos refiriendo, de las que destacamos las siguientes: El nombramiento de los principales directivos de la entidad; la revisión del balance y de la gestión corriente de la misma; la posibilidad de ordenar la disolución de una entidad y de nombrar un liquidador en el caso de detectar graves irregularidades; o bien el marcar determinados ritmos en la actividad de la entidad⁵⁸².

⁵⁸² Al respecto, se ha de recordar la jurisprudencia europea dictada al respecto, de la que resaltamos, en primer lugar, la Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann* —año 1998—, en la que se tuvo en cuenta que el director general de la ÖS era nombrado por un órgano integrado en su mayoría por miembros nombrados por la Cancillería Alemana Federal o por los diferentes ministerios, y que la entidad se encontraba sujeta al Tribunal de Cuentas y a un servicio estatal que se ocupa de velar por los impresos sujetos a un régimen de seguridad.

También se ha de destacar el pronunciamiento del TJCE contenido en la Sentencia recaída en el Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda —año 1998—, donde se tuvo especial consideración que el Estado tuviera la facultad de nombrar a los principales directivos del Servicio de Bosques y que el Ministro dictase determinadas instrucciones al Servicio de Bosques.

Y, la STJCE recaída en el Asunto C-237/99, Comisión contra Francia —año 2001— donde se llegó a la siguiente conclusión: “la gestión de las SA VAM está sujeta a un control de los poderes públicos que les permite influir en las decisiones de éstas en materia de contratos públicos”.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta los siguientes elementos que concurrían en las SA VAM:

1. Las entidades gestoras de viviendas de alquiler moderado están sujetas al control de la Administración, y más en concreto, del ministro competente en materia de construcción y vivienda.
2. El ministro competente en materia de construcción y vivienda puede ordenar la disolución de una SA VAM y nombrar un liquidador, así como ordenar la suspensión de los órganos directivos y nombrar un administrador provisional. No obstante, ya se advierte que estos controles se podían ejercitar en el caso de irregularidades graves, de falta grave en la gestión.
3. Según las normas internas francesas analizadas en el caso, el ministro competente podía imponer a las SA VAM un perfil determinado, bien obligándolas a un mínimo de dinamismo, bien limitando su actividad cuando se considere excesiva.
4. También se aprecia que la Comisión interministerial de inspección de la vivienda social, además de controlar las operaciones de los organismos gestores de viviendas de alquiler moderado mediante el examen de documentos y visitas sobre el terreno, podían realizar estudios, auditorías o evaluaciones en el ámbito de la vivienda social y formular propuestas sobre el curso que debía darse a sus informes de inspección.

Con el objetivo de poder concluir si el control que ejerce el Protectorado es de los que alude la jurisprudencia comunitaria, es necesario que interpretemos correctamente las funciones que el legislador estatal y autonómico han asignado al órgano administrativo. Ahora bien, no podremos perder de vista que el artículo 34.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002, donde se señala que el Protectorado velará por el correcto ejercicio del Derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones, es de aplicación general a todas a las fundaciones, incluso a aquellas cuya competencia, de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, corresponda a las Comunidades Autónomas⁵⁸³.

7.2 El papel que ejerce el Protectorado en las fundaciones y su incidencia en materia de contratación pública

7.2.1 Justificación de la existencia de la figura del Protectorado: Control sobre la actividad de las fundaciones

Deviene fundamental en nuestro estudio que conozcamos el porqué de la existencia del Protectorado y la naturaleza jurídica de este órgano administrativo, ya que a partir de aquí podremos interpretar correctamente las funciones asignadas en la normativa de fundaciones y calificar el tipo de control que ejerce. El Protectorado lleva a cabo funciones tuitivas y de control sobre una entidad privada creada al amparo de un Derecho subjetivo —incluso calificado por algunos autores como fundamental—, y que sólo se puede entender si las facultades de intervención tienen por objeto velar por el correcto cumplimiento,

Por último, en la Sentencia recaída en el Asunto *Truley* —la más reciente, año 2003— se señaló de una forma clara que el control debía ser un control en la gestión, no bastando un control a posteriori, puesto que ha de originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos. Se ha de recordar que en el caso enjuiciado, y entre otras circunstancias se valoró que en la sociedad analizada se preveía expresamente que el *Kontrollamt* está habilitado para revisar no sólo el balance anual de dicha sociedad, sino también “la gestión corriente, desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad”. La misma cláusula del contrato de sociedad de *Bestattung Wien* autoriza, por lo demás, al *Kontrollamt* a visitar los locales e instalaciones de dicha sociedad, así como a informar de los resultados de tales controles a los órganos competentes, a los accionistas de la sociedad y al Ayuntamiento de Viena. Por lo tanto, tales prerrogativas permiten un control activo de la gestión de dicha sociedad.

⁵⁸³ De conformidad con la Disposición Final Primera de la Ley de Fundaciones del año 2002, que lo considera legislación básica y de aplicación general al amparo del artículo 149.1.1.ª de la CE.

por una parte, de los fines de interés general que toda fundación debe perseguir, y por la otra, de la voluntad del fundador, todo ello siempre en clave de legalidad. Nos encontramos ante una entidad que sobrevive al fundador que ha afectado un patrimonio a la consecución de unos fines de interés general. Se trata, como hemos visto, de un ente singular o peculiar, destinado a una colectividad indeterminada de posibles beneficiarios para la realización de un fin de interés general, cuya configuración justifica la intervención pública⁵⁸⁴.

Debemos dejar sentado desde un buen principio que, tal y como se encuentra legalmente configurado el Protectorado, este órgano administrativo ejerce funciones de control e intervención sobre los entes fundacionales, y no se limita, sólo y exclusivamente, y como ha querido ser visto por algunos autores, a realizar funciones de tutela como una técnica de fomento o de control en positivo⁵⁸⁵. No se discute que en una concepción moderna del Protectorado reclamada por la mayoría de la doctrina, hubiese sido lo deseable, pero lo cierto es que actualmente y de conformidad con la Ley, el Protectorado ejerce funciones interventoras desde el nacimiento de la fundación hasta la fase de liquidación de sus bienes, pasando por determinados actos de la vida fundacional. Tal y como afirma ALLI TURRILLAS, “es innegable que existe un amplio control público sobre las fundaciones. Decir otra cosa sería o bien negar la evidencia o bien no querer verla: comportamientos igualmente graves”⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Como apunta GARCÍA-ANDRADE, una vez que el fundador afecta un patrimonio u organización a un fin de interés general, el inicial propósito desinteresado y particular de aquel fundador se ve sobrepasado por la relevancia que para la sociedad adquiere esa vinculación. La importancia de los fines de interés general es lo que lleva a los poderes públicos a intervenir en la fundación, se trata de asegurar el mantenimiento de la vinculación y su efectividad.

Vid.: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *La Fundación: Un estudio jurídico*. Madrid: Escuela libre editorial, 1997, p 298.

Por su parte, ALLI TURRILLAS señala:

En la fundación no hay, en puridad, interesados, pues ni lo son los patronos, ni el patronato, ni siquiera el fundador. Y además, está dirigida a una colectividad indeterminada de posibles beneficiarios. Todos ellos son instrumentos para la realización de un fin “de interés general” querido por un fundador en el que todos a una somos interesados. Por eso es lógico que alguien se responsabilice de esta intención y de esta finalidad. Y ese alguien son sus representantes y, sobre ellos, público.

ALLI TURRILLAS, J.C. *Op. cit.*, pp. 234-236.

⁵⁸⁵ Vid.: LORENZO GARCÍA, R. DE “La organización y atribuciones del Protectorado”. En: PIÑAR MAÑAS, J.L.; OLMOS VICENTE, I. (Dir.). *Las fundaciones: desarrollo reglamentario de la Ley*. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero; Dykinson, 1997, pp. 215-240.

⁵⁸⁶ ALLI TURRILLAS, J.C. *Op. cit.*, p. 233.

Situados en este punto, y esto es lo determinante para poder calificar el tipo de control que ejerce el Protectorado, se debe recordar que el Derecho de fundación previsto en el artículo 34 de la CE está incluido dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos y su tutela requiere de un cierto equilibrio entre este Derecho y el cumplimiento del interés general que debe perseguir toda entidad fundacional. PIÑAR MAÑAS explica dicho control en clave de libertad y dirigido al cumplimiento de los fines de interés general que justifica la constitución de toda fundación, en concreto, afirma que debe perseguir “el recto ejercicio del Derecho de fundación, cuya garantía institucional no admite una actividad administrativa excesivamente fiscalizadora y perturbadora de las fundaciones”⁵⁸⁷. Tal y como afirma REBÉS, “el Protectorado guarda relación con la idea de protección que una institución tiene sobre los derechos o intereses legítimos de otra, con el fin de conservar su núcleo esencial que en nuestro caso es el fin fundacional”⁵⁸⁸. NIETO afirma que “allí donde aparecen intereses generales puede y debe intervenir la Administración Pública”⁵⁸⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo constituye una herramienta fundamental en la labor interpretativa del tipo de control que ejerce el Protectorado y el instrumento necesario para conocer el concreto alcance de las funciones que ejerce el órgano administrativo. La CE no prevé su existencia, pero tampoco lo prohíbe, como así lo ha reconocido la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 49/1988, ya citada anteriormente, cuando señala que “las leyes pueden prever un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman”. En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 341/2005 cuando señala que “del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa”. La jurisprudencia, en general —tanto la del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo—,

⁵⁸⁷ PIÑAR MAÑAS, J.L. “Las fundaciones y la Constitución Española”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española...Op. cit.*, pp. 1301-1336.

⁵⁸⁸ REBÉS I SOLÉ, J.E. *Op. cit.*, p. 112.

⁵⁸⁹ NIETO GARCÍA, A. “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española...Op. cit.* La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas. Vol. III., p. 2223.

admite sin fisuras la figura del Protectorado, cuyo fundamento es la garantía del cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de interés general que deben perseguir las fundaciones, sin olvidar, que las fundaciones son, ante todo, personas jurídicas de Derecho privado surgidas de la autonomía de los particulares y ajenas a la organización pública⁵⁹⁰.

Situados en este punto, resta analizar el contenido concreto del tipo de actividad de intervención que ejerce el Protectorado sobre las fundaciones. Con dicha pretensión, deberemos examinar las funciones asignadas al Protectorado a fin de concluir si éstas representan un mero control de legalidad sobre la actividad de la fundación, o bien un control sobre su gestión y en este último caso, si se trata de un control a *priori*, o bien a *posteriori*.

7.2.2 Funciones atribuidas al Protectorado y legislación aplicable

A lo largo de la historia han sido varios los autores que han analizado el alcance de las funciones del Protectorado, detectando que se ha producido un cambio gradual y que se han ido debilitando sus potestades sobre las actividades de las fundaciones⁵⁹¹. No es aquí el lugar para exponer esos brillantes trabajos, ya que

⁵⁹⁰ En este sentido, SSTC núm. 18/1984, de 7 de febrero; núm. 49/1988, de 22 de marzo —ya referida—; y núm. 164/1990, de 29 de octubre. Por otra parte, SSTS de 28 de octubre de 1963; de 17 de abril de 1979; de 28 de septiembre de 1984; de 31 de mayo de 1985; de 7 de marzo de 2001; de 20 de diciembre de 2003; y de 4 de julio de 2005, entre otras.

La última de las citadas Sentencias, analizando las funciones asignadas al Protectorado en la Ley de Fundaciones de 1994, señala que mientras en la constitución de la fundación las decisiones correspondientes de los fundadores no están sometidas a control y supervisión del Protectorado, previéndose como única intervención de la Administración en esta fase la necesaria inscripción en el Registro de Fundaciones, en el caso de modificación, fusión y extinción la Ley ha puesto en manos del Protectorado algunas formas de intervención más incisivas, si bien siempre mirando a preservar los fines fundacionales y manteniéndolos en el plano de legalidad. A tal efecto, la STS 4 de julio de 2005, señala:

Las fundaciones son, ante todo, personas jurídicas de derecho privado, surgidas de la autonomía de los particulares y ajenas a la organización pública. No obstante la relevancia que la Constitución les asigna cuando reconoce en su artículo 34 el derecho de fundación para fines de interés general y las somete, además de a la regulación general, a las previsiones de su artículo 22.2 y 4 hace que en atención a esos fines generales, el legislador haya previsto la intervención del Protectorado, ejercido por la Administración General del Estado respecto de las fundaciones de competencia estatal, en diversos aspectos de las mismas. Protectorado que, nos dice el artículo 32.1 de la Ley 30/1994, tiene por misión facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de su constitución y funcionamiento. Y a esos objetivos se orientan las facultades que le confieren los artículos 32 y siguientes, así como los que se hallan en otros preceptos de este texto legal.

⁵⁹¹ Cabe mencionar, a título de ejemplo, la antigua obra de HERNÁNDEZ IGLESIAS, F. *La beneficencia en España*. T.I. Madrid: [s.n.] Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa, 1876

eso excedería del objeto de nuestro estudio, pero valga, por representativo, mencionar el análisis que realiza PIÑAR MAÑAS cuando señala “que el control público ha sido una constante en la evolución misma de las fundaciones desde su propio origen: lo que ha ido cambiando con el paso del tiempo es el contenido y alcance de esta actividad”⁵⁹², o el de VALERO AGÚNDEZ cuando afirma que “la acción tutelar de la autoridad pública, si se prescinde de cuál sea ésta en concreto, cerca de las fundaciones creadas por sujetos particulares, es un fenómeno tan antiguo y tan universal como las mismas fundaciones”⁵⁹³.

Si bien las principales funciones que lleva a cabo el Protectorado, de acuerdo con la Ley de Fundaciones del año 2002, se han visto algo flexibilizadas en relación con su precedente legislativo inmediato—Ley de Fundaciones de 1994—⁵⁹⁴, se detecta que el cambio sustancial se produjo en relación con las regulaciones anteriores a la norma del 1994, donde el control que ejercía el Protectorado era un control previo, mediante la exigencia de las correspondientes autorizaciones. Se consideraba que de esta forma la voluntad del fundador y los fines fundacionales se encontraban mejor garantizados. PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ nos recuerdan que con anterioridad a la Ley de

[Reproducción digital del original hecha por la Universidad San Pablo-CEU, disponible *On line* <http://hdl.handle.net/10637/3618> [Consulta: 5 de junio de 2013] .

Asimismo, es interesante la aportación que hace BLANCO RUIZ cuando analiza las finalidades del Protectorado en la Instrucción de 1899, donde ya se recogía que el Protectorado de las instituciones de beneficencia comprendería las facultades necesarias para lograr que fuese cumplida la voluntad de los fundadores.

BLANCO RUIZ, J.F. *El protectorado de Fundaciones en el Real Decreto de Instrucción de 14 de marzo de 1899: estudio crítico, comentarios y concordancias*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; y PIÑAR MAÑAS, J.L.; REAL PÉREZ, A. *Derecho de Fundaciones... Op. cit.*

⁵⁹² PIÑAR MAÑAS, J.L. “Relaciones de las fundaciones con los Protectorado”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE; CABRA DE LUNA, M.A. (Dir.; Coords.). *Op. cit.*, p. 82.

⁵⁹³ VALERO AGÚNDEZ, U. *Op. cit.*, p. 396 y ss.

⁵⁹⁴ Esa flexibilización se señala en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones del año 2002, de Fundaciones cuando justifica la nueva regulación del Protectorado en las demandas de las propias fundaciones, superando ciertas rigideces detectadas en las legislaciones anteriores que dificultaban el correcto desarrollo de la actividad fundacional. A tal efecto, se establece en el Expositivo II lo siguiente:

Tres son los objetivos que se pretenden alcanzar con esta nueva regulación del derecho de fundación. En primer término, reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones. Así, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y eventualmente, ejercer acciones legales contra los patronos responsables.

Fundaciones de 1994, “el ejercicio del Protectorado se había convertido en no pocas ocasiones en un claro obstáculo para el cumplimiento de los fines fundacionales. Eran múltiples las autorizaciones exigidas, los trámites impuestos y las exigencias formales requeridas”⁵⁹⁵. El panorama cambia con la CE, al imponer una *pro libertatis*, de forma que el Derecho de fundación no puede quedar al arbitrio de la Administración, por cuanto ello lesionaría el contenido esencial del mismo, protegido por la Constitución⁵⁹⁶. En el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 49/1988 antes referida, emitido por DíEZ-PICAZO, ya se señala que:

(...) una cosa es el establecimiento de un Protectorado y otra distinta es la traslación de los poderes de gestión a manos públicas. El Protectorado, a partir de la CE ha pasado de ser un mero órgano controlador a proteger y garantizar el ejercicio del Derecho de fundación, prestando asistencia y tutelando a las fundaciones para la consecución del fin de interés general previsto.

Según GONZÁLEZ CUETO se ha detectado “la evolución de un Protectorado de estricto control, desconfiado respecto de las fundaciones hacia un Protectorado más tutelar, de apoyo y protección de las fundaciones tiene reflejo a lo largo de la Ley”⁵⁹⁷.

Pese a esa flexibilización, el control sigue existiendo. La tensión entre el marco de libertad, la voluntad del fundador y el interés general impide que no se exijan a los poderes públicos una cierta intervención como garantía del cumplimiento del interés general perseguido por la entidad fundacional y del interés particular de respeto a la voluntad del fundador, siendo la principal pretensión del control público el cumplimiento de la legalidad. Ello queda evidenciado en la actual regulación del Protectorado cuando se afirma en el ya citado artículo 34.1 de la Ley que velará por el correcto ejercicio del Derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. Ahora bien, puede suceder que la satisfacción de esa pretensión pueda conllevar, en ocasiones, un control en la toma de decisiones, y ello dependerá de cómo el legislador ha configurado las funciones del Protectorado. La línea entre el mero

⁵⁹⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L.; REAL PÉREZ, A. *Derecho de Fundaciones... Op. cit.*, p. 181.

⁵⁹⁶ Vid.: CABRA DE LUNA, M.A.; LORENZO GARCÍA, R. DE. “El protectorado (artículos 34 y 35)”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; *et al.* (Dir.). *Op. cit.*, pp. 523 y 524.

⁵⁹⁷ GONZÁLEZ CUETO, T. *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002 de 26 diciembre*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 267.

cumplimiento de la legalidad y el control en la gestión puede ser, en ocasiones, muy fina, ya que bajo el pretexto de hacer cumplir el interés general que todo ente fundacional debe perseguir y de observar la voluntad del fundador, se convierta al Protectorado en un órgano con potestades suficientes para decidir sobre la vida de la fundación.

En el ámbito estatal, las funciones asignadas al Protectorado se llevan a cabo por parte de la Administración General del Estado, a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, y se encuentran reguladas en el Capítulo VII de la Ley de Fundaciones del año 2002 —artículos 34 y 35— y en algunas disposiciones dispersas de la citada norma⁵⁹⁸. Además, también se deberá tener en cuenta el Capítulo VIII del Real Decreto 1337/2005. De conformidad con el artículo 35 de la Ley y los artículos 42 a 48 del citado Real Decreto 1337/2005, podemos agrupar las funciones del Protectorado de la siguiente forma: a) Asesoramiento, información y apoyo; b) Asegurar el cumplimiento de la legalidad establecido por la normativa general y los estatutos fundacionales; y c) Velar por el cumplimiento de los fines fundacionales y garantizar el respeto de la voluntad del fundador.

Asimismo, según ya se ha apuntado, el citado artículo 34.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002, por imperativo del artículo 149.1.1.^a y de la Disposición Final Primera, es condición básica y de aplicación general a todas las fundaciones, incluidas las de las Comunidades Autónomas, lo que implica que las funciones asignadas por las distintas normativas autonómicas no se han podido distanciar de las asignadas por el legislador estatal⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ En concreto, en los siguientes preceptos: artículo 7.4; artículo 13.2; artículos 15.3 y 15.4; artículo 16.1; artículo 17.3; artículo 18.1; artículos 21.1, 21.2 y 21.3; artículo 22.2; artículo 24.2; artículos 25.7 y 25.8; artículo 28; artículos 29.3 y 29.4; artículo 30; artículo 32.2; artículo 33.1 y 2; artículo 42; artículo 43; artículo 46.2; Disposición Adicional Quinta; y Disposición Transitoria Tercera.

⁵⁹⁹ A título de ejemplo, se puede hacer mención a la ya citada Ley 4/2008, de 24 de abril, mediante la cual se aprueba el Libro III del Código Civil de Cataluña, en concreto, a los artículos 336.1 a 336.4, y a la Disposición Transitoria Cuarta.

La escasa regulación del Protectorado en la normativa catalana se pone de manifiesto en el propio Preámbulo de la norma al señalar que “estas disposiciones básicas deben ser desarrolladas por otros instrumentos normativos, que, dada su naturaleza esencialmente administrativa, se ha considerado preferible que queden fuera del Código Civil”. De ahí que la Disposición Transitoria Cuarta encargue al Gobierno la presentación de un proyecto de ley del Protectorado.

A continuación se procederá a analizar las concretas funciones asignadas al Protectorado en la normativa estatal a fin de determinar el tipo de control que ejerce sobre el funcionamiento de los entes fundacionales, sin que, para una correcta interpretación de las mismas, podamos perder de vista dos elementos esenciales. El primero, el derivado del contenido del artículo 41.1 del Real Decreto 1337/2005 cuando señala que se deben ejercer, respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones y con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional. Por tanto, para poder concluir el tipo de influencia que ejerce el Protectorado en la actividad fundacional no podremos pasar por alto los conceptos de “autonomía de funcionamiento” y “garantizar el cumplimiento de legalidad y de los fines fundacionales”. Estos dos conceptos ya nos pueden dar una idea del alcance de la intervención administrativa a la que se encuentran sometidos los entes fundacionales. Un segundo instrumento interpretativo nos vendrá dado por la doctrina del Tribunal Supremo ya citada, que ha dejado claro que la labor del órgano administrativo ha de llevarse a cabo sin inmiscuirse en la gestión de la fundación, más allá de verificar el estricto cumplimiento de la Ley. Al respecto se ha de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003 en la que se planteó el alcance del intervencionismo administrativo que representa el Protectorado y, en particular, si debería abarcar una función de control sobre la totalidad de los actos organizativos internos de la fundación. El Tribunal Supremo, enjuiciando la Ley de Fundaciones de 1994, señaló:

El intervencionismo del Protectorado, en lo que se refiere a la constitución de la fundación, mas parece referirse a la constatación de los elementos estructurales que legalmente resulten necesarios para el nacimiento de la persona jurídica; y en lo que respecta a su funcionamiento, a la vigilancia de que la actuación externa de la fundación en cuanto persona jurídica no se aparte de los intereses generales que encarnan los fines fundacionales. Consiguientemente, más allá de lo anterior, las controversias internas de una fundación privada no son diferentes a las que suscita cualquier otra figura personificada del Derecho privado.⁶⁰⁰

⁶⁰⁰ En el caso enjuiciado por parte del TS, un patrono vitalicio cesado por el patronato recurrió las resoluciones del Protectorado que no consideró ilegítimo dicho cese. Se alegaba que el Protectorado no ejerció la función de control que el ordenamiento jurídico le impone frente a un acuerdo supuestamente irregular por ser contrario a la Ley, a la voluntad del fundador y a los estatutos. El Tribunal Supremo afirma que lo que el recurrente pretende es impugnar un acto de funcionamiento interno de la fundación, consistente en la actuación del órgano de gobierno que decidió su cese y en la modificación de los estatutos, y que dicha impugnación procede realizarla ante los órganos de la jurisdicción civil.

A efectos metodológicos se considera conveniente seguir la estructura del articulado del citado Real Decreto 1337/2005, en concreto, de los artículos 42 a 48, donde se agrupan las funciones asignadas al Protectorado de la siguiente forma: a) Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento; b) Funciones en relación con el proceso de constitución; c) Funciones en relación con el patronato; d) Funciones en relación con el patrimonio de la fundación; e) Funciones relativas al cumplimiento de fines; f) Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones; y e) Funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas.

El Tribunal Supremo entiende que hay dos grupos de atribuciones referidos a finalidades distintas y a actos igualmente diferentes, y a tal efecto señala:

Por un lado, está el control que corresponde al Protectorado desde la premisa de la voluntad del fundador, pero que es expresamente referido al cumplimiento de los fines fundacionales que por dicho fundador hayan sido definidos, lo cual significa que consiste en verificar si los actos exteriores que realice la fundación como ente o persona jurídica, esto es, los de su tráfico jurídico externo, persiguen o no las metas de interés general que encarnan los fines fundacionales. Por otro lado, está la intervención atribuida al Protectorado en relación al funcionamiento interno de la fundación, que está circunscrita únicamente al control de su legalidad y no menciona nada relativo a la vigilancia de si esos actos internos son o no conformes con la voluntad del fundador. Lo cual no quiere decir, como luego se pondrá de manifiesto que no exista para los miembros del órgano de gobierno que pudieran resultar afectados la posibilidad de reaccionar frente a esos actos internos. También otros preceptos de la Ley 30/1994 confirman lo anterior. Los artículos 16 y 27 contemplan unas intervenciones del Protectorado en orden a la designación de los órganos de gobierno de la fundación y a promover la modificación de los estatutos de la misma, pero están limitadas a los casos tasados en que es imposible la sustitución de los patronos o el Patronato que no acuerda la modificación estatutaria que resulta necesaria para la continuidad de la actuación satisfactoria de la fundación; es decir, demuestran que no se establece un control ilimitado del Protectorado sobre el funcionamiento interno de la fundación en cualquier supuesto, sino únicamente una intervención extrema en aquellos casos excepcionales expresamente previstos como representativos de la imposibilidad de la normal continuidad de la fundación.

En términos similares se pronuncia la STSJ de Madrid de fecha 26 de enero de 1998, relativa a la impugnación de una resolución del Protectorado. El Supremo considera que el Protectorado había incurrido en pasividad frente a una presunta actuación ilegal del patronato de la Fundación Gala-Salvador Dalí al no ejercer el control de legalidad que la Ley le atribuye sobre la decisión del patronato de cesar a un patrono. Al respecto el Tribunal señala:

(...) es obvio que la Administración, ante la petición inicial del hoy recurrente en relación con el acuerdo adoptado por el Patronato, efectuó la única actividad que podía realizar — observar que desde el aspecto formal, éste se ajustaba a los Estatutos, proceder a su inscripción—, sin que pueda entrar a analizar, realizando una labor de interpretación que escapa de sus facultades, el contenido sustantivo del mismo, pues su “vigilante actividad” de cuidar el cumplimiento de la voluntad del fundador no le otorga dicha posibilidad.

a) Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento

Estas funciones se encuentran referidas en las letras b), c) y d) del artículo 35 de la Ley de Fundaciones del año 2002 y desarrolladas en el artículo 42 del Real Decreto 1337/2005, cuando relaciona las funciones de apoyo, impulso y asesoramiento de una forma amplia, y se encuentran dirigidas tanto a las fundaciones ya constituidas como a las que se encuentran en fase de constitución. Se pueden agrupar en dos tipos: funciones de asesoramiento general, y en materia de promoción y fomento. En particular hace referencia al asesoramiento en relación con la normativa aplicable en materia de fundaciones, su régimen jurídico, económico-financiero y contable. Además, se prevé la promoción de la realización de estudios sobre la viabilidad de las fundaciones, dando a conocer la existencia y actividades de éstas.

Este tipo de funciones son las que han sido reclamadas por parte de la doctrina como ejes centrales de la labor del Protectorado como órgano administrativo de apoyo y formación a los entes fundacionales. Dichas funciones no evidencian ningún tipo de control o intervención administrativa, razón por la cual no tienen incidencia alguna en nuestro estudio.

b) Funciones en relación con el proceso de constitución

Las principales funciones atribuidas al Protectorado son las relativas al proceso de constitución, que se señalan en la letra a) del artículo 35 de la Ley de Fundaciones del año 2002, objeto de desarrollo reglamentario en el artículo 43 del Real Decreto 1337/2005. En concreto, se refieren a las siguientes: a) Velar por el respeto a la legalidad en la constitución de la fundación; b) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de fundaciones sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las que se encuentren en proceso de constitución⁶⁰¹; c) Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación, mediante la persona

⁶⁰¹ Esta función fue matizada en sede de tramitación parlamentaria, mediante la Enmienda número 157 del Grupo Parlamentario Popular de la que derivó la actual redacción, justificándolo en los siguientes términos: "Se trata de aclarar el carácter vinculante, además de preceptivo, que el informe del Protectorado tiene, evitando además, toda interpretación que permita un doble control por parte de la Administración (Protectorado y Registro) sobre estos elementos".

que designe el propio Protectorado, en el supuesto de fundación constituida por acto *mortis causa* previsto en el artículo 9.4 de la Ley de Fundaciones; y d) Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones, y nombrar nuevos patronos previa autorización judicial.

En la función descrita en la letra a) del citado artículo 43 del Real Decreto 1337/2005 se evidencia un mandato genérico en pro de la legalidad que no conllevaría intervención concreta alguna por parte del Protectorado y que no podría ser invocado por el órgano administrativo para justificar una intervención en la gestión del ente fundacional.

De las funciones asignadas al Protectorado en este precepto, la que menos adeptos ha encontrado en la doctrina ha sido la identificada en la letra b) del artículo 43 del Real Decreto 1337/2005, cuando se atribuye al Protectorado la obligación de informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines fundacionales y la suficiencia dotacional⁶⁰². Si el órgano administrativo no emite ese informe con carácter previo, la entidad no puede acceder al Registro y, consecuentemente, no puede adquirir personalidad jurídica⁶⁰³. Por tanto, el órgano administrativo ejerce un control previo sobre la fundación del cual se derivan, en sede de contratación pública, consecuencias jurídicas de gran transcendencia. Ahora bien, lo que nos debemos plantear es si esa intervención administrativa implica o no una decisión voluntaria por parte del poder público de constituir o no la entidad fundacional, de forma que se evidencie una influencia dominante en la creación de la misma.

La función de informar favorablemente ha de ser interpretada de conformidad con el citado artículo 41 del Real Decreto 1337/2005 cuando hace referencia a que el Protectorado debe garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines fundacionales. Se trata del máximo exponente de la necesidad de encajar la decisión voluntaria del fundador de constituir el ente fundacional con la

⁶⁰² CABRA DE LUNA, M.A. *El Tercer Sector y las Fundaciones en España. Hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998, p. 590.

⁶⁰³ El artículo 4 de la Ley de Fundaciones del año 2002, señala que las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones.

obligación constitucional de que los fines sean de interés general y de que la dotación patrimonial sea suficiente para cumplirlos. Esta función de comprobación no deja de ser una potestad reglada, y ello a pesar de que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado como el de “interés general”, el cual una vez interpretado, de conformidad con el artículo 3.1 de la Ley⁶⁰⁴, no deja margen de actuación alguna al órgano administrativo en la emisión del referido informe. El Protectorado, no puede discrecionalmente, acordar que un determinado fin no sea de interés general, y consecuentemente decidir no emitir el informe vinculante de referencia. Sucede lo mismo en relación con la dotación fundacional. El artículo 12 de la Ley de Fundaciones del año 2002 presume que ésta es suficiente si su valor económico alcanza los treinta mil euros. Ahora bien, también se señala en la norma, en concreto, en el párrafo segundo del citado precepto que, cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar la adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación de documentación explicativa, que será la que tendrá que valorar el Protectorado. De esta forma, si existe el estudio económico que acredite la viabilidad de la fundación cuando la aportación sea inferior a treinta mil euros, el órgano administrativo no podrá informar, negativamente, sobre su constitución.

Como venimos diciendo, la actuación del Protectorado se debe enmarcar dentro de la legalidad, sin que pueda adoptar decisiones fuera del análisis objetivo de la dotación y de los fines de interés general. Así, el Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de fecha 21 de octubre de 2003 estimó el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15 de marzo de 2000 que declaraba que el Protectorado, aunque califique la suficiencia de la dotación y la adecuación a los fines de interés general, puede informar de forma negativa y proponer la suspensión de la inscripción cuando existan indicios racionales de que la actividad o los medios empleados por la fundación pueden ser constitutivos de delito. El Tribunal Supremo entiende que la Administración debe pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción solicitada, absteniéndose de tomar en consideración datos sobre la posible existencia de actividades delictivas que no hayan dado lugar a una medida cautelar aplicable o no hayan sido objeto de condena penal firme en el momento de la resolución. En

⁶⁰⁴ El artículo 3.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002, relaciona los fines de interés general en un listado abierto.

el mismo se manifestó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2002 al declarar no conforme a Derecho la denegación de la inscripción de una fundación cuyos fines eran docentes, de formación profesional y, por tanto, además de lícitos, de interés general, sin que resulte exigible que se trate de fines innovadores o de una utilidad específica.

De lo aquí expuesto se deduce que el control ejercido por parte del Protectorado a través de la emisión del informe de referencia es un control previo, pero de legalidad, y no evidencia la decisión de constituir voluntariamente el ente fundacional. Además, el órgano administrativo sólo podrá comprobar la adecuación a la Ley de los fines y de la dotación fundacional, sin que se pueda extender a otros extremos distintos a éstos, de forma que no podrá imponer obligaciones, limitaciones o acciones discrecionales⁶⁰⁵.

En cuanto a la función relacionada en la letra c) del artículo 43 del Real Decreto 1337/2005, cuando hace referencia a que el Protectorado otorgará escritura pública de constitución de la fundación, no implica decisión voluntaria alguna de constituir la entidad, ya que la misma ha sido adoptada por el fundador por un acto *mortis causa*, limitándose el Protectorado a ejecutarla en defecto de albaceas testamentarios y de herederos, y siempre previa autorización judicial. Se trata de suplir la labor del fundador, pero sólo en el otorgamiento de la escritura, siendo que es una función extraordinaria, que no implica influencia

⁶⁰⁵ En este sentido PEÑALOSA ESTEBAN y SANJURJO GONZÁLEZ señalan:

El derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la Constitución y amparado por el artículo 53 de la misma, no puede quedar al arbitrio de la Administración, por lo que fuera de los supuestos tasados, se requiere la tutela judicial de este derecho.

En definitiva, cualquier exceso en las funciones del Protectorado tendría como consecuencia la correspondiente merma de las facultades del Patronato, a quien la Ley reconoce como único órgano de gobierno y representación de la fundación. Debe además atenderse a la evolución que han experimentado las fundaciones, tantas veces aludida, así como al régimen de responsabilidad de los patronos, considerando que a mayor responsabilidad de los patronos, menor ha de ser la intervención administrativa. Dicho de otro forma, desde la perspectiva de las fundaciones, a menor tutela del Protectorado, con un régimen por ejemplo menor de autorizaciones, mayor responsabilidad deben asumir los miembros del Patronato, por lo que cualquier propuesta de flexibilización en el funcionamiento debe tener aquel contrapeso.

PEÑALOSA ESTEBAN, I.; SANJURJO GONZÁLEZ, T. "Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos". En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dir.). *Tratado de Fundaciones...Op. cit.*, pp.244 y 245.

alguna sobre la entidad fundacional y que se limita al otorgamiento de la escritura pública, previa autorización judicial⁶⁰⁶.

Por último, señalar que la función relacionada en la letra d) del citado artículo 43 del Real Decreto 1337/2005, donde se faculta al Protectorado a cesar a los patronos y a nombrar nuevos cuando acontezca un supuesto excepcional, como es el que no hubiesen instando la inscripción registral, puede tener incidencia en sede de contratación pública, ya que el órgano administrativo nombra al órgano de gobierno de la entidad fundacional. A nuestros efectos es indiferente que el motivo sea excepcional, que se requiera autorización judicial, y que la finalidad de la función asignada sea la continuidad de la entidad fundacional, donde el fundador ha afectado un patrimonio al cumplimiento de unos fines de interés general, que no se van a ver satisfechos de no actuar el patronato en la forma prevista⁶⁰⁷. Lo determinante es conocer el tipo de patronos que integraran el nuevo órgano de gobierno, de forma que si éstos fuesen mayoritariamente representantes del poder público, éste controlaría el órgano de gobierno de la entidad fundacional, con las consecuencias que se derivan de tal situación en relación con la contratación pública.

⁶⁰⁶ El artículo 9.4 de la Ley de Fundaciones del año 2002 señala:

Si en la constitución de una fundación por acto mortis causa, el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta ley se otorgará el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.

⁶⁰⁷ El apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones del año 2002, justifica esta previsión legal en los siguientes términos:

Por otra parte, para garantizar la seriedad de las actuaciones conducentes a la constitución de las fundaciones, se prevé el cese de los patronos que no hubiesen instado la inscripción de la entidad constituida en los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura fundacional, procediendo el Protectorado a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asuman explícitamente la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

El Consejo Económico y Social en su Dictamen núm. 2/2002, de 21 de marzo, sobre el anteproyecto de la Ley de Fundaciones manifestó la desproporción existente entre la actuación de los patronos —incumplimiento de un trámite— y la sanción impuesta —cese de los patronos responsables de la inscripción—. [On line] <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dic022002> [Consulta: 06 de junio de 2013].

c) Funciones en relación con el patronato

Las funciones en relación con el patronato se encuentran reguladas en las letras g) y h) del artículo 35 de la Ley de Fundaciones del año 2002 y desarrolladas reglamentariamente en el artículo 44 del Real Decreto 1337/2005. En concreto, se refieren a las siguientes: a) Autorizar al patronato para asignar una retribución a los patronos por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato; b) Autorizar a los patronos a contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero; c) Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo; d) Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002⁶⁰⁸; e) Asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.

Las funciones descritas en las letras a) y b) son la consecuencia lógica de la prohibición prevista legalmente de que los patronos puedan celebrar contratos con la fundación en la que prestan servicios, regla que es excepcionalmente mediante la autorización correspondiente por parte del Protectorado⁶⁰⁹. No se

⁶⁰⁸ El artículo 18.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002 establece:

La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los Estatutos. Cuando ello no fuera posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de esta Ley, quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación.

⁶⁰⁹ A tal efecto el artículo 15.4 de la Ley de Fundaciones del año 2002 establece:

Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato, previa autorización del Protectorado.

Por otra parte, el artículo 34.1 del Real Decreto 1337/2005 precisa que la solicitud de autorización para que los patronos sean remunerados o contraten con la fundación, por sí o por medio de representante, será cursada al Protectorado por el patronato y habrá de ir acompañada de la siguiente documentación: a) Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación; b) Certificación del acuerdo del patronato por el que se

puede sostener que estas actuaciones, extraordinarias por otra parte, puedan incidir en la gestión ordinaria de la entidad. No suponen influencia dominante del poder público sobre el ente fundacional.

Por el contrario, las funciones relacionadas en las letras c), d) y e) sí pueden tener una incidencia directa en relación con el control por parte del Protectorado sobre la actividad de la entidad fundacional, y ello por cuanto el órgano administrativo sustituye, provisional y excepcionalmente, al órgano de gobierno. En los casos previstos en las letras c) y e) del referido artículo, el Protectorado asume las funciones del patronato, ya sea porque falten todas las personas llamadas a integrarlos o bien porque judicialmente se ha acordado intervenir temporalmente a la fundación. Por otra parte, en el caso previsto en la letra d), el Protectorado designa a los patronos cuando no sea posible la sustitución de los mismos en los términos previstos en los Estatutos y hasta que se produzca la modificación estatutaria correspondiente. En todos estos casos, mientras dure la situación excepcional, sí que puede existir una influencia dominante por parte del poder público, ya sea porque los nuevos patronos designados representen al sector público y, consecuentemente, concurra un control orgánico, exclusiva o mayoritariamente público, ya sea porque las decisiones adoptadas por la entidad fundacional deriven directamente de los acuerdos adoptados por el órgano administrativo durante esta situación provisional. Ni en la Ley ni en el Reglamento existe indicio alguno de que durante estas situaciones transitorias, el Protectorado deba limitar su actuación, ni que durante ese período el órgano administrativo deba actuar como ente privado sin las prerrogativas típicamente administrativas⁶¹⁰. El Protectorado en sustitución del patronato, deberá adoptar todas las decisiones necesarias para la satisfacción del fin fundacional y del cumplimiento de la voluntad del fundador, de forma que tomará las medidas que

decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación; y c) Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patronato. El Protectorado deberá denegar en todo caso la autorización en dos supuestos: cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono y cuando el valor de la contraprestación que debe recibir la fundación no resulte equilibrado.

⁶¹⁰ En sentido contrario se manifiesta PIÑAR MAÑAS cuando afirma lo siguiente:

Autorizada la intervención, el Protectorado, como ya hemos visto, asume todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato. Pero en este caso, el Protectorado debe actuar despojado de las prerrogativas que en cuanto a Administración Pública le pudiesen corresponder. Actúa, pues, como particular, sin que los actos y acuerdos que adopte en cuanto tal tenga mayor efecto que los que acuerden los órganos de gobierno de las Fundaciones.

considere oportunas para la consecución de tales fines. Estas tres excepcionales funciones tienen por objeto velar por la continuidad de la fundación. Ahora bien, durante el lapso de tiempo que se extiendan, no podemos dejar de decir que sí existirá una influencia dominante del poder público en el funcionamiento de la entidad fundacional, con las posibles consecuencias que ello provoca en sede de contratación pública.

Merece especial atención la intervención temporal de la fundación, regulada en el artículo 42 de la Ley de Fundaciones del año 2002⁶¹¹ —precepto de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la CE al constituir legislación civil—, dado que es el máximo exponente de la sustitución del órgano de gobierno por parte del Protectorado. Se trata de la manifestación más intensa de ordenación pública sobre la entidad fundacional y de una medida totalmente excepcional que se produce cuando se detecten graves irregularidades en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada. La intervención se produce mediante resolución judicial que determinará el plazo de duración y que garantizará la objetividad e imparcialidad de la excepcional medida correctora adoptada. Su objetivo será tender a recuperar la viabilidad económica y la situación de normalidad de la fundación como entidad de Derecho privado, de forma que pueda seguir siendo gobernada por su propio patronato y atender a sus fines propios. Durante la intervención, el Protectorado deberá adoptar las decisiones oportunas para sanear patrimonialmente a la fundación o para recuperar la atención de los fines fundacionales. A tal efecto, el artículo 35 del Real Decreto 1337/2005 detalla el procedimiento que ha de seguir a fin de obtener la intervención, relacionándose en el apartado quinto del citado precepto los datos que debe facilitar el Protectorado a la autoridad judicial a fin

PIÑAR MAÑAS, J.L. “Comentario al artículo 34. Intervención temporal”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE.; *et al. Comentarios a la Ley de Fundaciones... Op. cit.*, p. 308.

⁶¹¹ El artículo 22.4 de la CE, precepto que es aplicable a las fundaciones, en base de la remisión que hace el artículo 34.2 de la CE, establece la garantía de que las asociaciones y fundaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada, siendo que la intervención temporal es asimilable a la suspensión en cuanto que produce este efecto respecto al órgano de gobierno y representación de la fundación, que se ve subrogado por la Administración.

En este sentido se manifiesta la STS de fecha 8 de julio de 2003, confirmando la STSJ de Asturias que había anulado una resolución del subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia mediante la cual se acordaba la suspensión temporal de todos los miembros del patronato de una fundación, sustituyéndolos por la Dirección Provincial del Ministerio de Asturias. De acuerdo con la Sentencia, esta medida vulnera lo dispuesto en el artículo 22.4 de la CE.

de obtener la intervención, en concreto, los siguientes: a) Hechos que motivan la solicitud de intervención; b) Medidas propuestas y plazo estimado para su ejecución; c) Plazo de intervención solicitada; y d) Personas que, en representación del Protectorado, y en número no inferior a tres, ejercerían las funciones del patronato.

Al respecto GARCÍA-ANDRADE apunta:

La intervención de la fundación se proyecta sobre el órgano de gobierno y representación de la entidad, que es sustituido; por el contrario, no alterada la organización básica de la fundación, ésta seguirá adscrita al cumplimiento de unos fines de interés general; seguirá siendo una entidad sin titular, sin que la sola intervención produzca alteraciones en el patrimonio de la fundación, pues no se trata de un supuesto de expropiación, de fusión o de extinción de la entidad. En virtud de la intervención tendrá lugar, en definitiva, la asunción del gobierno de la fundación por parte del Protectorado directamente o de las personas que a tal efecto este órgano administrativo designe. La finalidad buscada es corregir una grave desviación o irregularidad en el gobierno de la fundación. A tal efecto, la Ley prevé que la Administración Pública asuma el gobierno de la fundación, de suerte, que se salvaguarden los intereses generales a los que sirve la fundación⁶¹².

La regulación de la intervención temporal pone de manifiesto que, transitoria y excepcionalmente, el Protectorado toma las riendas de la entidad fundacional tanto en la designación de los nuevos patronos como en las medidas a adoptar durante el tiempo que dure la medida, con el claro objetivo de subsanar las graves irregularidades detectadas y de garantizar el cumplimiento de la voluntad del fundador. El órgano administrativo, previa autorización judicial, es el que va a acordar las decisiones y el que controlará la actividad de la entidad fundacional durante el tiempo que dure la intervención.

d) Funciones sobre el patrimonio de la fundación

Las funciones del Protectorado a ejercer sobre el patrimonio de la fundación están previstas en la letra f) del artículo 35 de la Ley de Fundaciones del año 2002 y en el artículo 45 de su corolario reglamentario. En particular, se refieren a las siguientes: a) Autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velando para que no quede

⁶¹² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *La Fundación: Un estudio Jurídico...* Op. cit., p. 314.

injustificadamente mermado el valor económico de la dotación fundacional; b) Tener conocimiento formal de aquellos negocios jurídicos de la fundación sobre los que el patronato está legalmente obligado a informar al protectorado; c) Velar en todo momento por la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional en orden al efectivo cumplimiento de los fines fundacionales.

Las funciones asignadas en las letras b) y c) no inciden en relación con el tema que nos ocupa, por cuanto a través de la primera de ellas no se ejerce ningún control sobre la actividad patrimonial de la entidad fundacional, al limitarse a un mero conocimiento formal. Por otra parte, y en cuanto a la identificada en la letra c) no deja de ser consecuente con el carácter singular de la institución y con la necesidad de asegurar el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales. En todo caso, si el Protectorado observase una incorrecta actuación de los patronos en relación con la dotación fundacional —en cuanto a su adecuación y suficiencia—, la función asignada le facultaría para iniciar las acciones judiciales correspondiente contra aquellos que considere responsables.

En cambio, la actividad de control es evidente en la función asignada en la letra a), cuando el Protectorado debe autorizar la enajenación o el gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines. La normativa contenida en la Ley de Fundaciones del año 2002 sujeta a las fundaciones a un estricto régimen jurídico patrimonial, de forma que todas las entidades están obligadas a destinar el patrimonio fundacional y sus rentas a los fines fundacionales. Con la finalidad de garantizar esta previsión legal contenida en el artículo 23 de la Ley, se requiere un régimen autorizado previo que excede de la previa comunicación. Así el artículo 21.1 de la Ley establece los supuestos en que se debe solicitar esa autorización en los casos de enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación fundacional o estén directamente afectos al cumplimiento de los fines fundacionales. Asimismo, también se establece que el Protectorado está obligado a autorizarlo si existe justa causa debidamente acreditada. Ello es lógico si atendemos al hecho de que el Protectorado debe velar por el correcto cumplimiento de los fines fundacionales y que los bienes destinados por el fundador no sean desviados de dicho objetivo. GARCÍA-ANDRADE afirmaba, en relación con el antiguo artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 1994 que la denegación de la autorización debía considerarse

excepcional, estando el Protectorado facultado para rehusar dicha autorización por inoportunidad del negocio jurídico, sólo cuando el mismo vulnerase el recto ejercicio del Derecho de fundación, la obligación de destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a sus fines fundacionales, y cuando el patronato conculcara la obligación de mantener plenamente el rendimiento y utilidad de los bienes y derechos⁶¹³.

Así, en este supuesto sí se trata de una autorización o control previo por parte del poder público y no de una mera comunicación. Ahora bien, este control no deja de ser de legalidad, ya que la esencia de la fundación es la atribución voluntaria del fundador de un bien a la obtención de un fin patrimonial. Por tanto, en esencia, la lógica jurídica nos llevaría a afirmar que ese bien no se pudiese enajenar o gravar pero excepcionalmente se permite, con la autorización previa del Protectorado.

e) Funciones relativas al cumplimiento de fines

Las funciones relativas al cumplimiento de los fines fundacionales se encuentran reguladas en la letra e) del artículo 35 de la Ley de Fundaciones del año 2002 y en el artículo 46 del Real Decreto 1337/2005, de las que se señalan las siguientes: a) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general; b) Conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales, incluidos, en su caso, los informes de auditoría, así como solicitar, en su caso, el nombramiento de auditor externo; c) Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios y demás interesados; d) Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios; e) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.

Estas funciones son una clara manifestación de la existencia del Protectorado, al estar configurado como órgano cuyo objetivo principal es asegurar el cumplimiento del fin fundacional. Como se puede constatar no se ejerce ningún

⁶¹³ Vid.: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *La fundación: Un estudio jurídico...Op. cit.*, pp. 154,157 y 158.

tipo de control en la gestión de la fundación, sino un control de legalidad. La norma utiliza verbos tales como “velar”, “conocer” y “examinar”, “comprobar” y “verificar”, lo que pone de manifiesto que la actuación de la fundación no se ve precedida por ninguna autorización por parte del Protectorado, más allá de la verificación del estricto cumplimiento de la Ley. En todo caso, el Protectorado, cuando detecte que estas funciones no se llevan de conformidad con la voluntad del fundador o de acuerdo con la Ley, se encontrará legitimado para accionar contra los presuntos responsables de la actuación.

f) Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones

Las funciones relativas a la modificación, fusión y extinción de las fundaciones se encuentran reguladas en el artículo 29 y siguientes de la Ley de Fundaciones del año 2002 y en el artículo 47 del Real Decreto 1337/2005, de las que se especifican las siguientes: a) Tener conocimiento y, en su caso, oponerse, por razones de legalidad y de forma motivada, a los acuerdos de modificación de estatutos o de fusión, adoptados por el patronato; b) Solicitar de la autoridad judicial la modificación de los estatutos o la fusión de las fundaciones, en los supuestos previstos en los artículos 29 y 30 de la Ley de Fundaciones del año 2002; c) Ratificar el acuerdo del patronato sobre extinción de la fundación cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible su realización o concurra otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos; d) Solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación, en los supuestos previstos en el artículo 32 de la Ley de Fundaciones del año 2002; y e) Tener conocimiento y supervisar, en su caso, las operaciones de liquidación de la fundación, así como acordar el destino que haya de darse a los bienes de ésta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Fundaciones del año 2002.

La iniciativa de estas funciones corresponde al patronato de las Fundaciones, correspondiendo al Protectorado la función supervisora de la legalidad de estas operaciones. Ello se deduce claramente de la función asignada en la letra a) del artículo 47 del Real Decreto 1337/2005 cuando establece que el órgano administrativo sólo puede oponerse por razones de legalidad a la modificación de estatutos o a la fusión, de forma que no se inmiscuye en la decisión de modificar o de fusionar, simplemente controla que se lleva a cabo de acuerdo

con la Ley. Sucede lo mismo con la identificada en la letra c), donde el Protectorado se limita a ratificar una decisión adoptada por parte del órgano de gobierno, por lo tanto es evidente el control a *posteriori* y no a *priori*. En cuanto a la identificada en la letra b), se legitima al Protectorado a solicitar la autorización judicial para que se proceda a la modificación de los Estatutos cuando el órgano de gobierno no la lleve a cabo y las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar correctamente con arreglo a lo originariamente estipulado. Asimismo, también se legitima al Protectorado para acudir a la autoridad judicial a fin de que ordene una fusión en el caso de que una entidad fundacional resulte incapaz de alcanzar sus fines, y el órgano de gobierno no proceda de conformidad. En ambos casos, es el órgano judicial el que adopta estas medidas extraordinarias, a propuesta del Protectorado como garante de la voluntad del fundador.

Por último, la función asignada en la letra d) sólo habilita al Protectorado a controlar que la liquidación de la función se haga de conformidad con la Ley, en concreto, con el artículo 33, cuando hace referencia al destino de los bienes y derechos resultantes. Por tanto, se trata de un control de legalidad y a *posteriori*.

g) Funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas

Las funciones en relación con el ejercicio de las acciones legales están previstas en los apartados segundo y tercero del artículo 35 de la Ley de Fundaciones del año 2002, y se encuentra desarrollado en el artículo 48 del Real Decreto 1337/2005: a) Ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos, cuando legalmente proceda; b) Instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo sin la diligencia prevista por la ley c) Nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, en el supuesto previsto en el artículo 13.2 de la Ley de Fundaciones del año 2002; d) Impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los estatutos; e) Instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley de Fundaciones del año 2002; f) Dictar una resolución motivada y trasladar la documentación oportuna al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente cuando encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, y comunicarlo simultáneamente a ésta; y g) Velar por el cumplimiento de las obligaciones

establecidas en la disposición adicional segunda de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en su redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

La actividad tuitiva y de control que corresponde al Protectorado no tendría sentido alguno, si no se le reconociese legitimación para accionar judicialmente. No obstante, estas funciones, al igual que las señaladas en el primer punto, nada tienen que ver con el concepto de control que estamos analizando a efectos de contratación pública, pues se tratan de cuestiones procesales. El Protectorado no puede revisar decisiones adoptadas por el ente fundacional, revocando o confirmando la decisión correspondiente, sino que los preceptos en cuestión se limitan a reconocer una legitimación procesal en pro del fin del interés general y del cumplimiento de la voluntad del fundador. No existe control alguno por parte del órgano administrativo.

7.2.3 Incidencia del control del Protectorado sobre el nivel de sujeción de las fundaciones privadas *stricto sensu* a la normativa de contratación pública

Situados aquí, nos vemos obligados a proceder a calificar, desde el punto de vista de la contratación pública, el tipo de control que ejerce el Protectorado sobre las fundaciones, siendo conscientes que de esa calificación se van a derivar importantes consecuencias. El resultado que se pretende obtener es determinar si el control que ejerce el órgano administrativo es o no un control en la gestión, que evidencie la misma influencia del poder público sobre la entidad que el orgánico o el de financiación antes aludidos.

Del análisis pormenorizado de las funciones asignadas al Protectorado que se ha llevado a cabo, se puede extraer la siguiente conclusión: El Protectorado, en situaciones normales de funcionamiento ejerce principalmente un control de legalidad. Se puede afirmar que el Protectorado no ejerce un control en la toma de decisiones de la fundación en su día a día, y que respeta la autonomía en el funcionamiento de la fundación sin inmiscuirse en su gestión. El Protectorado

debe acudir a las instancias judiciales para garantizar el cumplimiento de las funciones que la norma le atribuye, ya que no tiene potestades o poderes suficientes para imponer su decisión en contra de la de la fundación. Con este fin las normas le reconocen legitimación procesal para accionar contra los actos que considere contrarios a la Ley o los Estatutos fundacionales. En el devenir normal de la entidad fundacional, el Protectorado interviene en la gran mayoría de ocasiones, una vez adoptada la decisión o tomado el acuerdo correspondiente, sin que se pueda afirmar que exista un control previo. En todo caso, en aquellas funciones que sí evidencian un control previo sobre la actuación de la fundación, ya se ha justificado que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, éste es meramente de legalidad.

Esta conclusión se ve refrendada por diversos autores, entre ellos, RAZQUIN LIZARRAGA cuando afirma que el Protectorado no constituye un control de la gestión, puesto que no interviene de forma directa y decisiva en la gestión de la fundación. El Protectorado, dice el autor, 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. A tal efecto, el autor señala:

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)⁶¹⁴.

En términos similares se pronuncia CARBALLEIRA cuando afirma:

En la actualidad, tanto la legislación estatal como autonómica han dado una relectura a las funciones del Protectorado en el sentido de flexibilizar la actuación fundacional en el tráfico jurídico. Con el pensamiento puesto en la necesidad de reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones, la LF reformula las funciones del Protectorado “potenciando las de apoyo y asesoramiento a las

⁶¹⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “Las fundaciones y la contratación pública”... *Op. cit.*, pp. 905-941.

fundaciones” en detrimento de las de tutela y control (Exposición de Motivos de la LF) y derivando su labor tutelar hacía el control ex post a la vez que se amplían los supuestos y se varían las técnicas de exigencia de responsabilidad de los patronos (REAL PÉREZ, 2005:61). Así, los tradicionales actos de autorización previa del Protectorado se sustituyeron por la mera comunicación del acto o negocio realizado por la fundación. Se judicializó todo lo relativo a la modificación, fusión o extinción de fundaciones y al control de los patronos debiendo el Protectorado acudir a la vía judicial ordinaria para la exigencia de responsabilidad en detrimento del ejercicio de la facultad administrativa de sustitución. Y la actividad de fiscalización previa dio paso a un régimen de inscripción de actos relevantes⁶¹⁵.

Por otra parte, CABRA DE LUNA fija el rol del Protectorado en el asesoramiento e impulso de las fundaciones más que en el desarrollo de actividades de fiscalización y control, que deben ser mínimas vertebradas en los aspectos fundamentales —garantía de legalidad, cumplimiento de fines de interés general, rendición de cuentas y ejercicio provisional de las funciones del patronato si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo— y:

(...) concretadas en el ejercicio de potestades administrativas a *posteriori*, frente a las tradicionales de autorización o a *priori*, basadas en un concepto de las fundaciones como entidades capitidismínuidas, hoy afortunadamente en regresión, en todo caso sometidas al control judicial⁶¹⁶.

La ausencia de un control en la toma de decisiones de las entidades fundacionales por parte del poder público conlleva, necesariamente, que se deba concluir que las fundaciones privadas *stricto sensu* no se consideren entidades del sector público y, consecuentemente, no se encuentren sujetas a la normativa de contratación pública, ello, siempre y cuando, y como ya hemos dicho, no concurra la financiación mayoritariamente pública o la representación mayoritariamente pública en el órgano de gobierno de la entidad.

Ahora bien, se puede afirmar que ello es así en circunstancias normales de funcionamiento de la entidad fundacional, pero no sucede lo mismo cuando nos encontramos antes situaciones transitorias y excepcionales en las que el Protectorado, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias ya

⁶¹⁵ CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Op. cit.*, pp. 137 y 138.

⁶¹⁶ CABRA DE LUNA, M.A. “La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones del titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias”. *Revista Española de Control Externo*, núm. 8, 2001, p. 51.

examinadas, asume la gestión de la fundación o designe a patronos públicos, y en concreto cuando ejerce las siguientes funciones: a) Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial; b) Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo; c) Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002; y d) Asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.

En estos casos sí existe un control público, ya sea a través de la designación por parte del Protectorado de la mayoría de representantes del patronato, o bien mediante la asunción de las funciones asignadas al órgano de gobierno. Así, si el Protectorado nombra patronos públicos a fin de sustituir a los originarios que han cesado como consecuencia de que no se ha instado la inscripción registral en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura, o bien se designasen patronos públicos durante el tiempo necesario hasta que se produjese la modificación de los estatutos en los términos previstos en el artículo 18.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002, nos encontraríamos ante un control orgánico, si este fuese mayoritariamente público. Por otra parte, si el Protectorado ejerciese provisionalmente las funciones del patronato cuando faltasen todas las personas llamadas a integrarlo, o bien asumiese todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación, nos encontraríamos ante un control en la gestión y en la toma de decisiones de la entidad fundacional en los términos interpretados por el Tribunal europeo. Si concurre cualquiera de estas cuatro excepcionales circunstancias, es extremadamente difícil justificar que no existe una influencia dominante por parte del poder público, y ello sin perjuicio de que algunas de estas medidas, como por ejemplo, la de la intervención temporal, deban ser autorizadas con carácter previo por parte de la autoridad judicial, la cual debe beatificar la concurrencia de las circunstancias excepcionales que provocan la medida, el tiempo de duración de las mismas, y el plan de actuación preparado y que va a ser dirigido por el Protectorado. No debemos perder de vista que la gestión va a ser asumida y

dirigida por el Protectorado, de forma que, incluso, un mal funcionamiento del órgano administrativo en la dirección de la fundación durante la intervención temporal, podría dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial por los daños que ocasione a la entidad fundacional, responsabilidad exigible conforme a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992⁶¹⁷.

Al respecto, se ha de recordar la interpretación expansiva y amplia del Tribunal europeo cuando analiza el concepto de “organismo de Derecho público”, atrayendo hacia el ámbito de actuación de las Directivas europeas a entidades que a simple vista podrían encontrarse alejadas de la influencia del poder público. Así, por ejemplo, se ha de traer a colación la, ya citada, Sentencia del Tribunal europeo, recaída en el Asunto C-237/99, Comisión contra Francia, en la que se llegó a la conclusión de que el poder público controlaba la gestión de una entidad al apreciar, entre otras circunstancias, que el Ministro competente podía ordenar —en el caso de irregularidades graves—, la disolución y el nombramiento de un liquidador, así como la suspensión y el correlativo nombramiento de un administrador. Si extrapolásemos este pronunciamiento judicial a las medidas excepcionales que puede adoptar el Protectorado no podríamos dejar de concluir que las fundaciones privadas *stricto sensu*, cuando concurren estas situaciones, se encuentran controladas por los poderes públicos.

Por tanto, si concurre cualquiera de estas excepcionales circunstancias, la fundación privada *stricto sensu* debería ser categorizada, a efectos de contratación pública, como entidad del sector público y, consecuentemente, poder adjudicador, no Administración Pública, debiendo observar el cumplimiento de la normativa correspondiente al segundo nivel de sujeción a la Ley, durante el lapso de tiempo que dure esta medida excepcional, en toda su actividad contractual durante ese período provisional. Se ha de recordar al respecto que, tal y como ha afirmado el Tribunal de Luxemburgo en el Asunto de la Universidad de *Cambridge*, un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato es una entidad adjudicadora, seguirá estando sometido a las exigencias de las Directivas comunitarias hasta

⁶¹⁷ Vid.: GONZÁLEZ CUETO, T. *Op. cit.*, p. 330; y CABALLERO SÁNCHEZ, R. “Autorizaciones, Intervención Temporal y Recursos”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; *et al.* (Dir.). *Op. cit.*, p.624.

la terminación del procedimiento de que se trate, a pesar de que concurra alguna modificación de las condiciones de ejecución durante la vida del contrato.

CAPÍTULO QUINTO

LAS COCIN COMO PODERES ADJUDICADORES

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Tras haberse examinado en el precedente Capítulo Cuarto la sujeción a la normativa de contratación del sector público de las principales tipologías de fundaciones que coexisten en nuestra realidad jurídica, es momento de proceder, tal y como se ha enunciado en la introducción del presente trabajo de investigación, al análisis de esta misma cuestión respecto de otra categoría de entidades que, dadas sus singulares características y la complejidad que entrañan, son merecedoras de nuestra especial atención. Nos estamos refiriendo a las COCIN. Ya se advierte que no forma parte del presente Capítulo el análisis pormenorizado de su origen y evolución, pues ciertamente ello no constituye el objeto del presente estudio. Sin embargo, no debe olvidarse que son entidades que gozan de una larga tradición histórica en nuestro ordenamiento, cuyo nacimiento y evolución, a diferencia de otras entidades, no responde al fenómeno de la proliferación de entidades instrumentales de las Administraciones Públicas que fue *in crescendo* a partir de la segunda mitad del siglo XX y que contribuyó al enriquecimiento del fenómeno de huida del Derecho administrativo.

La razón de ser de un estudio particularizado de las COCIN responde principalmente a tres motivos. El primero, trae causa de su propia naturaleza de Corporación de Derecho Público que, juntamente con otras entidades, integran lo que se ha venido a denominar “Administración Corporativa”, con lo que ello implica desde el punto de vista de su naturaleza jurídica bifronte. El segundo, deriva de la ausencia de su mención expresa en las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP, lo que nos obliga a analizar la cuestión bajo el prisma de la cláusula residual contenida en la letra h) de la referida norma. Finalmente, la necesidad de analizar el nuevo marco jurídico de las COCIN tras la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo⁶¹⁸, que ha supuesto —entre otras cuestiones— la eliminación del recurso cameral permanente y la supresión de la adscripción obligatoria a dichas

⁶¹⁸ En adelante, Real Decreto-Ley 13/2010.

entidades por parte de quienes ejercen actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional, según se establecía en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación⁶¹⁹. Tales modificaciones resultan, sin lugar a dudas, no sólo relevantes desde un punto de vista del Derecho positivo, sino que, y lo que es más importante, obligan a llevar a cabo una revisión y actualización de los diversos posicionamientos jurídicos en torno a la determinación o no, de tales entidades como poderes adjudicadores en sede de contratación del sector público. Además, y por la incidencia en el tema que nos ocupa, no podremos dejar de referirnos al Anteproyecto de nueva Ley básica de COCIN recientemente aprobado por parte del Consejo de Ministros⁶²⁰.

Situados aquí, se deberán analizar las características de las COCIN, pues sólo a partir de esta aproximación será posible concluir si quedan comprendidas, en la cláusula residual de la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP. A tal efecto, será necesario constatar si concurren los siguientes requisitos: a) Si ostentan personalidad jurídica propia —pública o privada—; b) Si han sido o no creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil; y c) La influencia dominante por parte del poder público —vía orgánica, financiación o control en la toma de decisiones—.

Con este fin se profundizará sobre la normativa reguladora de las COCIN, saliendo con ello a relucir otra cuestión que, si bien periférica a nuestros efectos, no es menos importante; nos estamos refiriendo a la distribución competencial

⁶¹⁹ En adelante, nos referiremos de forma indistinta como Ley 3/1993, Ley 3/1993 reguladora de las COCIN, Ley Básica de COCIN o Ley Básica 3/1993.

⁶²⁰ Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 [*On line*] http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=camaras%20de%20comercio%20anteproyecto&source=web&cd=1&ved=0CDgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mineco.gob.es%2Fstfls%2Fmineco%2Fprelsa%2Fficheros%2Fnoticias%2F2013%2F130510_APL_CMC_WEB.pdf&ei=icPnUaiTibKQ7Aa8_4HQc&usq=AFQjCNEq0SfDSYUbnVX3C8TzTxHBNN3Stg&bvm=bv.49478099.d.ZWU [Consulta: 18 de julio de 2013].

Se ha de advertir que a fecha 18 de julio de 2013, se han presentado las siguientes Alegaciones al Anteproyecto de Ley: Consejo Superior de COCIN, alegaciones de fecha 28 de mayo de 2013 [*On line*] <https://docs.google.com/file/d/0BzguUk1qBNNJRIA4SXRuQjc2MTg/edit?pli=1> ; Asociación de Secretarios Generales de las COCIN, alegaciones [s/f] [*On line*] <https://docs.google.com/file/d/0BzguUk1qBNNJMW5MX0pzdW5rS28/edit?pli=1> ; Dirección General de Comercio, de la Consejería de Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía, alegaciones de fecha 29 de mayo de 2013 [*On line*] <https://docs.google.com/file/d/0BzguUk1qBNNJQmtWRXZBUkMtr0E/edit?pli=1> ; Confederación Española de Organizaciones empresariales (CEOE), alegaciones de fecha 27 de mayo de 2013 [*On line*] <https://docs.google.com/file/d/0BzguUk1qBNNJeURoa2ZzRmE1elk/edit?pli=1> [Consultas, todas: 18 de julio de 2013].

entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con las Cámaras de Comercio. Esta dualidad normativa, nos obligará a acudir no sólo a la legislación estatal que, ya avanzamos, tiene carácter de básica y a sus inmediatos antecedentes legislativos, sino, también, a las disposiciones autonómicas. Todo ello se analizará, además, contraponiendo el régimen de las Cámaras de Comercio hasta ahora vigente, al resultante del Real Decreto-Ley 13/2010, por cuanto las nuevas medidas —de carácter básico— introducidas podrían incidir de manera determinante en su naturaleza jurídica y en la financiación pública de la que se nutrían, en mayor o menor medida, hasta la entrada en vigor de la reforma.

Si el resultado del ejercicio anunciado es que las COCIN no cumplen las exigencias de la cláusula residual prevista en la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, la consecuencia jurídica será su no inclusión en el ámbito subjetivo del TRLCSP y, por tanto, la no aplicabilidad de la normativa de contratación del sector público en la actividad contractual de estas entidades. Por el contrario, en el supuesto de que la conclusión alcanzada fuese que sí cumplen con tales requisitos de forma acumulada, las COCIN quedarán incluidas en el concepto de sector público y, como mínimo, en el nivel de sujeción de los poderes adjudicadores, no Administración Pública de la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP⁶²¹, y ello por la identidad existente en los términos utilizados por el legislador al delimitar las entidades que quedan comprendidas en ambas normas —letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP y artículo 3.3, letra b) del TRLCSP—.

Situados en este segundo escenario, y dado que ya se habría determinado que las COCIN deben ser categorizadas, como mínimo, como poderes adjudicadores, no Administración Pública, el siguiente parámetro a valorar sería si la naturaleza de dichas corporaciones permite afirmar que puedan quedar englobadas en el concepto de Administración Pública establecido ex artículo 3.2 del TRLCSP. Descartamos *ab initio* —por los motivos expuestos en el Capítulo

⁶²¹ Recuérdese que la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP establece:

- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 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.

Tercero del presente trabajo de investigación—, la posibilidad de que las COCIN puedan encontrarse comprendidas en los supuestos regulados en las letras a), b), c), d), f), y g) del artículo 3.2 del TRLCSP, por cuanto dichos preceptos se refieren nominativamente a las Administraciones Públicas territoriales, Entidades Gestoras de la Seguridad Social, Organismos Autónomos, Universidades Públicas, las administraciones independientes con funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad, o los órganos constitucionales. En consecuencia, nuestro análisis quedará ceñido a la determinación de si las COCIN pueden incluirse en el supuesto contemplado en la letra e) de la aludida norma y que se refiere a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que no realizan actividades de mercado o no se financian mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Un resultado satisfactorio del anterior ejercicio —en este segundo estadio— implicaría que las COCIN quedaran sujetas íntegramente al TRLCSP en su actividad contractual, ya que se integrarían en el nivel máximo de sujeción a la norma. Si, por el contrario, la solución al anterior ejercicio es negativa, nos situará de nuevo en el supuesto de la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP, confirmándose, por ende, que las COCIN deben considerarse poderes adjudicadores, no Administración Pública.

2. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS COCIN

La continua presencia de las COCIN a lo largo de los tiempos nos obliga a remontarnos —a diferencia de la sistemática seguida en relación con las fundaciones— a los referentes normativos preconstitucionales sobre este tipo de entidades, pues, ello, a nuestro juicio, permitirá una mejor comprensión de su régimen jurídico-formal, ofreciéndonos, a su vez, mayores detalles para abordar, en un segundo momento, el núcleo central del Capítulo: la eventual sujeción de estas entidades a la normativa de contratación del sector público.

2.1. Real Decreto de 9 de abril de 1886, autorizando la creación de las Cámaras de Comercio y que en su constitución y régimen se acomoden á las bases que se expresan⁶²²

El Real Decreto de 1886 se presenta como la norma creadora de las COCIN. Se trata de una norma muy breve, inspirada en el modelo francés de *Chambres de Commerce* napoleónico de 1802. Consta de cinco artículos, una Disposición General y cinco Disposiciones Transitorias⁶²³. Esta norma definió las Cámaras de Comercio como aquellas “asociaciones” de carácter permanente que usando de su libertad constitucional fundan los comerciantes, industriales, navieros y capitanes de la marina mercante de altura. Además, se les otorgaba carácter “oficial”, siempre y cuando se acomodasen al régimen previsto en el propio Real Decreto⁶²⁴. Por este motivo, CABEZAS HERNÁNDEZ ensalza las dos notas

⁶²² Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 102, de fecha 12 de abril de 1886, en adelante, Real Decreto de 1886.

⁶²³ Dada la realidad política y económica cambiante de la época, para la creación y regulación de las COCIN se optó por la aprobación de un Real Decreto y no por una Ley. En aquella época se era consciente de que se estaba importando un modelo que pretendía amoldarse a los usos y costumbres de un país convulso —regencia de María Cristina— y, ciertamente, el Real Decreto se presentaba más fácilmente reformable que una Ley.

En la Exposición de Motivos del Real Decreto de 1886 se indicaba lo siguiente:

A reserva de tener en cuenta lo que en el porvenir exponga, y de aprovechar las lecciones de la experiencia, es conveniente autorizar desde luego, siquiera como ensayo, la creación de las expresadas Cámaras por medio de una disposición administrativa más fácil y más prontamente reformable que una ley; reservando el carácter de estabilidad que ésta proporciona para la organización definitiva que á las Cámaras habrá de darse cuando las lecciones del tiempo y los resultados de este ensayo puedan aprovecharse como garantías de acierto para la redacción de un proyecto de ley de tanta y tan trascendental importancia. (...)

Inútil sería dar hoy nueva vida a las antiguas corporaciones que registra la historia española, pues aunque el fin de todas ellas era fomentar el comercio y la industria, los medios de conseguirlo han variado notablemente, efecto de los modernos principios económicos-administrativos que no consienten al Estado central desprenderse de la gestión de los negocios que directamente interesan al Estado, ni ceder varias rentas públicas que ahora percibe y de que antes, aquellos disponían. (...) en beneficio de la institución que se trata de crear, en cambio, Francia nos ofrece en sus Cámaras de Comercio, un ejemplo que puede seguirse con provecho.

⁶²⁴ El artículo primero del Real Decreto de 1886, señalaba:

Las asociaciones de carácter permanente que usando de su libertad constitucional funden los comerciantes, industriales, navieros y Capitanes de la Marina mercante de altura se considerarán como Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación para los efectos de este decreto si en su constitución y régimen se acomodan a las bases siguientes: (...).

características de las COCIN: la “oficialidad” y la “apoliticidad”⁶²⁵, calificativos que han sido objeto de estudio e interpretación entre los autores más relevantes.

En cuanto a la característica de “oficial”, el debate doctrinal se centró en determinar si dicha calificación implicaba que las COCIN fueran personas jurídicas de Derecho Público. En este sentido, se debe distinguir un primer grupo de autores que concluye —con distintos matices— que el significado del término “oficial” se encontraba vinculado al de “público”. Por otra parte, un segundo grupo, sostiene que la oficialidad únicamente implica una cualificación con respecto a las demás asociaciones de carácter privado⁶²⁶.

Del primer parecer es JORDANA DE POZAS que afirma que “lo oficial es un grado de lo público”, concluyendo a partir de tal premisa que:

(...) todas las corporaciones oficiales son personas públicas, pero no es tan claro lo contrario. Una corporación puede ser pública por sus funciones, por los servicios que haya creado y rija, etc., pero no puede llamarse oficial si no ha obtenido el reconocimiento de ese carácter por parte del Estado⁶²⁷.

⁶²⁵ Vid.: CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España: Naturaleza jurídica y funciones*. Barcelona: Atelier, 2002, p. 61 y ss.

⁶²⁶ Como posición propia y singular, podemos citar la de la historiadora LEMUS LÓPEZ que ha visto en esta primitiva regulación el carácter bifronte de estas entidades de nueva configuración, al señalar que:

El surgimiento de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla en junio de 1886 se encuentra naturalmente unida al Real Decreto de ese año (*Gaceta* de 12 de abril), que establecía como obligatoria la formación de un organismo de esta naturaleza al menos en todas las capitales de provincia. Con ello, se daba fin a un período de vacío que había seguido a la desaparición de las instituciones que en el Antiguo Régimen se habían ocupado del fomento y de la organización en tales materias (por ejemplo, las Juntas de Comercio). Desde el primer momento, aparece simultáneamente definido su doble carácter: de un lado, su sentido de organismo público de carácter consultivo; de otro, su esencia como corporación en defensa de los intereses de sus asociados. Entre estas dos naturalezas se ha desenvuelto la historia de las Cámaras y ambas asoman en el ejemplo sevillano.

LEMUS LÓPEZ, E. “La Cámara de Comercio de Sevilla. Entidad empresarial y proyección política”. *Trocadero: Revista de historia moderna y contemporánea*, núm. 5, 1993, p.406.

No obstante, desde un punto de vista jurídico —que no histórico— se ha de significar que no podemos compartir dicho posicionamiento a la luz del propio texto normativo, por cuanto, ni el aludido Real Decreto preceptuaba como obligatoria la constitución de estos organismos —cosa que no sucede, al menos de manera expresa, hasta la Ley de Bases de 1911—, ni es tan evidente la “definición” dual de su naturaleza. Cuestión distinta es que estas entidades presentaran ya desde sus inicios una problemática a la hora de su categorización jurídica.

⁶²⁷ JORDANA DE POZAS, L. “Ensayo sobre las entidades públicas, representativas y profesionales en el Derecho Administrativo español”. En: [Comisión de Homenaje al profesor Jordana de Pozas con motivo de su jubilación universitaria]. *Estudios de Administración Local y General*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, p. 321.

En la misma línea, AMENGUAL, quien sostuvo que “no deberían ser consideradas asociaciones oficiales aquellas que fueran producto de la iniciativa de los individuos y que no guardaran una estrecha relación de dependencia con el Estado”, y ello por cuanto el criterio era el de entender que para que una asociación pudiera considerarse oficial ineludiblemente debía ser creada, en todo caso, por el Estado y guardar con éste cierta dependencia de funcionamiento. De ahí, por tanto, la vinculación con lo público. Nótese que AMENGUAL siquiera se cuestiona las implicaciones del calificativo “oficial”. El autor discrepa con la norma por cuanto la oficialidad lleva siempre aparejada el carácter público del ente y, en consecuencia, dichas asociaciones gozarían de personalidad jurídica pública⁶²⁸. Asimismo, MANZANEDO MATEOS y NIETO GARCÍA sostuvieron que el reconocimiento legal tiene un valor transformador de las personas privadas en públicas y admitieron, asimismo, la compatibilidad del vínculo asociacional con la condición de persona jurídica pública. Esta interpretación la extrajeron a partir de la Exposición de Motivos del Real Decreto de 1886 donde aparece el término “oficial” que equiparan a “público”⁶²⁹. Por tanto, la fuerza y el significado que este primer grupo de autores confieren al término “oficial” les lleva a considerar que tal calificativo atribuye a las COCIN la condición de persona jurídica pública.

La postura mantenida por la segunda corriente doctrinal considera compatible la naturaleza privada del ente con la declaración de oficialidad; es decir, no identifican “lo público” con “lo oficial” —que únicamente implica una cierta cualificación con respecto a las demás asociaciones de carácter privado—. Como veremos, se empieza a apuntar la idea de que lo determinante, a la hora de posicionarse sobre la naturaleza pública o privada de las COCIN, es el análisis de otras cuestiones como el régimen de adscripción —voluntaria u obligatoria— o la existencia o no de un régimen monopolístico. En este sentido, en el Real Decreto de 1886 no se preveía —a diferencia de lo que sucedería posteriormente y, prácticamente, hasta la actualidad— la adscripción obligatoria

⁶²⁸ Vid.: AMENGUAL GOMILA, B. *Estudio sobre la organización corporativa oficial de los comerciantes industriales en el extranjero como base para la reorganización de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación Españolas*. Barcelona: Imprenta moderna de Guinart y Pujolar, 1910, *in toto* [Obra reeditada por los Secretarios Generales y por el Consejo Superior de Cámaras en 1954].

⁶²⁹ Vid.: Ponencia de MANZANEDO MATEOS, J.A.; NIETO GARCÍA, A. En: [III Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1970] *Régimen Jurídico del comercio interior, con especial referencia a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973, pp. 349, 350 y 354.

a dichas Cámaras. La norma se limitaba a referir que aquellas asociaciones que se crearan de conformidad con la misma tendrían la ventaja de ser consideradas cámaras “oficiales”, pero su constitución era voluntaria y no existía obligación de formar parte de las mismas. El artículo primero partía del Derecho constitucional de libertad de asociación establecido en el artículo 13 de la Constitución Española de 1876⁶³⁰, vigente en ese momento.

En coherencia con ello, DEL SAZ afirmó que las COCIN nacieron organizadas bajo el signo de asociacionismo privado propiciado e impulsado por el poder público, pero como asociaciones privadas de creación y pertenencia voluntaria. En sus albores no se trata de Corporaciones de Derecho Público, a pesar de ejercer algún papel de colaboración con los poderes públicos⁶³¹. En el mismo sentido se expresó GARCÍA DE ENTERRÍA cuando aseveró que el Real Decreto de 1886 admitió la organización de las Cámaras sobre el patrón del libre asociacionismo⁶³². Siguiendo esa línea doctrinal, CABEZAS HERNÁNDEZ se basó

⁶³⁰ Constitución de la Monarquía Española decretada y sancionada de acuerdo con las Cortes del Reino el 30 de junio de 1876 (*Gaceta de Madrid*, núm. 184, de fecha 2 de julio de 1876).

⁶³¹ En tal sentido la autora expresamente sostiene:

(...) La declaración de oficialidad no podía considerarse, desde este punto de vista, más que como la atribución de un *status* privilegiado entre las asociaciones privadas que les permitiría realizar actividades de cierta relevancia pública como eran las de petición y propuesta, consulta y colaboración con la Administración. Entre lo privado y lo público hay muchos grados y, digamos, que el modelo de Cámaras de Comercio de 1886 no había aún sobrepasado la frontera de la asociación privada.

A lo que añade:

Por lo se ve, todos los autores citados parten de la premisa de que la oficialidad en cuanto a sinónimo de lo público, exige de un acto de creación por parte del Estado, acto de creación que no existe todavía en esta primera regulación. En efecto, el Decreto de 1886 se limitó a decir que aquellas asociaciones que se constituyeran de acuerdo con lo en él previsto, tendrían la ventaja de ser consideradas ‘*Cámaras Oficiales*’, pero con ello ni obligó a los comerciantes a crear Cámaras Oficiales ni integrarse en las ya existente. Prueba de que no existió tal acto público de creación, sino el diseño de un marco jurídico para posibilitar el ejercicio de un derecho privado constitucionalmente reconocido, es que cuando el sistema de asociación privada de pública utilidad fracasó fue, precisamente, porque no se consiguió convencer a los particulares para que crearan este tipo de asociaciones, ya que las ventajas eran pocas y muchos más eran, por el contrario, los inconvenientes.

Además en nuestra legislación no eran aún incompatibles la oficialidad y la naturaleza privada: así lo demuestra el Real Decreto de 9 de diciembre de 1921 que, más de treinta años después, al regular los requisitos y procedimiento para la declaración de oficialidad de las entidades y corporaciones, admitía implícitamente que el título oficial podía ser reconocido también a las entidades privadas.

SAZ CORDERO, S. DEL. *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp.169-171.

en la creación voluntaria de las Cámaras y en la inexistencia de monopolio, al convivir con otras asociaciones de similares características, para concluir que “lo oficial supone una cualificación respecto de las demás asociaciones, que, sin embargo, no les hace perder esa condición”⁶³³. Conclusión que comparte GORORDO BILBAO que, destacando desde un punto de vista jurídico la vaguedad del carácter de “oficiales” que se otorga a las COCIN, afirma que son asociaciones voluntarias⁶³⁴. En consecuencia, para estos autores el calificativo de “oficial” no era concluyente de la personalidad jurídica pública, siendo, en cambio, decisivo el hecho de que se constituyeran como asociaciones voluntarias y no se estableciera un régimen de afiliación forzosa.

No obstante, no puede pasar inadvertido que, además, del debate propiciado entorno a la significación y el alcance del término “oficial”, la norma apunta ya la intención del legislador de que estas entidades acaben publicándose o, al menos, asumiendo funciones administrativas. La Exposición de Motivos se erige, en este sentido, en una verdadera declaración de intenciones llegando a afirmar, entre otras cuestiones, que los actos de las Cámaras de Comercio no serán meramente privados o que estarán dedicadas “pura y exclusivamente á velar por los intereses locales y generales del comercio (...), en una palabra, á poner en juego los medios que el interés de todos sugiera á cada uno de los asociados para lograr el bien común”⁶³⁵. Por otra parte, el Real Decreto de 1886 prevé

⁶³² Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación ante el Derecho”. *RAP*, núm.139, 1996, p. 153.

⁶³³ La autora señala:

En conclusión, estamos ante una asociación de comerciantes, industriales y nautas cualificada. Esta cualificación viene determinada por unas características públicas de las que se les dotará, siempre y cuando cumplan con unos requisitos determinados que son los establecidos en las bases del art. 1 del R.D. de 1886.

Es cierto, con ello, que esta asociación tendrá unos ciertos límites superiores a las de otra cualquiera si pretende adquirir el rango o cualificación de Cámara Oficial, pero, a nuestro entender, el principio de libertad asociativa queda a salvo a pesar de ello. Es decir, sólo los comerciantes, industriales, y nautas que así lo quieran, se afiliarán a las COCIN y su creación es voluntaria, al tiempo que se constata la inexistencia de monopolio, ya que conviven, como se ha visto, con otras agrupaciones para la defensa de los mismos intereses.

CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Op. cit.*, p. 67.

⁶³⁴ Vid.: GORORDO BILBAO, J.M. *Cámaras oficiales de comercio, industria y navegación*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 135.

⁶³⁵ En concreto, en la Exposición de Motivos se señala:

obligaciones o potestades concretas que apuntan ya a la futura descentralización funcional, como la facultad de resolver controversias en calidad de jurado sobre cuestiones comerciales o entre fabricantes y operarios; la de ejercitar ante los Tribunales acciones criminales para la persecución de determinados delitos, o la capacidad de nombrar veedores que vigilen a la policía industrial y mercantil. Además, se regula como preceptiva la Consulta a las Cámaras oficiales para determinadas cuestiones como los proyectos de Tratados sobre comercio⁶³⁶. Por tanto, si bien del espíritu de la norma puede intuirse la futura bifrontalidad de estas entidades —incluso, la voluntad de que lleguen a ser verdaderas personas de Derecho público—, lo cierto es que del tenor de la norma no se desprende más que una especial cualificación respecto de las otras asociaciones privadas, a lo que se debe unir que, en la época, era compatible la oficialidad con el carácter privado, la inexistencia de monopolio, la libre afiliación, así como el hecho de que la propia Exposición de Motivos parte del Derecho constitucional a la libre asociación.

La segunda nota característica sobre la que pivota el Real Decreto de 1886 es la “apoliticidad”, a lo que se ha de sumar —según nuestro posicionamiento y en la línea de GARCÍA DE ENTERRÍA señalada *ut supra*— el “patrón del libre asociacionismo”. Encontramos una referencia clara a dicha nota característica en la propia Exposición de Motivos de la norma dado que, al señalar que éstas se dedican “pura y exclusivamente a velar por los intereses locales y generales del comercio, de la industria y la navegación”, se refiere a que la política está

Los que á estas industrias se dedican, notorio es que al amparo de la libertad común pueden asociarse para sus peculiares fines sin intervención alguna del Estado. Pero si estas asociaciones han de tener carácter oficial y sus actos no han de ser meramente privados, y los Poderes públicos han de tener que contar con su concurso, será preciso que su organización se acomode á bases que ciertamente no coartan de un modo sustancial la amplitud de movimientos de que podrían gozar como asociaciones libres y privadas. Alejada de estas Cámaras la política, y dedicadas pura y exclusivamente á velar por los intereses locales y generales del comercio, de la industria y de la navegación, y á procurar su acrecentamiento creando nuevos ramos de producción y de tráfico, á uniformar usos y prácticas mercantiles, á ilustrar con su consejo á las Autoridades y al Gobierno, á promover y dirigir Exposiciones que señalen el camino de las reformas y progresos convenientes; en una palabra, á poner en juego los medios que el interés de todo sugiera á cada uno de los asociados para lograr el bien común, todo hace presumir que la institución de que se trata ha de franquear al país nuevas vías de prosperidad y progreso.

⁶³⁶ Sobre las funciones encomendadas a las Cámaras de comercio, véase el artículo 2 —apartados 11, 12, 14 y 15— y el artículo 3 del Real Decreto de 1886.

“alejada de estas Cámaras”⁶³⁷. Siguiendo el criterio de CABEZAS HERNÁNDEZ⁶³⁸, entendemos que la determinación expresa de esta apoliticidad —o, como lo denomina la propia autora, “de neutralidad administrativa”— es una configuración coherente con la entonces vigente Ley de Asociaciones de 2 de enero de 1877⁶³⁹, que prohibía que las asociaciones pudieran tener un objeto político. De ahí que, configuradas las COCIN como asociaciones voluntarias tuvieran que someterse, de igual modo que cualquier otra asociación de la época, al régimen jurídico establecido por dicha Ley, y ello tal y como ya se ha visto, sin perjuicio de su carácter oficial.

En suma, las Cámaras de Comercio de 1886 eran una suerte de asociaciones que nacen al amparo del Derecho de asociación —por tanto, libres y voluntarias—, y ello a pesar de su consideración de asociaciones calificadas y, sin perjuicio, de que ya se hacía notar la voluntad del legislador de dotar a estas entidades de un carácter más público que privado.

2.2 Real Decreto de 21 de junio de 1901, relativo á la Constitución de Cámaras Oficiales del Comercio, de la Industria y de la Navegación⁶⁴⁰

En el Real Decreto de 1901, en concordancia con las notas características fijadas por el Real Decreto de 1886, las COCIN siguen ostentando la condición de asociaciones libres. La novedad consiste en que les otorga la condición de “establecimientos públicos”. A tal efecto, el párrafo segundo del artículo 1 del Real Decreto de 1901 establecía: “Estás Cámaras tendrán cerca de los Poderes públicos la representación de los intereses comerciales e industriales de la región en que se hallen legalmente establecidas y gozarán de la condición de

⁶³⁷ Del mismo modo el artículo 4 del Real Decreto de 1886 establece expresamente que “no podrán deliberar las Cámaras sobre asuntos ajenos al comercio, a la industria y a la navegación”, por lo que el marco descrito dejaba al margen cuestiones, entre otras, de índole política.

⁶³⁸ CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁶³⁹ Circular de 7 de febrero de 1875, de regularización de los derechos de asociación y de reunión, declarada Ley del Reino mediante Ley de 2 de enero de 1877, publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 5, de 3 de enero de 1877.

⁶⁴⁰ Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 174, de fecha 23 de junio de 1901 y modificado parcialmente por el Real Decreto de 13 de diciembre, publicado en el mismo año y *Gaceta*, núm. 348, el 14 de diciembre, en adelante, Real Decreto de 1901.

establecimientos públicos”⁶⁴¹. Por otra parte, la citada norma siembra el germen de la futura adscripción obligatoria a las Cámaras de aquellos que reuniesen las condiciones exigidas para ello. La máxima manifestación de este rasgo distintivo la encontramos en el párrafo quinto de la Exposición de Motivos del Real Decreto de 1901, cuando señala:

Libres, como en el más adelantado de los pueblos, son los españoles para constituir asociaciones mercantiles e industriales de toda clase. Pero si las Cámaras de Comercio, Industria y de Navegación han de ostentar el título de oficiales y cumplir los fines de su creación, necesario es que el Estado determine las condiciones que han de someterse para merecer las facultades especiales que, como propias o por delegación, se les otorga. Esa reglamentación que en sentir de muchos debería llegar hasta la

⁶⁴¹ Se ha de hacer notar que la incorporación del término “establecimiento público” en el ordenamiento jurídico español derivaba de los textos franceses, aunque no se correspondía con ninguna de las figuras jurídicas existentes en el Estado español. Además, se ha de destacar que en Francia la noción de establecimiento público hacía referencia a todas las personas jurídicas de origen estatal distintas de las entidades territoriales y que formaban parte de la Administración Pública. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA señala:

Durante el siglo XIX, el Derecho francés refería todos los supuestos de Administraciones infraestatales al módulo común del ‘establecimiento público’. Comienzan primero por separarse de este modelo único las entidades locales (más concretamente el Municipio, puesto que el Departamento y también más recientemente la Región —creada por la Ley de 5 de julio de 1972— han seguido calificándose de *établissements publics* hasta la Ley de 2 de marzo de 1982, que ha operado un proceso de descentralización y reconocido su carácter de colectividades territoriales), con los que se perfila un nuevo tipo, el de ‘colectividades territoriales’ o ‘colectividades públicas’, hasta que, finalmente, ya en esta segunda posguerra, se advierten ‘las crisis de la noción de establecimiento público’ (DRAGO) y su necesaria disolución en una serie de tipos mucho más perfilados.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T I. 13.ª ed., 2006, p. 380.

Ahora bien, en relación con ello se ha de advertir que si bien se reprodujo la expresión “establecimiento público” en el texto del Real Decreto de 1901 introduciéndose así en nuestro ordenamiento la consideración de las Cámaras como “establecimientos públicos” ello no trajo aparejadas las consecuencias jurídicas derivadas de la implantación del modelo francés. Por tanto, la catalogación de las Cámaras como “establecimientos públicos” no fue determinante en su configuración ni conllevó repercusiones sobre estas entidades, más allá de que ello obligase a la doctrina a analizar, a la vista de las instituciones existentes en Francia, el sentido y alcance del término importado.

Sobre los “establecimientos públicos” y las corporaciones públicas JIMÉNEZ DE CISNEROS CID ha señalado lo siguiente:

Las que conocemos en España con el nombre de Corporaciones de Derecho público tienen un tratamiento muy distinto en el Derecho francés: las Cámaras Agrarias o las Cámaras de Comercio españolas están configuradas en el ordenamiento español como verdaderas Corporaciones de Derecho público; sin embargo, en Francia constituyen un tipo de establecimiento público clásico: los de carácter administrativo. La explicación a esta diferencia de tratamiento debe encontrarse en una razón de carácter histórico, pues al crearse en Francia los citados organismos e incluirlos en la estructura de la Administración pública no podían configurarse nada más que como establecimientos públicos, ya que no eran entidades territoriales.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. Madrid: INAP, 1987, p. 20.

agregación forzosa, intentada en algunos pueblos del norte con particularismo y disciplina que repugnan al sentido democrático de la sociedad española, no coarta en modo alguno la libertad de asociación puesto que sólo se impone a las agrupaciones que aspiran a constituirse en Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Asimismo, se ha de destacar que en aquella época se suscitó la problemática entorno a la financiación de las Cámaras para el cumplimiento de sus fines⁶⁴² y, a tal efecto, el artículo 3 estableció la obligación del pago de una cuota para pertenecer a la Cámara, previéndose en el artículo 19 la posibilidad de que el Gobierno, a petición de alguna Cámara, elevara a las Cortes un proyecto de Ley a efectos de establecer obligatoria la imposición de un recargo sobre el subsidio industrial y las patentes⁶⁴³. Se avanza, además, en la asignación de funciones de carácter público encomendadas, entre las que destacan, la posibilidad de que lleven a cabo el contraste de pesas y medidas, la expedición de los certificados

⁶⁴² En la Exposición de Motivos se refleja claramente lo siguiente:

Problema grave, el más difícil sin duda de resolver es el que se refiere á los recursos con que, para el cumplimiento de sus fines, hayan de contar esos organismos. Admirable es la decisión con que algunos países singularmente en Francia y Prusia, proveen las leyes á esa necesidad, recargando con algunos céntimos adicionales los impuestos sobre patentes y subsidio industrial ó de comercio, lo cual produce á las Cámaras cuantioso rendimiento. Sin llegar á tanto en este decreto, aumentanse esos recursos con diversos conceptos, entre los cuales es natural incluir los ingresos que han de ofrecer los mismos servicios que se encomiendan á las Cámaras y las subvenciones oficiales (...).

⁶⁴³ El artículo 3 del Real Decreto de 1901, señalaba:

Para pertenecer á una Cámara de Comercio Industria y Navegación se requiere: 1. ° Ser español. 2. ° Ser comerciante, industrial ó naviero por cuenta propia, con dos años de ejercicio en una de estas profesiones. 3. ° Pagar, también con dos años de anterioridad, contribución directa al Estado por alguno de estos conceptos; y 4. ° Contribuir á la Cámara con la cuota que por su reglamento se determine.

Este artículo fue modificado posteriormente mediante el Real Decreto de 13 de diciembre de 1901 (*Gaceta de Madrid*, núm. 348, el 14 de diciembre) en los siguientes términos:

Para pertenecer á una Cámara de Comercio, Industria y Navegación, se requiere: primero, ser español; segundo, ser comerciante, industrial ó naviero por cuenta propia con un año de ejercicio en estas profesiones; tercero, contribuir á la Cámara con la cuota que por su reglamento se determine.

Por su parte, el artículo 19 establecía:

Cuando una Cámara, previo acuerdo adoptado en reunión general extraordinaria y con audiencia de las Asociaciones sindicales ó gremiales á quienes estime conveniente consultar, pida la imposición de un recargo sobre el subsidio industrial y las patentes para aumentar sus recursos, el Gobierno someterá á la aprobación de las Cortes el oportuno proyecto de ley, por si éstas juzgasen conveniente hacer obligatoria la imposición dentro del territorio de la Cámara de que se trate.

de origen o el registro mercantil con la legalización de los libros de los comerciantes⁶⁴⁴.

En conclusión, se puede afirmar que el Real Decreto de 1901 se presenta como un ensayo consciente de la futura Ley de Bases, de forma que el legislador quiso ver el encaje que tendría la transformación de este tipo de entidades, tradicionalmente privadas. Al respecto, es ilustrativa la Exposición de Motivos al señalar abiertamente que la transformación de las Cámaras de Comercio se inserta dentro de la corriente descentralizadora en la que estaba sumido el país y, al respecto, dice:

Si la nueva forma y las más amplias atribuciones que á las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación se conceden ahora son acogidas con agrado por las clases á quienes interesan, y las practican con firme empeño, fácil será convertir este decreto en una ley que fije definitivamente la vida de estos organismos, cuya acción ha de ser auxiliar eficacísimo del progreso, dentro de la corriente descentralizadora que sigue la opinión pública de España.

2.3 Ley de Bases para la reorganización de las COCIN de 29 de junio de 1911 y disposiciones complementarias⁶⁴⁵

Ley de Bases de 1911 es la primera disposición con rango de Ley que regula el régimen jurídico de las COCIN⁶⁴⁶. Además, merece un especial reconocimiento por cuanto la vigencia de esta norma se extendió hasta el año 1993; momento en que, tal y como más adelante se analizará, se promulgó la actual Ley 3/1993.

⁶⁴⁴ Artículos 16 y 18 del Real Decreto de 1901.

⁶⁴⁵ Ley disponiendo que las Cámaras de Comercio é Industria y las de Comercio (que donde tengan representación de interés náuticos se denominarían de Comercio, Industria y Navegación) sean organismos oficiales dependientes de este Ministerio, de 29 de junio de 1911 (*Gaceta de Madrid*, núm. 182, de fecha 1 de julio de 1911). En adelante, Ley de Bases de 1911 o Ley de 1911.

⁶⁴⁶ Se ha de notar, en la línea apuntada por autores como CABEZAS HERNÁNDEZ o GORORDO BILBAO, que la Ley de Bases de 1911 no se corresponde con el esquema actual de las leyes de bases, sino que, en realidad, estaríamos ante una Ley ordinaria que requiere de un ulterior desarrollo reglamentario. De ahí que, de conformidad con lo previsto en la Base Séptima de la Ley, se dictara con cierta celeridad el Real Decreto de 29 de diciembre de 1911, aprobando el Reglamento para el funcionamiento de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación (*Gaceta de Madrid*, núm. 1, de 1 de enero de 1912). Este Reglamento fue una disposición controvertida, tildado por algunos de provisional —aunque estuvo vigente durante siete años— y por otros de Reglamento viciado, por cuanto se dictó sin el correspondiente Dictamen del Consejo de Estado.

Sobre la referida polémica, vid.: CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Op. cit.*, p.129, quien sostiene el vicio del Reglamento; en sentido contrario: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Civitas, 1998, p. 217 y ss.; y GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, pp. 151-159.

La Ley de Bases de 1911 supuso una auténtica transformación de las COCIN en Corporaciones de Derecho Público, y ello a pesar de que a la hora de abordar la delimitación de su naturaleza jurídica no se establecía expresamente que ostentaran tal condición. La delimitación de la naturaleza jurídica de las COCIN se encuentra contenida en la Base primera de la Ley en los siguientes términos:

Las Cámaras de Comercio é Industria y las de Comercio (que donde tenga representación de intereses náuticos se denominarían, respectivamente, de Comercio, Industria y Navegación y de Comercio y Navegación), así como las de Industria, reguladas en su creación y en su funcionamiento por los preceptos de esta ley y los del Reglamento que se dictará para su ejecución, serán organismos oficiales dependientes del Ministro de Fomento, con el cual, lo mismo que con los demás Ministros, se corresponderán directamente.

Así, se puede constatar que la Ley de 1911 abandona la mención al Derecho constitucional de asociación y pasa a definir a las Cámaras como “organismos oficiales”⁶⁴⁷ dependientes del Ministerio de Fomento. Además de este giro conceptual, que es altamente indicativo de una primera superación en la conceptualización de estas corporaciones como asociaciones —si se quiere “cualificadas”—, lo cierto es que del resto del contenido de la Ley se extraen otros elementos introducidos *ex novo* que, efectivamente, son determinantes en nuestras conclusiones acerca de la naturaleza jurídica de las COCIN tras ese nuevo régimen jurídico. Estos elementos son: a) La configuración en la Base 2.^a de las COCIN como “cuerpos consultivos de la Administración” sobre cuestiones referentes a Tratados de Comercio, Reformas de los Aranceles, Valoraciones, Código de Comercio, entre otras; b) En la Base tercera se señala que el objeto de las COCIN ha de ser el de fomentar los intereses del comercio, la navegación y la industria, refiriéndose a “estas corporaciones” —terminología que también recoge en la Base 4.^a *in fine*—; c) Las funciones específicas atribuidas de forma imperativa, entre las que destacan: La de formar estadísticas de comercio, navegación e industria, auxiliar y fomentar la expansión de España en el extranjero, perseguir delitos y faltas que vayan en contra de sus intereses, y elaborar informes; y d) La posibilidad de que las Cámaras puedan administrar fundaciones y establecimientos pertenecientes al Estado, las provincias y municipios, mediante los convenios oportunos.

⁶⁴⁷ Es cierto que el término de “oficiales” que se contiene en la Base 1.^a ya se contemplaba en el Real Decreto de 1886. Ahora bien, éste no debe ser objeto de interpretación aislada e individual por cuanto adquiere una significación diferente al ponerse en relación con todos los elementos introducidos *ex novo* por la Ley que ahora se dirán.

En esa misma línea, otro aspecto que, cumulativamente con los anteriores, contribuye a concluir que se produce un cambio en la configuración jurídico-formal de las COCIN es el controvertido requisito de la afiliación obligatoria y de la satisfacción, ahora forzosa, de una cuota —recurso cameral permanente—. No se trata de un requisito previsto de forma explícita en la Ley, sino que para poder alcanzar tal conclusión se ha de efectuar una interpretación conjunta de las Bases 4.ª y 5.ª de la Ley. A tal efecto, es relevante, como bien señala CABEZAS HERNÁNDEZ⁶⁴⁸, poner en evidencia la omisión en el cuerpo de la Ley de toda referencia que pudiera denotar un carácter potestativo en lo que a su adscripción se refiere, pues no están presentes verbos de contenido dispositivo. A este primer indicio ha de sumarse un segundo aspecto, cuya concurrencia con el anterior, permite concluir que la Ley sí introduce, aunque de manera velada, el régimen de adscripción obligatoria. Nos estamos refiriendo a la composición de las Cámaras, es decir, a la regulación de los sujetos que conforman estas entidades y, en particular, a la distinción que se realiza entre los “electores” y los “miembros” —o elegidos—⁶⁴⁹. Así, mientras que los primeros eran todos aquellos

⁶⁴⁸ La autora evidencia que se omiten expresiones tales como “podrán pertenecer a las Cámaras (...)” o “podrán ser electores (...)”.

CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁴⁹ Nos limitamos a reproducir parcialmente la Base 4.ª, transcribiendo sólo la parte que a los efectos que ahora nos ocupan resulta relevante, señalando la distinción entre el carácter de miembro, elector y elegible:

Cada Cámara se compondrá del número de miembros que determine el Ministerio de Fomento, no pudiendo ser inferior a 10 y superior a 40. Estos miembros serán elegidos por el sufragio de los comerciantes, industriales y nautas que paguen por cuota del Tesoro una cantidad no inferior a 40 pesetas anuales y estén comprendidos en las ocho primeras clases de la tarifa primera, en la segunda salvo los epígrafes del 85 a 103 inclusive; en la tercera y en la sección de artes y oficios de la cuarta de la contribución industrial y de comercio y los que paguen por utilidades (tarifa terceros). Los electores se dividirán en grupos y categorías, cada una de las cuales elegirá a un número determinado de representantes, teniendo en cuenta la cuantía y proporcionalidad de los intereses dentro de cada circunscripción.

Donde la representación de los intereses se halle dividida, serán electores de la Cámara Industrial los contribuyentes de las tarifas tercera y cuarta, y de las de Comercio los demás mientras sus cuotas excedan del minimum señalado y con las excepciones antes expresadas. Los que contribuyan por utilidades, serán electores de la Cámara de Comercio o de la Industria, según sean comerciantes o industriales.

Para ser elector se requerirá la edad y capacidad fijadas en el Código para poder ejercer el comercio. Las mujeres que reúnan estos requisitos podrán votar, y de igual derecho gozarán los menores e incapacitados de que el artículo 5.º del Código de Comercio, quienes podrán votar por medio de sus representantes legales.

Para ser elegible será necesario: ser español, mayor de veinticinco años, saber leer y escribir y llevar al menos cinco años de ejercicio en el comercio o industria dentro del territorio de la Cámara o representar a una Compañía mercantil que se encuentre en este caso, o ser extranjero con las mismas condiciones y diez años de residencia dentro del

que, con arreglo al correspondiente Código de Comercio, reunían la edad y capacidad para ejercer la profesión y satisfacían la cuota del Tesoro, los miembros —elegidos— eran quienes componían los órganos camerales, habiendo sido elegidos del sufragio de los comerciantes, industriales y nautas que satisfacían, en concepto de la mencionada cuota, una cantidad no inferior a cuarenta pesetas anuales y reunían la condición de “elegibles”. Nótese, por tanto, que la aludida cuota del Tesoro —recurso cameral permanente— había de satisfacerse por el simple ejercicio de la profesión y no en base a los rendimientos obtenidos, por lo que quien ostentaba la condición de “elector” debía satisfacerla en todo caso. La conjunción de ambos elementos —ausencia de formas verbales de carácter potestativo y la regulación sobre los sujetos que componen las Cámaras en los términos descritos— es lo que nos lleva a concluir que la Ley de Bases de 1911 establecía, si bien de forma indirecta, el requisito de la adscripción obligatoria y el pago forzoso de la cuota. A ello, se ha de sumar que mediante la Base 4.^a se estableció la obligación de que se crearan estos organismos, al menos, en cada provincia española y en Ceuta, Melilla y Fernando Póo.

Todas estas notas características, de concurrencia cumulativa, llevaron a la doctrina más autorizada a considerar que a partir de la Ley de Bases de 1911 las COCIN debían categorizarse como Corporaciones de Derecho Público. Así, por ejemplo, autores como MANZANEDO MATEOS y NIETO GARCÍA han dicho lo siguiente:

(...) nos encontramos ante auténticas Corporaciones, es decir, ante Corporaciones por naturaleza (...) [y que] las Cámaras serían igualmente Corporaciones, aunque no mediase una expresa declaración normativa en tal sentido. Este es el sentir general de la doctrina española y de la extranjera⁶⁵⁰.

Por su parte DEL SAZ afirma que:

expresado territorio. En ningún caso el número de extranjeros que formen partes de una Cámara podrá exceder de la sexta parte del número total de sus miembros.

También, a los efectos que ahora interesan, se reproduce parcialmente la Base 5.^a:

Las Cámaras, como recurso permanente para realizar sus fines, percibirá hasta un 2 por 100 de la contribución que satisfagan sus electores por el ejercicio del comercio o de la industria. Además, las Cámaras podrán adquirir toda clase de bienes, por legados, herencia, donativos y subvenciones.

⁶⁵⁰ MANZANEDO MATEOS, J.A.; NIETO GARCÍA, A. *Op. cit.*, p. 384.

La transformación de las Cámaras de Comercio en corporaciones públicas se produjo, en verdad, con la Ley de Bases de 29 de junio de 1911 (...) el paso había sido importante (...) [pues] sin variar apenas sus funciones, las Cámaras habían dejado de ser asociaciones libremente creadas, constituidas y financiadas por los comerciantes, industriales y nautas, para convertirse en personas públicas creadas por el Estado, y constituidas y financiadas obligatoriamente por todos ellos⁶⁵¹.

La configuración legal de las COCIN prevista en la Ley de Bases de 1911 fue posteriormente depurada mediante el Real Decreto-Ley núm. 1830 de 26 de julio de 1929⁶⁵², que se dictó con el fin de mitigar y mejorar aquellos aspectos del régimen jurídico de las Cámaras previsto en la Ley de Bases de 1911 que, en ese contexto económico-social, resultaban deficientes e ineficaces. Los aspectos más destacables son que en su Exposición de Motivos se hacía referencia a las COCIN como “Cuerpos deliberantes” y “Cuerpos consultivos del poder público” que, debiendo gozar de autonomía, debían estar sujetas a normas preceptivas para el cumplimiento de la misión atribuida, al tratarse de entidades colaboradoras de la Administración Pública⁶⁵³.

Además, debe señalarse la modificación llevada a cabo respecto al censo de electores, pues el artículo primero disponía que lo previsto en la Base 4.ª — párrafo cuarto— y 5.ª —párrafo primero— de la Ley de Bases sería aplicable a todas aquellas “personas, naturales o jurídicas que, profesionalmente o por razón de su objeto, se dediquen al comercio, industria o navegación y satisfagan

⁶⁵¹ SAZ CORDERO, S. DEL. *Cámaras Oficiales...* Op. cit. pp. 172 y 173.

⁶⁵² Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 215, de 3 de agosto de 1929, con rectificación de errores publicada en la misma *Gaceta*, núm. 222, el día 10 de agosto de 1929, en adelante, Real Decreto-Ley de 1929.

⁶⁵³ En la referida Exposición de Motivos se pone de manifiesto que la Ley de Bases de 1911:

(...) tuvo en cuenta la conveniencia de dar cauce permanente, con una organización oficial, a las relaciones entre los Gobiernos, expresión activa del Estado, y los elementos mercantiles, industriales y nautas del Reino (...). Los fines que con tal incorporación se propuso el legislador están bien a la vista de la doble función que se atribuyó a las Cámaras como Cuerpos consultivos del Poder público para el régimen de la economía nacional, y como organismos llamados a fomentar los intereses por ellos representados y es evidente que la constitución oficial de tales Corporaciones ha obedecido al deseo de que el régimen del país contase con seguro asesoramiento respecto a vitales problemas como a la pública conveniencia de concertar y asociar los elementos mercantiles (...) en el estudio permanente de sus propios problemas (...).

Por último: si bien las Cámaras como cuerpos deliberantes, deben gozar de autonomía para tratar y exponer lo que sea propio de su estudio y acuerdo, consideradas en su cualidad de colaboradoras de la Administración...han de estar sujetas a normas preceptivas para el cumplimiento de la misión que les está atribuida (...) como aquellos otros que puedan serles ordenados por el Centro de que dependen administrativamente.

al Tesoro tributación anual superior a 25 pesetas”. Por otra parte, el artículo segundo estableció que las Cámaras eran organismos dependientes de la Dirección General de Comercio y Abastos a los efectos de prestar cuantos servicios les encomendase dicho centro, de conformidad con las normas determinadas por el Ministerio de Economía Nacional⁶⁵⁴.

Tanto la Ley de Bases de 1911 como el Real Decreto-Ley de 1929, fueron desarrollados a través del Real Decreto núm. 1831 de fecha 26 de julio de 1929, mediante el que se aprueba el Reglamento que reorganiza y consolida el régimen hasta entonces vigente⁶⁵⁵. Mediante esta disposición reglamentaria se regula, por primera vez, el Consejo Superior de Cámaras —cuya función es la de actuar como órgano central de relación y representación de las distintas Cámaras—; se consagra el sistema de recurso cameral permanente; se introduce la vía de apremio para el cobro de la cuota; y entre otras singularidades, se amplían las atribuciones y facultades que se otorgan a las COCIN⁶⁵⁶. Además, se afirma sin vacilaciones que estas entidades desempeñan funciones administrativas conferidas por el Estado, entre las que destacamos su capacidad para otorgar subvenciones, premios y conceder pensiones a jóvenes; colegiar con carácter oficial a pesadores y medidores; y reclamar directamente y, en su caso, al contribuyente la participación que le corresponda. Por último y como cierre, se prohíbe que cualquier otro tipo entidad representativa de

⁶⁵⁴ Se ha de llamar la atención sobre el valor jurídico de estas modificaciones que impregnadas de la idea de pertenencia obligatoria a las Cámaras, según el modelo adoptado por no pocos países extranjeros, no han sido interpretadas de forma unitaria entre la doctrina. Así, mientras que autores como CABEZAS HERNÁNDEZ sostienen que “las modificaciones introducidas son pocas y algunas, como la dependencia administrativa, de escasa relevancia”, GORORDO BILBAO afirma que a través de este Real Decreto-Ley se “acentúa la vinculación/subordinación de las Cámaras al Gobierno” siendo éstas “órganos de la Administración con funciones determinadas por las Leyes o a determinar por la propia Administración”. Añadiendo el autor que “las Cámaras son dos cosas: órganos de la Administración para colaborar con ésta y organismos representativos del interés general”.

CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Op. cit.*, p. 186; GORORDO BILBAO, J.M. *Op.cit.*, p. 171.

⁶⁵⁵ Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 215, de 3 de agosto de 1929, en adelante, Reglamento de 1929.

⁶⁵⁶ El artículo primero del Reglamento de 1929 define a las Cámaras del siguiente modo:

(...) son organismos oficiales dependientes del Ministerio de Economía Nacional, y dentro de éste, y en cuanto a dicha organización y funcionamiento, de la Dirección general de Comercio y Abastos, gozan de la condición de establecimientos públicos, tienen ante el Gobierno y las Autoridades y Corporaciones provinciales y municipales la representación de los intereses del Comercio, la Industria y la Navegación de su territorio.

intereses utilice la denominación de “Cámaras”, por tanto, a partir del Reglamento de 1929 tal denominación es privativa⁶⁵⁷.

En aquella época se dictaron otras disposiciones complementarias como el Decreto de 13 de junio de 1936, regulador de los derechos y garantías de los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación⁶⁵⁸, derogado parcialmente por la propia Ley 3/1993. En lo que al régimen de garantías e incompatibilidades se refiere, consolida la consideración del personal de las Cámaras asimilado a los funcionarios de la Administración Pública —cuestión en la que más adelante ahondaremos—; o el Reglamento General de Cámaras, aprobado mediante el Decreto núm. 1291, de 2 de mayo de 1974, por el que se aprueba el Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España ⁶⁵⁹ —posteriormente modificado por el Real Decreto 753/1978, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España y el Real Decreto 816/1990, de 22 de junio, por el que se modifica el capítulo III del Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, que regula el sistema electoral de estas Corporaciones—.

⁶⁵⁷ Vid.: artículos 68, 69 y 70 relativos al procedimiento de recaudación; artículo 6, sobre la proclamación de las funciones administrativas que les confiere el Estado; los artículos 8, 9 y 10 sobre potestades y funciones asignadas; y el párrafo segundo del artículo 3 sobre la denominación privativa; todos del Reglamento de 1929.

⁶⁵⁸ Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 168, de 16 de junio de 1936, en adelante, Decreto de 13 de junio de 1936 sobre Derechos y Garantías de los empleados de las COCIN.

⁶⁵⁹ En adelante, Reglamento del 74.

3. LA CE COMO NORMA QUE SALVAGUARDA LA PERVIVENCIA DE LAS COCIN Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE COCIN

3.1 El encaje constitucional de las COCIN

La CE no emplea en ninguno de sus preceptos la terminología —concepto genérico— de “Corporación de Derecho Público”. Este silencio puesto en relación con la consagración y el reconocimiento del Derecho de asociación que sí aborda el texto constitucional —artículo 22— y del Derecho a la libre sindicación —artículo 28⁶⁶⁰—, podría haber desencadenado en un desvanecimiento del fenómeno corporativista, hecho que no ha sucedido por varias razones. En primer lugar, el artículo 36 de la CE se refiere, explícitamente, a los Colegios Profesionales⁶⁶¹ y, en segundo lugar, el artículo 52 de la CE, bajo

⁶⁶⁰ El artículo 28 de la CE establece:

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.
2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Tanto con relación al Derecho de asociación —artículo 22 de la CE— como a la libre sindicación —artículo 28— resulta de aplicación lo previsto en el artículo 53.2 de la CE.

⁶⁶¹ La mención expresa de los Colegios Profesionales en la CE evidencia que las COCIN —pese a que junto con aquéllos eran y son las Corporaciones de Derecho Público por antonomasia en el ordenamiento jurídico español— corrieron distinta suerte, pues se omitió toda alusión expresa y directa a estas últimas. *A priori*, ese privilegiado tratamiento de los Colegios Profesionales respecto a las COCIN y del resto de entidades corporativistas públicas induciría a pensar que viene respaldada por una sólida fundamentación del constituyente. Sin embargo, basta un repaso del debate y trámites parlamentarios de la CE para confirmar que, tal y como han puesto de relieve algunos autores, la constitucionalización expresa de los Colegios Profesionales responde, en realidad, a cuestiones subjetivas como la profesión desempeñada por algunos de los intervinientes, en concreto, de algunos senadores. Ello sucedió por cuanto el ensalzamiento de instituciones fundamentadas en la libertad de asociación, en realidad, convivía con la creciente

el título: “Organizaciones de defensa de intereses económicos”, prevé que “La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”. Ahora bien, éstos son los únicos preceptos de la CE que salvaguardan —de forma directa, el primero de ellos, e indirecta, el segundo— la pervivencia de las Corporaciones de Derecho público. Habida cuenta que, a nuestros efectos, el precepto que resulta relevante es el artículo 52 de la CE, lo que interesa ahora es hacer notar que las COCIN quedan incluidas en las “organizaciones profesionales” que contribuyen a la defensa de los intereses económicos a las que se refiere el citado precepto. En efecto, ello ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por parte del Tribunal Supremo⁶⁶² y por el Tribunal Constitucional. Entre los diversos pronunciamientos cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1996, de 12 de junio, cuando señala lo siguiente:

La Constitución ha venido a admitir expresamente la legitimidad de la genéricamente llamada Administración corporativa, es decir, de las “corporaciones no territoriales”, “corporaciones sectoriales de base privada” o “entes públicos asociativos”, entendiéndose por tales, en términos generales, a diversas agrupaciones sociales, creadas por voluntad de la ley en función de diversos intereses sociales, fundamentalmente profesionales, dotadas frecuentemente de personalidad jurídico-pública, y acompañadas, también frecuentemente del deber de afiliarse a las mismas. Así lo hace, ante todo en su art. 36 respecto de los “Colegios Profesionales” como una de las manifestaciones más características de esta Administración corporativa. Igualmente, de un modo bastante más genérico, y como el último de sus “principios rectores de la política social y económica”, la Constitución declara en su art. 52 que “la Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos

preocupación de determinados intervinientes —en particular, en la fase parlamentaria del Senado y de la Comisión Mixta— que veían con recelo la omisión constitucional de los Colegios Profesionales y de otras organizaciones empresariales de tradición secular en España.

Vid.: GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, p. 215.

En este mismo sentido, DEL SAZ afirma:

Las Cámaras Oficiales no corrieron la misma suerte, acaso porque no contaron con la brillante defensa que el Senador de la designación real, el Sr. Pedrol Rius, Presidente del Consejo General de la Abogacía y Decano del Colegio de Abogados de Madrid, proporcionó a la organización colegial.

SAZ CORDERO, S. DEL. *Cámaras Oficiales... Op. cit.*, p.78.

⁶⁶² Se ha de destacar la STS de fecha 13 de junio de 1995, en la que se concluye que “las Cámaras de Comercio, tienen su amparo constitucional en el artículo 52 de nuestra Ley Suprema, en el que se contemplan las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (...)”.

que les sean propios” (SSTC 113/1994). Y aunque este precepto, a diferencia de lo que ocurre en el art. 36 respecto de los Colegios Profesionales, no llama a las Cámaras por su nombre, hay que concluir que éstas, en cuanto organizaciones profesionales, encuentran un apoyo en el art. 52 CE con el que no contaban otras Cámaras.

Así las cosas, ha de subrayarse que el art.52 CE “encomienda a la ley un particular protagonismo en la conformación concreta de estas organizaciones profesionales”⁶⁶³.

La ubicación del artículo 52 de la CE en el Capítulo III del Título Primero del texto constitucional: “De los principios rectores de la política social y económica”, conlleva que el objeto de este precepto sea formular una directriz que, vinculada a las garantías del artículo 53.3 de la CE, encierra un mandato al legislador para que sea éste quien delimite el régimen jurídico de las organizaciones profesionales —entre éstas, las COCIN—⁶⁶⁴. Por tanto, no nos encontramos ante un verdadero Derecho subjetivo, y consecuentemente no nos hallamos en el plano de las garantías constitucionales de contenido esencial, sino que la constitucionalidad de las COCIN queda ceñida a la remisión que el artículo 52 de la CE efectúa al legislador ordinario. Ello, implica de un lado, la existencia de una reserva de ley en relación con la regulación de las referidas organizaciones profesionales y, de otro, su diferenciación de las asociaciones privadas a las que se refiere el artículo 22 de la CE, así como del Derecho fundamental de

⁶⁶³ Son numerosas las Sentencias del TC que se han pronunciado sobre esta cuestión, de las que podemos citar las siguientes: núm. 113/1994, de 14 de abril; núm. 179/ 1994, de 16 de junio; y núm. 132/1989, de 18 de julio, siendo estas dos últimas objeto de análisis en el epígrafe relativo al test de constitucionalidad de la Ley 3/1993.

Asimismo, en estos términos también se ha pronunciado el Consejo de Estado en sus Dictámenes núm. 42963, de 30 de octubre de 1980; núm. 584/1992, de 7 de mayo; núm. 179/1998, de 2 de abril; y núm. 3138/2000, de 8 de noviembre.

En este último Dictamen, emitido con ocasión del proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Estado afirma que “En el marco jurídico vigente, las Cámaras encuentran reconocimiento constitucional en el artículo 52 de la Norma Fundamental”.

⁶⁶⁴ El artículo 53.3 de la CE establece:

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

La distinta ubicación del artículo 52 de la CE respecto del artículo 36 de la CE relativo a los Colegios Profesionales comporta que éstos últimos se encuentren amparados por la garantía prevista en el apartado primero del artículo 53 de la CE, que prevé que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título Primero vinculan a todos los poderes públicos, pudiendo regularse el ejercicio de los mismos sólo por Ley y tutelarse ante el Tribunal Constitucional a través de la interposición de un recurso de inconstitucional por mor del artículo 161.1 a) de la CE.

sindicación del artículo 28 de la CE⁶⁶⁵. De esto modo, vemos como la CE consagra la existencia de las COCIN sin predeterminedar, sin embargo, su naturaleza jurídica —esto es, su forma de personificación pública o privada— y guardando silencio, también, en relación con la obligatoriedad o no, de la adscripción obligatoria.

3.2 La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de COCIN

Como hemos podido constatar *ut supra*, el artículo 52 de la CE se remite al legislador ordinario a fin de que se regulen las organizaciones profesionales —entre las que se incluye a las COCIN—. Ahora bien, la consagración del Estado de las autonomías nos obliga a plantear a quién le corresponde la competencia para legislar en esta materia, ya que ello podría incidir en la configuración legal de las funciones y de los controles administrativos que se ejercen sobre estas entidades, afectando, en consecuencia, de manera directa a su nivel de sujeción al TRLCSP.

⁶⁶⁵ La inclusión final de las organizaciones económicas de tipo corporativo en el artículo 52 de la CE —fuera, por tanto, del ámbito de los artículos 22 y 28 de la CE—, ha sido validada por la corriente doctrinal mayoritaria. Tal y como señala GORORDO BILBAO:

Amplios sectores de la doctrina como E. GARCÍA DE ENTERRÍA y S. MARTÍN-RETORTILLO, entre muchos, y el Tribunal Constitucional, han coincidido en afirmar (...) que las agrupaciones de tipo corporativo y de creación legal no pueden incardinarse sin profundas modulaciones en el ámbito de los arts. 22 y 28 de la Constitución, ya que no puede hablarse de un derecho a constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas, pese a contar con una base asociativa, en el sentido de que sus integrantes no se encuentran sometidos a un régimen de tipo estatutario, funcional ni integrados en relaciones de jerarquía.

GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, pp. 229 y 230.

En cuanto al sentido y alcance del artículo 52 de la CE —y también del 36 CE— PIÑAR MAÑAS manifiesta que lo que garantiza tanto el artículo 36 CE —“indudable garantía institucional”—, como el artículo 52 CE —garantía semejante, pero “mitigada e indirecta”— es la subsistencia de los Colegios y las organizaciones para la defensa de intereses económicos.

PIÑAR MAÑAS, J. L. “Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales”. En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO FERRER, M.; *et. al. El sector no lucrativo en España*. Madrid: Escuela Libre, 1993, pp. 282-285.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN considera que el artículo 52 de la CE ha demostrado en la práctica “mayor utilidad” que lo que a primera vista hubiera podido suponerse. La referencia genérica al artículo 52 de la CE, aún sin ser una garantía institucional, ha servido de valladar frente a los vendavales antiinstitucionales, ha funcionado como garante de determinadas Corporaciones que el buen sentido aconsejaba mantener, como las Cámaras de Comercio, que sólo han podido sobrevivir merced a su fundamento constitucional.

Vid.: HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. “Comentarios al art. 52”. En: ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. T. IV. Madrid: Cortes Generales Edersa, 1996-1998, p. 420.

Según se ha expuesto, las COCIN, al igual que las fundaciones analizadas en el Capítulo precedente, no se encuentran referidas de forma expresa en ninguno de los preceptos constitucionales relativos a la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas —artículos 148 y 149 de la CE—. No obstante, en este supuesto, la polémica quedó resuelta tras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1983 de 5 de agosto, que declaró parcialmente inconstitucional el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico⁶⁶⁶. La conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional en

⁶⁶⁶ En adelante, LOAPA. El proyecto fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en las sesiones celebradas los días 21, 22, 23, 28, 29 y 30 de junio de 1982 (*BOCG Serie A*, núm. 235-I, de 17 de noviembre de 1981).

El recurso previo de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Parlamento y el Gobierno Vasco, por el Parlamento y la *Generalitat* de Cataluña y por cincuenta diputados al entender que la LOAPA vulneraba los artículos 81.1 y 150.3 de la CE.

El núcleo del juicio de constitucionalidad se centró en el carácter orgánico y armonizador de la LOAPA y en la legitimidad del legislador estatal para dictar normas sobre determinadas materias que habían sido ya transferidas a las Comunidades Autónomas. Más en concreto —en relación con las Corporaciones de Derecho Público—, el debate quedó circunscrito al artículo 21 del proyecto que regulaba —con carácter armonizador— la organización y competencias sobre las entidades representativas de intereses económicos o profesionales. La esencia de la cuestión estribó en dilucidar si el carácter armonizador de la LOAPA —y del precepto que nos atañe— era acorde con el ordenamiento jurídico, por cuanto la técnica armonizadora únicamente procede en aquellos supuestos en los que el Estado no disponga de títulos competenciales específicos para dictar normativa básica, o bien dichos títulos fuesen insuficientes.

El artículo 21 del proyecto era del siguiente tenor literal:

1. Las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias en relación con las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos, adecuarán su actuación a los siguientes principios:
 - a) Se constituirán en el territorio de todas las Comunidades Autónomas, Cámaras Agrarias, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras de la Propiedad Urbana y Cofradías de Pescadores, con estas denominaciones u otras similares.
 - b) El ámbito territorial de estas Corporaciones será el establecido por sus propios Estatutos.
 - c) Tendrán carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, y estarán sometidas a la tutela administrativa de estas últimas. Además de las competencias administrativas que puedan ostentar por atribución legal o por delegación de las Administraciones Públicas, tendrán como función propia la prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos, sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial.
 - d) Todos los cargos de los Órganos del Gobierno de dichas Corporaciones tendrán carácter representativo y serán elegidos por período de mandato de idéntica duración, mediante sufragio libre y secreto entre los miembros asociados.
2. Las Corporaciones del Derecho Público representativas de intereses profesionales que existan o se constituyan en el territorio de cada Comunidad Autónoma, ajustarán su organización y competencias a los principios y reglas básicas establecidas en la legislación del Estado para dichas Entidades, sin perjuicio de cualesquiera otras competencias que pudiera atribuirles o delegarles la Administración Autonómica.

relación con el artículo 21 de la LOAPA fue taxativa: las “(...) Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones públicas”. El Intérprete, aunque afirma que las Corporaciones están orientadas principalmente a la consecución de fines privados, parte de su naturaleza público-privada y, en razón de ello, sostiene que las bases del régimen jurídico de estas entidades son competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.18.º de la CE. En consecuencia, el Tribunal Constitucional entiende que, a efectos de la delimitación competencial, las Corporaciones de Derecho público sectoriales son Administración pública⁶⁶⁷. Rechazado así el carácter armonizador y orgánico que se atribuyó al proyecto de Ley, el Parlamento se vio obligado a modificar su contenido ajustándolo a los criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1983; y se aprobó la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, regulándose las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos en el apartado primero del artículo 15 de la Ley⁶⁶⁸. Así, el Tribunal Constitucional dejó sentado que al Estado le

-
3. Por Ley del Estado podrán constituirse Consejos Generales o Superiores de las Corporaciones a las que se refiere el presente artículo para asumir la representación de los intereses corporativos en el ámbito nacional o internacional.

Sin embargo, los acuerdos de los órganos de estas Corporaciones con competencias en ámbito inferior al nacional, no serán susceptibles de ser recurridos en alzada ante los Consejos Generales o Superiores, salvo que sus Estatutos no dispusieran lo contrario.

⁶⁶⁷ Fundamento de Derecho Vigésimosexto de la STC núm.76/1983:

En su apartado 1, el art. 21 se refiere a las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos que se concretan en el apartado a): Cámaras Agrarias, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras de la Propiedad Urbana y Cofradías de Pescadores (...) En consecuencia, puede afirmarse que, aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos, así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1.18 de la Constitución. Bases con las que pueden identificarse los principios contenidos en el artículo 21.1, dada la naturaleza de los mismos.

⁶⁶⁸ En adelante, LPA. La redacción original del apartado primero del aludido artículo 15, fue la siguiente:

1. Las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias en relación con las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos, adecuarán su actuación a los siguientes principios:
 - a) Se constituirán en el territorio de todas las Comunidades Autónomas, Cámaras Agrarias, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras de la Propiedad Urbana y Cofradías de Pescadores, con estas denominaciones u otras similares.
 - b) El ámbito territorial de estas Corporaciones será el establecido por sus propios Estatutos.

corresponde establecer el mínimo común denominador con efecto horizontal en todo el territorio nacional y a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo —legislativa o reglamentariamente— en función de la asunción competencial que se efectúe estatutariamente sobre las cuestiones básicas establecidas por el Estado.

En coherencia con ello, las Comunidades Autónomas en mayor o menor medida han abordado ese desarrollo normativo, algunas de ellas, incluso, con anterioridad a la Sentencia mencionada y a la LPA. En este sentido, podemos establecer una diferenciación por Comunidades Autónomas en función del grado de asunción competencial. Un primer grupo, en el que encuadraríamos a aquellas que asumieron la competencia exclusiva en materia de COCIN y, un segundo grupo, compuesto por aquellas Comunidades Autónomas cuya asunción competencial consiste en el desarrollo legislativo o de ejecución⁶⁶⁹.

-
- c) Tendrán carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas y estarán sometidas a la tutela administrativa de estas últimas. Además de las competencias administrativas que puedan ostentar por atribución legal o por delegación de las Administraciones Públicas, tendrán como función propia la prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos, sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial.

El inciso relativo a las “Cámaras Agrarias” —letra a)— fue suprimido por el artículo único de la Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las Bases del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias.

En cuanto al inciso sobre las “Cámaras de la Propiedad Urbana” —letra a)—, se ha de señalar que mediante la Disposición Final Décima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, por la que se aprobaron los PGE 1990, quedaron suprimidas como Corporaciones de Derecho Público —también el Consejo Superior, regulados por el Real Decreto 1649/1977, de 2 de junio, por el que se aprueba el proyecto de reglamento de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana—. Ello supuso la supresión de la referencia a tales Cámaras contenida en el artículo 15.1.a) de la LPA. No obstante, la Disposición Final Décima fue anulada y declarada inconstitucional por medio de la STC núm. 178/1994, de 16 de junio, por lo que se restituyeron al panorama normativo.

Meses más tarde el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como Corporaciones de derecho público y de regulación del régimen destino de su patrimonio —con carácter de normativa básica—, volvió a preceptuar la supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana como Corporaciones de Derecho Público. Este Real Decreto-Ley fue también objeto de impugnación ante el TC, que resolvió la cuestión mediante la Sentencia núm. 11/2002, de 17 de enero, confirmando la constitucionalidad de la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana como Corporaciones de Derecho Público.

⁶⁶⁹ En el primer grupo se encuentran —por orden cronológico de asunción competencial—: Cataluña, Andalucía, Galicia, Navarra y Aragón. Estas Comunidades Autónomas asumieron las competencias exclusivas en materia de Cámaras de Comercio en sus primeros Estatutos de Autonomía. Así, Cataluña, en virtud del artículo 9.22 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña —en adelante, Estatuto de Autonomía de Cataluña del 79—, que desarrolló con la Ley 14/2002, de 27 de junio, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña y del Consejo General de las Cámaras —en

adelante, Ley catalana 14/2002—; Andalucía, en virtud del artículo 13.16 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, que ha desarrollado en la Ley 10/2001, de 11 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía —en adelante, Ley andaluza 10/2001—; Galicia en virtud del artículo 27.29 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que desarrolló con la Ley 5/2004, de 8 de julio de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Galicia —en adelante, Ley gallega 5/2004—; Navarra, en virtud del artículo 44.24 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento de Navarra, desarrolló la Ley Foral Navarra 17/1998, de 19 de noviembre, de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Navarra —en adelante, Ley Foral Navarra 17/1998—; y Aragón, en virtud de su artículo 35.1.21. ^a Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón y que si bien no ha promulgado una Ley de desarrollo de la Ley de Bases Estatal, mediante la Ley 10/2004, de 20 de diciembre, crea el Consejo Aragonés de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria.

En el segundo grupo se encuentran—por orden cronológico de asunción competencial—: Valencia, Extremadura, Canarias, Baleares, Castilla-La Mancha, Murcia, Madrid y La Rioja. Así, Valencia asumió la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en virtud del artículo 32.1.9 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana, que desarrolló en la Ley 11/1997, de 16 de diciembre, que regula las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad Valenciana —en adelante, Ley valenciana 11/1997—; Extremadura asumió la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en virtud del artículo 8.6 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura, que desarrolló mediante la Ley 17/2001, de 14 de diciembre de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Extremadura —en adelante, Ley extremeña 17/2001—; Canarias asumió la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en virtud del artículo 32.13 del Estatuto de Autonomía de Canarias, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, que desarrolló en la Ley 18/2003, de 11 de abril, de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias —en adelante, Ley canaria 18/2003—; Baleares mediante el artículo 11.11 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las *Illes Balears*, en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las *Illes Balears*, que incluye entre las competencias propias de la Comunidad Autónoma la relativa a Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales —con posterioridad a 1994, la Ley Orgánica 3/1999, 8 enero de Reforma del Estatuto de Autonomía de las *Illes Balears* modificó el precepto de referencia reubicando las referidas Corporaciones en el apartado 15 del mismo artículo 11—, que desarrolló mediante la Ley 7/2006, de 3 de mayo, de Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Ibiza y Formentera (en adelante, Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006); Castilla-La Mancha asumió la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en la materia, en virtud del artículo 32.5 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, no obstante esta competencia no fue desarrollada hasta Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha —en adelante, Ley de Castilla-La Mancha 4/2009—; Murcia mediante el artículo 11.10 del Estatuto de Autonomía de Murcia, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, y que desarrolló mediante la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Región de Murcia —en adelante, Ley murciana 9/2003—; Madrid, en virtud del artículo 27.6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, desarrollado mediante la Ley 10/1999, de 16 de abril, por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio e Industria en la Comunidad de Madrid —en adelante, Ley madrileña 10/1999—; y La Rioja mediante el artículo 9.10 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, que le atribuye la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de competencias en materias de Cámaras Agrarias de Comercio e Industria, entidades equivalentes y cualquier otra Corporación de Derecho público representativa de intereses económicos y profesionales, todo ello en el marco de la legislación básica del Estado, desarrollado mediante la Ley 1/2010, de 16 de febrero, de Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja —en adelante, Ley de La Rioja 1/2010—.

4. LA LEY 3/1993, REGULADORA DE LAS COCIN

No fue hasta pasada más de una década desde la aprobación de la CE y de la LOAPA cuando se promulgó la Ley 3/1993, la cual, según prevé la Disposición Final Primera, constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.º de la CE⁶⁷⁰. La citada Disposición Final exceptúa del carácter básico lo dispuesto en el artículo 1, apartado 3 *in fine*; en los apartados 2 y 3 del artículo 2; en el apartado 3 del artículo 5; y en el último inciso del artículo 7, apartado 3, que son de aplicación únicamente en defecto de normativa específica dictada por las Comunidades Autónomas competentes. Asimismo, y de acuerdo con la misma, los apartados 1 y 2 del artículo 24 que, a los efectos del artículo 149.1.6.º de la CE, tienen la consideración de legislación procesal.

Las materias que no tienen la consideración de básicas son las siguientes: a) La contratación y el régimen patrimonial que se rige por el Derecho privado — artículo 1, apartado 3 *in fine*—; b) Determinadas funciones público-administrativas cuyo desarrollo queda relegado a lo que establezca la correspondiente Comunidad Autónoma —artículo 2, apartado 2—; c) El desempeño de toda clase de actividades que, en algún modo, contribuya a la defensa, apoyo o fomento del comercio, la industria y la navegación, o que sean de utilidad para el desarrollo de las indicadas finalidades, especialmente, los servicios de información y asesoramiento empresarial —artículo 2, apartado 3—; d) La regulación por parte de la Administración tutelante de los supuestos y el procedimiento de modificación de las demarcaciones territoriales de las Cámaras, así como los supuestos de creación, disolución, fusión e integración

⁶⁷⁰ Este Título habilitante, además, opera simultáneamente con otros que inciden también en las COCIN y que versan sobre determinadas materias que no pueden ser transferidas a las Comunidades Autónomas como son la legislación procesal y el comercio exterior —artículos 149.1.6.º y 149.1.10.º de la CE, respectivamente—.

Mientras que los títulos habilitantes derivados de los artículos 149.1.6.º y 149.1.18.º de la CE se prevén en la Disposición Final Primera de la Ley 3/1993, el título habilitante del artículo 149.1.10.º de la CE en materia de comercio exterior se encuentra referido en el último párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley al señalar:

Por último, debe destacarse que la Ley se dicta al amparo de lo dispuesto por el artículo 149.1.18.º de la Constitución Española, en la medida en que establece las bases del régimen jurídico de las Cámaras en su dimensión de Administraciones Públicas, así como por el apartado 1.10º del mismo artículo que regula temas relativos al comercio exterior.

en otras de mayor dimensión —artículo 5, apartado 3—; y e) El régimen del personal al servicio de la Cámara —último inciso del artículo 7, apartado 3—. En consecuencia, en relación con todas estas materias únicamente les será de aplicación lo dispuesto por la Ley 3/1993, en defecto de normativa específica dictada por las Comunidades Autónomas.

La primera de las excepciones indicadas merece una especial atención. Según la Disposición Final Primera, el artículo 1, apartado 3 *in fine* de la Ley, no posee el carácter de básico y dicho precepto se refiere a la contratación y al régimen patrimonial de las Cámaras que, además, puntualiza, se sujetan al Derecho privado. Tal y como desarrollaremos posteriormente, debemos señalar nuestro posicionamiento en relación con la imposibilidad de atenernos a la literalidad del precepto. En la medida que dicha previsión no es de carácter básico, las Comunidades Autónomas pueden regular de forma diversa esta materia, lo que fácilmente puede llevar aparejado la configuración de regímenes diametralmente opuestos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La excepción hecha al carácter básico del régimen de contratación de las Cámaras puede comportar que una Comunidad Autónoma, en asunción de sus competencias, siga el patrón marcado por la Ley 3/1993, reproduciendo la remisión al Derecho privado y, por contra, otra Comunidad Autónoma, prevea su sujeción a la legislación en materia de contratación del sector público, pese a tratarse de entidades con idéntica personificación y funciones asignadas. Más allá de que la situación descrita contribuye a incrementar la confusión e inseguridad jurídica, pone de manifiesto la necesidad de cuestionar el sentido y alcance de la previsión del artículo 1, apartado 3 *in fine*. Y es que la determinación del régimen jurídico al que deben someterse las COCIN en materia de contratación es una cuestión compleja que no puede entenderse zanjada por una previsión normativa determinada, sino que ha de ser tratada bajo el prisma de la interpretación funcional del poder adjudicador que ha delimitado la jurisprudencia del Tribunal europeo. Por tanto, para determinar la sujeción al régimen contractual de las COCIN resulta fundamental analizar cuestiones como las funciones que desempeñan o el control al que se hallan sometidas. En consecuencia, a los efectos de concluir si las Cámaras de Comercio son o no poderes adjudicadores es irrelevante, en realidad, lo que la normativa específica en materia de Cámaras haya previsto, ya sea estatal o autonómica, siendo determinante, por el contrario, lo establecido en el TRLCSP.

Esta Ley —actualmente en vigor— contiene el mínimo común normativo sobre las COCIN y ha sufrido durante su vigencia distintas modificaciones. Su carácter básico nos exige el análisis de la naturaleza jurídica y de las funciones asignadas a las Cámaras de Comercio, así como otros aspectos característicos de la regulación contenida en la redacción inicial de la Ley 3/1993 tales como la adscripción, el régimen económico o la tutela administrativa⁶⁷¹. El objetivo de esta primera aproximación es delimitar los rasgos que caracterizan a estas entidades, evaluando el encaje y la conformidad de esta Ley con nuestra CE a la luz de la jurisprudencia constitucional dictada en relación con las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos. En un momento posterior, se extraerán las consecuencias en sede de contratación pública de las características esenciales de las COCIN descritas en la Ley 3/1993.

4.1 La delimitación de las COCIN según la redacción originaria de la Ley 3/1993

La naturaleza jurídica de las COCIN no se vio alterada por el nuevo marco jurídico derivado de la Ley 3/1993, sino que con su aprobación se les siguió reconociendo la condición de Corporaciones de Derecho Público de carácter bifronte, a lo que se debía unir la categorización del Tribunal Constitucional, ya referida, cuando señala que estas entidades participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, ahora, expresamente reconocida en la Exposición de Motivos de la Ley en los siguientes términos:

En consecuencia, la nueva Ley no modifica la personalidad jurídica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que continuará inalterada bajo el ámbito de aplicación de una nueva norma.

La nueva Ley continúa la tradición legislativa al definir a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de Derecho público, partiendo de su participación en la naturaleza de las Administraciones Públicas, que ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional⁶⁷².

⁶⁷¹ El examen que aquí se efectúa se ciñe a la redacción original de la Ley 3/1993. Por razones de claridad expositiva, se ha optado por desarrollar y tratar separadamente aquellas modificaciones normativas que han supuesto un cambio significativo en la regulación básica del régimen jurídico de las COCIN.

⁶⁷² En esa misma línea y, por tanto, abogando por la naturaleza de Corporación de Derecho Público de las COCIN, la propia Exposición de Motivos de la Ley manifiesta la imposibilidad de que las funciones asignadas a la Cámaras de Comercio sean “desarrolladas eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses muchas veces contrapuestos”.

El artículo 1 de la Ley 3/1993⁶⁷³, tras declarar su condición de Corporaciones de Derecho Público, les reconoce personalidad jurídica propia y capacidad de obrar, así como el carácter de órgano consultivo y de colaboración con las Administraciones Públicas, además, de la función de tutela de los intereses privados, en consonancia con su carácter bifronte. La naturaleza jurídica de las COCIN se completa en el segundo apartado de ese mismo artículo con la atribución *ex lege* de competencias de carácter público que pueden ampliarse por encomiendas o por delegaciones administrativas, y cuyo ejercicio debe responder, en todo caso, a la finalidad de “representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación” y a la de “prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades”.

En concordancia con el carácter de Corporación de Derecho Público, el apartado tercero del artículo primero de la Ley encierra una clara manifestación del carácter dual de la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio. Así, en lo que a su vertiente pública se refiere, se establece la sujeción de estas entidades a las bases contenidas en la propia Ley y al resto de “normas de desarrollo que se dicten por la Administración Central o por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia”, previéndose la aplicación supletoria de la “legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas en cuanto sea conforme con su naturaleza y finalidades”. Por otro lado, y ahora como expresión del carácter privado, se prevé, de forma categórica, la aplicación del Derecho privado a todas aquellas cuestiones relativas al “régimen patrimonial” y a la “contratación” de las COCIN.

Por otra parte, en cuanto a las funciones asignadas se refiere, se ha de significar que la Ley 3/1993 para definir las competencias que las COCIN tienen atribuidas recurre al término de “funciones público-administrativas” —artículo 2—. Bajo este calificativo —ausente en los precedentes cuerpos normativos analizados—, se clasifican en un primer grupo aquellas funciones mínimas y obligatorias que han de desempeñar todas las Cámaras —es decir, el mínimo común denominador al

⁶⁷³ El apartado primero del artículo 1 de la Ley 3/1993, cuya redacción original sigue a fecha de hoy plenamente vigente al no haber sufrido modificación alguna, es el siguiente:

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y, en su caso, de Navegación son Corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos.

que hemos aludido— y, en un segundo grupo⁶⁷⁴, aquellas otras adicionales que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de las competencias asumidas, puedan atribuir a aquellas Cámaras que se encuentren bajo sus límites territoriales. Este precepto es representativo del sistema de distribución competencial existente en nuestro ordenamiento jurídico. El Estado no puede agotar la regulación de la materia ya que necesariamente debe quedar reservado un ámbito sustancial a efectos de su normativización por parte de las Comunidades Autónomas.

El régimen de adscripción obligatoria sigue el modelo instaurado en la precedente Ley de 1911, el cual fue incorporado en el artículo 6.1 de la Ley al establecer lo siguiente:

Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional, tendrán la condición de electores de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, dentro de cuya circunscripción cuenten con establecimientos, delegaciones o agencias⁶⁷⁵.

La regulación del régimen económico de las COCIN se encuentra contenida en los artículos 10 a 17 —ambos incluidos— de la Ley, destacando, en particular, el mantenimiento del recurso cameral permanente⁶⁷⁶. Al respecto, el artículo 11 de la Ley estableció un porcentaje máximo de financiación con cargo a dicho recurso, limitación, que supuso la introducción del principio de autofinanciación

⁶⁷⁴ Estas funciones son las referidas en el apartado segundo del artículo 2, cuyo alcance también será examinado en el epígrafe 5.2 del presente Capítulo.

Es preciso remarcar que el papel de las Comunidades Autónomas se pone también de manifiesto en el artículo 22 de la Ley 3/1993 al establecer que las COCIN “están sujetas en el ejercicio de su actividad a la tutela de la Administración del Estado o de las respectivas Comunidades Autónomas, en el caso de que éstas hubieran asumido estatutariamente las competencias correspondientes”.

⁶⁷⁵ La propia Exposición de Motivos de la Ley 3/1993 contiene una manifestación sobre este aspecto al señalar:

No se introducen alteraciones importantes en lo referente al ámbito territorial y organización de las Cámaras y de su Consejo Superior, limitándose la Ley a establecer los principios fundamentales de adscripción de todos los comerciantes, industriales y nautas y del régimen electoral de los Plenos y Comités ejecutivos de estas Corporaciones.

⁶⁷⁶ Pese a que la naturaleza jurídica del recurso cameral fue una cuestión que no quedó exenta de discusión judicial es ahora unánimemente admitido que se trataba de un ingreso público no tributario. La naturaleza de exacción parafiscal fue reconocida y confirmada por el TC, entre otras, en las referidas Sentencias núm. 179/1994, de 16 de junio —dictada en relación con la Ley de Bases de 1911—, la núm. 107/1996, de 12 de junio —en relación con la Ley 3/1993—, y la núm. 206/2001, de 22 de octubre.

parcial de las COCIN y una clara manifestación de su vertiente más privada⁶⁷⁷. Por su parte, el artículo 14 de la Ley representa la vertiente más pública de estas corporaciones, toda vez que incorpora la facultad de ejecutar por la vía del procedimiento de apremio el pago del recurso cameral ante su falta de satisfacción en el período voluntario. No hay duda que ello constituye un claro reconocimiento a favor de las Cámaras de Comercio de una potestad ejecutoria que, en nuestro ordenamiento jurídico, es una prerrogativa de autotutela reservada a la Administración Pública.

Finalmente, el Capítulo V de la Ley 3/1993 —artículos 22 a 25— bajo la rúbrica: “Régimen jurídico y presupuestario”, se presenta como una clara expresión del régimen de tutela administrativa a la que queda sujeta la actividad de las COCIN por parte de la Administración estatal o de las respectivas Comunidades Autónomas. La función de tutela viene definida en el artículo 22.2 de la Ley al establecer que ésta comprende el ejercicio —bien por parte del Estado, o de las Comunidades Autónomas— de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución de los órganos de las COCIN. No obstante, dicha previsión no puede interpretarse aisladamente, sino que debe ser integrada y completada con el resto de facultades de tutela que, directa o indirectamente, se contemplan en la Ley, por cuanto la delimitación de la función desempeñada por la Administración tutelante se presenta, también, como un elemento decisivo que nos ha de servir para determinar la concurrencia o no, en las Cámaras de Comercio de las notas características del concepto de poder adjudicador establecido en el TRLCSP y su eventual régimen de contratación.

⁶⁷⁷ La redacción original del apartado primero del artículo 11 de la Ley 3/1993 establecía:

Los ingresos de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación procedentes del recurso cameral permanente, no podrán exceder del 60 por 100 de los totales de cada Corporación.

A los efectos señalados en el párrafo anterior, no se computarán entre los ingresos de las Cámaras los procedentes del endeudamiento, ni, entre los que provengan del recurso cameral permanente, los porcentajes del mismo que se encuentren preceptivamente afectados a una finalidad concreta, como el Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones o a la formación profesional y empresarial.

4.2 Superación de la Ley 3/1993 del test de constitucionalidad

El sometimiento de la Ley 3/1993 al control de constitucionalidad culminó con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1996, de 12 de junio, derivada de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con los artículos 6, 12 y 13 de la Ley 3/1993⁶⁷⁸. La razón de fondo que motivó al Tribunal autonómico a promover dicha cuestión fue la identidad de funciones atribuidas a las COCIN en la vieja Ley de 1911 —que había sido declarada inconstitucional— y la Ley 3/1993, en relación con el régimen de adscripción obligatoria.

Efectivamente, la Ley de Bases de 1911 fue declarada inconstitucional mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 179/1994, de 16 de junio, por tanto, una vez derogada. La situación era paradójica, pues mientras el Tribunal Constitucional sopesaba la constitucionalidad de la adscripción obligatoria en la Ley de 1911, el poder Legislativo refrendó la legitimidad de esa adscripción en la Ley post-constitucional. El Tribunal aplicó la norma subconstitucional recogida por primera vez en la Sentencia núm. 132/1989, de 18 de julio, a propósito de la adscripción forzosa establecida para las Cámaras agrarias⁶⁷⁹. Esta norma subconstitucional que sirvió al Tribunal Constitucional para evaluar tanto la Ley de Bases de 1911, como posteriormente la Ley 3/1993, sentó los criterios para que la afiliación forzosa a una Corporación de Derecho Público superase el test de constitucionalidad. Estos criterios que son concebidos como límites, pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) No puede quedar afectada la libertad de asociación consagrada en el artículo 22 de la CE en sentido positivo; b) La adscripción obligatoria se presenta como una característica excepcional; y c) Su justificación debe residir en las disposiciones constitucionales o en los fines de interés público que persigan las corporaciones, de manera que la afiliación

⁶⁷⁸ El artículo 6 de la Ley 3/1993 establece quiénes ostentan la condición de electores, mientras que el artículo 12 y 13 se refieren al recurso cameral permanente y a su obligación de pago y devengo, respectivamente.

⁶⁷⁹ Sobre el concepto de norma subconstitucional y la construcción jurisprudencial del TC desde la Sentencia 132/1989, de 18 de julio, sobre las Cámaras Agrarias hasta la Sentencia 107/1996, de 12 de junio, vid.: TORNOS MAS, J. “La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1996, de 12 de junio relativa a las cámaras de comercio, industria y navegación”. *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 96, núm. 1, 1997, pp. 79-96.

forzosa cuente con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales⁶⁸⁰.

El Tribunal Constitucional, aunque partió de la base de que no podía erigirse como Juez absoluto para determinar la imposibilidad o dificultad de alcanzar los fines a los que sirven estas Corporaciones por medios distintos a la adscripción forzosa, concluyó, sin embargo, que sí podía identificar aquellos supuestos en

⁶⁸⁰ La STC núm. 132/1989, de fecha 18 de julio, trajo causa del Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de las Cámaras Profesionales Agrarias, por cuanto preveía la adscripción obligatoria de los profesionales agrarios a estas Cámaras. A este recurso se acumularon otros interpuestos contra la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, reguladora de las Bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias promovidos por un comisionado de sesenta y nueve diputados; la *Generalitat* de Cataluña; el Consejo del Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria; el Gobierno Vasco y un comisionado de cincuenta y seis diputados.

A efectos de determinar si la adscripción forzosa se encontraba justificada por la naturaleza de los fines perseguidos por la entidad, el TC, aun cuando afirmó que “no cabe dudar de la importancia de las actividades y funciones que se atribuyen a la Cámaras Profesionales Agrarias catalanas”, concluyó que su ejercicio no exige, como disponía el artículo 12.1 de la Ley autonómica, la adscripción obligatoria de todos los profesionales del sector agrario, por lo que declaró la inconstitucionalidad de tal extremo. Esta conclusión fue alcanzada examinando —y que es lo relevante a nuestros efectos— los límites que los artículos 22.1 y 28 de la CE imponen a nuestro legislador, señalando en su Fundamento de Derecho Sexto lo siguiente:

Partiendo del principio general de libertad que inspira el ordenamiento constitucional, resultaría contrario al mismo que la creación de entes de tipo corporativo supusiera una indebida restricción del ámbito de la libertad de asociación, de la libertad de sindicación y del juego del pluralismo social, económico y político, sustrayendo del mismo amplios sectores de la vida social. Los fines, pues, a perseguir por las Entidades corporativas y la actuación de éstas han de ser compatibles con la libre creación y actuación de asociaciones que persigan objetivos políticos, sociales, económicos o de otro tipo, dentro del marco de los derechos de asociación y de libre sindicación, sin que puedan suponer, por tanto, obstáculos o dificultades a esa libre creación y funcionamiento. Ello constituye, pues un primer límite, que pudiéramos denominar externo, a la creación de entes de tipo corporativo, creación que resultará contraria a los mandatos constitucionales de los arts. 22 y 28 CE si en la práctica van a significar una indebida concurrencia con asociaciones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad, o si, con mayor motivo, van a impedir la creación o funcionamiento de este tipo de asociaciones.

A este primer límite se añadió un segundo, basado en la vertiente negativa del Derecho de asociación: “el Derecho a no asociarse”. El TC afirmó que para la obtención de una adecuada representación de intereses sociales u otros fines de interés general no cabía excluir de plano la facultad del legislador de crear entidades corporativas y prever la adscripción obligatoria. Sin embargo, en tanto que ello implicaba una restricción al Derecho de asociación, la adscripción obligatoria a esas Corporaciones Públicas debía considerarse “como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad” y, en todo caso, debía —Fundamento de Derecho Séptimo—:

(...) encontrar suficiente justificación, bien en disposiciones constitucionales, bien, a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persiguen y cuya consecuencia la Constitución encomienda a los poderes públicos, de manera que la afiliación forzosa cuente con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales.

Finalmente, el TC matizó que si bien el ejercicio de funciones administrativas delegadas puede llegar a justificar la adscripción forzosa, “la vaguedad e imprecisión” con que se aludía a tales competencias en la Ley autonómica impedía concluir que en ese supuesto tal obligatoriedad se encontrara justificada.

los que esa imposibilidad o dificultad *a priori* no se presenta. De ahí, afirmó que si bien las Cámaras de Comercio tenían asignadas determinadas funciones de alcance público,

ninguna de ellas justifica la adscripción obligatoria por cuanto no resulta imposible, ni tampoco difícil, ejercer esas funciones a través de técnicas que no constriñan la libertad de asociación de los profesionales del sector profesional de que se trata.

Consecuentemente, tras analizar las funciones asignadas a las COCIN, sostuvo que podían ser desempeñadas por cualquier otra asociación y, en base a ello, falló declarando:

(...) la inconstitucionalidad y nulidad de las Bases Cuarta y Quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 y del art. 1 del Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, en cuanto implicaban la adscripción forzosa a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación⁶⁸¹.

⁶⁸¹ Destaca el Voto Particular formulado por el Magistrado Don Pedro Cruz Villalón, al que se adhirieron el Presidente Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; el Magistrado Don Fernando García-Mon y González-Regueral y el Magistrado Don José Gabaldón López. Los magistrados discrepantes, amparándose en la propia doctrina constitucional que admitía la delegación de funciones administrativas como justificación de la adscripción obligatoria a las Corporaciones de Derecho Público siempre y cuando no fuesen genéricas e imprecisas, entendieron que en el caso de las COCIN existía una concreta regulación y especificación de su funciones administrativas, bastando acudir al Reglamento General de las Cámaras del 74 para constatarlo.

En la misma línea del Voto Particular, la doctrina mayoritaria criticó la conclusión alcanzada por el TC. Por una parte, se interpretó como una falta de reconocimiento de su la labor de fomento, representación y defensa de intereses generales del comercio —de tradición secular— y por la otra, significaba la ruptura respecto de la doctrina jurisprudencial del TS sobre las COCIN, que admitía la adscripción forzosa en razón de los fines públicos confiados a estas entidades. Un ejemplo de ello, es la STS de 18 de diciembre de 1990 en la que se señaló “(...) salta a la vista la imposibilidad práctica de que se cumplan ordenada y concertadamente por asociaciones y sindicatos” —Fundamento de Derecho Octavo—.

En este sentido se pronuncian, entre otros, FANLO LORAS y FERNÁNDEZ FARRERES. El núcleo de la crítica se centraba en la aplicación de los límites del Derecho de asociación del artículo 22 de la CE a los entes corporativos, por cuanto éstos no son asociaciones. FANLO LORAS denuncia la contradicción lógica en la que incurre el TC.

Por otra parte, FERNÁNDEZ FARRERES, sostuvo que:

el test de constitucionalidad así concretado resulta infranqueable, no ya para las COCIN, sino para cualquier otro ente corporativo, cualesquiera que sean los fines asignados. Porque si el criterio consiste en determinar si las funciones asignadas a los mismos pueden ser ejercitadas a través de otras técnicas que no exijan la adscripción obligatoria y, en particular, si pueden encomendarse a asociaciones de tipo privado o realizarse directamente por la propia Administración, es claro que la respuesta siempre habrá de ser afirmativa, con lo que, en estrictos términos, nunca habrá lugar a estimar constitucional la adscripción obligatoria a una Corporación representativa de intereses económicos o, incluso, extremando las consecuencias, representativa de intereses profesionales.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Las cámaras de comercio industria y navegación y el derecho de asociación”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5, 1994, p.28.

La Ley 3/1993, según avanzábamos, y a diferencia de la anterior, sí superó el test de constitucionalidad. Los aspectos sobre los que pivotó el análisis constitucional fueron, de una parte, la existencia o no de adscripción obligatoria en la Ley 3/1993 y, de otra, si las funciones públicas atribuidas por el legislador a las Cámaras eran constitucionalmente suficientes para justificar su adscripción obligatoria o, por el contrario, no legitimaban el sacrificio de la libertad negativa de asociación que garantiza el artículo 22.1 de la CE.

En cuanto al primer aspecto anunciado —existencia o no de adscripción obligatoria— no ofreció mayores complicaciones, toda vez que el Tribunal Constitucional, remitiéndose a la doctrina contenida en su anterior Sentencia núm. 179/1994 —sobre la constitucionalidad de la Ley de Bases de 1911—, concluyó afirmativamente sobre la existencia de un régimen de adscripción obligatoria, en los siguientes términos:

(...) la coincidencia y simultaneidad de la función electoral y la financiación de las Cámaras de Comercio en unas mismas personas da como resultado inevitable una posición jurídica, un status, de dichos ciudadanos que implica una relación de pertenencia o de adscripción a dichos entes públicos corporativos, tal y como razonamos en la STC 179/1994, fundamento jurídico 9.º.

En primer lugar, no cabe ser elector o elegible de una Corporación sin, de algún modo, pertenecer a ella. Si existe el poder de determinar su composición y, en consecuencia, sus manifestaciones de voluntad, ello hace materialmente al cuerpo electoral parte esencial de esta Corporación. En segundo lugar, no puede ignorarse que la cualidad de elector implica *ope legis* un deber de contenido económico, que no puede ser artificialmente desconectado de la intervención de esas categorías de ciudadanos en la constitución de las Cámaras de Comercio. Más aún, tampoco puede olvidarse que son las Cámaras las que determinan, dentro del ancho margen de fines y funciones que establecen los arts. 1 y 2 de la Ley 3/1993, mediante la libre decisión de los órganos de gobierno elegidos por los comerciantes, industriales y nautas, el destino específico de una parte de los rendimientos del recurso cameral, que sólo parcialmente se encuentran afectados directamente por la Ley a fines específicos (art.16). Los preceptos cuestionados, en consecuencia, establecen la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, como establecían la Ley de 29 junio de 1911.

Por lo que respecta al segundo aspecto, el Tribunal Constitucional aplicó la misma norma subconstitucional empleada en su anterior Sentencia y, en base a

Vid.: FANLO LORAS, A. *El debate sobre Colegios profesionales y Cámaras Oficiales: la Administración corporativa en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas; Zaragoza: Prensas universitarias, Universidad de Zaragoza, 1992, p. 116 y ss.

esta norma, centró el análisis en determinar si las funciones asignadas a las COCIN mediante la Ley 3/1993 podían ser llevadas a cabo, sin dificultad, por otro ente asociativo. Dicho de otro modo, si concurría el límite negativo que legitima la adscripción obligatoria. A tal efecto, la norma subconstitucional señalaba que este extremo debía quedar acreditado y, además, amparado porque el ejercicio de dichas funciones se ordenara a la consecución de fines de interés público. Este aspecto resultaba crucial, pues, precisamente, había sido el talón de Aquiles de la antigua Ley de Bases de 1911. No obstante, mediante la Sentencia núm. 107/1996, el Tribunal Constitucional da un giro y salva éste óbice, en los siguientes términos:

(...) siendo la dificultad para la obtención de ciertos fines un concepto jurídico indeterminado, la intensidad de este control ha de quedar matizada separando aquellos casos en los que de forma patente y manifiesta no se aprecie dificultad para conseguir unos efectos sin necesidad de la afiliación obligatoria —zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado— y aquellos otros en los que tal dificultad pueda ofrecer duda —zona de incertidumbre o penumbra del concepto— mientras que en aquellos este Tribunal está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la Ley, en éstos, en cambio, ha de recordarse que el Tribunal Constitucional no puede erigirse en juez absoluto de dicha dificultad, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación.

En base a ello, el Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

(...) examinando los fines de seguridad jurídica perseguidos con la recopilación de costumbres y usos normativos mercantiles o de eficacia en la actuación administrativa a que se aspira con la función de asesoramiento y sugerencia de reformas, o de promoción de la competitividad exterior pretendida con el Plan Cameral, no encuentra base para concluir que, manifiestamente, tales fines podrían obtenerse sin dificultad con una pluralidad de asociaciones o por la propia Administración precisamente en los mismos términos que se esperan de unas Cámaras dentro de los que conviven intereses, experiencias y conocimientos que abarcan todo el círculo de protagonistas de un importante sector de la vida económica. No estamos, pues, en la zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado que es la dificultad y dentro de la cual resulta lícita a este Tribunal la destrucción de la presunción de constitucionalidad de la ley, sino en la zona de incertidumbre o penumbra, en la que ha de reconocerse al legislador un amplio margen de apreciación⁶⁸².

⁶⁸² A la citada Sentencia se opuso un argumentado Voto Particular, suscrito por parte del Magistrado Sr. Rodríguez Bereijo, al que se adhirieron los Magistrados, Sr. González Campos, Sr. Vives i Pi-Sunyer y Sr. Vives Antón. Para estos magistrados el TC debió examinar la situación de

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1996 no significó una ruptura con la línea jurisprudencial iniciada con la precedente Sentencia núm. 132/1989 sobre las Cámaras Agrarias y asumida, también, por la Sentencia 179/1994 sobre las Cámaras de Comercio reguladas bajo la Ley de 1911. Nótese, al respecto, que no se modifica la norma subconstitucional que continúa siendo el parámetro para determinar la constitucionalidad o no de la adscripción obligatoria. El giro del Tribunal Constitucional consiste en el modo de interpretar su propia norma —interpretación, que es casi idéntica a la fundamentación jurídica consignada en el Voto Particular de la Sentencia núm. 179/1994—; lo curioso, en esta ocasión, es, como señala TORNOS MAS:

(...) que para ello se acude a la dogmática administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados en lugar de reconocer más simplemente que al enjuiciar un texto legal se debe acudir a la técnica interpretativa propia de la justicia constitucional. Al acudir a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la consecuencia lógica hubiera sido extremar el nivel de revisión de la conducta del legislador, y entender que correspondía al Tribunal examinar si los fines públicos asignados a las Cámaras podían o no alcanzarse sin dificultad por otros entes o por la propia Administración⁶⁸³.

En suma, si bien la CE no había consagrado en su artículo 52 el régimen de adscripción obligatoria —como tampoco lo hizo en relación con los Colegios profesionales—, la posibilidad constitucional de dicho régimen en las COCIN es claro tras la Sentencia núm. 107/1996⁶⁸⁴.

hecho y, consecuentemente, analizar si las funciones atribuidas a las COCIN hacían muy difícil que estos cometidos fuesen realizados por una entidad de adscripción no obligatoria.

Esta Sentencia también fue criticada por la doctrina, no por el hecho de que se concluyera la constitucionalidad de la Ley, sino por la fundamentación jurídica en la que se basó: la incertidumbre del legislador. Por tanto, a diferencia de otras Corporaciones de Derecho Público, las COCIN de la Ley 3/1993, sí superaron el test de constitucionalidad; no obstante, el motivo principal de esa constitucionalidad no fue otro que la deferencia del TC hacía el legislador.

Autores como los citados FANLO LORAS y FERNÁNDEZ FARRERES, habían negado ya —a propósito de la anterior STC del 94—, la posibilidad de aplicar el artículo 22 de la CE a las Corporaciones de Derecho Público. A esta posición doctrinal se sumaron COSCULLUELA MONTANER, GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍN RETORTILLO, entre otros autores.

Vid.: COSCULLUELA MONTANER, L. "Nuevas tendencias en la regulación de las Corporaciones de Derecho Público". En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración instrumental... Op. cit.* T.I. p. 354 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación... *Op. cit.*, pp. 153-167; y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. "Funciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación". *REDA*, núm. 90, 1996, p. 185 y ss.

⁶⁸³ TORNOS MAS, J. *Op. cit.*, p. 94.

4.3 La modificación de la Ley 3/1993, mediante el Real Decreto-Ley 13/2010

La modificación de la Ley 3/1993, mediante el Real Decreto-Ley 13/2010, requiere que le dediquemos una especial atención, por cuanto las consecuencias que se derivan de dicha modificación podrían llegar a ser determinantes en cuanto a la sujeción de las COCIN a la normativa de contratación del sector público se refiere. La finalidad perseguida con la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2010 fue la de implementar un conjunto de medidas, que si bien de naturaleza distinta, todas ellas eran de contenido o con repercusión económica para contribuir al estímulo y a la mejora del crecimiento y de la competitividad de la economía española, con el objetivo último de sortear y paliar el momento de crisis económico-financiera en que se encontraba —y se encuentra— sumergido el Estado Español. Por este motivo, su articulado prevé fundamentalmente iniciativas y reformas de contenido tributario y fiscal, así como también de modernización y liberalización de determinados sectores estratégicos, como lo son el de infraestructuras aeroportuarias o, incluso, el de las loterías.

Consecuentemente, el estudio que aquí se efectúa del aludido Real Decreto-Ley es de carácter parcial, ciñéndonos en lo que aquí interesa al artículo 4 y a la Disposición Transitoria Primera, cuya fundamentación última la encontramos en la propia Exposición de Motivos, al señalar —Expositivo III— lo siguiente:

⁶⁸⁴ Se ha de destacar que la cuestión relativa a la constitucionalidad de la Ley 3/1993 no quedó definitivamente zanjada con la STC núm. 107/1996. Prueba de ello es que el Consejo ejecutivo de la *Generalitat* de Cataluña y el Gobierno de la *Generalitat* valenciana plantearon recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos básicos de la Ley 3/1993. Dichas Comunidades Autónomas fundamentaron la falta de competencia estatal y, por tanto, la invasión de las competencias en materia de COCIN asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía —Cataluña asumió la competencia exclusiva y Valencia de desarrollo legislativo y la ejecución—. Los recursos fueron estimados parcialmente por medio de la STC núm. 206/2001, de 22 de noviembre que declaró inaplicables los artículos 16.2 y la Disposición Final Segunda a las recurrentes, así como que diversos preceptos únicamente son aplicables de conformidad con la interpretación realizada por el TC.

En concreto, se declara inaplicable el siguiente inciso del apartado segundo del artículo 16 cuando establece: “la tercera parte restante estará afectada a la financiación de colaboración con las Administraciones competentes en las tareas de formación a que se refiere el párrafo f) del apartado 1 y párrafo d) del apartado 2 de la presente Ley”.

La STC afirma, en relación con la Disposición Final Segunda, apartado segundo que atribuye al Estado la facultad de establecer y modificar la afectación del recurso cameral, que las competencias de las Comunidades Autónomas comprenden con carácter general, la facultad de fijar los destinos de los recursos camerales.

En el contexto de dificultades financieras del sector productivo y de incertidumbre sobre la fortaleza y ritmo de recuperación, se hace necesario eliminar aquellas cargas económicas que recaen sobre las empresas de forma directa.

Es el caso del recurso cameral permanente, que la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación estableció con carácter obligatorio para todas las empresas y que ha servido de fuente de financiación principal de las Cámaras.

La reforma hace voluntaria la pertenencia a las Cámaras y la contribución a la ahora denominada cuota cameral. Su eliminación liberará recursos que actualmente recaen directamente sobre dos millones y medio de empresas activas en el mercado y contribuirá a mejorar su competitividad.

Por otro lado, la voluntariedad de la pertenencia a las Cámaras debe ser un incentivo para que cumplan sus funciones con mayor eficiencia que hasta el momento. La necesidad de asegurar el interés de las empresas por seguir contribuyendo servirá de estímulo para impulsar su modernización y consolidación como prestadoras de servicios de mayor utilidad para sus asociados.

El artículo 4 del Real Decreto-Ley se encuentra dividido en quince apartados que, a su vez, modifican los artículos 4, 6, 8.3, 10, 13, 14, 15, 16 y 23 de la Ley 3/1993, y derogan los artículos 11, 12 y 17, así como las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda y la Disposición Final Segunda de la referida Ley. La conclusión que se extrae de su lectura es que la modificación legislativa operada afecta sustancialmente —según ya se ha apuntado— a la supresión de la adscripción obligatoria a las COCIN, y, como consecuencia de ello, el recurso cameral permanente es sustituido por la satisfacción de una cuota cameral por quienes ostenten la condición de miembros —de modo, voluntario—. Se ha de recordar que el artículo 6.1 de la Ley 3/1993, en su redacción inicial, establecía que:

(...) las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional, tendrán la condición de electores de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, dentro de cuya circunscripción cuenten establecimientos, delegaciones o agencias,

mientras que en la redacción actual —derivada del Real Decreto-Ley que nos ocupa— la adscripción adquiere un carácter potestativo pues se recurre a la forma verbal condicional: “Podrán ser miembros de las Cámaras Oficiales de

Comercio, Industria y Navegación (...)⁶⁸⁵. El cambio de régimen se evidencia *per se*: de la adscripción obligatoria a la voluntaria. Como consecuencia directa de dicha modificación, se ha de señalar otra de idéntica importancia. Nos estamos refiriendo al artículo 13.1 que, en su redacción inicial, preveía que los obligados al pago del recurso cameral permanente eran las personas físicas, jurídicas o entidades del artículo 33 de la, entonces vigente, Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria⁶⁸⁶ que, durante la totalidad o parte de un ejercicio económico, hubieran ejercido las actividades del comercio, la industria o la navegación a que se refiere el artículo 6, y por tal concepto hubieran quedado sujetos al Impuesto de Actividades Económicas. Por tanto, todos quienes debían adscribirse a la COCIN que por circunscripción territorial le correspondiera debían necesariamente satisfacer el recurso cameral. Ambos conceptos se presentaban con un conjunto indisoluble. Ahora, sin embargo:

Estarán obligados al pago de la cuota cameral quienes ejerzan las actividades de comercio, la industria o la navegación a que se refiere el artículo 6 y decidan libremente pertenecer a una Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación.

El resto de modificaciones operadas mediante el Real Decreto-Ley derivan de la instauración del carácter voluntario de la adscripción a las Cámaras y de la sustitución del recurso cameral permanente por la nueva cuota cameral, con la supresión, por otra parte, lógica, de los aspectos que se referían a la naturaleza tributaria del recurso cameral permanente como exacción parafiscal — determinación de su cuantía, la liquidación y la afectación en concretos porcentajes de sus rendimientos, así como la participación en su gestión por parte de la Administración tributaria y la fiscalización por el Tribunal de Cuentas—. En particular, a efectos del presente trabajo de investigación, se ha de resaltar la supresión del apartado segundo y tercero del artículo 23 de la Ley 3/1993, donde precisamente se establecía la fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas de los rendimientos del recurso cameral permanente, y la fiscalización por parte de este mismo órgano de las liquidaciones de los presupuestos referentes al Plan Cameral de Promoción de Exportaciones.

⁶⁸⁵ Se ha de señalar que con posterioridad al Real Decreto-Ley 13/2010 se han modificado algunos de los artículos de la Ley 3/1993 mediante la LES. En concreto, el artículo 6.1 es uno de ellos. En relación con el alcance de su reforma, vid.: la siguiente nota al pie 731.

⁶⁸⁶ El artículo 33 de la referida Ley, establecía que: “Tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las Leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás Entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición”.

Por último, no se puede dejar de mencionar que la modificación legislativa operada mediante el Real Decreto-Ley es plenamente constitucional, y ello, por cuanto, tal y como se ha expuesto anteriormente, el artículo 52 de la CE sólo impone que la estructura interna y el funcionamiento de las organizaciones profesionales sean democráticas, no habiéndose logrado —pese a que fue un aspecto debatido por el constituyente— la constitucionalización del régimen de adscripción forzosa. El resto de aspectos —régimen jurídico, funcionamiento, organización, financiación y funciones— pueden ser, por tanto, diseñados libremente por el legislador, por lo que dependerá de cada momento histórico y de las circunstancias políticas y legislativas el establecer uno u otro modelo. La reforma operada, constituye así la voluntad actualizada del legislador de convertir las Cámaras en organizaciones más eficaces a la hora de alcanzar sus funciones en el nuevo contexto socio-económico lo que le ha llevado a instaurar un régimen de adscripción voluntaria⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ En este sentido se pronunció el *Consell de Garanties Estatutaries* de Cataluña en su Dictamen núm. 1/2011, de 22 de febrero, sobre el Real Decreto-Ley 13/2010. En el citado Dictamen se señala:

Efectivamente, como indicado anteriormente, no hay un contenido constitucional mínimo que prescriba como imprescindible y esencial la pertenencia obligatoria a las corporaciones de derecho público por parte de los ciudadanos del sector afectado, de manera que el legislador tiene la capacidad para reformar y modificar este régimen de pertenencia y, en este caso, convertirlo en voluntario. Se trata de una opción que, probablemente, puede llegar a transformar la naturaleza de este tipo de corporaciones, aunque en la actualidad sus funciones sigan siendo las mismas que cuando la anterior normativa preveía la adscripción forzosa, pero estas consideraciones se sitúan más allá del marco constitucional y estatutario.

No obstante, PÉREZ ROYO no opina en estos términos, al considerar que la nueva regulación vulnera el Derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la CE, en concreto, en su vertiente del Derecho de autoorganización, al imponer a las COCIN la forma de organizarse y las funciones públicas a realizar.

El autor señala:

Espero que, tras lo expuesto hasta el momento, haya quedado claro que el legislador, a través del RDL 13/2010, pretendió formalmente hacer una reforma limitada de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, reduciendo el alcance de la modificación de la Ley 3/93, a la supresión de la adscripción forzosa y el pago obligatorio de cuotas, pero materialmente ha introducido un cambio de una magnitud inmensa, en la que a medida en que ha sustituido los fundamentos preconstitucionales en los que descansaban dichos entes, aunque dichos fundamentos fueran aceptados por el Tribunal Constitucional en su STC 107/1994, por otros que son inequívocamente constitucionales. Las Cámaras descansaban en la Ley 3/1993 en la excepción de la vigencia del derecho de asociación y en su configuración, en consecuencia, como una suerte de deber constitucional. El deber constitucional ha desaparecido por completo y hace acto de presencia el derecho de asociación a partir de la reforma operada por el RDL 13/2010. Es el suelo sobre el que se asientan las Cámaras el que ha cambiado.

Hay, pues, una contradicción entre lo que el legislador cree haber hecho y lo que realmente ha hecho.

4.4 El Anteproyecto de Ley Básica de las COCIN aprobado por el Consejo de Ministros el día 10 de mayo de 2013

El Consejo de Ministros, recientemente y a propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad, ha procedido a aprobar el Anteproyecto de la que se configura como la nueva Ley Básica reguladora de las COCIN. Si bien nos encontramos en una fase muy preliminar valga la pena mencionar los motivos que justifican la tramitación de esta nueva disposición, y las principales modificaciones que se prevén en la misma.

La supresión del recurso cameral permanente en el año 2010 generó una situación de incertidumbre en todas las Cámaras de Comercio, al eliminarse su principal ingreso, lo que unido a la ausencia de un nuevo marco legal adaptado a las circunstancias derivadas de esta situación, ponía en riesgo el debido

PÉREZ ROYO, J. Dictamen de fecha 8 de enero de 2011, sobre el contenido y alcance de la modificación de la ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación, operada por el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo [*On line*] [//cecobi.es/images/prensa/Fri20110304144537CEC_Dictamen_Camaras_Comercio.doc.pdf](http://cecobi.es/images/prensa/Fri20110304144537CEC_Dictamen_Camaras_Comercio.doc.pdf) [Consulta: 8 septiembre 2011].

SANZ RUBIALES sostiene la inconstitucionalidad de la reforma a la vista de la situación jurídica que se genera con la misma. En concreto, en la medida en que no se han eliminado las funciones de carácter público-administrativo, el autor afirma que: “No pueden ser financiadas mediante cuotas o precios privados, pues se atentaría contra el artículo 31.1 de la Constitución Española; la financiación de funciones públicas solo puede realizarse mediante los oportunos tributos, y estos no pueden ser establecidos sino mediante Ley”. A lo que añade: “(...) o si se suprimen o, si mantienen las funciones, ha de asignárseles medios para desempeñarlas”.

SANZ RUBIALES, F. “Sobre la inconstitucionalidad de la reforma de las Cámaras de Comercio (art. 4 del Real Decreto-Ley 13/2010)”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 832, 2011, p.9 [*On line*] [http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&srqid=i0ad600790000013ba4170073894efe69&docguid=ld02977002aae11e1bc1201000000000000](http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&srqid=i0ad600790000013ba4170073894efe69&docguid=ld02977002aae11e1bc12010000000000) [Consulta: 16 de diciembre de 2012].

Por otra parte, SIMÓN ACOSTA no se pronuncia sobre la constitucionalidad o no del Real Decreto-Ley, pero afirma que la situación jurídica derivada de la supresión del requisito de adscripción obligatoria y consiguiente pago del recurso cameral “(...) ha privado a la LBCOCIN de una pared maestra y el resto del edificio no puede tenerse en pie. En otras palabras, la derogación de la LBCOCIN hace incurrir en vicio de inconstitucionalidad a la parte no derogada”.

SIMÓN ACOSTA, E. “Cámaras de Comercio sin recursos: inconstitucionalidad de la reforma”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 812, 2011, pp.11 y 12 [*On line*] [http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&srqid=i0ad600790000013ba3f1c580122534c2&docguid=lc61ddc00492811e08e7201000000000000](http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&srqid=i0ad600790000013ba3f1c580122534c2&docguid=lc61ddc00492811e08e72010000000000) [Consulta: 16 de diciembre de 2012].

El autor basa su razonamiento en el artículo 31 de la CE que establece que las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público deberán ser reguladas por Ley, si bien, según añade, éstas en ningún caso pueden regularse arbitrariamente y prescindiendo del principio de igualdad. Según su criterio, esta es la situación en la que han quedado las COCIN tras la modificación operada por mor del Real Decreto-Ley referido.

cumplimiento de las funciones públicas-administrativas que tienen asignadas en la Ley. Así, la nueva disposición pretende reforzar el papel de las COCIN como entidades prestadoras de servicios, reconociendo la necesidad de configurarlas como entidades impulsoras de políticas de apoyo para la dinamización del tejido empresarial, junto con las Administraciones Públicas, las organizaciones empresariales y los propios empresarios. De esta forma se pretende garantizar la continuidad del sistema cameral⁶⁸⁸. Así, la Exposición de Motivos del Anteproyecto señala:

Esta ley introduce una serie de reformas que pretenden impulsar a las Cámaras como entidades de prestación de servicios, abogando un por modelo de Cámaras dirigido a los resultados, todo ello con el fin de reforzar su eficiencia en el desarrollo de las funciones que se les atribuyen.

El Anteproyecto de Ley confirma la naturaleza jurídica de las COCIN como Corporaciones de Derecho Público; se consagra su finalidad de representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas⁶⁸⁹; se instaura

⁶⁸⁸ La Nota de prensa del Ministerio de Economía y Competitividad —10 de mayo de 2013— señala:

La supresión, a partir del 2010, del recurso cameral permanente ha generado una situación de incertidumbre e inseguridad en las Cámaras de Comercio. Esta modificación unida a la ausencia de un nuevo marco legal adoptado a las nuevas circunstancias ponía en riesgo el debido cumplimiento de las funciones público-administrativas que tienen encomendadas dada su naturaleza de corporaciones de derecho público, que mantiene el nuevo texto legal.

El Gobierno promueve con la ley un nuevo marco regulador que dota de claridad y seguridad jurídica a las actuaciones de las Cámaras, tal y como le han venido demandando las propias Cámaras, las Comunidades Autónomas, que son la Administración tutelante de las Cámaras localizadas en su territorio, y distintas organizaciones empresariales.

En consecuencia, la nueva ley está dirigida a sentar las bases de un modelo sólido que garantice la continuidad de un sistema cameral en España similar al de países como Alemania y Austria.

[On line]

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=bf1a8ec040e8e310VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD> [Consulta: 25 de junio de 2013].

⁶⁸⁹ La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley —II— señala lo siguiente:

El Capítulo I regula la naturaleza y funciones de las Cámaras. Permanece su naturaleza de corporaciones de derecho público y las Cámaras seguirán ejerciendo funciones público-administrativas que se mantienen con carácter general respecto a la normativa anterior, aunque se incorporan otras funciones nuevas como son la prestación de servicios en materia de comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y verificación de establecimientos mercantiles e industriales, así como funciones en materia de innovación y simplificación administrativa en los procedimientos para el inicio y

de nueva la adscripción universal y obligatoria de todas las empresas a las Cámaras sin que de ello se derive obligación económica alguna; se establece un sistema de ingresos de las COCIN basado en los servicios que presten y en las aportaciones voluntarias de empresas y entidades; se obliga a publicar las retribuciones e indemnizaciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables de las Cámaras de Comercio; se crea la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de España, asumiendo las competencias del extinto —a futuro— Consejo Superior de Cámaras. Esta Cámara Oficial se configura como órgano de representación y coordinación de todas las Cámaras territoriales, y de ejecución del nuevo Plan Cameral de Internacionalización y del Plan Cameral de Competitividad⁶⁹⁰; y todo el personal de las Cámaras se regirá por la legislación laboral, suprimiendo los vestigios del personal funcional que todavía se encuentra vigente al amparo del Decreto de 13 de junio de 1936 sobre Derechos y Garantías de los empleados de las COCIN.

5. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LAS COCIN A EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

5.1 Naturaleza jurídica de las COCIN

Ya hemos visto *ut supra* que la Ley 3/1993 establece en su Exposición de Motivos, que las Cámaras de Comercio son “Corporaciones de Derecho Público” que participan de la naturaleza de Administración Pública. El reconocimiento de

desarrollo de actividades económicas y empresariales y de la implantación de la economía digital en las empresas.

⁶⁹⁰ Según la referida Nota de prensa del Ministerio de Economía y Competitividad, de 10 de mayo de 2013:

El Plan Cameral de Internacionalización se regula como uno de los principales cometidos que la Cámara de España va a ejecutar bajo la dirección del Ministerio de Economía y Competitividad, en colaboración con el resto de Cámaras de Comercio. En el mismo, además las Cámaras nacionales, participarán también las Cámaras de Comercio de España en el exterior.

El Plan de Competitividad incluirá el conjunto de las funciones públicas que deben desarrollar las Cámaras en apoyo de las empresas españolas, con especial consideración a las pequeñas y medianas. Su finalidad es ordenar y ejecutar, de acuerdo con las prioridades de la política económica del Gobierno, todas aquellas actuaciones que incidan de manera efectiva en la mejora de la competitividad de las empresas.

esa forma concreta de personificación se reproduce en el artículo primero de la Ley, por lo que de una interpretación literal podría llevarnos a afirmar que tal la categorización implica, en cualquier caso, una naturaleza jurídica pública. Sin embargo, nos hallamos ante una cuestión particularmente espinosa y polémica, que se ha visto agravada por el uso equívoco de la denominación de “Corporación de Derecho Público” o de otros conceptos vinculados a nuestro sistema organizativo de la Administración Pública⁶⁹¹.

Por este motivo, se ha de llevar a cabo una labor interpretativa que nos permita concluir la naturaleza pública o privada de las Corporaciones de Derecho Público, en general y, consecuentemente, de las Cámaras de Comercio, toda vez que ello, a efectos del presente trabajo de investigación, nos ayudará a determinar su nivel de sujeción a la normativa de contratación del sector público. La disquisición deber quedar ceñida únicamente a determinar si nos hallamos ante una entidad pública o privada —naturaleza pública *versus* naturaleza privada—, dejando al margen el ambicioso debate de si se integran orgánicamente en el sistema de la Administración Pública española. Se ha de recordar que el TRLCSP contiene en el artículo 3.2 una relación de entidades que a los efectos de la contratación pública, han de considerarse Administración Pública, debiéndose estar a esa categorización, y no a las posiciones doctrinales o jurisprudenciales que tratan la cuestión sobre si las COCIN son o no Administración Pública en sí mismas.

⁶⁹¹ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO han hecho notar la imprecisión del terreno en el que nos movemos, señalando la confusión que evoca el propio término “Corporación de Derecho Público”, así como el manejo de distintas expresiones similares a aquella pero no idénticas. Dichos autores afirman:

Existe desde luego, eso sí, la convicción generalizada de que todos esos significantes sirven para designar organizaciones dotadas de determinadas potestades públicas, pero lo que no se tiene claro —insisto: incluso entre muchos operadores jurídicos— es la exacta naturaleza de ese heterogéneo grupo de organizaciones que así son llamadas.

A lo que añaden: “(...) sin embargo no es posible saber qué bloque jurídico regula o, en su caso, condiciona la actuación de aquéllas sin conocer antes qué naturaleza tienen y si todas ellas tienen la misma naturaleza”.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), II. Navarra: Thomsom, Civitas, 2007, pp. 3469.

5.1.1 Posición doctrinal y jurisprudencial⁶⁹²

Se debe partir de la vigencia de instituciones básicas como la clásica distinción romanista —sistematizada por HEISE—, y a la que apelaron los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ⁶⁹³: *Universitas Personarum* —Corporaciones— *versus Universitas Rerum o Bonorum* —Instituciones—, que ha de ser un referente durante todo nuestro análisis. En esta clásica división, el dato esencial es que la Corporación es “un grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración”, mientras que, por el contrario, la Institución es “un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador en la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente, y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por voluntad del propio fundador”. A partir de las anteriores definiciones y siguiendo a la misma escuela, podemos identificar las siguientes notas características de las Corporaciones: a) Un conjunto de personas —miembros—; b) Titulares de los intereses que el grupo va a servir —interés común de todas ellas que no es lo mismo que interés particular—; c) Organizan el ente y participan en su administración; d) Su voluntad es la del ente a través de un proceso representativo; y e) El sostenimiento económico es propio. *A sensu contrario*, en las Instituciones: a) no hay miembros —aunque pueda haber interesados o destinatarios de la actividad o usuarios—; b) son creadas por un fundador o instituidor que es quién: b1) propone el fin a cumplir —que es externo al ente—; b2) dispone los medios materiales y personales que se afectan al cumplimiento del fin; b3) decide los órganos que lo componen; b4) constituye la voluntad del ente; y b5) sostiene al ente económicamente⁶⁹⁴. En lo que respecta a la

⁶⁹² Una síntesis de la evolución doctrinal sobre el concepto de Corporación de Derecho Público puede verse en las siguientes obras: FANLO LORAS, A. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *Op. cit.*; FANLO LORAS, A. *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras... Op. cit.*; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J. *Op. cit.*; y GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, pp. 340-355 y 362-396.

⁶⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T.I, T.I. *Op. cit.*, 15.ª ed., 2011, pp. 401 y 402.

⁶⁹⁴ Se ha de precisar que en la distinción de ambas figuras jurídicas los autores añaden otro elemento esencial que es la contraposición del principio de autoadministración por el que se rigen las Corporaciones al organizativo burocrático de las Instituciones. De acuerdo con el primero, los interesados que integran las Corporaciones gestionan sus propios asuntos, aunque sea bajo la tutela de la Administración Pública; de conformidad al segundo, la Institución se presenta como organización puramente instrumental de la voluntad del fundador al servicio de la finalidad establecida, de forma que los titulares de los órganos son simples comisionados del fundador y, normalmente, están controlados y son revocados por aquél.

distinción entre las Corporaciones sectoriales de base privada-privadas y las Corporaciones sectoriales de base privada-públicas, la diferenciación obedece al dato formal de su creación. Así, mientras que las primeras se constituyen por el acuerdo libre de sus miembros —pacto asociativo previo—; las segundas, son creadas por una Ley o a través de una resolución administrativa. Por tanto, la constitución es lo que determina la personalidad jurídica pública o privada, con independencia de que en ambos casos la base del ente sea asociativa.

Dicho lo anterior, y sin perjuicio de las modulaciones que se aprecian en los criterios sostenidos por los diversos autores, lo cierto es que la mayoría de la doctrina aboga por la naturaleza pública de las Corporaciones de Derecho Público, conclusión que también es alcanzada por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ahora bien, no puede obviarse que existe también otra corriente doctrinal, que sostiene que esta tipología de entidades es, en esencia, de carácter privado. Así, SANTAMARÍA PASTOR, tras señalar que la calificación de un ente como público o privado es algo convencional y que depende de la perspectiva que se adopte, entiende a renglón seguido que “si hubiere que optar entre una y otra calificación global, la de entes privados parece claramente preferible (...)”, concluyendo que:

estas entidades no disfrutan —salvo excepcionalmente— de las potestades y privilegios típicos de los entes públicos (autotutela, expropiatoria, sanción y normación *ad extra*), recuperación de oficio de sus bienes, prohibición de interdictos, etc.)⁶⁹⁵.

Por otra parte, las Instituciones pueden ser públicas o privadas. En esta diferenciación el centro de gravedad recae sobre el patrimonio. En las privadas el patrimonio es un elemento básico y ello es debido a que “la voluntad creadora es la voluntad fugaz de un sujeto mortal y, por tanto, la posibilidad jurídica de estos entes radica en la admisión de una congelación de esa voluntad en el momento en que se expresa el acto fundacional y en la admisión de su eficacia perpetua, por encima de la limitación temporal del sujeto que la ha manifestado”. No ocurre lo mismo con las Instituciones públicas, precisamente porque el sujeto no necesita asegurar la pervivencia de su *creatura* instrumental porque le podrá acompañar durante toda su existencia. En consecuencia, el hecho patrimonial no es esencial y, de hecho, en la actualidad, el sostenimiento de estas entidades es a cargo de fondos presupuestarios o de la afección a la caja del ente institucional de exacciones propias. La inexistencia de ese patrimonio independiente es lo que determina la dependencia constante, estrecha y efectiva, sin perjuicio —y este dato es determinante— de su autonomía funcional que es puramente ejecutiva u operativa.

⁶⁹⁵ Las razones que llevan al autor a sostener la naturaleza privada de las Corporaciones de Derecho Público son las siguientes:

1. (...) porque los intereses cuya custodia se confía a estos entes son mayoritariamente privados de sus miembros (...), lo único que es de interés público es la existencia misma de las entidades, así como determinadas funciones que las normas les asignan.

En la misma línea, T.R. FERNÁNDEZ, en un momento inicial, manifestó que el recurso a la personalidad jurídica-pública de estas organizaciones en muchos casos bien carece de apoyo legal o bien es insostenible con arreglo precisamente a su propia regulación. El autor señala que la configuración y constitución de entidades como las que son objeto de análisis obedece meramente a un mecanismo técnico-jurídico al que el ordenamiento recurre para hacer viable la colaboración de los particulares en las funciones públicas. Por tanto, con independencia del desarrollo de las funciones públicas que pudieran tener encomendadas, el elemento determinante bajo esta perspectiva es su configuración como “organizaciones empresariales”, lo que *per se* denota posicionarse a favor de una naturaleza jurídica privada de la entidad. En este sentido, y en lo que a las Cámaras del Comercio se refiere, el autor manifiesta:

(...) no son otra cosa que organizaciones empresariales cuya finalidad primera es la defensa de sus propios intereses profesionales del comercio y de la industria, incluso frente a la Administración.

De estas organizaciones profesionales se sirve, a su vez, la propia Administración para el cumplimiento y la realización de determinadas funciones suyas, expresamente asumidas por ella, que en ningún caso puede abandonar y que, de otro modo, tendría que realizar a través de sus propios medios y de sus propios órganos y funcionarios.

Esta realidad pesa más y es mucho más importante que las simples calificaciones normativas, que partiendo de arriba abajo, no logran explicar con claridad el doble régimen jurídico aplicable a las Cámaras y

-
2. (...) porque del conjunto de sus funciones, sólo pueden considerarse como públicas una parte reducida del total que desempeñan (...). el resto son puras funciones dirigidas al interés particular de sus miembros (...).
 3. (...) porque sólo el ejercicio de dichas funciones públicas encomendadas o delegadas es lo que se somete, *ratione materiae*, al derecho administrativo (...) y sólo los actos dictados en relación con las mismas son los susceptibles de recurso contencioso-administrativo.
 4. (...) porque en todo lo que no supone ejercicio de dichas funciones públicas concretas, estas entidades actúan con pleno sometimiento al derecho privado: sus bienes no son demaniales, ni disfrutan de protección especial alguna; sus contratos son, siempre, contratos privados; su personal es, salvo excepciones contadas, personal laboral, sus fondos o recursos económicos son fondos privados, no sometidos a los principios de legalidad tributarias y de contabilidad pública (también con excepciones: así, los tributos que tienen afectados las cámaras de comercio y las de la propiedad urbana, o los fondos que el estado transfiere a los colegios de abogados para el pago del turno de oficio).

el ámbito preciso al que se extiende correctamente cada uno de esos regímenes jurídicos⁶⁹⁶.

En esa misma línea, GUAITA, al analizar la naturaleza de las Comunidades de Regantes, señala que los intereses que justifican la existencia de una Corporación de Derecho Público son privados —particulares de sus miembros—, añadiendo que en la mayoría de los casos nacen como asociaciones privadas, luego convertidas de interés público y posteriormente en Corporaciones. De ahí que el autor, efectuando el análisis desde la perspectiva de si tales entidades pueden ser o no Administración Pública, concluya que, a la vista de la propia evolución histórica de las entidades, de su estructura y de sus fines, no existe razón alguna “(...) que fuerce a calificar a las corporaciones como entidades de Derecho público, como Administraciones públicas. Más bien, al contrario, hay poderosas razones para configurarlas “asociaciones privadas de interés público”⁶⁹⁷.

Expuesta la corriente doctrinal que, aun reconociendo el carácter bifronte de esta tipología de entidades, se decantaría por la naturaleza privada de las Corporaciones de Derecho Público y, por ende, de las COCIN, se ha de poner en evidencia que dicho posicionamiento no varía nuestras conclusiones al respecto. El criterio doctrinal mayoritario —que compartimos— califica a las Corporaciones de Derecho Público como entidades de naturaleza pública y revela la superación de la concepción en virtud de la cual admitir el carácter público de la naturaleza jurídica de estas entidades supondría afirmar que se tratan de verdaderas Administraciones Públicas.

⁶⁹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1972, p.64.

Este posicionamiento debe contextualizarse en el momento histórico en el que se inserta: pleno apogeo de la democracia orgánica en el que cualquier tipo de agrupación con un atisbo de naturaleza asociativa quedó imbricada en el sistema de sindicación vertical. Más adelante, en el periodo democrático T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ matizará su postura con GARCÍA DE ENTERRÍA.

⁶⁹⁷ GUAITA MARTORELL, A. “Naturaleza de las comunidades de regantes y de sus jurados de riego”. En: BOTANA AGRA, M.; [et al.]. *Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 515-531.

Se ha de advertir, al efecto de contextualizar el posicionamiento del autor, que años atrás en su obra el *Derecho administrativo especial*. T. V. Zaragoza: Librería General de Zaragoza, pp. 36-52, había sostenido la tesis diametralmente opuesta, al considerar a las Corporaciones de Derecho público como Administraciones públicas.

Sin perjuicio de las modulaciones y matices de las tesis sostenidas por los distintos autores, se ha optado por considerarlos de forma unitaria tomando como único elemento de referencia el posicionamiento sobre la naturaleza jurídica pública de la entidad, dejando, por tanto, en segundo plano la polémica sobre su identificación o no con la Administración Pública, dado que tal y como hemos señalado antes, esta categorización no incide en el asunto que nos ocupa —la contratación del sector público—, cuya normativa se encarga de delimitar tal concepto a los efectos que nos interesan. Así, entre otros, ENTRENA CUESTA, DEL SAZ, PIÑAR MAÑAS, PARADA VÁZQUEZ, ARIÑO y SOUVIRÓN, FANLO LORAS, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, VILLAR PALASÍ GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, coinciden en considerar que las Corporaciones de Derecho Público —por tanto, también las COCIN— ostentan naturaleza jurídica pública. Así, ENTRENA CUESTA defiende la naturaleza pública de las Corporaciones en la propia atribución conferida *ex lege*, es decir, el carácter público o privado de la naturaleza jurídica obedece al dato formal de su creación⁶⁹⁸. Del mismo parecer son DEL SAZ y PIÑAR MAÑAS quienes también sostienen la forma pública de personificación en base al origen. y ello sin perjuicio de su base asociativa⁶⁹⁹. Y

⁶⁹⁸ ENTRENA CUESTA se expresa en los siguientes términos:

Las corporaciones son entes públicos institucionales. (...) entre nosotros creemos que no puede plantearse el problema de *lege data*, dado que, de una parte, el carácter público se atribuye de manera específica a las corporaciones, por las normas que las crean o reconocen y, de otra, la propia ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa les asigna, de forma general, esta naturaleza al establecer que se entenderá por administración pública “las corporaciones (...) sometidas a la tutela del estado o de alguna entidad local” (art. 1º 2.c). Claro está que ello no implica que todos sus actos sean administrativos, pues frecuentemente se moverán en la órbita del derecho privado. Aún más, a diferencia de lo que ocurre en otros restantes sectores de la administración, puede afirmarse que el derecho administrativo no es el ordenamiento jurídico común y normal de las corporaciones de este carácter, sino que éstas actúan, como regla, sujetas al derecho privado, y sólo excepcionalmente, se mueven en la órbita de aquél: en la medida en que ejercen, por asignación del legislador, funciones públicas, como ha proclamado la STC 76/1983, de 5 de agosto.

ENTRENA CUESTA, R. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1994, p. 230.

⁶⁹⁹ DEL SAZ señala al respecto:

La primera cuestión, es decir, la discusión sobre la naturaleza pública de las Corporaciones, fue zanjada por el propio legislador teniendo en cuenta que la mayoría de sus normas reguladoras las han venido calificando expresamente como entidades de Derecho público a la vez que el art. 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incluía dentro de las Administraciones a efectos de la competencia de dicha jurisdicción “las corporaciones e instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Administración Local”, personificación pública que, como veremos, es imprescindible dado el origen público de estas entidades y la obligatoriedad de adscripción.

SAZ CORDERO, S. DEL. *Cámaras Oficiales... Op. cit.*, p. 71.

esta es también la conclusión que se extrae del criterio mantenido por PARADA VÁZQUEZ, que, en síntesis, afirma:

Las Corporaciones no territoriales o Entes Públicos asociativos, como los denomina la doctrina italiana, pueden definirse como asociaciones forzosas de particulares, creadas por el Estado, que, igualmente, les atribuye personalidad jurídica pública para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privativos de sus miembros, desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico, cuyo ejercicio se controla por la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁰⁰.

Bajo otra perspectiva, ARIÑO y SOUVIRÓN defienden la naturaleza pública de estas entidades a la luz del análisis, precisamente, de su propia naturaleza y de sus notas definitorias, haciendo especial hincapié en que dicha aseveración no implica concluir que las corporaciones sean encuadrables en la organización estatal⁷⁰¹. En la misma línea, FANLO LORAS se posiciona a favor de la naturaleza pública de las referidas entidades, siendo interesantes —por sintéticas y esclarecedoras— las razones en las que sustenta sus conclusiones:

PIÑAR MAÑAS entiende que ha sido el legislador quien ha optado por definir a las Cámaras de Comercio como Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, debido a la asignación de funciones públicas y, consecuentemente, ha optado por la naturaleza pública. Entiende el autor, que constituye una manifestación clara y poco común de participación de los ciudadanos en la gestión de intereses colectivos mediante entidades que ostentan una doble naturaleza, pública y privada.

PIÑAR MAÑAS, J.L. En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO FERRER, M.; *et. al. Op. cit.*, pp. 277 a 311.

⁷⁰⁰ PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Derecho administrativo II*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 322.

⁷⁰¹ Así se pronuncian ARIÑO y SOUVIRÓN:

Desde nuestro punto de vista, entendemos que los colegios profesionales son entes de naturaleza pública; sus notas definitorias esenciales exigen esa caracterización jurídico-pública. En otro caso, no serían más que asociaciones no diferenciables de otras comunes y el análisis sería por tanto irrelevante. Ahora bien, siendo públicas, son personas públicas no estatales; y por tanto, en ningún caso puede predicarse de ellas su “encuadramiento en la organización estatal”, aun cuando ejercen funciones que el Estado les confíe. Es importante mantener esta diferencia entre la idea de encuadramiento, que tiene un sentido orgánico, estructural, organizativo, y configura la condición del sujeto (todo ente “encuadrado” es un ente estatal y goza, por tanto de la condición de administración-sujeto), y la idea de absorción de fines o transferencia de funciones y potestades, que no se refiere al sujeto, sino a su actividad, aunque en función del carácter de aquéllas el sujeto adquiera naturaleza pública (no estatal).

ARIÑO ORTIZ, G.; SOUVIRÓN MORENILLA J.M. *Constitución y colegios profesionales: una reflexión sobre las corporaciones representativas*. Madrid: Unión Editorial, 1984, p.135. Véase, también: ARIÑO ORTIZ, G. “La administración institucional: origen y personalidad”. *RAP*, núm. 63, 1970, pp. 85-130; y del mismo autor: “Corporaciones profesionales y administración pública”. *RAP*, núm. 72, 1973, pp. 27-72.

- a) En primer lugar, difícilmente se entendería la solución definitivamente adoptada por el Tribunal Constitucional en cuanto al título competencial (art. 149.1.18 de la CE).
- b) La utilización del verbo “participar” puede resultar equívoca, pudiera entenderse que sólo una parte de la misma tiene naturaleza de Administración y la otra no; sin embargo, desde un punto de vista organizativo, no cabe siquiera pensar en esa posibilidad: no hay híbridos organizativos, o se es o no se es, o se tiene personalidad pública o no se tiene, pero no cabe “participaciones”. Distinta es la cuestión de las funciones que realicen, de la naturaleza de las mismas y del régimen jurídico mixto al que está sujeta la actividad de los entes corporativos.
- c) Su encuadramiento en el sistema de Administraciones Públicas es también indudable, lo que no quiere decir que sea Administración Pública del Estado. Son Administraciones.
- d) Sólo configurándolas como personas jurídicas públicas (Corporaciones de Derecho Público) tienen justificación plena algunas de sus características (obligatoriedad de pertenencia, monopolio o exclusividad de las funciones públicas realizadas)⁷⁰².

Merece especial mención MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ quién enarbola el estandarte *iuspublicista*, defendiendo que las Corporaciones son organizaciones jurídico-públicas que ejercen un poder que no se diferencia del que ejercen las demás Administraciones Públicas, sin perjuicio de que el Derecho administrativo que las rige contenga amplias remisiones o aperturas expresas o implícitas al Derecho privado⁷⁰³.

⁷⁰² FANLO LORAS, A. *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras... Op. cit.*, p. 71-77.

⁷⁰³ El autor se pronuncia en los siguientes términos:

aunque todo está siendo discutido y las leyes estatales generales de los noventa se han decantado en otra dirección, nos parece que las corporaciones de derecho público de carácter sectorial son siempre y sólo entidades públicas y, como tales, siempre y sólo también administraciones públicas, a las que debe aplicarse plenamente la garantía constitucional del derecho administrativo, aún con las adaptaciones que justifique razonablemente su real dimensión y peculiaridades. no sólo cuando ejerzan funciones o potestades públicas, sino, siempre y en todo, pues su condición pública deriva de su origen y conformación estructural como personas jurídico pública, como poder público — algo impuesto, por tanto—, y sabido es que tan importantes prerrogativas “en más” son para el sistema de garantías que comporta el derecho público, los llamados “privilegios en menos”, es decir, las obligaciones, sujeciones, vinculaciones, condicionamientos a que toda organización de poder público debe someterse en su actuación por el simple hecho de serlo. La legislación y la práctica de la comunidad autónoma siguen, sin embargo, las pautas al uso instaladas por ahora en la legislación estatal, mayoritarias en la doctrina y que han penetrado no sin contradicciones, la jurisprudencia.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: J.L. “Castilla y León”. En: BASSOLS COMA, M. (Coord.). *La Administración Pública de las Comunidades Autónomas*. Madrid: INAP, 2004, pp. 824 y 825.

En la misma línea, VILLAR PALASÍ afirma que las Corporaciones de Derecho Público son una especie de *pseudo-administración* o entidades que no son Administración Pública *stricto sensu*, sirven fines públicos y sus acuerdos son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁰⁴, y T.R. FERNÁNDEZ, ahora con GARCÍA DE ENTERRÍA, quienes, tras reiterar que las Corporaciones sectoriales de base privada poseen personalidad jurídica pública, insisten en que ello no implica una identificación íntegra con las Administraciones Públicas. Los autores califican a estas Corporaciones de Administraciones *secundum quid*. En base a su argumentación, una Corporación de Derecho Público no será una Administración Pública por esencia y en su totalidad; sin perjuicio de que sea titular de funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por actos de la Administración⁷⁰⁵.

Una vez expuesta la opinión doctrinal sobre la naturaleza jurídica pública de las Corporaciones de Derecho Público —y por ende de las COCIN—, a continuación hacemos notar que la misma se encuentra refrendada por parte de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo. La jurisprudencia ha sostenido que las Corporaciones de Derecho Público son entidades de naturaleza pública

Este autor también se refiere a esta cuestión en: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “El concepto de Administración Pública de la Ley de lo Contencioso tras la Constitución de 1978”. *RAP*, núm. 96, 1981, pp. 179-233; y “Naturaleza de las Corporaciones públicas profesionales”. *REDA*, núm. 39, 1983, pp. 603-607.

⁷⁰⁴ En concreto el autor señala que:

Tal es el fenómeno de la extensión de la administración pública a actos que no son propiamente actos de la administración pública más que un sentido muy amplio, que comprende desde los colegios profesionales hasta las cámaras y llegando a las comunidades de regantes. Tales entes no son propiamente administración pública, pero están tutelados por la administración, y tienen toda una serie de privilegios que comparten con la administración propiamente dicha. Simultáneamente sus acuerdos son también impugnables en la jurisdicción contencioso-administrativa que, en puridad de términos, sólo debe cubrir aquellos actos de la administración pública sujetos a derecho administrativo, tal y como la ley de la jurisdicción enuncia.

VILLAR PALASÍ, J. “Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales”. En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración instrumental... Op. cit.* T.I., p. 160.

⁷⁰⁵ Los autores afirman:

(...) más que de tal identificación subjetiva entre corporaciones de base privada y administraciones públicas podría hablarse, más técnicamente, de que aquéllas vienen a actuar como verdaderos agentes descentralizados de la administración. con lo cual, al margen ya de su forma pública de personificación, que es debida a otros funcionalismos, como hemos visto, su régimen vendría a equipararse al de los supuestos de autoadministración cumplidos por entidades propiamente privadas (...).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo. T.I. *Op. cit.*, 9.ª ed., 1999, p. 388.

sin perjuicio de su base asociativa y sin que tal reconocimiento implique admitir la identificación —al menos pura— de estas entidades con la Administración Pública. Así, descartando el encuadramiento y consideración automática de estas entidades como Administración Pública, debemos referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 1983, relativa a las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, donde se afirmó que pese a su cualidad de personas jurídico-públicas, no pueden conceptuarse como entes característicos de la Administración pública por constituir realmente asociaciones de personas para la defensa de sus intereses. Al respecto, se señaló:

Que respecto del tema básico del carácter o no de funcionarios públicos de los Secretarios de las Cámaras de la Propiedad Urbana debe partirse como dato de la naturaleza jurídica que corresponda atribuir a las Cámaras que ser no obstante cualidad de personas jurídico-públicas, no pueden conceptuarse como entes característicos de la Administración pública por constituir realmente asociaciones de personas para la defensa de sus intereses (...); en definitiva se trata de corporaciones oficiales de derecho público, colaboradoras de la Administración pero que no cabe encuadrarlas en ninguno de los tipos de entes de la Administración Pública puesto que el art. 5º A de la Ley de 26 diciembre 1958 las excluye del ámbito de los organismos estatales autónomos⁷⁰⁶;

⁷⁰⁶ En ese mismo sentido, se han de destacar las SSTS de fecha 14 de febrero de 1985, donde se enjuiciaba el Reglamento del Cuerpo Nacional de Secretarios de Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y la de fecha 19 de diciembre de 1989. En esta última, al referirse a los Colegios Profesionales, se señala:

(...) son corporaciones públicas por su personificación y organización, pero que, a pesar de ello, realizan una actividad predominantemente privada; es más, el hecho de que tengan atribuidas algunas funciones públicas no las convierte en Administraciones propiamente dichas, ya que ellas no agotan el contenido de las funciones colegiales pues, en realidad, son facultades añadidas a ellas; es así como se explica que parte de sus actos se hallen sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, los menos, y el resto a la jurisdicción ordinaria (...) y por ello se encuadran legalmente de la Administración Pública, si bien sólo en su concreta actuación relativa a la representación externa y disciplina interna de la actividad o profesión, estando en lo demás sujetos a las prescripciones del derecho privado; es más, el hecho de que tengan atribuidas algunas funciones públicas, no las convierten en Administración propiamente dicha, ya que ellas no agotan el contenido de las funciones colegiales, pues, en realidad, son facultades añadidas a ellas; es así como se explica que parte de sus actos se hallen sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, los menos, y el resto a la jurisdicción ordinaria, particular éste al que se refieren las Sentencias de esta Sala de 12 de marzo y 26 de diciembre de 1979, concretando esta última que aunque se encuentran sometidos a la tutela del Estado —y por ello se encuadran legalmente dentro de la Administración Pública, si bien sólo en su concreta actuación relativa a la representación externa y disciplina interna de la actividad o profesión estando en los demás sujetos a las prescripciones del Derecho privado— no forman, en realidad parte del mismo en ninguna de sus esferas (central o periférica); esta situación intermedia hace sea de difícil aplicación al caso la prohibición contenida en el párrafo cuarto apartado a), del art. 28 de la Ley Jurisdiccional, máxime teniendo en cuenta la personalidad jurídica reconocida a cada uno de los Colegios y el existir excepciones que, aunque concretas, no permiten generalizar la prohibición para este tipo de entidades, habida cuenta además, que, como señala la representación del Colegio recurrente, la duda no puede resolverse en sentido

Este posicionamiento es también el que actualmente se mantiene. Es sumamente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha de 20 de enero de 2009, en la que se conoció de la controversia relativa a la legitimidad de la Cámara de Comercio de Madrid para impugnar una Orden dictada por la Administración tutelante a través de la que se aprobó la liquidación del presupuesto ordinario de ingresos y gastos de la referida entidad. El Alto Tribunal reconoce que las COCIN gozan de autonomía organizativa, funcional y financiera, en correspondencia con el cumplimiento de sus fines de contribuir a la defensa de los intereses económicos que le son propios, señalando, de conformidad con su anterior Sentencia de fecha 14 de julio de 2003 — Fundamento de Derecho Cuarto—, lo siguiente:

(...) Las Corporaciones de Derecho Público integran lo que tradicionalmente se ha llamado Administración Corporativa, cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución y, en lo que ahora nos afecta, en el artículo 52 de ésta que establece que: "La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos". Tal como se ha sostenido esos entes corporativos son expresión de la interacción Estado-sociedad. Son entes híbridos, esto es, con manifestaciones del Derecho Público y del Derecho privado que, tradicionalmente adoptan una forma de personificación pública, como persona jurídica de Derecho Público, pero que ejercen funciones tanto públicas, como privadas. (...)

El Tribunal Constitucional ha elaborado su doctrina acerca de la naturaleza de las Corporaciones de Derecho Público, declarando, en síntesis, lo siguiente: A) Las Corporaciones de Derecho Público son propiamente organizaciones de base y fines privados, pero con una dimensión pública por su conexión, también con el interés público y presentan una doble dimensión (sentencia 76/1983, de 5 de agosto. B) En cuanto participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, la competencia del legislador estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ex artículo 149.1.18 de la Constitución, alcanza a las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales sentencia antes citada y 18/1984, de 7 de febrero. C) Finalmente en las sentencias 123/1987, de 15 de julio y 113/1994, de 14 de abril, se utiliza, ya directamente, la denominación de Corporación sectorial de base privada.

De ahí cabe extraer, como han señalado destacados autores, las siguientes conclusiones: a) Se trata de Corporaciones que agrupan sectores de personas asociadas alrededor de una finalidad específica —a diferencia de las Corporaciones territoriales— en las que la cualidad de

restrictivo dado el contenido del art. 24 del texto constitucional, donde se proclama el derecho de todos a tener la tutela electiva de los Tribunales.

sus miembros está determinada por una condición objetiva que se relaciona con el fin corporativo específico. 2) A las funciones específicas que en la defensa de los intereses de sus miembros, en cuanto dentro de ellas se canalizan intereses sectoriales de los mismos, puede adicionarse por el Ordenamiento Jurídico, directamente o por delegación de las Administraciones Públicas la atribución de facultades que normalmente son propias de estas últimas.

Por tanto, reconociéndose el carácter bifronte de esta tipología de entidades, corrobora, de forma indubitada, que “tradicionalmente adoptan una forma de personificación pública”. Más cercana en el tiempo, es la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 1 de febrero de 2011 donde el Alto Tribunal, analizando las Comunidades de Regantes, afirma lo siguiente:

Por ello cabe concluir que las Comunidades de Regantes forman parte de la denominada Administración Corporativa, caracterizados por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero que a la vez que satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta pública-privada, al igual que otro tipo de entidades asociativas previstas en nuestro ordenamiento como son los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y las extinguidas Cámaras de la Propiedad Urbana.

No obstante, el propio Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Cuarto de la referida Sentencia matiza la anterior afirmación y señala:

Por ello, la interpretación que realiza la Sala de instancia no resulta correcta, pues las Comunidades de Regantes, aun tratándose de Entidades de Derecho Público, no están incursas en todo caso, siempre, en la falta de legitimación prevista en el epígrafe c) del artículo 20 porque aun adscritas al Organismo de Cuenca que ejerce sobre las potestades de tutela únicamente en los supuestos previstos en la Ley de Aguas, realizan fines de naturaleza mixta, referidos tanto a la consecución del interés general como a la satisfacción de los intereses privados de los comuneros, revistiendo esta última actividad analogías con las organizaciones profesionales para la defensa de los intereses económicos propios (ex artículo 52 de la Constitución). Esta naturaleza mixta público-privada de su actividad impide su incardinación indefectible como integrante de la Administración, vinculada o dependiente de la misma en términos de superior jerárquico, existiendo una esfera importante de su actuación ajena e independiente de la Administración caracterizada por la consecución de intereses privados de sus miembros, a la que no alcanza la falta de legitimación prevista en el apartado c) del artículo 20 de la Ley Jurisdiccional, que niega legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración Públicas a “Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, respecto de la actividad de la que dependan”.

En suma, las conclusiones que se extraen de la doctrina mayoritaria y del criterio jurisprudencial expuesto, aun poniendo el énfasis en uno u otro aspecto, es que si bien las Corporaciones de Derecho Público no son órganos administrativos integrados en el concepto de Administración Pública, su personalidad jurídica sí es pública, sin perjuicio de su carácter bifronte que determina y justifica la dualidad de regímenes jurídicos a los que se hallan sometidas.

5.1.2 Posicionamiento del Tribunal Constitucional

Según el intérprete constitucional, las notas características que definen la naturaleza jurídica de las Corporaciones de Derecho Público, son las siguientes: a) Se trata de organizaciones de base y fines privados, pero con una dimensión pública por su conexión con el interés público, presentando, por tanto, una doble dimensión; b) Participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas con arreglo al artículo 149.1.18.º de la CE; y, por último c) Bajo la denominación de Corporaciones de Derecho Público se constituyen no sólo para defender los intereses privados sino que atienden a finalidades de interés público.

Tras reseñar las notas principales sobre las que pivota la doctrina constitucional acerca de la naturaleza jurídica de las Corporaciones de Derecho Público en general y también, específicamente, en lo que a las COCIN se refiere, abordamos en concreto cuáles son los pronunciamientos del Tribunal Constitucional más significativos y que han contribuido a la determinación de los elementos que han servido de base para articular el posicionamiento del máximo intérprete de la CE.

Siguiendo un orden cronológico, nos remontamos, en primer lugar, al Auto núm. 93/1980 del Tribunal Constitucional, de 12 de noviembre, en el que, analizando un recurso de amparo interpuesto por un licenciado en Derecho contra la denegación de su incorporación a un Colegio Profesional, el máximo intérprete de la Constitución afirma que “los Colegios profesionales son entes públicos de carácter corporativo”. Sin lugar a dudas, la conclusión apuntada es trasladable a las entidades que ahora se analizan. Por otra parte, la primera Sentencia que adquiere una mayor relevancia a nuestros efectos es la núm. 76/1983 —ya citada anteriormente—, dado que constituye, según ha sido referido, la fuente de la mención que, una década después, fue incluida en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1993. Con ello nos estamos refiriendo a la máxima de que las COCIN

“participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas”⁷⁰⁷. No merece tampoco nuestro desconocimiento la Sentencia núm. 18/1984 del Tribunal Constitucional, de fecha 7 de febrero, de la que se infiere que el artículo 52 de la CE es una manifestación de la “interacción entre Estado y sociedad”, que se traduce “tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en la ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante”. Por tanto, partiendo de que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que “se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado”, el Tribunal Constitucional reconoce la dificultad existente para “calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica”.

Del mismo modo, también se reconoce el carácter dual de las Corporaciones de Derecho Público en la Sentencia núm. 20/1988, de 18 de febrero. Mediante este pronunciamiento se conoció del Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la *Generalitat* de Cataluña, contra el artículo 15.2 de la LPA, al entenderse que dicho precepto vulneraba el artículo 9.23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña del 79, cuando atribuía a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de “Colegios Profesionales y ejercicio de profesiones tituladas sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 36 y 139 de la Constitución”. Sin necesidad de entrar a conocer el fondo del asunto y los razonamientos jurídicos sobre los que se asentaron las pretensiones autonómicas —pues ello excedería del objetivo que aquí se persigue—, sí que merece traer a colación el criterio jurisprudencial del que la propia Sentencia se hace eco en relación con la naturaleza jurídica de las Corporaciones de Derecho Público en general y de los Colegios Profesionales en particular. Así el máxime intérprete de la Constitución recuerda lo siguiente:

(...) Como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones (Ss 76/1983, de 5 de agosto, 23/1983, de 20 de febrero, y 123/1987, de 15 de julio), los Colegios Profesionales son Corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden finalidades de interés público, en

⁷⁰⁷ Se ha de recordar que a través de este pronunciamiento se resolvió el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de la LOAPA. Para mayores detalles sobre este pronunciamiento judicial nos remitimos al epígrafe 3.2 del presente trabajo de investigación.

razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público, cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo cual sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional no niega ninguna de las dos facetas de la bifrontalidad de las Corporaciones de Derecho Público —pública o privada—, lo que sucede es que pone el énfasis en una u otra atendiendo al asunto objeto de controversia. Así, cuando lo que se ha cuestionado es la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ha hecho hincapié en el carácter público de las COCIN, proclamando su “participación” de la naturaleza de las Administraciones Públicas. Por el contrario, cuando la polémica se ha centrado en otras cuestiones como la legitimidad de la adscripción obligatoria, el Tribunal Constitucional ha invocado el Derecho el Derecho de asociación⁷⁰⁸.

El Tribunal Constitucional, en sus recientes sentencias, sigue manteniendo el mismo criterio, y buena prueba de ello es la Sentencia núm. 31/2010, de fecha 28 de junio, dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la ya citada, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en lo referente a la impugnación del artículo 125 de la Ley Orgánica de reforma, relativo a “Corporaciones de Derecho Público y profesiones tituladas”, afirmó con rotundidad que:

⁷⁰⁸ Al respecto LÓPEZ BENÍTEZ y REBOLLO PUIG señalan:

(...) partiendo de un escalonamiento en la intensidad de la intervención de los poderes públicos sobre las entidades asociativas, según su relevancia para el interés público, explica que algunas de éstas no pasan de ser simples asociaciones, otras se convierten en ‘asociaciones privadas de configuración legal a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo’ (federaciones deportivas) y, otras finalmente, pueden llegar a ser configuradas en determinados supuestos como Corporaciones de Derecho público, pasando a tener personalidad jurídico-pública (...). Pero incluso éstas se incluyen en un concepto amplio de asociaciones y no en las Administraciones: ‘...siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una peculiar o especial clase de ellas, con reglas legales propias... distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico-privada’ (FJ 7 de STC 89/1989, de 11 de mayo).

LÓPEZ BENÍTEZ, M.; REBOLLO PUIG, M. “Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18 de la Constitución a entes no administrativos”. En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración Instrumental...Op. cit.* T. I. p. 509.

(...) las corporaciones de Derecho público, tanto si son representativas de intereses profesionales (Colegios profesionales), como si lo son de intereses económicos (Cámaras de Comercio, Industria y Navegación u otras), tienen la condición de Administraciones públicas de carácter corporativo, es decir, realizan, además de funciones representativas de intereses privados, funciones de carácter público bajo tutela de la Administración (...).

Así las cosas, el máximo intérprete de la CE también aboga por la naturaleza jurídica pública de las COCIN.

5.1.3 Nuestro posicionamiento: Las COCIN ostentan personalidad jurídica pública

Como ya hemos dicho anteriormente, a nuestros efectos lo determinante es concluir si las COCIN ostentan o no personalidad jurídica pública, dejando para un momento posterior si se deben considerar Administración Pública de conformidad con el TRLCSP, categorización que no nos vendrá dada por las opiniones doctrinales o jurisprudenciales que se han pronunciado sobre el alcance de las Corporaciones de Derecho Público, sino por su inclusión o no en el artículo 3.2 del TRLCSP.

Se puede afirmar que las Corporaciones de Derecho Público son entidades, dotadas de personalidad jurídica pública en las que, junto a la defensa de intereses estrictamente privados propios de los miembros integrantes, coexiste el ejercicio de funciones públicas. Son varios los argumentos que sustentan esta posición. En primer lugar, la propia denominación de “Corporación de Derecho Público” a que se refiere el artículo 1 de la Ley 3/1993. En segundo lugar, el ejercicio de funciones público-administrativas que la Ley atribuye a este tipo de entidades y, en último término, el régimen de tutela al que dichas entidades se encuentran sujetas y que son de carácter irrenunciable.

Además, esta conclusión se encuentra refrendada por el análisis de otros cuerpos normativos de nuestro ordenamiento jurídico que inciden de pleno en las Corporaciones de Derecho Público. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 30/1992 enumera los entes que, a los efectos de la referida Ley, deben entenderse como Administración Pública —las Administraciones territoriales *stricto sensu* y las “entidades de Derecho público” con personalidad jurídica propia “vinculadas o dependientes” de cualesquiera de las Administraciones

Públicas mencionadas—. En relación con estas últimas, expresamente se prevé que quedan obligadas a sujetar su actividad a Ley cuando ejerzan potestades administrativas⁷⁰⁹. Por tanto, el precepto relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/1992, en principio, no hace alusión expresa a las Corporaciones de Derecho Público, mención que, sin embargo, sí encontramos en la Disposición Transitoria Primera de la Ley, que bajo el propio título de “Corporaciones de Derecho Público”, establece:

Las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda.

La alusión directa a esta tipología de entidades en su Disposición Transitoria Primera, debe ser interpretada en coherencia con la “participación” de estas entidades de la naturaleza jurídica de Administraciones Públicas. Nótese, que el legislador no se ha referido a otras formas de personificación como las sociedades mercantiles o las fundaciones del sector público. Insistimos, la propia Ley hace una referencia expresa a las Corporaciones de Derecho Público y determina la aplicabilidad parcial de la norma en lo que proceda y en tanto no se complete su legislación. Ello, constituye un claro indicio del componente público de la naturaleza jurídica de esta categoría de entidades tal y cómo actualmente están configuradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, se ha de significar que la propia Ley 3/1993, en el artículo 1.3 prevé expresamente la aplicación de la Ley 30/1992 con carácter supletorio:

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación se ajustarán a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de desarrollo que se dicten por la Administración Central o por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. Les será de aplicación, con carácter

⁷⁰⁹ El tenor literal del artículo 2 de la Ley 30/1992 es el siguiente:

1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:
 - a) La Administración General del Estado.
 - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
 - c) Las entidades que integran la Administración Local.
2. Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de administración pública. estas entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

supletorio, la legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas en cuanto sea conforme con su naturaleza y finalidades.

Por tanto, la aplicación de la Ley 30/1992 a las COCIN queda configurada legalmente por mor de la Ley 3/1993, con carácter supletorio y con carácter transversal dada la consideración de precepto básico que reviste el apartado tercero del artículo primero transcrito.

Avanzando en el análisis de nuestro posicionamiento, se ha de destacar que otro de los cuerpos normativos de los que se extraen parámetros complementarios para sostener la naturaleza pública de las COCIN es la LJCA. También en este caso, la Ley define, en el apartado segundo del artículo 1, lo que se entiende por Administración Pública a efectos procesales, no haciendo referencia a las Corporaciones de Derecho Público⁷¹⁰. Pese a no ser referidas de manera expresa en el citado artículo, sus actos y actuaciones quedan sujetos al control jurisdiccional, de acuerdo con el artículo segundo de la LJCA cuando establece en la letra c) lo siguiente: “Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”. Esta previsión legal es coherente con la atribución legal de funciones público-administrativas y con el carácter bifronte de su naturaleza jurídica. En consecuencia, las conclusiones alcanzadas y expuestas *ut supra* respecto de la Ley 30/1992 son

⁷¹⁰ Los apartados segundo y tercero del artículo 1 de la LJCA señalan:

2. Se entenderá a estos efectos por administraciones públicas:
 - a) La Administración General del Estado.
 - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
 - c) Las entidades que integran la Administración Local.
 - d) Las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.
3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:
 - a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del congreso de los diputados, del senado, del tribunal constitucional, del tribunal de cuentas y del defensor del pueblo, así como de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al tribunal de cuentas y al defensor del pueblo.
 - b) Los actos y disposiciones del consejo general del poder judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales, en los términos de la ley orgánica del poder judicial.
 - c) La actuación de la administración electoral, en los términos previstos en la ley orgánica del régimen electoral general.

trasladables a la LJCA, por tanto ello vuelve a reafirmarnos en la naturaleza jurídica pública de las Corporaciones de Derecho Público.

Siguiendo con la exposición de los cuerpos normativos de los que, en nuestra opinión, contienen elementos que constituyen muestras del componente público que impregna la naturaleza jurídica de las Corporaciones de Derecho Público, nos referimos, ahora, a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁷¹¹ cuando el artículo 41.2 prevé:

El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior [siendo estos los artículos 14 a 29 y 30 de la CE], originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Nótese, que la dicción literal del artículo establece la facultad de recurrir en amparo constitucional aquellas “disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho” originados —entre otros sujetos— por los “(...) demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional”. La calificación expresa de “públicos” que la referida Ley Orgánica atribuye a los entes de carácter corporativo —Administración Corporativa— revela y, a su vez, confirma de nuevo el componente público que impregna estas entidades⁷¹².

Por otra parte, resulta oportuno hacer referencia al régimen del personal de las Cámaras de Comercio y, en concreto, desde la entrada en vigor de la Ley 3/1993, a la coexistencia del régimen de personal laboral —artículo 7.2 y 7.3—⁷¹³

⁷¹¹ En adelante, LOTC.

⁷¹² Se ha de hacer notar que mediante Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Se modificó la anterior LOTC, siendo, precisamente, el artículo 41, en su apartado segundo, objeto de reforma, no afectó a dicha mención, manteniéndose, por ende, la alusión expresa a “demás entes públicos” de “carácter corporativo”.

⁷¹³ Es clara la Ley sobre el régimen laboral de su personal, por cuanto el artículo 7.2 y 3 establece:

2. Las Cámaras tendrán un Secretario General con voz y sin voto, que velará por la legalidad de los acuerdos de los órganos de gobierno y cuyo nombramiento, previa convocatoria pública de la vacante, y cese corresponderán al Pleno de la Corporación por acuerdo motivado adoptado por la mitad más uno de sus miembros. También será competencia del Pleno el nombramiento de los titulares de los demás cargos de alta dirección.

Todo el personal al servicio de las Cámaras quedará sujeto al Derecho laboral.

y el régimen del personal subsistente por mor de la Disposición Transitoria Octava de esa misma Ley, que prevé lo siguiente:

Al personal que a la entrada en vigor de la presente Ley se encuentre al servicio de una Cámara, o del Consejo Superior, al amparo del Decreto de 13 de junio de 1936, y figure incluido en la plantilla establecida por el artículo 2 del mismo, le será aplicable dicho régimen de personal. Al resto de los empleados de las Cámaras y del Consejo Superior, así como al que se contrate a partir de la entrada en vigor de esta Ley, le será de aplicación la legislación laboral⁷¹⁴.

A nuestro modo de ver, la Disposición referida muestra la dualidad de regímenes existentes. La voluntad del legislador en torno a esta cuestión fue la de mantener una situación de transitoriedad respecto del personal sujeto al régimen del Decreto de 13 de junio de 1936 sobre Derechos y Garantías de los empleados de las COCIN, limitando, claramente, los efectos retroactivos de la Ley 3/1993. Desde la entrada en vigor de la Ley, el régimen del personal es laboral, pero debemos cuestionarnos cuál es la naturaleza del régimen que se determina en el Decreto 13 de junio de 1936 al que se remite la referida Disposición Transitoria.

El artículo 2 del citado Decreto⁷¹⁵, al que se remite la Disposición Transitoria Octava de la Ley 3/1993 no ofrece los suficientes elementos para identificar cuál es la naturaleza jurídica de la relación de los empleados de las Cámaras de Comercio. No obstante, otros preceptos del Decreto permiten concluir que se trata de una norma de Derecho público, en la que se prevé una relación jurídica administrativa que lleva aparejada un régimen estatutario y, por tanto, no se trata

-
3. Cada Cámara tendrá su propio Reglamento de Régimen Interior, que será propuesto por el Pleno Corporativo y aprobado por la Administración tutelante, la cual podrá también promover su modificación. En él constará la estructura de su Pleno, el número y forma de elección de los miembros del Comité Ejecutivo y, en general, las normas de funcionamiento de sus órganos de gobierno, así como el régimen del personal al servicio de la Cámara.

⁷¹⁴ Como se ha dicho *ut supra* la dualidad de regímenes —funcionarial y laboral— desaparece en el Anteproyecto de la nueva Ley Básica de las COCIN. Así la Disposición Adicional Única de la Ley señala lo siguiente:

El personal que a la entrada en vigor de la presente ley se encuentre al servicio de una Cámara, Consejo o del Consejo Superior al amparo del Decreto de 13 de junio de 1936, pasará a regirse por la legislación laboral vigente.

⁷¹⁵ El artículo 2 del Decreto de 13 de junio de 1936 sobre Derechos y Garantías de los empleados de las COCIN establece lo siguiente:

Cada cámara determinará, según sus posibilidades económicas, las categorías y remuneraciones de sus empleados, formando plantillas que serán sometidas reglamentariamente a la aprobación del Ministerio de Industria y Comercio, juntamente con los presupuestos de la Corporación.

de una relación laboral. Esta afirmación se presenta como *tertium non datur*, por cuanto no puede obviarse que a través de dicho Decreto se hacen extensivos a todos los empleados, técnicos y subalternos de las Cámaras, los derechos de inamovilidad del artículo 57 del Reglamento de 1929⁷¹⁶. Del mismo modo, no pueden pasar inadvertidos otros aspectos que nos revelan y nos confirman que se trata de una verdadera relación estatutaria. En este sentido destacamos el artículo 3 cuando se refiere a las sanciones de los Secretarios y de los empleados de las Cámaras, en base al Estatuto de Funcionarios del Estado —si bien de manera modulada—. A renglón seguido, el mismo artículo hace referencia a los expedientes de suspensión de sueldo y empleo tramitados. Al respecto, se prevé la posibilidad de que el acuerdo que se dicte pueda recurrirse ante el órgano superior jerárquico. Por otra parte, los artículos 4 y 5 contienen, respectivamente, expresiones tales como “funcionarios de las Cámaras” y “funcionarios propietarios”, que si bien en este caso no pueden ser interpretadas *stricto sensu*, sí que deben entenderse como una clara asimilación de los empleados de las COCIN con los funcionarios⁷¹⁷.

⁷¹⁶ El artículo 57 del Reglamento de 1929 establecía lo siguiente:

Las Cámaras tendrán un Presidente, uno o dos Vicepresidentes, según sea mayor o menos de 25 el número de sus miembros; un Contador, un Tesorero, elegidos todos ellos por mayoría absoluta de votos entre los miembros que constituyan la Corporación y un Secretario permanente, retribuido, con voz consultiva, pero sin voto, que formará parte de la Mesa y será nombrado por la Corporación con sujeción a las disposiciones legales correspondientes, también por mayoría absoluta de votos, y destituible sólo por igual mayoría a causa de incapacidad física, ineptitud o falta grave en el desempeño del cargo, en sesión convocada expresamente para ello y previo expediente que forzosamente habrá de formar la Mesa y, en la cual será oído el interesado. Del acuerdo de la Cámara se podrá apelar ante el Ministerio de Economía Nacional, el cual resolverá después de oídos el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y la Dirección General de Comercio.

⁷¹⁷ Es así, además, como lo vienen reconociendo nuestros Tribunales de Justicia. A estos efectos, interesa la doctrina del TS mantenida en el Auto de fecha 20 de septiembre de 2005, recaído en el recurso de apelación interpuesto contra una STSJ de Andalucía, que declaró la inadmisibilidad por falta de competencia de este orden jurisdiccional para resolver el recurso promovido contra el Acuerdo de la Cámara de Sevilla, sobre un despido efectuado en base a un contrato de trabajo. Lo relevante del Auto del TS es que, confirmándose la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de una cuestión derivada de un contrato laboral en toda regla realizado por la Cámara de Comercio de Sevilla, reconoció expresamente la asimilación que el Decreto de 13 de junio de 1936 sobre Derechos y Garantías de los empleados de las COCIN hizo de los empleados de las Cámaras a los funcionarios públicos. Así se señaló:

Pero teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos del auto recurrido (que aceptamos íntegramente) y además la existencia de un contrato de trabajo, de carácter temporal, suscrito por las partes y registrado en las Oficinas del INEM, para la prestación de servicio, con una determinada categoría laboral, a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, dentro de cuyo ámbito jurídico se produce la decisión de esta última de “despedir” a la recurrente, debemos considerar al Orden Social de la Jurisdicción como

Por tanto, el Decreto de 13 de junio de 1936 sobre Derechos y Garantías de los empleados de las COCIN, es revelador del verdadero trasfondo y de la finalidad perseguida con la remisión que efectúa la Disposición Transitoria Octava de la Ley 3/1993, cual es, la pervivencia del régimen estatutario junto con el nuevo régimen laboral —a efectos futuros—. Consecuentemente, la dualidad de regímenes —funcionarial y laboral— constituye un elemento adicional para confirmar la naturaleza pública de las COCIN.

competente para conocer de tal materia, sin que a ello sea óbice el carácter de Corporación de derecho Público que ostenta la Cámara, pues no todos los actos de la Administración Pública están atribuidos al conocimiento de esta Jurisdicción; sino sólo los de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo —artículo 1.1 LJCA— carácter este último que no tiene el actuar de la Cámara al “despedir” a quien está a ella unido por una relación laboral, y en cuya actuación es de aplicación la regla del artículo 2.º.a) de la LJCA, que excluye de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública se atribuyan por Ley a la Jurisdicción Social.

Ni tampoco es óbice a la validez de la relación laboral concertada entre partes la asimilación que el Decreto de 13 junio 1936 hizo de los empleados de la Cámara a los funcionarios públicos, pues ello tampoco comporta el que la Cámara no pueda tener empleados en régimen laboral, cuando, precisamente, en el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, reformada por la Ley 23/1988 se permite que puestos de trabajo de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos así como las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social puedan ser desempeñados por personal laboral en los supuestos expresamente contemplados.

Asimismo, resulta ilustrativa la STS de fecha 21 de octubre de 2008 en la que se conoció del recurso de casación interpuesto contra una STSJ de la Comunidad Valenciana, mediante la que se desestimó el recurso de reposición promovido contra una Resolución del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad valenciana, desestimatoria, a su vez, de la petición de revisión de oficio de una resolución anterior, recaída en un expediente de regulación de empleo en la Cámara de Valencia tramitado en base al Estatuto de Trabajadores.

Al respecto, el TS afirmó lo siguiente:

De una parte, porque el artículo 102 de la Ley 30/1992, que regula la revisión de los actos nulos, autoriza a la Administración de oficio o a instancia de parte, a declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1 de la misma norma y este precepto declara que son nulos de pleno derecho los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y en tal supuesto hay que incluir a la resolución de 7 de marzo de 1996 sobre la que se ha instado la revisión, en cuanto autorizó el despido colectivo de determinados trabajadores, entre los que se encuentran los recurrentes, al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, cuando, como la propia sentencia recurrida refiere, no era aplicable tal procedimiento, según han declarado reiteradamente la jurisdicción social y Contencioso-Administrativa en las sentencias que la propia sentencia recurrida refiere. Pues conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Octava de la Ley 3/1993 los empleados de las Cámaras de Comercio e Industria que prestarán servicios con anterioridad al 13 de abril de 1993, solo podían ser despedidos mediante el oportuno expediente por ineptitud o falta grave en el desempeño de sus deberes, y por tanto no estaban sujetos al régimen de despido colectivo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, cual así además lo ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo para un supuesto similar, referido a otros empleados de la misma Cámara de Comercio de Valencia, por sentencia de 3 de diciembre de 2004, recaída en el recurso de casación núm. 5758/2000.

En último término, se debe acudir a otros cuerpos normativos que, si bien ajenos *ratione materiae* a las Corporaciones de Derecho público, inciden en ellas. Con ello no se pretende realizar un examen exhaustivo de las distintas legislaciones sectoriales que puedan incidir, directa o indirectamente, en esta tipología de entidades, sino que con ello lo que tratamos de evidenciar es que la naturaleza pública de estas entidades no es puesta en tela de juicio por estos cuerpos normativos ni por la doctrina que los interpreta.

Merece nuestra atención la Ley 60/2003, de fecha 23 de diciembre, de Arbitraje⁷¹⁸ y, en concreto, su artículo 14 relativo al arbitraje institucional, por cuanto entre los sujetos a los que se les puede encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros se prevé, en su apartado primero letra a), a las “Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras”.

Lo que a nuestros efectos resulta interesante es hacer notar la interpretación doctrinal sobre la alusión expresa a las Corporaciones de Derecho público en la Ley de Arbitraje. Así, GASPAR LERA afirma que “en la expresión de Corporaciones de Derecho Público debe entenderse incluida la Administración Pública en toda su extensión; esto es: la estatal, la autonómica, la local y, además, la institucional”⁷¹⁹. Por su parte, MARESCA LASA sostiene que de lo dispuesto en la letra a) del artículo referido “(...) no se reconoce que todas las Administraciones Públicas puedan desempeñar la función de institución arbitral, sino, exclusivamente, las Corporaciones de Derecho Público (...)”⁷²⁰. De esta afirmación se colige que la autora otorga a las Corporaciones de Derecho Público el rango de Administración Pública. Pese a que ambos autores difieren sobre el alcance y sentido que debe otorgarse al concepto de Corporación de Derecho Público, convergen, a nuestro modo de ver, en reconocer la naturaleza

⁷¹⁸ En adelante, Ley de Arbitraje.

⁷¹⁹ GASPAR LERA, S. *El ámbito de aplicación del Arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 259 (Cit. MARESCA LASA, A. *El Arbitraje Administrativo* [Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Barcelona, 2005], p. 219).

Se ha de advertir que la interpretación que realiza la autora es en base a la redacción original del artículo 14.1 a). No obstante ello y, habida cuenta que la versión actual también recurre expresamente al concepto de Corporación de Derecho Público, entendemos que lo sostenido es extrapolable a la redacción actual del precepto.

⁷²⁰ MARESCA LASA, A. *Op. cit.*, pp. 219 y 220.

pública de esta tipología de entidades. Reconocimiento, que también efectúa ANDRÉS CIURANA al señalar que:

(...) la solución adoptada por nuestro legislador puede calificarse de intermedia. Entre la máxima liberalización del arbitraje institucional, permitiendo que cualquier persona jurídica pueda actuar como institución arbitral, tal como se preveía en el Anteproyecto de la Ley, y la solución más restrictiva consistente en reservar la posibilidad de administrar el arbitraje únicamente a determinados entes de Derecho Público, bajo el control y tutela de la Administración (...) ⁷²¹.

Por todo lo anterior, y sin perjuicio del carácter bifronte que caracteriza a las COCIN, debemos concluir, a los efectos que aquí nos ocupan, que se trata de entidades de naturaleza jurídica pública, y ello con independencia de las conclusiones que alcancemos en el epígrafe correspondiente sobre si deben ser consideradas Administraciones Públicas desde el punto de vista de la contratación del sector público, que, en su caso, se extraerá del análisis del artículo 3.2 del TRLCSP.

Por último, se ha de señalar que la naturaleza jurídica de las COCIN no se ha visto desvirtuada por la modificación operada en la Ley 3/1993, mediante el Real Decreto -Ley 13/2010. Aunque se ha suprimido la adscripción forzosa y el recurso cameral permanente, la creación —y la propia existencia— *ex lege* de estas Corporaciones junto con el régimen de atribución de funciones públicas, que se ha mantenido inalterado, unido al régimen de tutela de la Administración Pública que no ha sufrido modificación alguna, conlleva que nos posicionemos en afirmar la inmutabilidad de su naturaleza jurídica pública ⁷²². Cuestión distinta es que nos planteemos si la modificación legislativa debió suprimir también la

⁷²¹ ANDRÉS CIURANA, B. “Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)”. *Actualidad Civil*, núm. 1, 2001 (Cit. MARESCA LASA, A. *Op. cit.*, p. 219).

Es de destacar que el criterio expuesto de este autor no se refiere, a diferencia de GASPAR LERA y MARESCA LASA a la redacción original del artículo 14.1 a) de la Ley de Arbitraje, sino a su precedente legislativo, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cuyo artículo 10.1 a) —al que se alude en el comentario expuesto— también contemplaba a las “Corporaciones de Derecho Público”, por lo que entendemos que es plenamente válida y trasladable a la actual regulación.

⁷²² En sentido contrario se pronuncia DEL SAZ cuando afirma lo siguiente: “La obligatoriedad no es, pues, un elemento accidental en las Corporaciones públicas, muy al contrario, es lo que garantiza el cumplimiento de los fines públicos que se le atribuyen (...)”, y de conformidad con ello concluye que “la obligatoriedad es lo que determina que las Corporaciones queden en el ámbito del Derecho público y lo que las diferencia de las asociaciones privadas”.

SAZ CORDERO, S. DEL. *Cámaras Oficiales... Op. cit.*, p. 71.

asunción de funciones públicas por parte de las COCIN, tras la eliminación de la adscripción obligatoria y de la supresión del recargo cameral, ya que en el panorama actual éstas se encuentran obligadas a realizar funciones públicas, cuyo ejercicio deberá ser financiando a través de sus propios medios. No obstante, pese al interés teórico que puede tener el asunto anunciado, su análisis excede del objeto del presente trabajo de investigación, dado que las posibles conclusiones que se puedan alcanzar no modificarían nuestro posicionamiento sobre la naturaleza pública de las COCIN.

5.2 Las COCIN satisfacen necesidades de interés general

A diferencia de las fundaciones que satisfacen necesidades de interés general porque el fin fundacional es lo que justifica su creación, en el caso de las Cámaras de Comercio la satisfacción de esas necesidades es inherente a las funciones que desempeñan por imperativo de la Ley 3/1993⁷²³. De ahí que para poder alcanzar una solución correcta a la cuestión planteada se haga necesario analizar los concretos cometidos atribuidos a las Cámaras. A tal efecto, conviene remontarnos a la tramitación parlamentaria de la Ley 3/1993, en concreto, a la redacción inicial propuesta —y aprobada por el Gobierno— del artículo 1.2., que era del siguiente tenor:

(...) tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses económicos y corporativos del comercio, la industria y la navegación, y la prestación de servicios a los empresarios que ejerzan las indicadas actividades (...) ⁷²⁴.

La mención a los “intereses económicos y corporativos del comercio, la industria y la navegación” contenido en el texto inicial desaparece en el trámite parlamentario y es sustituida por la siguiente dicción: “(...) tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, y la prestación de servicios a las empresas que

⁷²³ En este sentido, se avanza que para alcanzar una conclusión y poder posicionarnos en relación con el aspecto que ahora se analiza, no resulta necesario examinar exhaustivamente las diferentes funciones que se atribuyen de forma específica en las distintas legislaciones autonómicas dictadas con arreglo a la asunción de la competencia para el desarrollo legislativo y de ejecución en materia de COCIN. Ello por cuanto el mínimo denominador común que se deriva de la Ley básica —y que es por tanto aplicable con carácter transversal a todas las Cámaras— se presenta suficientemente concluyente para determinar en todas ellas la concurrencia o no, de la satisfacción de intereses generales.

⁷²⁴ BOCG Serie A, núm. 103-01, de 25 de septiembre de 1992.

ejerzan las indicadas actividades (...)⁷²⁵. El matiz no es baladí, ya que mientras en el texto original presentado por el Gobierno “la representación, promoción y defensa de los intereses económicos y corporativos del comercio, la industria y la navegación” evoca el concepto de “intereses empresariales”, la redacción finalmente aprobada es distinta, ya que al referirse expresamente en un sentido más amplio a los “intereses generales”, se salvaguardan los “intereses de las empresas”, descartando de este modo que el interés quede circunscrito a la defensa del interés específico de los empresarios.

En línea con lo apuntado, la Exposición de Motivos de la Ley 3/1993 justifica la atribución de las funciones de carácter “público-administrativo” a las COCIN, vinculándolo al interés general que persiguen, pues, en caso contrario, no concurriría impedimento alguno para que tales funciones fueran desarrolladas de forma eficaz por otras asociaciones representativas de intereses colectivos. A tal efecto, la Exposición de Motivos —párrafo quinto— señala:

Estas funciones, cuya asunción por las Cámaras se justifica ante la imposibilidad de que fuesen desarrolladas eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses, muchas veces contrapuestos, se refieren a la emisión de informes, recopilación de usos mercantiles, expedición de certificados, etc., así como a la promoción de los bienes y productos españoles en el exterior.

En consecuencia, tanto de la tramitación parlamentaria del artículo 1.2 de la Ley como de la propia justificación de la Exposición de Motivos se derivan razones suficientes para afirmar que las COCIN satisfacen necesidades de interés general. Ésta es también la conclusión que se extrae de la interpretación que el Tribunal Constitucional lleva a cabo del artículo 52 de la CE en el que se encuadran, como ya hemos visto, las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos como las COCIN. En este sentido, se ha de recordar que el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 52 contempla la “interacción entre Estado y sociedad” y que ello se traduce “tanto en la

⁷²⁵ La redacción final del artículo 1.2, tal y como quedó incorporado en la Ley 3/1993, es la siguiente:

Además del ejercicio de las competencias de carácter público que les atribuya la presente Ley y de las que les pueda encomendar y delegar las Administraciones Públicas, tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, industria y la navegación, y la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades, sin perjuicio de la libertad sindical y de la asociación empresarial y de las actuaciones de otras organizaciones sociales que legalmente se constituyan.

participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en la ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante”.

Como venimos diciendo, las Cámaras *ab initio* se conciben como expresión de los intereses generales y, en concreto, del Comercio, de la Industria y de la Navegación. Más allá de la finalidad de las COCIN recogida en el artículo 1.2 sobre “la representación promoción y defensa de los intereses generales” en los ámbitos referidos, la concurrencia de este elemento se evidencia también en el elenco de funciones recogidas en la Ley. Así, se han de distinguir las que de forma concreta prevé la Ley bajo el calificativo de funciones de carácter “público-administrativo” — apartado primero y segundo del artículo 2— de aquellas otras que puedan ser encomendadas o delegadas por las Administraciones Públicas. Todas son concebidas como “funciones públicas”⁷²⁶, en concurrencia, lógicamente, con otras privadas fruto del carácter bifronte —público-privado— de esta tipología de entidades. Estas funciones públicas son predicables de todas y cada una de las COCIN, con independencia de su ámbito territorial de actuación, por cuanto: a) Las funciones “público-administrativas” del apartado primero del artículo 2 de la Ley 3/1993 son de carácter básico por mor de su Disposición Final Primera y, por tanto, de aplicación transversal a todas las Cámaras de Comercio; b) Las funciones previstas en el apartado segundo del artículo 2 de la referida Ley también revisten el carácter de “público-administrativas” y deben ser desarrolladas por dichas Corporaciones al margen de la forma y extensión vengan reguladas en las distintas legislaciones de las Comunidades Autónomas según sus respectivos títulos competenciales; y c) Todas las Administraciones Públicas pueden encomendar o delegar a favor de las COCIN el desempeño de funciones y actividades que sean competencia de aquéllas.

Situados aquí, es obligado entrar a examinar el haz de funciones legalmente atribuidas a las COCIN. Así, del análisis de los apartados primero y segundo del artículo 2 de la Ley básica distinguimos un primer grupo —las consultivas y asesoras—, que configuran a las COCIN como “órganos consultivos y de

⁷²⁶ Al respecto, MARTÍN-RETORTILLO señala:

Funciones *públicas*, pues, desde una triple perspectiva: las que como tales las atribuye expresamente la propia ley, las que también como propias se deducen de la representación de los intereses generales del Comercio, la Industria y la Navegación; y las que puedan encomendarles las Administraciones públicas.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Funciones de las Cámaras... *Op. cit.*, p. 190.

colaboración con las Administraciones Públicas”. Bajo esta categoría se individualizan, por un lado, la consistente en “Proponer al Gobierno, a través del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, cuantas reformas o medidas crean necesarias o convenientes para el fomento del comercio, la industria y la navegación” —artículo 2.1 c)— y la relativa a “Ser órgano de asesoramiento de las Administraciones Públicas, en los términos que las mismas establezcan, para el desarrollo del comercio, industria y navegación” —artículo 2.1 d)—. Otro de los cometidos asignados a las Cámaras y que ha de incluirse en este primer grupo de funciones —artículo 2.2.f—, es de:

Informar los proyectos de normas emanados por las Comunidades Autónomas que afecten directamente a los intereses generales del Comercio, la Industria o la Navegación, en los casos y con el alcance que el ordenamiento jurídico determine.

y la de “Colaborar con la Administración competente, informando los estudios, trabajos y acciones que se realicen sobre la ordenación del territorio y localización industrial y comercial” —artículo 2.2.h)—⁷²⁷. No obstante, estas funciones dependerán de la regulación propia de las Comunidades Autónomas según la competencia asumida en la materia.

Un segundo grupo de funciones son las relativas al fomento del comercio exterior, entre las que destacan, la exportación y el Plan Cameral de Promoción

⁷²⁷ En cuanto a las funciones de carácter público-administrativo a desarrollar por las Comunidades Autónomas en función de su competencia sobre la materia, se ha de concluir que, analizados los distintos cuerpos normativos, no existen grandes diferencias entre las legislaciones autonómicas, ni en aquellas dictadas en virtud de competencias exclusivas, ni en aquellas otras promulgadas al amparo de competencias de desarrollo legislativo y de ejecución. Lo cierto es que en la mayoría de supuestos se reproduce la formulación genérica establecida en la Ley 3/1993.

En este sentido y en lo que nos concierne a la categoría de funciones que ahora se analizan, se ha de destacar la Ley extremeña 17/2001, dictada por la Comunidad Autónoma de Extremadura en virtud del desarrollo legislativo y de ejecución asumido. En concreto, su artículo 10 enumera las funciones que deben entenderse de colaboración precisando expresamente que se “desempeñaran sin contraprestación económica”. En concreto, se refieren a las siguientes: 1. Formular propuestas a las distintas Administraciones Públicas en materia de localización industrial e infraestructuras; 2. Colaborar con los órganos competentes de la Junta de Extremadura informando los estudios, trabajos y acciones que se realicen sobre la ordenación del territorio, medio ambiente y localización industrial y comercial, cuando así se requiera por la Administración; 3. Colaborar con los diferentes organismos públicos en todo cuanto se refiere a los intereses generales del comercio y la industria; 4. Ser oídas en los asuntos que, estando relacionados con la actividad económica de la región, afecten a los intereses generales del comercio o de la industria; 5. Emitir los informes que la Administración tutelante les solicite y tengan relación con sus fines; 6. Realizar actividades de apoyo y estímulo a la exportación; auxiliar y fomentar la expansión económica de la región en el exterior, cooperando con la Administración, de acuerdo con las directrices de la Administración tutelante; 7. Crear y participar en organismos cuyo objeto sea la realización de fines consultivos o de promoción de intereses generales. A tal fin, podrán actuar por sí solas o concertadas con otras Cámaras, órganos de la Comunidad Autónoma de Extremadura y demás entes públicos y privados, previa autorización de la Administración tutelante; y 8. Ejercer las funciones que se les encomienden como concesionarias o encargadas de la gestión de servicios públicos.

de las Exportaciones. Esta función, de carácter básico y “público-administrativa” —prevista en la letra e) del artículo 2.1— consiste en:

Desarrollar actividades de apoyo y estímulo al comercio exterior, en especial a la exportación, y auxiliar y fomentar la presencia de los productos y servicios españoles en el exterior, mediante la elaboración y ejecución del Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones que se aprobará periódicamente.

Tal y como prevé el artículo 3 de la Ley 3/1993 este Plan:

(...) comprende la descripción de las actuaciones dirigidas, a promover la adquisición, en el exterior, de bienes y servicios producidos en España, que deben ser desarrolladas por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y por su Consejo Superior en virtud de su función propia de fomento del comercio exterior (...) siempre que las circunstancias económicas de la circunscripción respectiva aconsejen fomentar ese sector.

Un tercer grupo de funciones atribuidas a las COCIN, con carácter básico y de aplicación a todas y cada una de ellas, consiste en “Expedir certificados de origen y demás certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil, nacional e internacional, en los supuestos previstos en la normativa vigente” —artículo 2.1.a)—⁷²⁸; “Recopilar las costumbres y usos normativos mercantiles, así como las prácticas y usos de los negocios y emitir certificaciones acerca de su existencia” —artículo 2.1.b)—; e “Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente” —artículo 2.1.i)—. Por otra parte, y en lo que se refiere a las funciones de carácter público-

⁷²⁸ Las COCIN son en España los organismos competentes para la expedición de los certificados de origen, cuya emisión deberá efectuarse en estricto cumplimiento de las condiciones y términos previstos en el Reglamento CEE núm. 2454/1993 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento CEE, núm. 2913/1992 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (*DO*, núm. L 253, de 11 de octubre de 1993). La competencia para la expedición de certificados de origen también se encuentra reconocida por la Convención Internacional de Ginebra de 3 de Noviembre de 1923 — artículo 11—, sobre la simplificación de las formalidades aduaneras y en la Convención Internacional sobre la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros —comúnmente denominado Convenio de *Kyoto*— cuya versión original fue elaborada por el Consejo de Cooperación Aduanera el 18 de mayo de 1973 y entró en vigor el 25 de septiembre de 1974 — Anexo D2—.

Cierto es que estos documentos son propios del tráfico mercantil y por tanto considerados “documentos mercantiles”. Ello no obstante —y por tanto más allá del carácter mercantil que encierren— no hay duda alguna en afirmar que la reserva legal de la facultad de expedición a favor de las COCIN evidencia un interés manifiesto del Estado en controlar la expedición de esta tipología de certificados. Lo que, *per se*, constituye un claro indicio de que nos hallamos ante una actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general.

administrativo a legislar y desarrollar por las propias Comunidades Autónomas, se ha de incluir la de “Promover y cooperar en la organización de ferias y exposiciones⁷²⁹” —artículo 2.2.b)—; la relativa a “Difundir e impartir formación no reglada referente a la empresa” —artículo 2.2.c)—; y la de “Crear y administrar lonjas de contratación y bolsas de subcontratación” —artículo 2.2 e)—.

Un cuarto grupo de funciones de carácter público-administrativo lo integran aquellas que consisten en la intervención de las COCIN en la tramitación de los programas públicos de ayudas a las empresas y en la formación profesional. Así, se ha de hacer referencia dentro de este grupo a la colaboración —artículo 2.1.f)—:

con las Administraciones educativas competentes en la gestión de la formación práctica en los centros de trabajo incluida en las enseñanzas de Formación Profesional reglada, en especial en la selección y homologación de centros de trabajo y empresas, en su caso, en la designación de tutores de los alumnos y en el control del cumplimiento de la programación;

la referente a la tramitación de “los programas públicos de ayudas a las empresas en los términos que se establezcan en cada caso”; y a la gestión de “servicios públicos relacionados con las mismas cuando su gestión le corresponda a la Administración del Estado” —artículo 2.1.g)—. Por otra parte, se ha de distinguir entre las funciones que las Comunidades Autónomas podrán concretar aquéllas relativas a “Colaborar en los programas de formación permanente establecidos por las empresas, por centros docentes públicos o privados y, en su caso, por las Administraciones Públicas competentes” — artículo 2.2.d)—; y a aquéllas referentes a la tramitación de “los programas públicos de ayudas a las empresas en los términos que se establezcan en cada caso, así como gestionar servicios públicos relacionados, cuando su gestión corresponda a la Administración autonómica” —artículo 2.2.g)—.

Por último, se ha de hacer referencia a un último grupo —las funciones censales y estadísticas—, según las cuales, las COCIN, deben “Llevar un censo público de todas las empresas, así como de sus establecimientos, delegaciones y

⁷²⁹ Esta función se prevé en términos genéricos en todas las legislaciones autonómicas reguladoras de las COCIN sin determinarse, sin embargo, el desarrollo concreto de este cometido, por lo que se deberá acudir a normativa sectorial autonómica adicional.

agencias radicados en su demarcación”⁷³⁰ —artículo 2.1.h)—, y en la forma y extensión que determine cada Comunidad Autónoma también deberán —artículo 2.2.a)—⁷³¹:

⁷³⁰ Tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 13/2010, se ha de precisar que, sin perjuicio de que ahora la adscripción a las COCIN sea voluntaria, deberán formar parte del censo público que elaboren las Cámaras todas las “personas naturales o jurídicas, naturales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales o navieras en el territorio nacional, sin que de ello deriven obligaciones o derechos” —artículo 6.1. segundo párrafo de la Ley 3/1993, cuya redacción resulta de la modificación operada por la Disposición Final Cuadragésima Séptima, apartado 2 de la LES—.

En la medida en que anteriormente el régimen era el de la adscripción obligatoria tal previsión no era necesaria, pues todos los afiliados de, forma automática, pasaban a integrar el censo público de todas las empresas, establecimientos, delegaciones y agencias. Sin embargo, el cambio de régimen podía ciertamente traducirse en una pérdida importante de información, por lo que si bien, al aprobarse el Real Decreto-Ley aludido, nuestro legislador no reparó en que la falta de concreción de ese particular podía suponer una merma en el ejercicio de la función censal, procedió a subsanar posteriormente su actuación, precisándose —a través de la LES— el alcance y distinción del censo público respecto del régimen de adscripción voluntaria. Ahora bien, de la inclusión en el censo público no se derivaban obligaciones o derechos para aquellos empresarios que no se hubieran adscrito a la Cámara de forma voluntaria.

Asimismo, el artículo 4.11 del Real Decreto-Ley referido derogó el artículo 17 de la versión de la Ley 3/1993 entonces vigente, referente al “Deber de Información” de las Administraciones tributarias a las COCIN sobre aquellos datos con transcendencia tributaria a efectos del recurso cameral; información que podía servir de base para la confección del censo. El legislador percatado del error producido —por cuanto la función censal no ha desaparecido por el cambio de régimen— ha, introducido de nuevo el precepto con las adaptaciones pertinentes —Disposición Final Cuadragésima Séptima, apartado tercero de la LES—, estableciendo respectivamente en sus apartados segundo y tercero lo siguiente:

3. Las Administraciones tributarias facilitarán al Consejo Superior y a las Cámaras, a su solicitud, los datos del Impuesto sobre Actividades Económicas y los censales de las empresas que sean necesarios para la confección del censo público de empresas a que se refiere el artículo 2.1.h) de esta Ley. (...)
4. Sin perjuicio de la publicidad y del acceso público al censo público de empresas, la referida información sólo podrá ser utilizada para el fin previsto en los apartados anteriores y únicamente tendrán acceso a la misma los empleados de cada Corporación que determine el Pleno. Dicho personal tendrá, con referencia a los indicados datos, el mismo deber de sigilo que los funcionarios de la Administración tributaria. El incumplimiento de este deber constituirá, en todo caso, infracción muy grave.

⁷³¹ Los legisladores autonómicos se han limitado a incorporar este cometido en sus respectivas normativas en términos idénticos o casi idénticos al artículo 2.2.a) de la Ley 3/1993. No obstante, se estima oportuno destacar lo previsto en la Ley catalana 14/2002 toda vez que prevé que la elaboración de estadísticas del comercio, la industria, la navegación y el turismo y la elaboración de encuestas de evaluación y estudios “para conocer la situación y las necesidades de los diferentes sectores” —artículo 1.1. k) de la Ley catalana 14/2002—. La Ley autonómica determina con mayor detalle cuál es la finalidad que se persigue, refiriéndose no sólo en términos generales al conocimiento de la situación de los diversos sectores, sino que, además, con ello se pretende individualizar las necesidades concretas —de interés general— de tales sectores. Además, ese mismo artículo de la Ley catalana prevé que “Las estadísticas que se elaboren pueden tener la consideración de estadística de interés de la *Generalitat* si cumplen los requisitos y el procedimiento que establece el artículo 13 de la Ley 23/1998, de 30 de diciembre, de Estadística de Cataluña, y las otras disposiciones que sean de aplicación a este tipo de estadísticas”. Y, en concordancia con ello, entre las distintas actividades estadísticas que el artículo 4 de la Ley 23/1998 aludida establece que podrán ser declaradas de interés de la *Generalidad* de Cataluña encontramos la desarrollada por las COCIN. De hecho, las COCIN se encuentran comprendidas entre el conjunto de instituciones y órganos que integran el “Sistema Estadístico de Cataluña” —artículo 6 en relación con el artículo 7 de la referida Ley 23/1998—.

Elaborar estadísticas del comercio, la industria y la navegación y realizar las encuestas de evaluación y los estudios necesarios que permitan conocer la situación de los distintos sectores, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la Ley sobre Función Estadística Pública, y demás disposiciones aplicables.

Por otra parte, el carácter “publico-administrativo” de las funciones previstas en los apartados primero y segundo del artículo 2, queda reforzado con el apartado cuarto —nótese que son funciones de “carácter obligatorio”—⁷³². Asimismo, se ha de llamar la atención sobre la cláusula residual del artículo 2.3, toda vez que faculta a las COCIN para poder llevar a cabo:

(...) toda clase de actividades que, en algún modo, contribuyan a la defensa, apoyo o fomento del comercio, industria y la navegación, o que sean de utilidad para el desarrollo de las indicadas finalidades y, en especial, establecer servicios de información y asesoramiento empresarial.

Esta cláusula constituye, a nuestro entender, una muestra más de que las actividades y prestaciones que han de desempeñar las Cámaras de Comercio se encuentran destinadas y adscritas a servir y a satisfacer intereses generales, y ello con la objetividad e imparcialidad que se exige a las Administraciones Públicas ex artículo 103 de la CE, dada la participación de las COCIN de la naturaleza de aquéllas⁷³³.

En último término, se ha de hacer mención a la función recaudatoria del recurso cameral potestad pública por excelencia —que hasta la reforma de la Ley 3/1993—operada por el Real Decreto-Ley 13/2010 venía regulada en el artículo 14. En efecto, con la aprobación de la Ley 3/1993 continuó contemplándose la facultad recaudatoria de las COCIN sobre el recurso cameral permanente, así como la facultad de ejercitar la vía de apremio ante la falta de pago durante el período voluntario. Dada la naturaleza jurídica de exacción parafiscal del recurso

⁷³² En concreto, el apartado cuarto del artículo 2 establece:

Para el adecuado desarrollo de sus funciones, en especial las de carácter obligatorio, y previa autorización de la Administración tutelante, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación podrán promover o participar en toda clase de asociaciones, fundaciones y sociedades civiles o mercantiles, así como establecer entre sí los oportunos convenios de colaboración.

Con este mismo fin, las Cámaras y las Administraciones Públicas podrán establecer los convenios que en su caso estimen pertinentes. Asimismo, las Cámaras podrán recibir encomiendas para la gestión y prestación de servicios de empresas.

El párrafo segundo de este artículo fue introducido mediante la aprobación de las LES.

⁷³³ En este sentido, la ya citada STC núm. 76/1983 de 5 agosto.

cameral⁷³⁴, se ha de tener en cuenta no sólo el régimen establecido en la Ley básica de las COCIN, sino además el de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por cuanto en su Disposición Adicional Primera prevé que tales exacciones “(...) participan de la naturaleza de tributos rigiéndose por esta Ley en defecto de normativa específica”.

Pese a la supresión del recurso cameral —sustituido por el pago de una cuota voluntaria— procede hacer una breve mención al mismo atendiendo al régimen transitorio regulado en el propio Real Decreto-Ley 13/2010⁷³⁵, que establece un

⁷³⁴ La Exposición de Motivos de la Ley 3/1993 —en su redacción original y vigente hasta el 2 de diciembre de 2010— alude de forma expresa a la naturaleza jurídica de “exacción parafiscal” del recurso cameral, señalándose lo siguiente:

Ante todo, la nueva regulación del denominado “recurso cameral permanente” no deja dudas acerca de su carácter de exacción parafiscal.

En efecto, no sólo el nacimiento y la cuantificación de la obligación de pago quedan totalmente al margen del efectivo disfrute de los servicios prestados por las Cámaras y las respectivas bases están constituidas por bases o cuotas de tributos que recaen sobre los beneficios empresariales, reales o presuntos, sino que, además, el régimen jurídico global de los diversos conceptos incluidos en el recurso cameral permanente se asimila totalmente al de los tributos en lo referente a la gestión, recaudación, recursos y responsabilidades.

En este sentido, sin perjuicio de mantener los tres conceptos tradicionales del denominado recurso cameral permanente, establece los instrumentos jurídicos necesarios para que la liquidación, recaudación y reparto de las correspondientes cuotas se realice de manera tal que el importe efectivamente recaudado se aproxime, al máximo, al de las cuotas devengadas y que éstas sean percibidas con la mayor rapidez por las Corporaciones a las que, realmente, corresponden.

Esta mejora en las técnicas de gestión permite, sin alteración importante de los rendimientos globales del recurso cameral permanente, reducir los tipos de los conceptos girados sobre los beneficios de las empresas individuales y sociales. Esta reducción se acentúa, particularmente, en lo que se refiere a las sociedades con un gran volumen de beneficios, de forma que la contribución unitaria al sostenimiento de las Cámaras no exceda, en la práctica, de determinados límites.

⁷³⁵ La literalidad de la Disposición Transitoria primera —en su versión modificada por la LES— es la siguiente:

1. A partir del 1 de enero de 2011 sólo serán electores de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación quienes hayan manifestado previamente su voluntad de serlo, sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente. El censo electoral al que hace referencia el artículo 8.1 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación deberá actualizarse en consecuencia.
2. Las exacciones que constituyen el recurso cameral permanente que todavía no hayan sido exigibles a la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley cuyo devengo se haya producido o vaya a producirse durante 2010 no serán ya exigibles. No obstante lo anterior, cuando se trate de entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades cuyo importe neto de cifra de negocios haya sido igual o superior a diez millones de euros, en el ejercicio inmediatamente anterior, las exacciones que todavía no hayan sido exigibles a la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley lo serán de acuerdo con la normativa hasta ahora en vigor siempre que su devengo se haya producido o vaya a producirse en 2010. En ningún caso originarán derecho a la devolución las exacciones devengadas, exigibles e ingresadas en 2010.

período durante el cual quienes gozasen de la condición de electores —con el régimen previo a la modificación operada— continúan estando sujetos al cumplimiento de sus obligaciones tributarias frente a las COCIN. Esta situación de transitoriedad ha comprendido los años 2011 y 2012, por lo que durante este período las COCIN continuaban ostentando la facultad recaudatoria ordenada a la obtención de recursos necesarios para cubrir necesidades públicas⁷³⁶.

La satisfacción de necesidades de interés general se encuentra aún más reforzada en el Anteproyecto de la nueva Ley Básica de Cámaras de Comercio, al indicar de forma clara en su Exposición de Motivos lo siguiente:

Sus funciones, enumeradas en el artículo 5 de la Ley, tienen plena relevancia constitucional por cuanto afectan al principio de eficacia de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), a la colaboración de las organizaciones profesionales (artículo 131.2 CE), a la colaboración en formación que los poderes públicos deben fomentar a través de políticas que la garanticen (artículo 40.2 CE), a las actividades en el terreno del comercio exterior en el marco de una economía de mercado (artículo 38 CE), así como al arbitraje y la mediación como contribución a la fluidez de la tutela de los jueces y tribunales (artículo 24 CE). Y todo ello siempre en la línea de la participación ciudadana que con carácter general reclama el artículo 9.2 CE, y más específicamente el artículo 105. a) CE. (...)

En efecto, la propia jurisprudencia señala que a las Cámaras les corresponde velar por los intereses generales, no asociativos, de la industria, el comercio y la navegación y no limitarse a representar los intereses peculiares de sus socios⁷³⁷.

El régimen transitorio del recurso cameral permanente regulado en este apartado se entenderá sin perjuicio de los regímenes forales de los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra.

3. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, las Cámaras y su Consejo Superior adaptarán a lo en él dispuesto el contenido sus actuales Reglamentos de Régimen Interior, que deberán ser aprobados por la respectiva Administración tutelante.

⁷³⁶ Vid.: Informe de la Dirección General de Tributos 8/2011, de 7 de marzo, sobre el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, referente a los aspectos que modifican la Ley Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio; y las Consultas vinculantes, del mismo órgano, núm. 1490/2011, de 9 de junio y 981/2011, de 13 de abril, ambas, sobre el régimen de transitoriedad del recurso cameral permanente.

⁷³⁷ Las funciones de las Cámaras en el Anteproyecto de la nueva Ley Básica se encuentran recopiladas en el artículo 5.1, añadiendo otras a las ya fijadas en la Ley 3/1993, como son las siguientes:

- a) Colaborar en la elaboración, desarrollo, ejecución y seguimiento de los planes que se diseñen para el incremento de la competitividad del comercio, la industria y la navegación.

Expuestos los cometidos que la Ley atribuye a las COCIN, no hay duda que, también, a través de las facultades concretas se satisfacen necesidades de interés general, dado que todas se han conferido con la finalidad de “representar, promocionar y defender los intereses generales del comercio, la industria y la navegación”, para incentivar el desarrollo de la actividad económica e industrial mediante la puesta a disposición a favor de los agentes empresariales de aquellas herramientas que les permitan llevar a cabo las actividades productivas que les son propias a nivel nacional e internacional. Ello, sin lugar a dudas, redundará en beneficio de la creación de empleo y de riqueza y, en consecuencia, de los intereses generales de la colectividad, lo que confirma que el desempeño de las funciones expuestas tiende a satisfacer finalidades de interés general de específica competencia —por atribución legal— de las COCIN. La doctrina mayoritaria refrenda esta postura. En este sentido entre otros, MARTÍN-RETORTILLO afirma:

(...) es obligado considerar —se ha aludido ya a ello—, que gran parte de las funciones de las Cámaras se fundamentan, precisamente, en la *imparcialidad* de sus actuaciones, en cuanto representan los *intereses generales* del Comercio, la Industria y la Navegación. Es el actuar con

-
- b) Desarrollar actividades de apoyo y estímulo al sector exterior, en especial, en exportación de acuerdo con lo descrito en el Plan Cameral de Internacionalización y bajo la dirección de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y y Servicios de España.
 - c) Colaborar con las administraciones públicas como órganos de apoyo y asesoramiento para la creación de empresas y actuar de ventanillas únicas para su constitución, cuando sean requeridas para ello.
 - d) Colaborar o promover con las administraciones públicas la simplificación en los procedimientos para el inicio y desarrollo de actividades económicas y empresariales, así como la mejora de la regulación económico-empresarial y la unidad de mercado.
 - e) Impulsar actuaciones dirigidas al incremento de la competitividad de las pequeñas y medianas empresas, y fomentar la innovación y transferencia tecnológicas a las empresas.
 - f) Colaborar con las administraciones públicas mediante la realización de actuaciones materiales para la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y verificación de establecimientos mercantiles e industriales.
 - g) Impulsar y colaborar con las administraciones públicas en la implantación de la economía digital de las empresas.

Asimismo, el artículo 5.3 del nuevo Anteproyecto señala:

(...) Asimismo podrán difundir e impartir formación no reglada referente a la empresa; prestar servicios de certificación, y homologación de las empresas y crear, gestionar y administrar bolsas de franquicia, de subproductos, de subcontratación y de residuos, así como lonjas de contratación, cumplimiento los requisitos exigidos en la normativa sectorial vigente.

objetividad que establece el artículo 103 CE, referible a las Cámaras en cuanto Administraciones Públicas que también son⁷³⁸.

En esa misma línea, GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que “las funciones que la Ley asigna a las Cámaras son, en efecto, funciones de interés general”, añadiendo lo siguiente:

La organización integra a comerciantes e industriales, pero no para que defienda los intereses particulares de cada uno de éstos en cuanto empresarios, como podría hacer una asociación empresarial representativa de los intereses sectoriales, o de ayuda mutua o de apoyo crediticio o económico de sus respectivas economías. No es una puesta en común de intereses privados con vistas a un mejor servicio de éstos, lo que no hubiese justificado que el Derecho impusiese la regla de la adscripción o integración obligatoria. Lo característico es que la integración se hace forzosa con una finalidad pública característica: representar “los intereses generales del comercio y la industria”⁷³⁹.

Idéntica conclusión alcanza GORORDO, afirmando que:

Este requisito lo cumplen las Cámaras de Comercio, dentro de su carácter mixto o bifronte, en su faceta de desarrollo de las funciones público-administrativas, puesto que persiguen la defensa y promoción de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación (...) ⁷⁴⁰.

De todo lo expuesto, y dada la configuración legal de las funciones atribuidas a las Cámaras de comercio se puede deducir en este momento que satisfacen necesidades de interés general. Ahora bien, su correcta delimitación desde el punto de vista de la contratación pública requerirá que se determine si tal circunstancia es suficiente para poder concluir si deben ser considerados entes contratantes y, en su caso, su nivel de sujeción al TRLCSP. Para ello deberemos extrapolar la interpretación comunitaria sobre los conceptos “necesidades de interés general” y “actividad industrial o mercantil” a la configuración legal de las Cámaras, extremo que ahora sólo anunciamos y que será desarrollado posteriormente.

⁷³⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Funciones de las Cámaras Oficiales...* *Op. cit.*, p. 192.

⁷³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación...” *Op. cit.*, p. 154.

En ese mismo artículo —página 163— el autor afirma con rotundidad que “(...) los importantes fines que se asignan a las Cámaras nunca podrían ser desarrolladas, de ningún modo, con un sistema de asociaciones privadas y, menos aún, por una gestión burocratizada de las Administraciones de cualquier clase”.

⁷⁴⁰ Vid.: GORORDO BILBAO, J.M. *Op cit.*, p. 475.

5.3 En cuanto al control público de las COCIN

El Consejo de Estado —Dictamen núm. 3138/2000, de 8 de noviembre, emitido con ocasión del proyecto de Decreto mediante el que se desarrolla la Ley de Cámaras de la Comunidad Autónoma de Madrid— manifestó que las COCIN, atendiendo a su naturaleza jurídica, se debían someter a un mero control de legalidad, debiendo ser excepcionales los que podían recaer sobre su capacidad organizativa. A tal efecto, el órgano consultivo señaló:

(...) las relaciones entre las Cámaras y las correspondientes Administraciones han de regirse por el principio de tutela, que no implica subordinación jerárquica, sino únicamente la existencia de ciertos controles, siempre tasados legalmente, cuya finalidad es la de garantizar la legalidad en la actuación del ente tutelado (controles de legalidad y no de oportunidad que, como regla general no permiten sustituir la decisión del ente tutelado, ni determinar con carácter vinculante el sentido de su actuación)⁷⁴¹.

En línea con lo apuntado, SALA ARQUER también sintetiza los límites de la tutela a los que deben estar sujetos las Cámaras de Comercio, señalando los siguientes: a) La Ley debe respetar el principio de tutela de la legalidad, de control de la regularidad jurídica de las decisiones; b) La Ley debe establecer las facultades de tutela, sin que en ningún caso haya más que las allí expresamente previstas; y c) Los recursos administrativos establecidos en la norma que conocerá la Administración tutelante se basan exclusivamente en estrictos

⁷⁴¹ En la misma línea que el Consejo de Estado, el TSJ de Cataluña en la Sentencia núm. 536/2012 de 18 septiembre nos recuerda que las COCIN están sometidas a un control de legalidad y no de oportunidad, y en tal sentido analiza si la Cámara de Comercio de Barcelona puede ejercer el Derecho a una correcta utilización de sus bienes inmuebles en beneficio de sus miembros, traducido en el caso enjuiciado en el arrendamiento de locales y a la gestión de plazas de aparcamiento. A tal efecto, el TSJ de Cataluña concluyó lo siguiente:

No existiendo controversia sobre la doble naturaleza, pública y privada, de la COCINB, en cuanto entidad de base privada que agrupa a los comerciantes para su representación, promoción y defensa, y en cuanto administración pública en la medida en que tiene atribuida por ley o por delegación el ejercicio de funciones públicas, ni que su control por la Administración debe ser de legalidad y no de oportunidad, lo relevante para resolver el recurso contencioso-administrativo es determinar si es posible incardinar la decisión de la COCINB de destinar parte del edificio que constituirá su sede a arrendamiento de diversas plantas y plazas de parking sobrantes como una actuación susceptible de ser controlada por la Administración sustentada en una norma que la habilite. Tratándose los que aquí se discute de actos de administración y no de disposición no existe habilitación legal ya que la Ley 14/2002, de 27 de junio, establece la función tutelar en el artículo 47 , y en el 44 los supuestos en que se puede hacer uso de la misma: aprobación de presupuestos y actos de disposición de inmuebles, sin que pueda enmarcarse aquí en el control del ámbito presupuestario como pretende la Administración.

motivos de legalidad y sólo contra las decisiones tomadas en el ejercicio de funciones de carácter público administrativas⁷⁴².

No obstante, y como luego veremos, la regulación legal —tanto estatal como autonómica— de los controles públicos sobre las COCIN excede, en términos comunitarios y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal europeo, de los de mera legalidad, al incidir, de forma directa o indirecta, en el funcionamiento de las Corporaciones, ya sea a través de los controles financieros previstos, de la aprobación del Reglamento de Régimen Interno, o bien por la atribución legal de determinadas facultades previstas tanto en la Ley básica como en las distintas legislaciones autonómicas.

Situados aquí, procede ahora analizar los concretos controles públicos a los que están sujetas las COCIN. Con ese objetivo, se hace preciso analizar las previsiones contenidas a tal efecto en la Ley Básica 3/1993 y en su Reglamento de desarrollo del 74. Además, se habrán de sumar los referidos en las distintas normativas de las Comunidades Autónomas —ya sea por la asunción de competencias exclusivas o bien de ejecución—. A esa actividad tuitiva y de control expresamente prevista en las legislaciones —tanto estatales, como autonómicas— y derivadas de la atribución de funciones público-administrativas a las COCIN, se han de añadir toda una serie de controles que provienen de forma particular de las distintas delegaciones y encomiendas que llevan a cabo las Administraciones Públicas a favor de las Cámaras de Comercio.

5.3.1 Controles previstos en la Ley 3/1993 y en el Reglamento del 74

El régimen de tutela de la Ley 3/1993 se encuentra regulado principalmente en el Capítulo V bajo la rúbrica: “Régimen jurídico y presupuestario” —artículos 22 a 25— y en diferentes preceptos del Reglamento del 74. A tal efecto, el artículo 22 de la Ley establece que la actividad de las COCIN está sujeta a la tutela de las Administraciones Públicas —del Estado o de las Comunidades Autónomas—, comprendiendo el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación,

⁷⁴² SALA ARQUER J.M. “Las corporaciones de Derecho Público”. En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (Dir.). *La Administración Pública Española*. Madrid: INAP, 2002, pp. 590- 592.

fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución de las Cámaras⁷⁴³. Por otra parte, el artículo 23 de la citada Ley establece que corresponde a la Administración tutelante la aprobación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de gastos e ingresos de las Cámaras, pudiendo establecer las instrucciones necesarias para la elaboración de los mismos y de las liquidaciones tipo⁷⁴⁴. Asimismo, el artículo 25 de la Ley 3/1993 prevé la potestad de la Administración tutelante de suspender la actividad de los órganos de gobierno de las Cámaras en el caso de que se produzcan transgresiones del ordenamiento jurídico vigente que, atendiendo a su gravedad o reiteración, hagan aconsejable tal medida, estableciéndose también para aquellos supuestos de imposibilidad de funcionamiento normal de los órganos. A tal efecto, se dispone que la Administración deberá nombrar un órgano —en el propio acuerdo de suspensión— que gestionará los intereses de las COCIN durante el periodo de suspensión, que no podrá exceder de tres meses, transcurrido el cual, sin haberse resuelto la problemática, la Administración procederá —por imperativo

⁷⁴³ Las relaciones entre el ente tutelante y el tutelado no son de jerarquía, sino que son potestades que derivan de la atribución a las COCIN de funciones de carácter público-administrativo, cuya última responsabilidad recae en la Administración garante.

El TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con el alcance de las funciones de tutela sobre las COCIN, y así por ejemplo, las Sentencias —ya citadas— de fecha 14 de julio de 2003 y de 20 enero 2009 —Fundamento jurídico Sexto y Cuarto, respectivamente— señalan en idénticos términos lo siguiente:

(...) no cabe deducir del complejo entramado de funciones y finalidades que se les atribuyen, —y que vienen a cumplir—, como bien sostiene la recurrente, que se reduzca la compleja naturaleza de las Cámaras, siempre y en todo caso a una posición subordinada y vicaria de la Administración pública a cuya tutela se somete; pues esta no debe llevar a una desnaturalización de la Institución Cameral, que no puede anular cierta autonomía funcional o el autogobierno democrático, esto es, lo que pudiera encontrarse en lo comúnmente entendido como contenido esencial de esas atribuciones.

En este mismo sentido se manifiestan, entre otros, MANZANEDO MATEOS, J.A.; NIETO GARCÍA, A. *Op. cit.*, p. 406 y ss.

⁷⁴⁴ Sobre este aspecto, el artículo 43 del Reglamento del 74 concreta lo siguiente:

Las Cámaras formalizarán presupuestos para los gastos generales y para los servicios y obras que presten o administren, directamente o por gestión autónoma, determinando los ingresos y gastos respectivos. El Ministerio de Comercio enviará a las Cámaras las correspondientes instrucciones al respecto e incluso podrá establecer presupuestos tipo.

Los artículos 44 y 45 del mismo Reglamento establecen que el Ministerio podrá negar la aprobación del presupuesto cuando se vulnere la Ley de Bases o el propio Reglamento.

[Todas las referencias legales al Ministerio de Comercio o al Ministerio de Comercio y Turismo o al Ministerio de Industria Comercio y Turismo, deben entenderse hechas al actual Ministerio de Economía y Competitividad, en virtud del Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales].

legal— a la disolución de los órganos de gobierno, así como a la convocatoria de elecciones. En el mismo sentido, el artículo 33 del Reglamento del 74 añade dos previsiones adicionales —la suspensión por incumplimiento del Reglamento de Régimen Interior y la posibilidad de que el Ministerio competente nombre una Comisión gestora para el funcionamiento de la Cámara hasta que no se proceda al nombramiento del nuevo Pleno en caso de disolución—. Por último, el control público se evidencia claramente en el régimen de recursos contenido en el artículo 24 de la Ley Básica, al establecer que las resoluciones de las COCIN —dictadas en ejercicio de sus competencias de naturaleza pública-administrativa—, así como las que afecten a su régimen electoral, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo recurso administrativo ante la Administración tutelante. También, se contempla la competencia de la Administración para recibir las quejas de los electores en relación con la actuación de las COCIN y, especialmente, en cuanto al desarrollo y establecimiento de los servicios mínimos obligatorios⁷⁴⁵.

Como hemos podido constatar, el régimen de tutela establecido en el Capítulo V contempla amplias potestades de control sobre las COCIN que va más allá de un mero control de legalidad, y cuya regulación fue objeto de un amplio debate parlamentario. Así, el Grupo Parlamentario Popular propuso una Enmienda —núm. 208—, mediante la que se planteaba la supresión del artículo 22 del proyecto de Ley, amparándose en que no debía existir ningún órgano tutelante que limitase las facultades y la capacidad de las COCIN. La justificación de la Enmienda fue la siguiente:

La tutela que ahora se impone no es sino vaciar de contenido no ya la libertad de asociación, sino el funcionamiento democrático de este tipo de entidades. Toda forma de tutela, también —por analogía— la mal llamada tutela administrativa, parte de la base de la incapacidad del tutelado. Para

⁷⁴⁵ El artículo 34 del Reglamento del 74 establece que “las resoluciones y los acuerdos de los órganos de gobierno son impugnables en alzada en el plazo de quince días, ante el Ministerio de Comercio, cuya resolución, a los efectos del recurso contencioso-administrativo, dará fin a la vía administrativa”.

Se ha de advertir que en el caso del Reglamento se mencionan de forma dispersa los actos susceptibles de recurso administrativo. Así, el artículo 17.2 —recurso de alzada ante la Administración tutelante contra la inclusión o exclusión de las empresas en los grupos y categorías correspondientes en el censo a efectos electorales—; el artículo 18 *bis* —recurso de alzada ante la Administración tutelante contra los acuerdos de las Juntas electorales—; el artículo 20.14 —recurso de alzada ante la Administración tutelante contra las resoluciones de las Juntas electorales sobre las reclamaciones que pudieran efectuarse ante las mesas—; el artículo 22.2 *bis* —recurso de alzada ante la Administración tutelante contra el acuerdo del Pleno sobre la pérdida de la condición de miembro, además, se establece que no se podrá cubrir la plaza vacante hasta que no se haya resuelto el recurso—.

esto está la tutela: para suplir la capacidad. Y el Grupo Parlamentario Popular no está en condiciones de asumir que los entes asociativos públicos, organizados democráticamente en forma de Cámaras de Comercio desde hace más de un siglo, sean incapaces de administrar sus propios intereses. Por lo demás, este artículo 22 no hace sino atribuir una facultad omnímoda al Gobierno para que éste regule el futuro control total de las Cámaras, lo que no es democrático. Supone una restricción de la libertad que no resulta admisible, y que contradice abiertamente la historia y la Constitución. Porque la ‘tutela’ no es más que esto: crear un régimen de autorizaciones gubernativas para poner las Cámaras, y sus recursos económicos, al servicio del Gobierno (...) ⁷⁴⁶.

Por su parte, el Grupo Vasco PNV también presentó la Enmienda núm. 58 al artículo 23.1 del proyecto de Ley ⁷⁴⁷, donde se proponía que el control fuese de legalidad, justificándolo en los siguientes términos:

La autonomía funcional y organizativa que la ley otorga a las Cámaras para el desempeño de fines públicos, solamente justifica la aprobación del presupuesto y la fiscalización de cuentas de las Cámaras por motivos de legalidad ⁷⁴⁸.

Ninguna de estas enmiendas prosperó y los artículos del texto definitivo de la Ley fueron coincidentes con los del proyecto. La defensa del texto presentado por el Gobierno se justificó en que las COCIN —al tener la doble naturaleza, público-privada, requerían de un control cuando ejerciesen funciones de carácter público-administrativas y no sólo de legalidad, “sino también sobre todas aquellas orientaciones que responden a las funciones que desde la Administración tutelante se encomienda a las Cámaras de Comercio” ⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ BOCG Serie A, núm. 103-5, de 20 de noviembre de 1992.

⁷⁴⁷ La Enmienda propuesta fue de adición de un tercer párrafo al artículo 23.1 con el siguiente contenido: “La aprobación de los presupuestos y la fiscalización de las cuentas de las Cámaras se efectuarán por razón de adecuación de las mismas, al ordenamiento jurídico”.

⁷⁴⁸ BOCG Serie A, núm. 103-5, de 20 de noviembre de 1992.

En la Comisión celebrada el día 24 el Grupo Vasco —PNV— ahondó en la justificación de su Enmienda, defendiendo que la fiscalización y la aprobación de las cuentas ha de ser para la adecuación de ese presupuesto y esas cuentas al ordenamiento jurídico, pero no dejar a la discrecionalidad de turno, a la Administración —sea del Estado o de las CCAA— que puedan modificar estos presupuestos o puedan fiscalizar esas cuentas, sino sólo el control de legalidad, de que estas cuentas o estos presupuestos se adecuan a los fines que el ordenamiento jurídico les ha atribuido a las Cámaras de Comercio, pero no con ningún otro fin, sino respetando la autonomía que a las mismas les corresponde.

Vid.: BOCG [Comisiones], núm. 566, de 24 de noviembre de 1992.

⁷⁴⁹ La defensa fue acometida por el portavoz del Grupo socialista el Sr. Almunia quien manifestó lo siguiente:

Además de la tutela regulada en el Capítulo V de la Ley, la norma prevé otra serie de controles en preceptos dispersos de su articulado. Así, en el artículo 2 de la Ley básica, en relación con determinadas funciones de carácter público-administrativas exige que se lleven de conformidad con la legislación sectorial de aplicación⁷⁵⁰. Además, el apartado cuarto del artículo 2 de la ley establece que las COCIN pueden participar en asociaciones, fundaciones y todo tipo de sociedades, así como establecer convenios de colaboración, siempre y cuando la Administración tutelante lo autorice previamente⁷⁵¹. En cuanto al Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones, el artículo 3.3 de la Ley establece que su aprobación corresponde al Ministro de Industria, a quien también compete establecer las directrices necesarias para la ejecución y cumplimiento de las actuaciones incluidas en el mismo⁷⁵². Por otra parte, el artículo 7.3 de la Ley

(...) en todo aquello que no cumplen funciones públicas son asociaciones de naturaleza privada, pero en lo que la ley regula, que son funciones público-administrativas, esa capacidad de autogobierno de las cámaras está limitada por su naturaleza de corporación de Derecho público, participando en esa medida en la calidad de Administración pública al desempeñar esas funciones y, a su vez, de ahí deriva la necesidad de establecer una tutela y no sólo de legalidad, como dice el representante del Grupo Vasco (PNV), sino también sobre todas aquellas orientaciones que responden a las funciones que desde la Administración tutelante se encomienda a las cámaras de comercio. Nos parece que el modelo de naturaleza jurídica, funciones públicas atribuidas a la corporación de Derecho público y tutela cede la Administración competente sobre el modo en que las cámaras ejercen esas funciones, encomendadas o delegadas, es el que responde al modelo sentado por la Constitución y por la interpretación que de la misma hace quien la puede interpretar, que es el Tribunal Constitucional, se comparta o no el contenido de cada una de sus sentencias.

BOCG [Comisiones], núm. 566, de 24 de noviembre de 1992.

⁷⁵⁰ Así, las indicadas en los artículos 2.1. a) —emisión de certificados—; 2.1. d) —órgano de asesoramiento de la Administración Pública en los términos que éstas establezcan para el desarrollo del comercio, industria y navegación—; 2.1. f) —colaborar con las Administraciones competentes en la gestión de la formación práctica en los centros de trabajo, incluida en las enseñanzas de Formación Profesional reglada—; 2.1. g) y 2.2. g) —Tramitar los programas públicos de ayudas a las empresas en los términos que se establezcan en cada caso, así como gestionar servicios públicos relacionados con las mismas—; 2.1. i) funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de acuerdo con la legislación vigente; 2.2. a) —funciones estadísticas de acuerdo con la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública—; 2.2. f) —informar los proyectos de normas de las Comunidades Autónomas que afecten a los intereses generales del Comercio en los casos y el alcance que determine la normativa—.

⁷⁵¹ En el mismo sentido se expresa el correlativo artículo 3 E) del Reglamento del 74, a lo que se ha de añadir la previsión contenida en el apartado I) del mismo precepto, que establece la facultad de las COCIN para:

Participar en Sociedades de economía mixta y crear Sociedades y formar parte de Organismos cuyo objeto sea la realización de fines consultivos o de promoción de intereses generales. A tal fin, podrán actuar por sí solas o concertadas con otras Cámaras, órganos de la Administración del Estado y demás entes públicos y privados, siempre con autorización del Ministerio de Comercio y Turismo.

⁷⁵² A ello se ha sumado la previsión contenida en el artículo 3 C) del Reglamento del 74 cuando establece que las COCIN han de realizar actividades de apoyo y estímulo a la exportación; auxiliar y fomentar la expansión económica del país en el exterior, cooperando con la Administración, de acuerdo con las directrices del Ministerio de Comercio y Turismo.

establece que el Reglamento de Régimen Interior de cada Cámara será aprobado por la Administración tutelante, la cual podrá también promover su modificación. En este reglamento debe constar la estructura del pleno, el número y forma de elección de los miembros del Comité Ejecutivo y, en general, las normas de funcionamiento de sus órganos de gobierno, así como el régimen del personal al servicio de la Cámara.

También corresponde a la Administración tutelante la organización externa o territorial que “regulará los supuestos y el procedimiento para la modificación de las demarcaciones territoriales de las Cámaras, así como de los de su creación, disolución, fusión e integración en otras de mayor dimensión” —artículo 5.3 de la Ley 3/1993—⁷⁵³. Además de ello, se determina por imperativo legal que ha de existir una Cámara en cada provincia y, también, en Ceuta y Melilla⁷⁵⁴. Asimismo, la Ley determina los requisitos para poder ser considerado elector y candidato a formar parte de los órganos de gobierno, correspondiendo la apertura del proceso electoral y la convocatoria de las elecciones, respectivamente, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y a la Administración tutelante —Comunidad autónoma— quien, también, será la competente para determinar la composición y funciones de las Juntas electorales que se constituyan y para resolver los recursos que se interpongan contra los acuerdos de las COCIN relativas al censo electoral y de las propias Juntas — artículo 9 de la Ley—⁷⁵⁵.

⁷⁵³ Y el correlativo artículo 7 del Reglamento del 74.

⁷⁵⁴ En el Anteproyecto de la nueva Ley Básica de las COCIN desaparece esta imposición, al establecer en el artículo 6.1 lo siguiente: “Podrán existir Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de ámbito autonómico, provincial y local y, en su caso, Consejos de Cámaras de conformidad con la legislación autonómica de desarrollo”.

⁷⁵⁵ Estas previsiones se encuentran desarrolladas en los correlativos artículos 16 a 20 del Reglamento del 74, de las que destacamos, el artículo 16 *ter* 3, apartado a) —precepto de carácter básico por la Disposición Final primera del Real Decreto 1133/2007, de 31 de agosto, ya citado—, el cual establece lo siguiente:

Los miembros del Pleno mencionados en el apartado 1 elegirán un número comprendido entre el 10 por 100 y el 15 por 100 de los vocales de elección directa, que determinará la administración tutelante, entre personas físicas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la circunscripción de cada Cámara, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Estos vocales serán propuestos por las organizaciones empresariales a la vez intersectoriales y territoriales más representativas. La Administración tutelante podrá concretar los criterios que determinen la mayor representabilidad, adoptándose, en su

Además de los controles regulados de forma dispersa en la Ley de bases y desarrollados por el Reglamento del 74, esta disposición reglamentaria contiene toda una serie de previsiones específicas que son altamente significativas a nuestros efectos. Al respecto, se pueden destacar las siguientes⁷⁵⁶: a) Las COCIN están facultadas para realizar actuaciones a favor de los intereses generales que les están confiados. No obstante, se ha de hacer notar que se acota claramente la discrecionalidad de estas Corporaciones a la hora de determinar las obras o los servicios que pudieran estimar útiles a tal efecto, pues condiciona esta facultad a la previa aprobación por parte del Ministerio competente —artículo 3 A) del Reglamento—; b) Las COCIN están obligadas a redactar anualmente una Memoria económica que recoja el estado, evolución y perspectivas del comercio, la industria y la navegación. El área concreta sobre la que ha de versar dicha memoria y las directrices para su confección, las determina y dicta el Ministerio competente, y ello de acuerdo con el artículo 5 D) del Reglamento; c) Los actos de disposición de las COCIN sobre inmuebles, valores y operaciones de crédito precisan autorización previa y expresa del Ministerio. Por otra parte, únicamente pueden realizar donaciones o efectuar subvenciones cuando esté directamente relacionado con sus propios fines y hasta un máximo del diez por ciento de su presupuesto ordinario y líquido. Para superar este límite es preceptiva la autorización expresa del Ministerio competente —artículos 6 y 46 del Reglamento respectivamente—; d) El Ministerio Competente puede intervenir directamente o por medio de la censura de cuentas la gestión económica de las COCIN —artículo 48 del Reglamento—; e) Las Cámaras pueden y deben relacionarse entre sí para la mejor consecución de los fines que les son propios. Por ello, se prevé la posibilidad de que establezcan conciertos para la ejecución de obras o prestación de servicios de interés común. A tal efecto, el Reglamento recoge la posibilidad de que las COCIN puedan reunirse en Asambleas provinciales o interprovinciales. En todo caso, los conciertos han de ser aprobados por el Ministerio y las Asambleas

defecto los criterios utilizados por la legislación laboral; la administración competente en materia laboral deberá extender a petición de la Cámara o de la administración tutelante la certificación correspondiente a tal efecto.

Por otra parte, los artículos 18.1 y 18.2 2 del Reglamento establecen que las Juntas electorales estarán formadas por cinco miembros —más el secretario—, dos de los cuales serán designados por la Administración tutelante y una de ellos ejercerá las funciones de presidente quien nombrará al Secretario que será un funcionario de la administración.

⁷⁵⁶ Únicamente se señalan aquellas disposiciones que, en principio, no entran en contradicción con las reformas operadas por el Real Decreto-Ley 13/2010 y por la LES.

previamente autorizadas por el Ministerio quien, además, reglamentará su organización y funcionamiento —artículos 49 y 50 del Reglamento respectivamente—; f) El Secretario de las COCIN es nombrado por el Pleno. No obstante, dicho puesto ha de cubrirse por concurso, cuyas bases y condiciones deberán ser aprobadas por el Ministerio. Además, podrá ser destituido por ineptitud para el desempeño de su cargo o falta grave cometida en el ejercicio de sus funciones. En este caso el expediente será tramitado y resuelto por el Ministerio de Comercio y Turismo —artículo 15 del Reglamento—; y g) El Ministerio tiene la potestad de acordar que las Cámaras no celebren de manera pública una determinada sesión aun en el caso de que su Reglamento de Régimen Interior no prevea tal posibilidad —artículo 27 del Reglamento—.

El Anteproyecto de la nueva Ley básica de las COCIN mantiene en términos casi idénticos a la actual regulación el control de la Administración Pública sobre la actividad de las Cámaras de Comercio, y en concreto en los artículos 34 a 37, así como en otros preceptos dispersos de la norma como el artículo 16 cuando establece que el Reglamento de Régimen Interior será aprobado por la Administración tutelante.

5.3.2 Controles públicos previstos en las normativas autonómicas

Las distintas legislaciones autonómicas que han asumido competencias en relación con las COCIN —exclusivas o de ejecución—, han regulado con mayor o menor precisión, actuaciones de control por parte de la Administración tutelante y de los Gobiernos autonómicos. En concreto, y como ya hemos visto anteriormente, las Comunidades Autónomas que han legislado en relación con esta materia han sido las siguientes: Valencia, Navarra, Madrid, Andalucía, Extremadura, Cataluña, Canarias, Murcia, Galicia, Islas Baleares —Ibiza y Formentera—⁷⁵⁷, Castilla-La Mancha y La Rioja⁷⁵⁸. Todas las legislaciones

⁷⁵⁷ Las COCIN de las Islas Baleares se hallan sometidas a un doble régimen, las Cámaras de Mallorca y Menorca se rigen por la Ley Básica estatal y la Cámara de Ibiza y Formentera por la Ley específica de la Comunidad Autónoma. Esta situación es debida a que la Cámara de Ibiza y Formentera es el resultado de una segregación de la de Mallorca, Ibiza y Formentera. Por tanto, la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006, de 3 de mayo, creó la COCIN de Ibiza y Formentera, como Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, por segregación. La Ley Balear no difiere sustancialmente de la Básica estatal, no obstante, resulta ilustrativa por cuanto se presenta casi como una resolución administrativa destinada a la regulación de esa segregación con una alta intervención de la Administración tutelar en dicho procedimiento.

⁷⁵⁸ Se hace referencia a las legislaciones autonómicas de forma cronológica.

autonómicas han previsto que las correspondientes Comunidades Autónomas sean las Administraciones Públicas tutelantes de las Cámaras de Comercio de sus correspondientes ámbitos territoriales⁷⁵⁹, correspondiendo al ente tutelante el ejercicio de potestades administrativas de aprobación, fiscalización de sus actuaciones, resolución de recursos, suspensión y disolución de sus órganos de gobierno. Consecuentemente, todas las legislaciones autonómicas, atribuyen a la Administración tutelante —al igual que la legislación básica estatal—, la aprobación de los Reglamentos de Régimen Interior y sus modificaciones, pudiendo instar cambios sustantivos que las COCIN deben introducir⁷⁶⁰. En esa línea, corresponde también a la Administración Pública tutelante la aprobación de los presupuestos de las Cámaras de Comercio, fiscalizando sus liquidaciones y estableciendo la posibilidad de ordenar instrucciones al respecto⁷⁶¹. Asimismo, se regulan —en los mismos términos que la Ley 3/1993—, las previsiones relativas al régimen de recursos contra las resoluciones dictadas en el ejercicio de funciones público-administrativas⁷⁶², y el régimen de suspensión y disolución de los órganos de las Cámaras cuando se produzcan transgresiones graves o reiteradas del ordenamiento jurídico vigente, o bien imposibilidad de

⁷⁵⁹ Artículo 43 de la Ley valenciana 11/1997; artículo 57 de la Ley Foral Navarra 17/1998; artículo 2 de la Ley 10/1999, de 16 de abril de las COCIN de la Comunidad de Madrid —en adelante, Ley 10/1999—; artículo 38 de la Ley andaluza 10/2001; artículo 3.2 de la Ley extremeña 17/2001; artículo 47 de la Ley catalana 14/2002, de 27 de junio reguladora de las Cámaras de Comercio de Cataluña; artículo 37 la Ley canaria 18/2003; artículo 43 de la Ley murciana 9/2003; artículo 58 de la Ley gallega 5/2004; artículo 2 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006; artículo 42 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009; artículo 38 de la Ley de La Rioja 1/2010.

Se hace notar que la Comunidad Autónoma de Castilla y León está tramitando actualmente una Ley de Cámaras de Comercio.

⁷⁶⁰ En este sentido, y en cuanto a la aprobación del Reglamento de Régimen Interior, los artículos 16 de la Ley valenciana 11/1997; 30.1 de la Ley Foral Navarra 17/1998; 14 de la Ley madrileña 10/1999; 39.3 de la Ley andaluza 10/2001; 22.2 de la Ley extremeña 17/2001; 48.2 de la Ley catalana 14/2002; 38.2 de la Ley canaria 18/2003; 18 de la Ley murciana 9/2003; 26 de la Ley gallega 5/2004; 15 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006; 21 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009; y 39 de la Ley de La Rioja 1/2010.

⁷⁶¹ En cuanto a la aprobación de los presupuestos de las COCIN por parte de la Administración tutelante, los artículos 31.3 de la Ley valenciana 11/1997, 39.1 de la Ley Foral Navarra 17/1998; 27.3 de la Ley madrileña 10/1999; 51.3 de la Ley andaluza 10/2001; 34 de la Ley extremeña 17/2001; 44 de la Ley catalana 14/2002; 38.3 de la Ley canaria 18/2003; 34 de la Ley murciana 9/2003; 46 de la Ley gallega 5/2004; 31 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006; 39 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009; y 33 de la Ley de La Rioja 1/2010.

⁷⁶² En cuanto al régimen de recursos contra las resoluciones dictadas en el ejercicio de funciones público-administrativas, los artículos 45 de la Ley valenciana 11/1997; 58.1 de la Ley Foral Navarra 17/1998; 35 de la Ley madrileña 10/1999; 47.1 de la Ley andaluza 10/2001; 38.1 de la Ley extremeña 17/2001; 50 de la Ley catalana 14/2002; 40 de la Ley canaria 18/2003; 45.1 de la Ley murciana 9/2003; 59 de la Ley gallega 5/2004; 35 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006; 42 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009 al remitirse de forma general a lo que comprende las funciones de tutela por parte de la Administración autonómica; y 41 de la Ley de La Rioja 10/2010.

funcionamiento normal de aquellos. Cuando concorra alguna de estas dos circunstancias, y durante el periodo que dure la suspensión hasta, en su caso, la constitución de la nueva Corporación, se designará un órgano que se hará cargo de su gobierno⁷⁶³.

Además de estas cuatro facultades que evidencian *per se* un control público sobre las COCIN, también se ha de hacer referencia a las facultades de fiscalización del régimen presupuestario y contable de las COCIN. Así, se concreta en alguna legislación autonómica —como es el caso de Madrid—, que el control que se ejercita no es de mera legalidad, sino financiero⁷⁶⁴. En la misma línea que la normativa madrileña, el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la

⁷⁶³ En cuanto a la suspensión de la actividad de los órganos de gobierno —en los supuestos en que se produzcan transgresiones graves o reiteradas del ordenamiento jurídico o bien imposibilidad manifiesta de funcionamiento—, los artículos 44 de la Ley valenciana 11/1997; 60 de la Ley Foral Navarra 17/1998; artículo 34 de la Ley madrileña 10/1999; 48 de la Ley andaluza 10/2001; 39 de la Ley extremeña 17/2001; 49 de la Ley catalana 14/2002; 39 de la Ley canaria 18/2003; 44 de la Ley murciana 9/2003; 61 de la Ley gallega 5/2004; 34 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006; 43 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009; y 40 de la Ley de la Rioja 1/2010.

⁷⁶⁴ El fuerte intervencionismo público regulado en la legislación madrileña fue advertido por el propio Consejo de Estado en el Dictamen núm. 3138 ya referido anteriormente —emitido con ocasión del proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid—. El Órgano consultivo distingue dos tipos de controles en la Ley:

- a) Control de legalidad que abarcará la verificación de que la gestión y el cumplimiento de las obligaciones se ajusta a la normativa vigente en la materia, y que los gastos e ingresos se han ajustado al Presupuesto aprobado para cada ejercicio.
- b) Y el control financiero, que tendrá como objetivo comprobar que la gestión presupuestaria se desarrolla haciendo uso de los recursos económicos de una manera eficaz y eficiente, analizando los recursos empleados y los rendimientos logrados.

Y a continuación establece que la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad Autónoma: “se configura legalmente como órgano de control, no sólo de la legalidad de la actuación presupuestaria de la Cámara, sino también de la oportunidad en cuanto a la utilización de los recursos y la obtención de rendimientos”.

A tal efecto, el artículo 28.3 de la Ley madrileña 10/1999 señala:

La fiscalización que ejerza la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid comprenderá la realización de los siguientes tipos de controles presupuestarios, cuyo alcance y contenido se desarrollarán reglamentariamente:

- a) Control de legalidad, que abarcará la verificación de que la gestión y el cumplimiento de las obligaciones se ajusta a la normativa vigente en la materia, y que los gastos e ingresos se han ajustado al Presupuesto aprobado para cada ejercicio.
- b) Control financiero, que tendrá como objetivo comprobar que la gestión presupuestaria se desarrolla haciendo uso de los recursos económicos de una manera eficaz y eficiente, analizando los recursos empleados y los rendimientos logrados.

Hacienda Pública de la Junta de Andalucía somete expresamente a las COCIN al control financiero permanente⁷⁶⁵, el cual también se encuentra previsto en idénticos términos en la normativa valenciana⁷⁶⁶. Por otra parte, la gran mayoría de las legislaciones autonómicas establecen la exigencia de que la Administración tutelante autorice expresamente la realización de cualquier acto de disposición o de gravamen sobre sus bienes, la celebración de operaciones de créditos y la concesión de subvenciones o donaciones⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ El artículo 93.1 c) del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, establece:

1. El control de carácter financiero tendrá por objeto comprobar el funcionamiento económico-financiero de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus entidades instrumentales, de las instituciones, así como de los consorcios, fundaciones y demás entidades del artículo 5.1 y fondos carentes de personalidad jurídica a que se refiere el artículo 5.3. Asimismo, este control financiero será de aplicación a las Corporaciones de derecho público cuyos presupuestos hayan de ser aprobados por alguna de las Consejerías de la Junta de Andalucía.

Este control se efectuará mediante procedimientos y técnicas de auditoría en los siguientes casos: (...)

- c) Las Corporaciones de derecho público a que se refiere el párrafo primero de este artículo.

Y el artículo 95.1 de la citada norma define lo que ha de entenderse por control financiero permanente en los siguientes términos:

1. Se entiende por control financiero permanente el control regular posterior sobre la totalidad de las operaciones de contenido económico de la entidad sujeta al mismo, con un triple objetivo:
 - a) Comprobación del cumplimiento de la legalidad y de las normas y directrices de aplicación.
 - b) En su caso, examen de las cuentas anuales, con objeto de emitir un dictamen sobre si las mismas se gestionan y presentan de acuerdo con los principios, criterios y normas contables aplicables al efecto.
 - c) Examen y juicio crítico sobre la gestión de los programas asignados a la entidad sujeta a control, con objeto de verificar si su ejecución se ha desarrollado en forma económica, eficaz y eficiente.

⁷⁶⁶ A tal efecto, el artículo 34 de la Ley valenciana 11/1997 establece: "La *Conselleria* de Empleo, Industria y Comercio podrá someter a control financiero la gestión económica de las Cámaras, directamente o a través de auditoría de cuentas, cuando supuestos o circunstancias excepcionales así lo aconsejen".

⁷⁶⁷ En este sentido, los siguientes preceptos de las legislaciones autonómicas que así lo recogen:

- a) Artículo 33 de la Ley valenciana 11/1997:

En los supuestos que reglamentariamente se determinen, los actos de las Cámaras relativos a la disposición y gravamen de sus bienes, la celebración de operaciones de crédito y concesión de subvenciones o donaciones a actividades directamente relacionadas con sus propios fines, precisarán autorización expresa de la *Conselleria* de Empleo, Industria y Comercio.

El artículo 33 de la Ley valenciana 11/1997 se encuentra desarrollado reglamentariamente en los artículos 40 y 42 del Decreto 158/2001, de 15 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la

Comunidad Valenciana y de su Consejo —en adelante referido como Decreto 158/2001, de 15 de octubre—. A tal efecto, el artículo 40 señala:

Las Cámaras podrán adquirir toda clase de bienes y podrán asimismo enajenar y gravar sus bienes, si bien para los actos de disposición sobre inmuebles, valores y para la celebración de operaciones de crédito precisarán autorización expresa de la Dirección General de Comercio y Consumo, cuando el valor de la operación exceda del 15% del Presupuesto de Ingresos.

Y el artículo 42 dispone:

Las Cámaras sólo podrán conceder subvenciones o donaciones si se hallan directamente relacionadas con sus propios fines sin que puedan exceder globalmente del 2% del presupuesto ordinario de ingresos líquidos por recursos permanentes de cada ejercicio, salvo autorización expresa de la Dirección General de Comercio y Consumo.

b) Artículo 30 de la Ley madrileña 10/1999:

Los actos de la Cámara relativos a la disposición y gravamen de sus bienes, la celebración de operaciones de crédito y concesión de subvenciones o donaciones, aun cuando sean para actividades directamente relacionadas con sus propios fines, precisarán autorización expresa de la Consejería de Economía y Empleo.

c) Artículo 44.2 de la Ley andaluza 10/2001:

Será necesaria la previa autorización de la Consejería competente en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para la formalización de operaciones de créditos, para la enajenación y gravamen de inmuebles y valores, y para la realización de obras o servicios que puedan comprometer fondos de futuros ejercicios, salvo las excepciones que normativamente se establezcan. Por Decreto del Consejo de Gobierno podrá regularse el procedimiento, competencia y condiciones para esta autorización y el sentido, en su caso, del silencio, así como los supuestos en que, por la escasa cuantía y relevancia, se exceptione la necesidad de la misma o se sustituya, en su caso, por una simple comunicación previa a la Consejería.

d) Artículo 37 de la Ley extremeña 17/2001:

Los actos de las Cámaras relativos a disposición y gravamen de sus bienes, la celebración de operaciones de crédito, los gastos plurianuales no presentes en el plan bienal, la concesión de subvenciones o donaciones y todos aquellos gastos extraordinarios que excedan del 5% del presupuesto de gastos de la Cámara precisarán autorización expresa de la Administración tutelar.

e) Artículo 34.5 de la Ley murciana 9/2003:

Las Cámaras y el Consejo de Cámaras pueden adquirir toda clase de bienes y derechos bajo cualquier título por causa de muerte o inter vivos, sea oneroso o gratuito, enajenarlos o gravarlos. Para los actos de disposición de inmuebles y de valores mobiliarios, salvo las operaciones de tesorería, y para las operaciones de crédito por cuantía superior al diez por ciento de los ingresos netos por recurso cameral permanente del ejercicio que corresponda, las Cámaras y el Consejo de Cámaras deben tener la autorización previa del órgano tutelar.

f) El artículo 45 de la Ley gallega 5/2004, de 8 de julio señala:

Las cámaras podrán enajenar y gravar sus bienes, si bien para los actos de disposición sobre inmuebles y valores y para la formalización de operaciones de crédito precisan una expresa autorización previa del órgano tutelar, que podrá denegarla mediante resolución motivada.

g) El artículo 31. 5 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006, de 3 de mayo:

La cámara puede adquirir toda clase de bienes y derechos bajo cualquier título por causa de muerte o inter vivos, sea oneroso o gratuito, enajenarlos o gravarlos. Para los actos de disposición de inmuebles y de valores mobiliarios, salvo las operaciones de tesorería, y para operaciones de crédito por cuantía superior al 10% de los ingresos netos por recurso

Asimismo, se prevé en las legislaciones autonómicas que las correspondientes Administraciones Públicas intervengan en la organización de las COCIN, vedando, incluso, la posibilidad de que se constituyan Cámaras y de que puedan participar en otras entidades. A tal efecto, se constata un control público en el régimen de disolución, fusión y escisión de las mismas. Así, por ejemplo, la regulación gallega contenida en la Ley 5/2004 detalla con minuciosidad los procedimientos para la creación de nuevas cámaras, su integración en otras de más dimensión, su fusión, así como la disolución y modificación de las demarcaciones camerales⁷⁶⁸. En materia de organización externa se prevé la

cameral permanente del ejercicio que corresponda, las cámaras y el Consejo de cámaras deben tener la autorización previa de la consejería competente en materia de comercio.

h) El artículo 37 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009:

Las cámaras oficiales de comercio e industria de Castilla-La Mancha podrán enajenar y gravar sus bienes, si bien para los actos de disposición sobre inmuebles y valores mobiliarios, salvo las operaciones de tesorería, y para la formalización de operaciones de crédito por cuantía superior al diez por ciento de los ingresos netos por recurso cameral permanente del ejercicio que corresponda, precisan una expresa autorización previa del órgano administrativo tutelar, que podrá denegarla mediante resolución motivada.

i) El artículo 35 de la Ley de La Rioja 1/2010:

1. La cámara, de acuerdo con lo que se disponga en el Reglamento de Régimen Interior, podrá realizar actos de disposición o gravamen de los bienes y derechos que integran su patrimonio y formalizar operaciones de crédito para fines debidamente justificados en relación con los objetivos que debe atender. No obstante lo anteriormente dispuesto, estas operaciones necesitarán autorización previa de la Administración de tutela, cuando el valor de bienes, derechos o créditos sea superior al 10% del presupuesto ordinario de ingresos líquidos por recursos permanentes de cada ejercicio, en un plazo no superior a un mes desde la fecha de recepción del expediente, entendiéndose concedida la misma, si en el citado plazo no recae resolución expresa. Del resto de actos, cuyo importe no sea superior al establecido anteriormente, se dará cuenta a la Administración de tutela.
2. La cámara podrá realizar libremente donaciones, conforme a las disposiciones que determine su Reglamento de Régimen Interior, pero necesitará aprobación previa de la Administración tutelante, cuando el valor o importe de cada una sea superior al 10% del presupuesto de gastos del ejercicio.

⁷⁶⁸ El artículo 11 de la Ley gallega 5/2004 establece:

1. La creación, disolución y modificación de las demarcaciones camerales se realizará por decreto del *Consello* de la *Xunta* de Galicia.
2. En los supuestos de fusión, disolución y modificación de la demarcación cameral a instancia del pleno o del electorado de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.a y b, se requerirá autorización del órgano tutelar, que podrá denegarla por medio de resolución motivada. Transcurridos seis meses desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano tutelar sin que se haya dictado resolución expresa, ésta se entenderá desestimada. En dichos supuestos, será objeto de publicación en el *Diario Oficial de Galicia* el acuerdo cameral o la solicitud del electorado que promueve el expediente.
3. En los supuestos de creación de una nueva cámara o modificación de su demarcación, promovidas por el órgano tutelar, el procedimiento se iniciará mediante la publicación de la orden correspondiente.

posibilidad de que la Administración tutelante solicite de manera unilateral al *Consello* de la *Xunta* de Galicia la modificación de las demarcaciones camerales⁷⁶⁹. Además, cuando una Cámara decida disolverse, será la Administración quien determine en qué Cámara o Cámaras se integra la escindida⁷⁷⁰. En términos similares se expresan las legislaciones catalana, canaria y murciana⁷⁷¹. El control público autonómico también se pone de

-
4. En todos los casos, salvo en el supuesto de disolución, será preceptiva la audiencia de la cámara o cámaras afectadas, así como el informe del Consejo Gallego de Cámaras.

⁷⁶⁹ Así, el artículo 10 c) de la Ley gallega 5/2004, establece:

El *Consello* de la *Xunta* de Galicia podrá alterar la demarcación territorial de las cámaras: (...) c) Cuando la administración tutelante, teniendo en cuenta los intereses generales del comercio, industria y navegación de la Comunidad Autónoma de Galicia y previo informe favorable del Consejo Gallego de Cámaras, lo estime conveniente.

⁷⁷⁰ El artículo 9 *in fine* de la Ley gallega 5/2004, señala:

(...) La Administración autónoma determinará, previo informe del Consejo Gallego de Cámaras, la corporación en que haya de integrarse la cámara disuelta, pudiendo incorporarse a varias ya existentes, estableciéndose en este caso las nuevas demarcaciones camerales.

⁷⁷¹ El artículo 6 de la Ley catalana 14/2002 establece lo siguiente:

Dos o más cámaras, por propia iniciativa, pueden proponer al órgano tutelar su fusión. La autorización, previo informe del Consejo General de las Cámaras y a propuesta del órgano que ejerce la tutela, corresponde al Gobierno, el cual debe establecer el ámbito territorial de la nueva cámara y su denominación.

El artículo 7, señala:

Sin perjuicio de lo que establece el artículo 9, las cámaras pueden proponer al órgano tutelar su integración en otras de más dimensión. La integración debe ser autorizada por el Gobierno, previo informe del Consejo General de las Cámaras y la conformidad de la cámara en la cual tenga que integrarse, y debe establecer el ámbito territorial de la nueva cámara y su denominación.

Y el artículo 9:

El Gobierno puede acordar la disolución de una cámara y su integración forzosa en una o más cámaras como medida excepcional para salvaguardar los intereses generales del comercio, la industria y la navegación que representa la cámara a disolver y los derechos de sus electores, en los supuestos y con las condiciones que establece este artículo.

En términos similares se expresan los artículos 6 y 7 de la Ley canaria 18/2003. Así, el artículo 6 establece:

1. Por propia iniciativa, dos o más Cámaras pueden proponer al órgano tutelar su fusión. El expediente se iniciará con los acuerdos plenarios favorables a la fusión de las distintas Cámaras afectadas. Para la eficacia del acuerdo se requerirá el voto favorable de, al menos, las dos terceras partes de los miembros del Pleno de cada Cámara. La autorización, previo informe del Consejo General de las Cámaras y a propuesta del órgano que ejerce la tutela, corresponde al Gobierno de Canarias, el cual debe establecer el ámbito territorial de la nueva Cámara y su denominación.
2. En ningún caso podrá autorizarse la fusión en una sola de la totalidad de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Canarias.

manifiesto en las limitaciones a las que se encuentran sometidas las COCIN cuando participan en cualquier asociación, organismo, consorcio, institución, fundación, o sociedad.⁷⁷².

-
3. Las Cámaras previamente fusionadas podrán recuperar su condición inicial, previa autorización del Gobierno de Canarias en los mismos términos que en el apartado 1.

Y el artículo 7 dice:

1. El Gobierno puede acordar como medida excepcional la disolución de una Cámara y su integración forzosa en una o más Cámaras para salvaguardar los intereses generales del comercio, la industria, el turismo y la navegación y los derechos de sus electores, en los supuestos y con las condiciones que establece este artículo.
2. La Cámara que durante dos años sucesivos no pueda alcanzar, con recursos propios, la financiación de las funciones y los servicios señalados en el artículo 3 de esta Ley, debe ser requerida por el órgano tutelar para que informe sobre su situación patrimonial y financiera y sobre la posibilidad de alcanzar la mencionada financiación en un período no superior a dos años.
3. A la vista del informe y de la propuesta que a este efecto formule el órgano tutelar, y con la audiencia previa del Consejo General de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Canarias y de las otras Cámaras que puedan resultar afectadas, el Gobierno puede disolver la Cámara de que se trate si considera que ésta no puede alcanzar su financiación.
4. Si efectuadas dos elecciones consecutivas, resultara imposible el funcionamiento del Pleno de una Cámara, ésta puede ser disuelta por el Gobierno, con la audiencia previa del Consejo General de Cámaras y de las Cámaras que puedan resultar afectadas.
5. El acuerdo de disolución debe determinar la integración de la Cámara o las Cámaras disueltas en una o más de las Cámaras existentes. En el caso de integración en dos o más Cámaras, el acuerdo de disolución debe fijar la distribución, entre aquellas en las cuales se integran, del personal y de los activos y pasivos de la Cámara o Cámaras disueltas.
6. La Cámara o las Cámaras en que se integre la disuelta o las disueltas debe ser a todos los efectos sucesora de ésta o éstas en la forma que señale el acuerdo de disolución.

Los apartados tercero y cuarto del artículo 7 de la Ley murciana 9/2003 establecen:

3. El Consejo de Gobierno podrá acordar la fusión de dos o más Cámaras en una de nueva creación, así como la integración de Cámaras cuando las mismas, durante cuatro ejercicios consecutivos, liquiden con un déficit superior al 20 % de sus ingresos o no alcancen el porcentaje mínimo de autofinanciación previsto en la Ley 3/1993, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, mediante ingresos no procedentes del recurso cameral permanente.
4. La creación de una nueva Cámara Oficial de Comercio, Industria y, en su caso, Navegación por fusión y la integración de Cámaras se realizará por Decreto del Consejo de Gobierno. En los supuestos de fusiones e integraciones previstas en el apartado anterior, el procedimiento se iniciará por Orden del Consejero competente en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

⁷⁷² Así, el apartado quinto del artículo 31.4 de la Ley canaria 18/2003 establece:

Las Cámaras requerirán autorización previa del órgano tutelar para promover, crear, administrar, participar o gestionar asociaciones, organismos, organizaciones, consorcios, instituciones, fundaciones, sociedades y todo tipo de entidades públicas o privadas, siempre que ello comporte un compromiso financiero, económico o patrimonial.

En términos similares, se establece en el artículo 6.4 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009:

De las previsiones legales analizadas se infiere que la Administración, ya sea de manera directa o indirecta, acaba incidiendo en la actividad de las Cámaras de Comercio, aunque se parta de la premisa de que las COCIN poseen autonomía para fijar sus directrices y que el Órgano tutelar no puede afectar de una manera directa la toma de decisiones de las COCIN. Pese a que la Ley de Bases no incluya expresamente entre las potestades de la Administración la facultad de sustituir las decisiones a las Cámaras —excepción hecha en sede de recursos administrativos donde sí sustituye la voluntad cameral—, ni la de dirigir su actuación a través de órdenes vinculantes, se puede concluir que, analizada la normativa, decae el apriorismo según el cual las relaciones de tutela entre la Administración pública y las COCIN se basan en determinados controles con el único fin de garantizar la legalidad de la actuación. En realidad la regla general se ve excepcionada continuamente. Por tanto, en no pocas ocasiones, existe una intervención en la determinación del sentido de actuación de la Corporación. Y, lo mismo sucede en lo que respecta a la predicada autonomía organizativa y financiera que en el plano teórico ha de quedar al arbitrio de los órganos de gobierno de las Cámaras mediante la aprobación de sus respectivos Reglamentos de Régimen Interior, pero que en la práctica queda efectivamente cuestionada por la regulación de desarrollo que, en la mayoría de ocasiones, sobrepasa las únicas finalidades que legitimarían la intromisión, esto es, la garantía de que su funcionamiento interno y externo sea democrático.

Para el adecuado desarrollo de sus funciones, en especial las de carácter obligatorio, las cámaras podrán, previa autorización del órgano tutelar, promover o participar en asociaciones, consorcios, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, de carácter público o privado, o entidades de análoga naturaleza, así como establecer los oportunos convenios de colaboración entre ellas o con cámaras de España o de otros países, que redunden en un más eficaz cumplimiento de los fines que tienen encomendados.

Y el artículo 5.3 de la Ley de La Rioja 1/2010 señala:

La Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja, para el adecuado desarrollo de sus funciones, y previa autorización de la Consejería que ejerza las funciones de tutela, podrá promover o participar en asociaciones, consorcios, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, de carácter público o privado, o en entidades de naturaleza análoga, así como establecer los oportunos convenios de colaboración con otras cámaras oficiales de España o de otros países que redunden en un cumplimiento más eficaz de los fines que tiene encomendados en beneficio de las empresas riojanas.

5.3.3 Controles públicos derivados de delegaciones y de encomiendas de gestión efectuadas por las Administraciones Públicas

El régimen jurídico-público sobre el control y las funciones de las COCIN no se agota con la delimitación efectuada en la Ley de Bases, el Reglamento del 74 o en las distintas disposiciones autonómicas dictadas al respecto, ya que estas Corporaciones pueden ejercer funciones públicas adicionales en virtud de una delegación o encomienda de gestión, en cuyos supuestos la intensidad del control se acentúa al derivar de un encargo concreto de la Administración Pública. En concreto, el artículo 2.4 de la Ley 3/1993, establece que las COCIN podrán recibir encomiendas de gestión y para la prestación de servicios a empresas. Esta última previsión fue introducida por la Disposición Final Cuadragésima Séptima, Uno, de la LES, y a partir de dicha modificación el apartado cuarto del artículo 2 ha quedado redactado en los siguientes términos:

Para el adecuado desarrollo de sus funciones, en especial las de carácter obligatorio, y previa autorización de la Administración tutelante, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación podrán promover o participar en toda clase de asociaciones, fundaciones y sociedades civiles o mercantiles, así como establecer entre sí los oportunos convenios de colaboración.

Con este mismo fin, las Cámaras y las Administraciones Públicas podrán establecer los convenios que en su caso estimen pertinentes. Asimismo, las Cámaras podrán recibir encomiendas para la gestión y prestación de servicios de empresas.

La LES se limitó a introducir en el citado precepto el segundo párrafo transcrito. Llama la atención la insistencia del legislador en recalcar la capacidad de celebrar convenios —regulada en el párrafo inmediatamente anterior— y la reiteración sobre la posibilidad de que reciban encomiendas de gestión que ya se prevé claramente en el artículo 1.2 de la Ley 3/1993 al establecer que corresponde a las COCIN, además del ejercicio de las competencias de carácter público que les atribuye la Ley, todas aquellas que les puedan encomendar y delegar las Administraciones Públicas⁷⁷³.

⁷⁷³ En idéntico sentido el artículo 4 del Reglamento del 74 establece lo siguiente:

Las Cámaras podrán desempeñar las funciones y cometidos que la Administración les delegue o encomiende, a través del Ministerio de Comercio, especialmente en orden a la realización de estudios e informes económicos, recepción y registro de expedientes o cualesquiera otras que se consideren de utilidad para el comercio interior o exterior y el

Esta posibilidad no puede pasar inadvertida, ya que cuando se delegan funciones o se realizan encomiendas de gestión, el control de la Administración tutelante sobre el desempeño de las funciones o la gestión encomendada es más intenso que cuando se ejercitan las público-administrativas previstas en la Ley. Nos encontramos ante relaciones puramente interadministrativas insertas de lleno en las prescripciones de la Ley 30/1992 y excepcionadas de la aplicación del TRLCSP en virtud del artículo 4.1.c)⁷⁷⁴. La insistencia del legislador no es baladí si la contextualizamos en el momento en que se promulga la LES, es decir, cuando ya se empezaban a vislumbrar las negativas consecuencias sobre las COCIN en relación con la supresión del recurso cameral permanente y la imposibilidad material de desempeñar determinadas actividades de interés general —obligatorias— sin recursos económicos públicos adscritos al efecto. En esta coyuntura, las delegaciones de funciones y los convenios de encomienda de gestión se presentan como los instrumentos idóneos para salvaguardar el interés general del Comercio, Industria y la Navegación, entretanto no se soluciona la situación de desprotección en la que han quedado estas Corporaciones, dado que los citados convenios han de prever la financiación para el ejercicio de las funciones propias de la entidad tutelante delegadas o encomendadas que ha de soportar los gastos generados como consecuencia de la realización de dichas actividades “sin que, por tanto,

fomento de las exportaciones, dentro del marco de las funciones que legalmente les corresponden.

En los mismos términos, los siguientes preceptos de las distintas legislaciones autonómicas: artículos 7.2, 8 y 28 i) de la Ley valenciana 11/1997; artículos 4,5 y 36 h) de la Ley Navarra 17/1998; artículo 25 c) de la Ley madrileña 10/1999; artículo 41 de la Ley andaluza 10/2001; artículos 9 y 12.5 c) de la Ley extremeña 17/2001; artículos 11.3 y 42.1 g) de la Ley catalana 14/2002; artículos 3 y 26.1 h) de la Ley canaria 18/2003; artículos 9 y 10 de la Ley murciana 9/2003; artículos 5 y 38 d) de la Ley gallega 5/2004; artículos 3.3 y 29.2 c) de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006; artículos 7.3, 8.2 y 34 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009; y artículos 6 y 31 de la Ley de La Rioja 1/2010.

⁷⁷⁴ En el Anteproyecto de la nueva Ley Básica de las COCIN se hace referencia de forma explícita a los convenios previstos en el TRLCSP, y en concreto en el artículo 5.6 cuando señala lo siguiente:

Para el adecuado desarrollo de sus funciones, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación así como la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de España y las administraciones públicas podrán celebrar convenios de los previstos en las letras c) y d) del artículo 4.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y servirse de los restantes instrumentos permitidos por el ordenamiento jurídico vigente. (...)

sea apropiado hablar de precio sino de compensación económica o aportación de financiación lógica a la encomienda o delegación de facultades”⁷⁷⁵.

La posibilidad de delegación de funciones y de realizar encomiendas de gestión, además de estar prevista en la propia Ley de Bases con anterioridad a la reforma efectuada por la LES, ha sido refrendada por la propia jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de marzo de 2001 señala en el Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

(...) la Ley vigente 3/1993, que las configura como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas que tienen por finalidad la representación, promoción y defensa de intereses generales del Comercio, Industria y Navegación y que ejercitan sus competencias que les puede encomendar y delegar las Administraciones Públicas, llegándose a la consideración de que sus funciones tienen clara relevancia constitucional⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Generalitat* valenciana núm. 1078/2010, de 30 de noviembre, emitido a propósito de una Consulta facultativa sobre la viabilidad de celebrar convenios de colaboración por la *Generalitat* con las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación para encargarles facultades de encomienda de gestión y delegación de funciones.

⁷⁷⁶ En el mismo sentido, la SAN de fecha 14 de marzo de 2007 que aborda específicamente la impugnación de un convenio de encomienda de gestión suscrito por una Corporación de Derecho Público. La recurrente argumenta esencialmente que el artículo 15.1 de la Ley 30/1992 contempla la encomienda de gestión entre órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, lo que excluye totalmente de la posibilidad de encomienda de gestión con la Corporación —Consejo General de Colegios de Oficiales de Farmacéuticos—, ya que no constituye ni forma parte de ninguna Administración, por cuanto se trata de una entidad asociativa de base privada constituida para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros. La AN concluye la licitud del convenio y de la encomienda de gestión en base a la personalidad jurídico-pública de las corporaciones y en base a que lo encomendado no coincidía con ningún objeto contractual del entonces vigente TRLCAP. En el Fundamento de Derecho Tercero se señala literalmente lo siguiente:

(...) el Convenio en cuestión tiene por objeto una encomienda de gestión de las contempladas en el artículo 15 , apartados 1 a 4 de la Ley 30/1992 , quedando excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Estado, por virtud de lo dispuesto en el art. 3.1 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues se trata de un convenio suscrito entre la Administración del Estado y una entidad pública que no tiene por objeto materia de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, y, por tanto, no puede concluirse que el mismo sea nulo por no haberse sometido a las normas de adjudicación contempladas en la referida Ley de Contratos, y en concreto a los principios de publicidad y concurrencia y la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas Esta consideración del Consejo General firmante del convenio como entidad pública hace que no sea de aplicación el apartado 5 del artículo 15 de la Ley 30/1992 , que se refiere a las encomiendas de gestión ‘cuando la realización de las actividades (...) haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado’, que se ajustan entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado.

Sobre este asunto, resulta interesante el pronunciamiento del *Consell Jurídic Consultiu de la Generalitat* antes referido, al señalar que:

(...) no nos encontramos, en tales casos, ante contratos u operaciones de mercado, sino ante el ejercicio de funciones administrativas situadas al margen de la contratación pública, y, por tanto, de los principios de publicidad y concurrencia competitiva. Téngase

6. NIVEL DE SUJECIÓN DE LAS COCIN A LA NORMATIVA DE CONTRATACION DEL SECTOR PÚBLICO

Expuestas las características generales más significativas de las Cámaras de Comercio desde el punto de vista de la contratación del sector público, procede ahora analizar su nivel de sujeción a la Ley. Para ello es necesario recordar que estas entidades no se encuentran nominadas de forma expresa en las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP, razón por la cual procede determinar, en primer lugar, si concurren en ellas los elementos configuradores de “entidad del sector público” que se describen en la cláusula residual —letra h)— del artículo 3.1 de la citada norma⁷⁷⁷. Ya se ha justificado en los capítulos precedentes que dada la identidad que existe entre la delimitación conceptual de “entidad del sector público” de la cláusula residual letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP y la definición de “poder adjudicador” contenida en la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP, la conclusión que se extrae es que las entidades que se integran en la referida cláusula, como mínimo, se deben sujetar al segundo nivel de sujeción a la norma, como poderes adjudicadores, no Administración Pública. Por el contrario, si la entidad en cuestión no cumple con los requisitos previstos en la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, la misma no deberá observar la normativa de contratación del sector público, al no estar incluida en ninguno de los tres niveles de sujeción previstos por aquélla. Una vez extraída la consecuencia, en su caso,

en cuenta que tales entidades se configuran como "colaboradoras" de las Administraciones Públicas, y dicha colaboración implica coadyuvar para la concesión de un fin propio de la Administración Pública y que ha de ajustarse, en este caso, a la naturaleza y fines para los que han sido creadas dichas entidades. En algunas ocasiones, el grado de complejidad de las tareas administrativas atribuidas a la Administración hace difícil pensar que ésta pueda llevarlas a cabo siempre sin necesidad de auxilio por parte de otras entidades, especialmente, si dichas entidades han sido creadas con funciones públicas y con posibilidad de delegaciones o encomiendas, y como 'colaboradoras'. Y que tales funciones han quedado justificadas en la doctrina actual del Tribunal Constitucional recogida en la expresada Sentencia 107/1996.

⁷⁷⁷ Se ha de recordar que la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP señala:

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: (...)
 - h) 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.

de que las COCIN forman parte del sector público por imperativo de esa cláusula residual, restará determinar si se incluyen en el nivel máximo de aplicación como Administración Pública, o bien en el intermedio, como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

Con carácter previo a extrapolar las conclusiones expuestas en el epígrafe anterior en cuanto a los rasgos delimitadores de las COCIN determinantes de su nivel de sujeción a la normativa de contratación del sector público, es necesario señalar con carácter previo, y tal y como se ha indicado *ut supra*, que no se debe extraer consecuencia alguna, en cuanto al nivel de sujeción de las Cámaras de Comercio a la normativa de contratación, de la previsión contenida en el artículo 1.3 de la Ley básica 3/1993 cuando señala que su contratación se regirá por el Derecho privado. La citada remisión se debe entender no aplicable por la especialidad de la norma de contratación del sector público contenida en el TRLCSP que delimita el régimen de aplicación de la contratación a las entidades del sector público y, consecuentemente, en su caso, a las COCIN⁷⁷⁸. Al igual que la normativa estatal, algunas Comunidades Autónomas han regulado en términos similares a aquella el régimen de contratación de las COCIN, sujetándolas al Derecho privado e imponiendo, en algún caso, el cumplimiento de unos principios básicos de contratación —publicidad y concurrencia—. Así las cosas, se han de extraer las mismas conclusiones que las predicadas en relación con la normativa estatal, no siendo de aplicación lo previsto en sus legislaciones propias. En este sentido, las legislaciones de Valencia, Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha⁷⁷⁹. Otras Comunidades Autónomas como

⁷⁷⁸ En el Anteproyecto de la Ley Básica de las COCIN se establece en el artículo 2.1, al igual que la actual Ley 3/1993 que la contratación se regirá conforme al Derecho privado, habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, concurrencia y no discriminación.

⁷⁷⁹ Así, el artículo 42 de la Ley valenciana 11/1997 establece: “La contratación y el régimen patrimonial se rige por el derecho privado. La contratación deberá respetar los principios de publicidad y concurrencia, en la forma y con los límites que reglamentariamente se determinen”. El artículo 38.2 de la Ley andaluza 10/2001 dice: “La contratación y el régimen patrimonial se regirán, en todo caso, por el Derecho privado”. El artículo 2.3 de la Ley extremeña 17/2001 señala:

La contratación y el régimen patrimonial se rigen por el derecho privado sin perjuicio de los instrumentos de control establecidos legalmente. La contratación que realicen las Cámaras en el ejercicio de funciones público-administrativas habrá de respetar, en todo caso, los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

Y, el artículo 41 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/2009, que sin hacer referencia expresamente a la contratación de las COCIN, se remite de forma supletoria a la Ley básica 3/1993:

Las cámaras oficiales de comercio e industria de Castilla-La Mancha se regirán por lo dispuesto en la legislación básica en materia de cámaras oficiales de comercio e industria y Navegación, en la presente Ley, en sus normas de desarrollo y en los respectivos reglamentos de régimen interior. Con carácter supletorio y en todo lo no previsto en la

Cataluña, Canarias, Murcia, Baleares —Ibiza y Formentera— y la Rioja, establecen expresamente que cuando las Cámaras ejerzan funciones públicas por delegación de las Administraciones Públicas, se podrá imponer un régimen de contratación distinto al del Derecho privado, siempre y cuando dicho régimen se encuentre previsto en el ordenamiento jurídico —este sería el caso que nos ocupa, derivado del TRLCSP—⁷⁸⁰. Asimismo, algunas normativas autonómicas reconociendo el carácter bifronte de este tipo de entidades y señalando que las mismas realizan funciones públicas, por una parte, y privadas, por la otra, señalan que cuando se ejecuten las primeras se ajustarán al Derecho privado, salvo que una norma legal, nacional o comunitaria establezca lo contrario. Éste

normativa anterior, les será de aplicación la legislación referente a la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, en cuanto sea conforme con su naturaleza y funciones.

⁷⁸⁰ Así, el artículo 2.5 de la Ley catalana 14/2002 cuando establece:

La contratación y el régimen patrimonial se rigen por el derecho privado. No obstante, en los supuestos de delegación de funciones públicas de las administraciones, el acuerdo de delegación puede fijar otro régimen diferente de contratación para el desarrollo de la función delegada siempre y cuando este régimen específico de contratación sea impuesto por el ordenamiento vigente.

El artículo 2.4 de la Ley canaria 18/2003 cuando dice:

La contratación y el régimen patrimonial se rigen por el Derecho Privado. No obstante, en los supuestos de delegación de funciones públicas de las administraciones, el acuerdo de delegación puede fijar otro régimen diferente de contratación para el desarrollo de la función delegada, siempre y cuando este régimen específico de contratación sea impuesto por el ordenamiento vigente;

El artículo 42.1 de la Ley murciana 9/2003 dice:

La contratación y el régimen patrimonial de las Cámaras se regirá por el Derecho privado. No obstante, en los supuestos de delegación de funciones públicas de la Administración regional, el acuerdo de delegación debe fijar otro régimen diferente de contratación para la función delegada, siempre y cuando este régimen específico de contratación sea impuesto por el ordenamiento vigente.

El artículo 2.4 de la Ley balear —Ibiza y Formentera— 7/2006:

Por su parte, la contratación y el régimen patrimonial se rigen por el derecho privado. No obstante, en los supuestos de delegación de funciones públicas el acuerdo de delegación puede fijar otro régimen diferente de contratación para el ejercicio de la función delegada, siempre que este régimen específico de contratación sea impuesto por la normativa vigente.

Y, el artículo 37.1 de la Ley de La Rioja 1/2010:

La contratación y el régimen patrimonial de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja se regirá por el derecho privado. No obstante, en los supuestos de delegación de funciones públicas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el acuerdo de delegación debe fijar otro régimen diferente de contratación para la función delegada, siempre y cuando este régimen específico de contratación sea impuesto por el ordenamiento vigente en materia de contratos del sector público.

sería el supuesto de las legislaciones de Murcia y de La Rioja⁷⁸¹. Si bien este tipo de previsiones —tanto por lo que se refiere al ejercicio de funciones públicas por delegación, como en aquellos casos en que se ejecutan de forma directa por así imponerlo de forma expresa las correspondientes disposiciones legales— gozan de una mejor técnica legislativa que aquellas otras que se remiten directamente al Derecho privado sin excepción alguna, lo cierto es que tal regulación tampoco se ajusta a la normativa de contratación del sector público. Ya hemos expuesto en el Capítulo Tercero del presente trabajo de investigación que una entidad se encuentra o no sujeta a las disposiciones contractuales de Derecho público, con las consecuencias que de ello se derivan, en cuanto a la integridad de su actividad contractual. No es posible legalmente —porque no lo prevé así el ordenamiento jurídico y porque expresamente lo ha prohibido el intérprete europeo— que una entidad esté sujeta a la normativa de contratación pública cuando realiza unas funciones —públicas— y al Derecho privado cuando desempeña las privadas. El legislador nacional —por imperativo del comunitario— establece los requisitos para que una entidad forme parte del sector público, de forma que si se cumplen todos ellos de forma acumulada, deberá estar integrada en el nivel de sujeción correspondiente, sujetando toda su actividad contractual —tanto la derivada de funciones públicas, como privadas— a la normativa de contratos. Por el contrario, si los requisitos no concurren, la entidad en cuestión quedará excluida de la normativa de contratación y, por tanto, no habrá de observar los procedimientos allí previstos. Se ha de recordar que el Tribunal europeo ya se ha enfrentado a aquellas situaciones en las que una misma entidad pueda llevar a cabo, por una parte, actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y, además, otras no susceptibles de tal consideración. Ante esta situación, la *vis*

⁷⁸¹ El artículo 42.2 de la Ley murciana 9/2003 establece:

Cuando se trate de las funciones públicas de carácter administrativo a que se refiere el artículo 2.1 y 2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, las Cámaras se regirán por el Derecho privado salvo cuando una ley básica estatal o la normativa comunitaria europea exija su sometimiento, en todo o en parte, a un régimen jurídico distinto.

Por otra parte, el artículo 37.2 de la Ley de La Rioja 1/2010 establece:

Cuando se trate de las funciones públicas de carácter administrativo a que se refiere el artículo 2, apartados 1 y 2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, la cámara se regirá por el derecho privado salvo cuando una ley básica estatal o la normativa comunitaria europea exijan su sometimiento, en todo o en parte, a un régimen jurídico distinto.

atractiva de las primeras sobre las segundas conlleva que la entidad se encuentre sujeta a la normativa de contratación pública.

Mención especial merecen las legislaciones autonómicas madrileña, gallega y navarra. En las dos primeras, si bien las disposiciones correspondientes prevén la sujeción al Derecho privado de la actividad contractual de las COCIN, lo cierto es que dejan a salvo aquellos supuestos en que una norma establezca lo contrario, situación en la que nos encontraríamos al establecer, en su caso, el TRLCSP un régimen jurídico distinto para las Cámaras de Comercio⁷⁸². La peculiaridad del régimen navarro deriva de que en el artículo 6.2 de la Ley Foral Navarra 17/1998 establece que en materia de contratación:

se someterá a la legislación sobre contratos públicos y para aquellos contratos no sometidos a ésta, así como en su régimen patrimonial y en el ejercicio de funciones que no tengan el carácter de público-administrativas, se regirá por el derecho privado.

De esta forma en la legislación navarra, se deja a salvo las previsiones contenidas en la legislación contractual pública.

6.1 Las COCIN son entidades que se integran en el sector público por imperativo de la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP

Para poder concluir el nivel de sujeción de las COCIN a la normativa de contratación del sector público, se deben extrapolar las conclusiones antes expuestas en cuanto a los requisitos previstos en la cláusula residual, letra h), del artículo 3.1 del TRLCSP —personalidad jurídica, satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y control público—, los cuales se deben interpretar de conformidad con los criterios jurisprudenciales europeos expuestos en los Capítulos Primero y Tercero del presente trabajo de investigación.

⁷⁸² Así, el artículo 32 de la Ley madrileña 10/1999 establece: “La contratación y el régimen patrimonial de la Cámara Oficial de Comercio e Industria, se regirá por el Derecho Privado, salvo cuando una Ley exija su sometimiento al Derecho Administrativo.”.

Por otra parte, el artículo 57.3 de la Ley gallega 5/2004 dice:

La contratación y el régimen patrimonial de las cámaras se regirán por el derecho privado, salvo disposición legal en contrario, con sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con ellos.

6.1.1 Personalidad jurídica

Así, si empezamos por el primero de ellos —personalidad jurídica—, se ha podido constatar que dicho requisito concurre por imperativo legal en las Cámaras de Comercio⁷⁸³. Las COCIN tienen personalidad jurídica propia. Las consecuencias derivadas de su naturaleza jurídica pública se dejan para un momento posterior cuando debemos determinar si las COCIN deben incluirse en el nivel máximo de aplicación de la norma, como Administración Pública, o bien en el intermedio, como poderes adjudicadores, no Administración Pública. Este ejercicio es lógico si atendemos al hecho de que de no concurrir de forma acumulada los tres requisitos enunciados, se haría innecesario analizar si las COCIN están incluidas en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, ya que determinaría su exclusión de la normativa de contratación pública.

6.1.2 Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

En relación con el segundo de los requisitos mencionados —que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil—, se hace necesario reproducir aquí los indicios generales expuestos en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación, derivados de la jurisprudencia comunitaria recaída al respecto. Así, esta circunstancia concurre cuando se produce algunos de los siguientes requisitos: a) Una eventual vinculación del objeto de la entidad con determinadas potestades públicas; b) Las actividades que se llevan a cabo en un entorno liberalizado, pero sobre las cuales los poderes públicos deciden intervenir pueden calificarse como conducentes a la satisfacción del interés general; c) La fijación de precios por parte del poder público, sin que concurra la oferta y la demanda, conlleva que no pueda considerarse una actividad mercantil o industrial; d) La circunstancia de que la entidad en cuestión actúe en

⁷⁸³ A tal efecto, se ha de recordar que el artículo 1.1 de la Ley básica 3/1993 establece lo siguiente:

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y, en su caso, de Navegación son Corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos.

competencia con otras entidades puede constituir un indicio de que se trata de una entidad con una finalidad mercantil o industrial, indicio, al que se deben adicionar otras circunstancias como que la entidad opere en condiciones normales de mercado y tenga ánimo de lucro. Tanto, la eventual financiación pública, como la falta de asunción de riesgos derivados de la actividad, son indicios de que la actividad se realiza sin ánimo de lucro; e) La existencia de instrumentos o mecanismos a través de los cuales se compensen las pérdidas de la entidad, de forma que ésta no asuma riesgos o, aun asumiéndolos, el poder público que la creó afronte, en última instancia, situaciones concursales, evidencia que no se trata de una actividad de carácter mercantil o industrial.

Las COCIN, como Corporaciones de Derecho Público que son, satisfacen necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil. Se ha de recordar al respecto que las Cámaras de Comercio, dado su carácter bifronte, realizan funciones públicas y privadas, y tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, señalándose en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1993 que la atribución de las funciones de carácter público-administrativas derivan de la vinculación al interés general que persiguen. Las citadas funciones se encuentran detalladas en los apartados primero y segundo del artículo 2 de la Ley 3/1993 —precepto básico—, a las que se han de adicionar las que derivan de las encomiendas o delegaciones llevadas a cabo por parte de las Administraciones Públicas. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional recaída al respecto “Las funciones públicas detalladas en el artículo 2 de la Ley quedan atribuidas a unas Cámaras cuya finalidad primaria es la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación”⁷⁸⁴.

Dentro del elenco de las funciones de carácter público-administrativo, y tal como nos hemos referido *ut supra*, se han de destacar a los efectos que ahora nos interesan las siguientes: consultivas y asesoras; fomento del comercio exterior; expedición de certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil; promoción y cooperación en la organización de ferias y exposiciones; intervención en la tramitación de los programas públicos de ayudas a las empresas y a la formación profesional; censales y estadísticas. Mediante el ejercicio de estas

⁷⁸⁴ STC núm.107/1996, de 12 de junio, en su Fundamento Jurídico Décimo.

funciones, las COCIN participan en el desarrollo de las actividades económicas e industriales a través de la puesta a disposición a favor de los agentes empresariales de aquellas herramientas que les permitan llevar a cabo las actividades productivas que les son propias a nivel nacional e internacional. Todo ello, como ha quedado dicho, redundará en beneficio de la creación de empleo y de riqueza y, en consecuencia, de los intereses generales de la colectividad.

Si extrapolamos la jurisprudencia comunitaria recaída al respecto a la configuración legal de las funciones de carácter público-administrativo atribuidas a las COCIN, se desprende que estas entidades satisfacen necesidades de interés general en los términos interpretados por el Tribunal europeo. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal europeo recaída en el Asunto *Mannesmann* se concluyó que la entidad enjuiciada satisfacía necesidades de interés general al asumir con carácter exclusivo la impresión de documentos administrativos oficiales. El Tribunal europeo entendió que esta actividad se encontraba estrechamente vinculada al orden público y al funcionamiento institucional del Estado y que, por tanto, exigía una garantía de abastecimiento y unas condiciones de producción que asegurasen el cumplimiento de las normas de confidencialidad y de seguridad, catalogando las necesidades como de interés general. En nuestro caso concreto, entre otras funciones asignadas, las COCIN expiden certificados relacionados con el tráfico mercantil en los supuestos previstos en la normativa vigente, función que se puede asimilar a la enjuiciada por el Tribunal europeo. Además, la interpretación amplia y expansiva que lleva a cabo el Tribunal de Luxemburgo se puso de manifiesto en la Sentencia recaída en el Asunto *Agorà y Excelsior* donde se ha de recordar que se enjuiciaba al ente *Fiera Internazionale di Milano* que tenía por objeto desarrollar y apoyar cualquier actividad dirigida a la organización de ferias, exposiciones y congresos y cualquier otra iniciativa que, favoreciendo el intercambio, fomentase la presentación de la producción de bienes y servicios y, eventualmente, su venta. En esta Sentencia se señala que la actividad de organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares, cumplen una necesidad de interés general, al reunir en un mismo lugar geográfico a fabricantes y comerciantes, no actuando, exclusivamente, en favor de su interés particular, sino que también se procura información a los consumidores que acuden a estos eventos que les permite elegir en condiciones óptimas. Al

respecto, se ha de recordar que las COCIN, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 3/1993 están obligadas a promover y cooperar en la organización de ferias y exposiciones, razón por la cual el citado pronunciamiento judicial también sería extrapolable a la actividad de las COCIN.

De lo dicho hasta el momento, se deduce que las COCIN han sido creadas por Ley para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial ya que con relación a las funciones de carácter público-administrativas previstas en la norma, el poder público ha decidido conservar una influencia dominante. Las COCIN no actúan con ánimo de lucro, su gestión no se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad como si de un particular se tratase y, además, se constata la no asunción de riesgos derivados de su actuación.

No obstante, no podemos obviar una característica inherente a su carácter bifronte, y es que las COCIN, además de realizar funciones de carácter público-administrativo, también llevan a cabo funciones privadas como si de asociaciones privadas se trataran. Esta circunstancia podría ser relevante desde el punto de vista literal de la norma —artículo 3.1, letra h) del TRLCSP— cuando hace referencia al adverbio “específicamente”. Sin embargo, ya hemos podido constatar que el intérprete europeo no extrae conclusión alguna al respecto, al entender que las actividades de interés general que realizan las entidades tienen la suficiente fuerza expansiva como para atraer hacia ellas las otras actividades de carácter industrial o mercantil⁷⁸⁵. Es la aludida teoría del contagio y que se justifica en razones de seguridad jurídica que desaconsejan embarcarse en la tarea de desmembrar la parte de la gestión que satisface necesidades de interés

⁷⁸⁵ Así, ya hemos visto en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación que en la Sentencia recaída en el Asunto *Mannesmann*, se analizaban las actividades realizadas por ÖS, sociedad que fue creada para la producción de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad para la Administración Federal Austriaca, cuya normativa reguladora le permitía desarrollar otras actividades —que efectivamente ejecutaba también—, como la producción de otros impresos, o la edición y distribución de libros o periódicos. Pues bien, al respecto el Tribunal europeo puntualizó que la actividad relativa a la impresión de documentos oficiales, debía ser considerada de interés general; añadiendo, que resultaba indiferente que, además de cumplir dicha función, la entidad pudiese desempeñar otras como la producción de material impreso o la edición y la distribución de libros, ya que la mencionada entidad seguía encargándose de las necesidades de interés general que estaba obligada a satisfacer. Por tanto, no se puede descartar la conceptualización de una actividad como de interés general por el mero hecho de que el sujeto realice otras no calificables como tales, aún en el supuesto que el peso relativo a la primera actividad con respecto a la actividad global que desempeña sea menor. En definitiva, si hay una función de interés general, con independencia de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una *vis* atractiva hacia el primer elemento, debiendo someterse el ente a las reglas de la contratación pública.

general, de aquellas otras que no lo hacen. El argumento más utilizado a fin de invocar y justificar la aplicación de esta teoría ha sido el de evitar eludir de modo fraudulento la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación, incorporando a las actividades de una entidad, aquellas que revistan carácter industrial o mercantil, “de suerte que toda su contratación, de cualquier naturaleza, vendría a llevarse a cabo sin las exigencias de la armonización comunitaria”⁷⁸⁶. La consecuencia inmediata que se deriva de la *vis* atractiva a las que nos hemos referido, es que todos los contratos que celebre una entidad que realice simultáneamente actividades que satisfagan necesidades de interés general y actividades mercantiles o industriales, están sujetos a las reglas de contratación pública.

Por último, restaría analizar si las Cámaras de Comercio han sido “creadas” para satisfacer este tipo de necesidades. Sobre esta cuestión, se ha de advertir que podría defenderse, a la vista de las primeras disposiciones normativas que estas corporaciones no nacieron para satisfacer intereses públicos, sino privados y, consecuentemente, a partir de dicho posicionamiento fundamentar su exclusión de la normativa de contratación. No obstante, no se puede obviar la postura del Tribunal europeo sobre la cuestión, que no extrae consecuencia alguna al respecto. En línea con lo apuntado, se ha de recordar la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo recaída en el Asunto *Universale-Bau* cuando entendió que una sociedad que no había sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil, pero que posteriormente se había encargado de satisfacerlas, cumple el requisito exigido por las Directivas comunitarias para ser calificada de organismo de Derecho público, siempre que se pudiese comprobar objetivamente que satisfacía tales necesidades.

De lo expuesto y de la interpretación europea del concepto “interés general de carácter no industrial o mercantil”, se deduce que las COCIN cumplen con este segundo requisito. La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su Informe 10/2008, de 27 de noviembre alcanzó la misma conclusión, cuando señala lo siguiente:

⁷⁸⁶ Vid.: Conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo presentadas el 22 de noviembre de 2007 en el Asunto C-393/06, *Ing Aigner*.

En este sentido, vistas las funciones de carácter público que les atribuye su normativa reguladora (tanto estatal como catalana), el hecho de que la mayor parte de las actividades no las realizan como un agente de mercado en régimen de competencia, así como la falta de ánimo de lucro y la falta de asunción de los riesgos derivados de su actuación se puede concluir que las necesidades de interés general que satisfacen las cámaras oficiales no tienen carácter industrial o mercantil.

Una parte de la doctrina también ha extraído la misma conclusión. En este sentido, ya NOGUERA DE LA MUELA, analizando el antiguo TRLCAP, sostuvo que no era desacertado mantener que las Cámaras, a la vista de la regulación de sus ingresos y de su sujeción en el ejercicio de su actividad a la tutela de la Administración Públicas, podían incluirse en el concepto de entidades adjudicadoras que se utiliza en el Derecho comunitario⁷⁸⁷. En la misma línea, GARCÍA-ANDRADE, analizando también el TRLCAP, afirma:

Ante tan elocuentes y reiteradas afirmaciones del Tribunal Constitucional deberá admitirse que las Corporaciones de Derecho Público de base privada persiguen fines de interés general. Además, importa subrayar muy especialmente que, de acuerdo con la jurisprudencia europea que más atrás se expuso, la consecución simultánea de fines generales y además sectoriales o privados por las mismas entidades en nada empaña el cumplimiento de este requisito, pues el Derecho comunitario atribuye a los fines de interés general una fuerza expansiva que califica como poderes públicos a las entidades de las que se predicen⁷⁸⁸.

En el mismo sentido se expresa GORORDO cuando dice:

Este requisito lo cumplen las Cámaras de Comercio, dentro de su carácter mixto o bifronte, en su faceta de desarrollo de las funciones público-administrativas, puesto que persiguen la defensa y promoción de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación. Y hay un elenco de actividades funciones, para cuyo desarrollo pueden cabalmente precisar de contrataciones de obras (equipamientos que no tengan carácter industrial o mercantil), en las que perfectamente podría exigirse la transparencia que persigue el Derecho comunitario, la publicidad y la concurrencia en la contratación.

Cierto es que las Cámaras prestan y venden servicios a las empresas y, en general, a la sociedad, por lo que obtienen unos ingresos propios derivados de una actividad mercantil: en particular, la Formación, que

⁷⁸⁷ Vid.: NOGUERA DE LA MUELA, B. *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido*. Barcelona: Atelier, 2001, p. 196. En el mismo sentido, ENTRENA CUESTA, R. En: LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (Coords.). *Op. cit.*, p. 36.

⁷⁸⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho administrativo en la contratación entre privados... Op. cit.*, p. 157.

llena un amplio espacio de las actividades de las Cámaras, que actúan en el libre mercado, en competencia con Universidades, Academias, Fundaciones, etc. En este caso, se trata de actividades constitutivas de empresa, en el sentido de ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios, por lo que la contratación de este tipo de servicios parece que debe quedar siempre sujeta al Derecho Privado, pero recuérdese que el resto de funciones (promoción e internacionalización, etc.) cumplen el requisito⁷⁸⁹.

Y FRANCH y TORRELLES afirman:

En este sentido, y teniendo en cuenta que resulta difícil considerar que las funciones realizadas por las Cámaras tienen carácter industrial y/o mercantil, en base a los motivos expuestos anteriormente, y considerando además que tanto la jurisprudencia como la doctrina sobre la materia exigen realizar una interpretación amplia de estos conceptos, procede concluir que las Cámaras habrían sido creadas para satisfacer intereses de carácter general que no tienen carácter industrial o mercantil y, en consecuencia, cumplirían también el segundo requisito exigido por la LCSP para que un ente pueda ser considerado poder adjudicador⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, pp. 475 y 476.

⁷⁹⁰ FRANCH I SAGUER, M.; TORRELLES TORRELLES, J. "Aplicabilidad de la Ley de Contratos del Sector Público en la actividad contractual de las Cámaras de Comercio". *RAP*, núm. 178, 2009, p. 388.

En sentido contrario, DE AHUMADA señala lo siguiente:

Algunos autores, siguiendo la expansiva y errónea doctrina del TJCE que confunde la naturaleza de las necesidades que satisfacen las diversas entidades personificadas con la naturaleza de sus actividades y las condiciones en que éstas se realizan, califican a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación españolas como poderes adjudicadores sobre la base de considerar que algunas de sus actividades no revestirían carácter industrial o mercantil. Obviamente, no compartimos tal apreciación. En efecto, dejando a un lado el examen de si las Cámaras cumplirían o no el requisito establecido en la letra c) del párrafo segundo del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 3.3 de la LCSP (relativo a la dirección, control de la gestión o financiación mayoritaria por los poderes públicos) —aspecto muy discutible—, lo cierto es que en cualquier caso las necesidades de interés general que satisfacen las Cámaras son en su integridad de carácter industrial o mercantil.

Partiendo de esta premisa, el autor excluye a las COCIN de la normativa de contratación del sector público, al no concurrir uno —como mínimo— de los tres requisitos para poder incluir a estas entidades en el elenco de las del sector público.

DE AHUMADA RAMOS, F. J. "Delimitación del concepto... *Op. cit.*, p. 828.

En la misma línea que DE AHUMADA, GIMENO FELIU, sin explicar con detenimiento el porqué de su razonamiento, concluye lo siguiente:

Con todo, y como hemos descrito con carácter general el legislador ha decidido que las Cámaras de Comercio no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley al no tener la consideración de sector público. Además, y, examinando la jurisprudencia del TJCE resulta difícil justificar que las Cámaras de Comercio (y demás Corporaciones de Derecho Público) cumplen función de interés general con financiación mayoritariamente pública como lógica o causa de su actuación general.

6.1.3 Control público: Orgánico, financiación pública o gestión

El tercero de los requisitos que de forma acumulativa ha de concurrir para poder determinar si una entidad se debe integrar o no en la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP es el relativo al control público. Este requisito requiere de un análisis más detallado tras la modificación de la Ley 3/1993, operada a través del Real Decreto-Ley 13/2010, por cuanto, como se ha dicho, se elimina el recurso cameral permanente. Como ya se ha expuesto ampliamente en los Capítulos Primero y Tercero del presente trabajo de investigación, han de concurrir de forma alternativa cualquiera de las siguientes formas de control: a) Orgánico; b) Financiación mayoritariamente pública; o c) Control en la toma de decisiones.

Con anterioridad a la citada modificación legislativa, se podía afirmar sin demasiadas dificultades que las COCIN debían integrarse, como mínimo, en el segundo nivel de sujeción a la Ley, al financiarse mayoritariamente con ingresos públicos a través del recurso cameral permanente. El citado recurso era una exacción parafiscal creada *ex lege* para financiar actuaciones de interés general, tal y como así se indicaba expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1993⁷⁹¹. La mayoría de los ingresos de las COCIN provenían del recurso cameral permanente, que no se devengaba como una contraprestación específica por los servicios que prestaban las Cámaras, sino que las entidades quedaban obligadas al pago por el hecho de realizar actividades relacionadas con el comercio, la industria o la navegación⁷⁹². En la redacción original de la Ley

GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...* Op. cit., p. 83.

⁷⁹¹ El TC también se refirió al carácter parafiscal del recurso cameral. Como sentencias más significativas podemos referir la ya citada STC núm. 179/1994; STC núm. 107/1996, de 12 de junio y la STC núm. 206/2001, de 22 de octubre.

En el mismo sentido, con anterioridad se había pronunciado el TS en las Sentencias de 2 de junio de 1992, de 5 de octubre de 1992, de 1 de marzo de 1993 y de 17 de noviembre de 1993.

En sentido contrario encontramos algún pronunciamiento anterior a la Ley de 1993, como la STS de 18 de diciembre de 1990 que entendía el recurso cameral como aportaciones obligatorias no tributarias sino simplemente como “deberes asociativos” —Fundamento de Derecho Quinto—.

⁷⁹² El TC se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en relación con los elementos definitorios de lo que debe entenderse por “prestaciones patrimoniales de carácter público”. La STC 185/1995 de 14 de diciembre estableció que “la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público”. Según el TC, la libertad o espontaneidad exigida en la realización del hecho imponible y en la decisión de obligarse debe ser real y efectiva. Ello significa que deberán considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, sino también

se establecía que el recurso cameral permanente lo componían las exacciones siguientes: a) Un porcentaje sobre cada una de las cuotas municipales, provinciales o nacionales del Impuesto sobre Actividades Económicas; b) Un porcentaje sobre la cuota líquida positiva del Impuesto de Sociedades; y c) una cantidad calculada sobre los rendimientos netos de las actividades empresariales y algunas de las profesionales declaradas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁷⁹³.

Por tanto, y dado que la jurisprudencia comunitaria ha aceptado que el concepto de financiación pública pueda concurrir mediante el pago de cánones, siempre y cuando esté previsto en una normativa y no resulte de una transacción celebrada entre el ente y los consumidores⁷⁹⁴, mantenemos la posición de que,

aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social. También deben considerarse coactivamente impuestas, según el TC, las prestaciones patrimoniales que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho.

En el mismo sentido STC núm. 182/1997, de 28 de octubre; STC núm. 233/1999, de 16 de diciembre —aborda la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de Haciendas Locales—; STC núm. 102/2005 de 20 de abril y STC núm. 122/2005, de 11 de mayo —estas dos últimas sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante—. En todas ellas se aborda la delimitación de lo que ha de entenderse por prestaciones patrimoniales de carácter público en relación con la reserva de Ley del artículo 31.3 de la CE.

Tal y como señala MARTÍN JIMÉNEZ, desde las referidas sentencias del TC la coactividad no depende tanto de que el servicio se preste en régimen de Derecho público o privado, como de la posición en que se encuentre el obligado al pago frente al acreedor, con independencia del carácter público o privado de la relación en que nazca tal obligación.

Vid.: MARTÍN JIMÉNEZ, A. “Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC”. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm.106, 2000, p.194 y ss.

En el mismo sentido, GÓMEZ-FERRER MORANT, R. “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”. *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 159-208; y FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Derecho de Asociación” En: IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.). *Op. cit.* Vol. I., pp. 339-358.

⁷⁹³ Así se establecía en el hoy derogado artículo 12 de la Ley 3/1993.

⁷⁹⁴ Sobre este particular, se ha de recordar la Sentencia recaída en el Asunto *Bayerischer*, y que es clara al entender lo siguiente:

(...) a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos.

Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las

con anterioridad a la reforma, se producía, claramente, el requisito de la financiación pública mayoritaria a efectos de poder considerar a las COCIN como entidades del sector público y, por lo tanto, debían incluirse en la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP y que, como mínimo, debían sujetarse al segundo nivel de sujeción a la norma⁷⁹⁵.

prerrogativas del poder público, cumple el requisito de 'financiación por el Estado', a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Y en el mismo sentido la ya analizada STJCE recaída en el Asunto *Hans & Christophorus Oymanns*, en la que se analizaba si una caja pública de seguro alemana obtenía o no financiación pública. La financiación mayoritaria, en este supuesto, provenía de cotizaciones de los asegurados con carácter obligatorio, cuyas cuantías se calculaban exclusivamente en función de los ingresos del asegurado y sin una contrapartida contractual concreta vinculada a dichos pagos. Por tanto, ni la obligación de cotización, ni el importe de ésta eran fruto de un acuerdo entre las cajas y sus afiliados, sino por imperativo legal, por el mero hecho de su afiliación, también obligatoria.

Como vemos, las circunstancias fácticas del supuesto enjuiciado por el Tribunal europeo eran muy similares a la ya obsoleta financiación de las COCIN mediante el recurso cameral permanente.

⁷⁹⁵ Esta conclusión fue alcanzada por varios autores que analizaron los ya derogados artículos 1.3 y 2.1 del TRLCAP de conformidad con la configuración legal de las COCIN con anterioridad a la modificación de la Ley Básica 3/1993 operada mediante el Real Decreto-Ley 13/2010.

ENTRENA CUESTA señala:

Ciertamente no cabe adoptar aquí posturas maximalistas, sino que habrá estar a las características de tales entidades en el ordenamiento jurídico de los países comunitarios. Pero no parece desacertado a primera vista sostener, por ejemplo, que entre nosotros, habida cuenta de la regulación de los ingresos de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación efectuada por la Ley 3/93, de 2 de marzo, el carácter público de un elevado porcentaje de tales ingresos resulta incuestionable (art. 11.1 y 14.1 y 5), y además "están sujetas en el ejercicio de su actividad a la tutela de la Administración del Estado o de las respectivas Comunidades Autónomas" (art. 22.1). Por lo que no sería aventurado considerar aplicable a aquéllas el concepto que de las entidades adjudicadoras se utiliza en el Derecho comunitario.

ENTRENA CUESTA, R. En: LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (Coords.). *Op. cit.*, p.35-36.

FRANCH y TORRELLES, analizando ya la LCSP, y después de afirmar que las COCIN realizan actividades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, entienden que, atendiendo al sistema de financiación de las Cámaras, donde la mayoría de sus ingresos provienen de tasas de pago obligatorio por parte de personas físicas o jurídicas, debería considerarse financiación pública y, consecuentemente, supondría el primero de los requisitos para considerar a las COCIN entes del sector público y, por tanto, poderes adjudicadores.

Vid.: FRANCH I SAGUER, M.; TORRELLES TORRELLES, J. *Op. cit.*, p. 391.

Así, GARCÍA-ANDRADE señala:

Luego, teniendo en cuenta que la financiación mayoritaria de las Corporaciones de Derecho público proviene de éstas prestaciones patrimoniales, debe concluirse que estas entidades no sólo reúnen los requisitos exigidos por las Directivas europeas para ser calificadas como poderes adjudicadores, sino incluso la totalidad de los requisitos del art. 1.3 de la Ley de Contratos, quedando en consecuencia sometidas a las previsiones de esta Ley.

El panorama cambia con la modificación de la Ley 3/1993 operada mediante el Real Decreto-Ley 13/2010, al desaparecer el principal ingreso —público— de las COCIN⁷⁹⁶. Tras esta modificación, para poder constatar si las Cámaras de Comercio se encuentran o no incluidas en la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, se debe analizar si a pesar de la supresión del recurso cameral, estas entidades se siguen financiando mayoritariamente con ingresos públicos; si existe un control público orgánico; o bien un control en la toma de decisiones en los términos analizados por la jurisprudencia comunitaria.

De las tres formas de control, el orgánico es el más objetivo, ya que se trata de determinar si los miembros integrantes de los órganos de gobierno han sido

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. *Derecho Administrativo en la contratación entre privados... Op. cit.*, pp. 162 y 163.

En el mismo sentido, GORORDO cuando dice:

que las Cámaras de Comercio del modelo continental deben adaptarse al Derecho comunitario, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia en los contratos financiados por dichos recursos públicos con las matizaciones y precisiones explicadas.

GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, p.482.

Asimismo, PIÑAR MAÑAS también se planteó que pese a la dicción del artículo 1.3 de la Ley 3/93 cuando hace referencia a que el régimen de contratación de las COCIN se deberá sujetar al Derecho privado, le son aplicables a éstas las Directivas comunitarias sobre contratación pública.

Vid.: PIÑAR MAÑAS, J.L. En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO FERRER, M.; *et. al. Op. cit.*, p.306.

⁷⁹⁶ Esta situación se mantiene en el Anteproyecto de la nueva Ley Básica de las COCIN ya que no está previsto el recurso cameral permanente. Así, en el artículo 7.1 de la norma en tramitación se señala:

Las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales o navieras en territorio nacional formarán parte de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de su territorio, sin que de ello se desprenda obligación económica alguna, procediéndose a la adscripción de oficio de las mismas.

Por otra parte, dentro de los ingresos relacionados en el artículo 19 del Anteproyecto no se hace referencia al recurso cameral, señalándose al respecto lo siguiente:

1. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación dispondrán de los siguientes recursos:
 - a) Los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos por los servicios que presten y, en general, por el ejercicio de sus actividades.
 - b) Los productos, rentas e incrementos de su patrimonio.
 - c) Las aportaciones voluntarias de empresas o entidades comerciales.
 - d) Los legales y donativos que pudieran recibir.
 - e) Los procedentes de las operaciones de crédito que se realicen.
 - f) Cualesquiera otros que les puedan ser atribuidos por ley, en virtud de convenio o por cualquier otro procedimiento de conformidad con el ordenamiento jurídico.

nombrados mayoritariamente por el sector público. El control orgánico por parte del poder público no concurre en las COCIN por cuanto en sus órganos de gobierno no existe una mayoría de representantes nombrados por el sector público. Así, el artículo 7 de la Ley Básica 3/1993 establece que los órganos de gobierno son el Pleno, el Comité Ejecutivo y el Presidente, siendo el primero el órgano supremo de gobierno y representación de la Cámara, compuesto por una serie de vocales en los que se no integran representantes públicos⁷⁹⁷. El Comité Ejecutivo es el órgano permanente de gestión, administración y está formado por el Presidente, Vicepresidentes, el Tesorero y los miembros del Pleno que se determinen. La Administración tutelante regula el número de miembros integrantes del Comité, no obstante únicamente puede designar a un representante que deberá ser necesariamente convocado a las reuniones del indicado órgano.

Descartado el control orgánico, debemos analizar si pese a la supresión del recurso cameral permanente, sigue existiendo financiación mayoritariamente pública. Como hemos dicho anteriormente, el régimen económico de las COCIN está regulado en los artículos 10 a 17 de la Ley, que tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 13/2010, ha quedado desprovisto del recurso cameral permanente. Por tanto, con el régimen actual, se deberá analizar en cada supuesto concreto cual es el porcentaje de financiación pública que perciben las COCIN ya que, a pesar de que el recurso cameral permanente se ha suprimido, las Cámaras pueden nutrirse con otros ingresos de naturaleza pública que, de ser mayoritarios, implicarían un control público. Así, se pueden destacar los siguientes ingresos públicos: a) Subvenciones o compensaciones económicas derivadas tanto de las delegaciones de funciones adicionales a las establecidas

⁷⁹⁷ A tal efecto, la letra a) del artículo 7.1 de la Ley 3/1993 establece:

- a) El Pleno es el órgano supremo de gobierno y representación de la Cámara y estará compuesto por los miembros que se enumeran a continuación, y cuyo mandato durará cuatro años:
 - 1.º Los Vocales que, en número no inferior a diez ni superior a sesenta, sean elegidos mediante sufragio libre, igual, directo y secreto, entre todos los electores de la Cámara, clasificados en grupos y categorías en la forma señalada en el artículo siguiente.
 - 2.º Los Vocales que, en número comprendido entre el 10 por 100 y el 15 por 100 de los señalados en el párrafo anterior, deberán ser elegidos por los miembros del Pleno mencionados en dicho párrafo, entre personas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la circunscripción de cada Cámara, propuestas por las organizaciones empresariales a la vez intersectoriales y territoriales más representativas. A este fin, las citadas organizaciones deberán proponer una lista de candidatos que supere en un tercio el número de vocalías a cubrir.

en la Ley como de las encomiendas de gestión y otros convenios interadministrativos⁷⁹⁸; b) Ingresos derivados de aquellas obligaciones que tienen impuestas por Ley y que han de desempeñar de manera obligatoria y en régimen de exclusividad, como son la expedición de certificados de origen y otras certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil nacional o internacional por cuya expedición el usuario paga una tarifa⁷⁹⁹; c) Las propias funciones de

⁷⁹⁸ Destaca por su importancia en la actividad de fomento, el papel de las Cámaras en la implantación y gestión de la Ventanilla única empresarial —red de oficinas integradas— que presta los servicios integrados de información, orientación, atención y tramitación y gestión de los procesos para la creación, desarrollo y cese de la actividad de las empresas. A tal efecto, durante el año 2011, mediante diversas Resoluciones de la Secretaria de Estado para la Función Pública se suscribieron con las distintas Comunidades Autónomas y determinadas Cámaras de Comercio prórrogas a los Convenios de Colaboración suscritos en años anteriores, todos ellos, al amparo del artículo 8.2 de la Ley 30/1992. En las prórrogas a los convenios no se establece un modo de financiación concreto. Se prevé de manera genérica la siguiente Cláusula:

Financiación. El presente Convenio no contempla la existencia de gastos que requieran el establecimiento de un sistema de financiación específico, considerando que los derivados del cumplimiento de lo acordado no implican incremento de los programas ordinarios de gasto e inversión de cada Administración o corporación. A este respecto, cada interviniente asumirá con sus propios medios las acciones a emprender en cumplimiento de este Convenio.

Cualquier necesidad de financiación conjunta que pudiera surgir será, en su caso, objeto de acuerdo y formalización a través de los oportunos instrumentos jurídicos.

No obstante, como puede observarse, el inciso de cierre deja abierta la posibilidad de concertar esa financiación mediante otros mecanismos jurídicos. Por citar un ejemplo, así lo ha hecho la COCIN de Albacete mediante el Convenio suscrito con su Ayuntamiento para la “Realización y Financiación de Programas y Acciones” de 24 de octubre de 2012. Entre las acciones que contempla en el Convenio se encuentra la Ventanilla única; la aportación del Ayuntamiento asciende a la cantidad de ochenta mil Euros y, anteriormente, el Convenio suscrito con el Ministerio de Administraciones Públicas y la Junta de Castilla la Mancha el 8 de octubre de 2010 para la implantación de la Ventanilla única.

Las Cámaras que han suscrito Convenios en relación con la Ventanilla única son las siguientes: Álava, Ávila, Badajoz, Bilbao, Burgos, Cantabria, Cartagena, Ceuta, Ciudad Real, Cuenca, *Guipúzcoa*, Guadalajara, La Rioja, Las Palmas, León, Madrid, Melilla, Miranda de Ebro, Murcia, Navarra, Oviedo, Mallorca, Ibiza y Formentera, Palencia, Salamanca, Santa Cruz de Tenerife, Segovia, Sevilla, Soria, Toledo, Valencia, Valladolid, Zamora, y Zaragoza. Los Convenios suscritos entre el Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas, las Comunidades Autónomas y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio.

Todos los Convenios pueden consultarse [On line] http://administracionelectronica.gob.es/?_nfpb=true&_pageLabel=P2000261891298540534276&langPae=es [Consulta: 4 de julio de 2013].

⁷⁹⁹ Se ha de notar que con posterioridad a la supresión del recurso cameral se han incrementado significativamente los precios de venta de material y tarifas tanto por la emisión de certificados de origen como de los Cuadernos ATA y CDP, tasa WATAC y la legalización de documentos. Determinadas COCIN han reconocido la relación de causalidad entre la referida supresión y el aumento de los precios. En este sentido, por ejemplo, la COCIN de Huelva ha advertido que:

Con motivo de la entrada en vigor del RDL 13/2010 de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo en el que, entre otras cosas, se regula el cambio del modelo de financiación de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, el Pleno de esta Cámara de Comercio aprobó en su sesión celebrada el pasado día 27 de abril nuevos

asesoramiento y asistencia a las Administraciones públicas, que habrán de ser retribuidas de algún modo y que son prestaciones personales de carácter público impuestas por Ley, además de la llevanza de los censos públicos y funciones estadísticas o los arbitrajes mercantiles⁸⁰⁰.

Consecuentemente, y dada la supresión del recurso cameral permanente, en la actualidad la financiación mayoritariamente pública de las COCIN no deriva de forma automática de la Ley, como sucedía con el anterior régimen, de forma que para determinar tal circunstancia se deberá estar al análisis concreto de la COCIN correspondiente, con el análisis exhaustivo del origen de los fondos mediante los que se nutre la entidad. Al respecto, se ha de extrapolar la jurisprudencia comunitaria recaída sobre esta cuestión y ya expuesta en el Capítulo Primero del presente trabajo de investigación, donde se enjuiciaba si determinadas cantidades percibidas por la Universidad de *Cambridge* debían o no considerarse financiación pública, en concreto, se examinaron las subvenciones públicas. El Tribunal europeo distinguía dos supuestos, el primero, representado por aquellos pagos que suponían la contrapartida de prestaciones contractuales —la realización de investigaciones y organización de seminarios—. En este caso, estas cantidades no se debían incluir como financiación pública, ya que la entidad posee un interés económico en que se lleve a cabo la prestación, se trata de una relación de dependencia, pero incardinada dentro de las relaciones comerciales normales que se desarrollan en el marco de contratos

precios de venta de material y tarifas por emisión de cuadernos ATA, expedición de certificados de origen y legalización de documentos.

CÁMARA DE COMERCIO INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE HUELVA [On line]
<http://www.camarahuelva.com/certificadosdeorigen.html> [Consulta: 3 de marzo de 2013].

⁸⁰⁰ Desde 1993, las Cámaras cuentan con una red de más de cuarenta Cortes y Tribunales de Arbitraje, junto con la Corte Española, adscrita al Consejo Superior. Se han convertido en pioneras en materia de arbitraje mercantil. El pasado 10 de diciembre de 2012, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio suscribieron una adenda al Convenio marco de colaboración de 27 de octubre de 2010, con la finalidad de desarrollar y fomentar la mediación en España. En virtud de la referida Adenda, los Juzgados de lo Mercantil y los de Primera instancia podrán derivar a las COCIN, aquellos asuntos que se puedan resolver a través de la mediación mercantil y civil. Se ha de resaltar que la Cláusula segunda del documento prevé expresamente que los nuevos acuerdos se desarrollaran mediante planes concretos que incluirán, entre otras cuestiones, los medios materiales necesarios para acometer las actividades programadas.

Ambos documentos se encuentran disponibles [On line]
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Convenios/Otras_materias/Adenda_al_Convenio_Marco_de_colaboracion_entre_el_Consejo_General_del_Poder_Judicial_y_el_Consejo_Superior_de_Camaras_Oficiales_de_Comercio_Industria_y_Navegacion_de_Espana_10_10_2012 [Consulta: 15 de febrero de 2013].

de carácter sinalagmático, negociados libremente por las partes. El segundo, correspondiente a aquellos pagos en concepto de becas o subvenciones directas al ente o a una persona que forme parte de la misma como prestador de servicios. En este segundo supuesto, el Tribunal entiende que sí ha de considerarse como financiación pública, al crearse una relación de dependencia o subordinación entre el ente concedente y el receptor de las cantidades. Por tanto, si la entidad en cuestión percibe ingresos públicos en los términos expuestos por parte del Tribunal europeo, deberá considerarse, como mínimo, poder adjudicador, no Administración Pública y, por tanto, estará sujeta al segundo nivel de sujeción a la norma. Por el contrario, si no concurriese éste segundo elemento, nos veremos obligados a determinar si se produce el control público en la gestión, en la toma de decisiones de la Cámara de Comercio.

El control en la toma de decisiones implica, al igual que los otros dos, una influencia dominante del poder público sobre la actividad de las Cámaras de Comercio. De esta forma, si concurre esta forma de control, podemos afirmar que las COCIN deben ser consideradas, como mínimo, poderes adjudicadores, no Administración Pública. Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, el control en la toma de decisiones es el elemento más difícil de concretar, por cuanto, si bien en el plano teórico sus elementos definitorios son claros, sin embargo, cuando se desciende al análisis de los supuestos fácticos concretos enjuiciados por el Tribunal europeo, las circunstancias tomadas en consideración que evidencian el control en la toma de decisiones distan de las conclusiones extraídas.

A *priori* las COCIN ostentan plena autonomía para decidir la dirección a tomar en los asuntos que les conciernen. Partiendo de esa consideración debería concluirse que no existe una influencia dominante del poder público en la toma y ejecución de las decisiones que adoptan las Cámaras de Comercio, de forma que no están predeterminadas a ejecutar lo que la Administración tutelante entienda en cada caso. Ello se deduce de la naturaleza híbrida de las COCIN — pública y privada—, y del control de legalidad que, en principio, debería ejercer la Administración tutelante⁸⁰¹. No obstante, del análisis exhaustivo del alcance del control que ejerce el poder público sobre las Cámaras de Comercio llevado a

⁸⁰¹ Al respecto, se ha de recordar el Dictamen núm. 3138 del Consejo de Estado emitido con ocasión del proyecto de Decreto mediante el que se desarrolla la Ley de Cámaras de la Comunidad Autónoma de Madrid, donde se hacía referencia al control de legalidad que debía ejercer la Administración tutelante.

cabo en el epígrafe anterior, se ha podido constatar que éste excede de un mero control de legalidad, y puede evidenciarse un control en la toma de decisiones en los términos interpretados por parte de la jurisprudencia europea, tal y como se puso de manifiesto en la tramitación parlamentaria de la Ley Básica. La actividad de las Cámaras de Comercio se encuentra sujeta a la tutela de las Administraciones Públicas —del Estado o de las Comunidades Autónomas—. Entre las funciones de tutela, se ha de destacar, el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución de las Cámaras. Además, corresponde a la Administración tutelante la aprobación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de gastos e ingresos de las Cámaras, pudiendo establecer las instrucciones necesarias para la elaboración de los mismos y de las liquidaciones tipo. También se prevé que la Administración tutelante pueda suspender la actividad de los órganos de gobierno de las Cámaras en el caso de que se produzcan transgresiones del ordenamiento jurídico vigente que, atendiendo a su gravedad o reiteración, hagan aconsejable tal medida, estableciéndose también para aquellos supuestos de imposibilidad de funcionamiento normal de los órganos. Además, el Reglamento de Régimen Interior de cada Cámara es aprobado por la Administración tutelante, la cual podrá también promover su modificación, debiendo constar en el mismo la estructura del pleno, el número y la forma de elección de los miembros del Comité Ejecutivo y, en general, las normas de funcionamiento de sus órganos de gobierno, así como el régimen del personal al servicio de la Cámara. Además, también hemos podido constatar que las diferentes legislaciones autonómicas regulan con gran detalle el tipo de control que, incluso, exceden del previsto en la legislación básica estatal.

La Administración, ya sea de manera directa o indirecta, acaba incidiendo en el funcionamiento de las Cámaras de Comercio, circunstancia que se evidencia aún más cuando estas Corporaciones ejercen funciones públicas adicionales en virtud de una delegación o encomienda de gestión, en cuyos supuestos la intensidad del control se acentúa al derivar de un encargo concreto de la Administración Pública. Nos encontramos ante relaciones puramente interadministrativas insertas de lleno en las prescripciones de la Ley 30/1992.

Si extrapolamos las conclusiones extraídas del análisis de la jurisprudencia comunitaria al régimen jurídico previsto en las distintas disposiciones normativas

en relación con el control público que ejerce la Administración tutelante sobre las Cámaras de Comercio, sólo podemos extraer la conclusión de que estas entidades se encuentran controladas en su gestión en los términos previstos en la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP.

Al respecto, se ha de recordar la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo recaída en el Asunto C-237/99, Comisión contra Francia, donde se concluye que sí concurría el control en la toma de decisiones al constatar la siguiente circunstancia —similar a la prevista en la normativa reguladora de las COCIN—:

El ministro competente en materia de construcción y vivienda puede ordenar la disolución de una SA VAM y nombrar un liquidador, así como ordenar la suspensión de los órganos directivos y nombrar un administrador provisional. No obstante ya se advierte que estos controles se podían ejercitar en el caso de irregularidades graves, de falta grave en la gestión.

Por otra parte, si hacemos un paralelismo entre la aprobación de los presupuestos que prevé la norma y el caso enjuiciado por el Tribunal europeo en la Sentencia recaída en el Asunto *Truley*, podemos llegar a la misma conclusión. En esta Sentencia se concluyó que sí había control por cuanto el poder público se encontraba habilitado para revisar no sólo el balance anual de la entidad en cuestión, sino también la gestión corriente, desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad. Además, no podemos olvidar que las Administraciones Públicas deben aprobar los Reglamentos de Régimen Interior de las COCIN, donde se establece la forma de elección del Presidente, Vicepresidentes, Tesoreros y demás miembros del Comité Ejecutivo, facultad, que guarda alguna similitud con la enjuiciada por parte del Tribunal europeo en el Asunto *Mannesmann*, consistente en que el director general de la ÖS es nombrado por un órgano integrado por su mayoría por miembros nombrados por la Cancillería Alemana Federal o por los diferentes ministerios. Por último, no podemos pasar por alto la incidencia que puede tener en las decisiones tomadas por las COCIN la previsión de la interposición de un recurso administrativo impropio —pero administrativo— contra los actos que emanen del ejercicio de funciones de carácter público administrativas. En estos supuestos es claro que la Administración tutelante puede estimar y revocar la decisión adoptada por la Cámara.

GORORDO llega a la misma conclusión que la aquí alcanzada, cuando tras analizar el antiguo artículo 1.3 del TRLCAP afirma que la sujeción al control público es clara, están sujetas a control o tutela administrativa⁸⁰². En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando afirma que el requisito del control “debe ser saludado como un efectivo progreso frente a la convencional huida del derecho administrativo mediante la artificiosa interposición de entidades ficticias”⁸⁰³. FRANCH y TORRELLES se manifiestan en los mismos términos, después de analizar las funciones de la Administración tutelante y las sentencias del Tribunal europeo recaídas sobre la materia, afirman que si bien las funciones de tutela sobre las Cámaras previstas por la normativa no son exactamente iguales, sí revisten características similares a las anteriormente descritas⁸⁰⁴. En el mismo sentido se ha expresado la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat* de Cataluña, en su Informe 10/2008 —ya referido—, donde se concluye que el control de gestión al que estamos aludiendo concurre en el caso analizado.

6.1.4 Conclusión

Consecuentemente, ya podemos extraer una primera conclusión, y es que las COCIN se deben considerar, como mínimo, poderes adjudicadores, no Administración Pública, al concurrir de forma acumulada los requisitos previstos en la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, cuya delimitación de entidad del sector público coincide literalmente con la prevista en el artículo 3.3, letra b) de la citada norma, relativa a los poderes adjudicadores, no Administración Pública⁸⁰⁵.

⁸⁰² Vid.: GORORDO BILBAO, J.M. *Op. cit.*, p.478.

⁸⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. *Op. cit.*, p. 86.

⁸⁰⁴ Los autores se refieren a las Sentencias recaídas en los Asuntos Comisión Contra Francia e *Irish Forestry Board*. Vid.: FRANCH I SAGUER, M.; TORRELLES TORRELLES, J. *Op. cit.*, p. 393.

⁸⁰⁵ En sentido contrario a nuestras conclusiones, se manifiesta GIMENO FELIU quien sostiene que:

[D]ado el carácter privado de estas Corporaciones, a las que se les delega funciones públicas, sin que estas delegaciones puedan alterar la función esencial ni mucho menos, se entienda que den por cumplido el fin del interés general. Es decir, no se cumplen los requisitos para que pueda merecer la consideración de poder adjudicador.

GIMENO FELIU, J.M. *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación...* *Op. cit.*, pp. 83 y 84.

Y el equipo de Uría Menéndez en su *Guía práctica de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, donde a la pregunta “¿Son los Colegios Profesionales sujetos del

6.2 Nivel de sujeción de las COCIN a la normativa de contratación del sector público

Una vez alcanzada la conclusión de que las COCIN son entidades del sector público al quedar incluidas en la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, restaría analizar si se deben integrar en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, por considerar que son Administración Pública a efectos de la contratación del sector público o bien poderes adjudicadores, no Administración Pública y, consecuentemente, incardinadas en el nivel intermedio. Como ya avanzamos en su momento, la cuestión se nos plantea al considerar que las COCIN ostentan naturaleza jurídica pública, de haber concluido que su naturaleza es privada automáticamente se englobarían en el NIVEL DOS de aplicación de la Ley.

El artículo 3.2 del TRLCSP relaciona aquellas entidades que desde el punto de vista de la contratación del sector público deben considerarse Administraciones Públicas. Así, y si descartamos, por los razonamientos expuestos en el Capítulo Tercero del presente trabajo de investigación, a las Administraciones territoriales —Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local—, a las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, a los Organismos Autónomos, a las Universidades Públicas, a las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, a los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal

sector público a efectos de contratación?; ¿y las Cámaras de Comercio?” Responde en los siguientes términos:

A efectos de contratación esos sujetos de la Administración Corporativa no tienen la consideración de sujetos del sector público. Resulta indicado precisar que los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio ejercen por delegación algunas funciones administrativas, pero son entidades asociativas de base privada y los contratos que celebran se rigen por el Derecho Privado y son, en principio, ajenos a la LCSP. Ahora bien, distinta es la solución legal en el caso concreto de Navarra, donde se establece que, en materia de contratación administrativa la Cámara Oficial de Comercio e Industria se somete a la legislación sobre contratos públicos, sin perjuicio de seguir sometida al Derecho Privado para los contratos que no estén sujetos a la Ley Foral 6/2006 (norma que se describe en el apartado 39 de esta Guía Práctica).

BLANQUER CRIADO, D. (Coord.). *Guía práctica de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*. [S.l.e], 2007, p. 25 [On line] <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2698/documento/GuiaUM.pdf?id=2929> [Consulta: 15 de enero de 2013].

Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación, a las Diputaciones Forales y a las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación, restaría analizar si las COCIN se deben incluir en la cláusula residual contenida en la letra e) del precitado precepto, cuando hace referencia de forma genérica a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes. En consecuencia, se ha de depurar la naturaleza jurídica de las COCIN a fin de concluir si pueden considerarse “Entidades de derecho público vinculadas o dependientes” de una Administración Pública y, además, que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo; o bien que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Si bien de una interpretación literal de los conceptos “vinculación” y “dependencia” se podría sostener que las COCIN son entidades jurídicas públicas vinculadas a las Administraciones territoriales a través de las facultades que se les reconoce en la Ley básica cuando las Cámaras de Comercio ejercen funciones públicas, lo cierto es que esa afirmación no se puede sostener a la vista de la naturaleza jurídica de las COCIN como Corporaciones de Derecho público —que no entidades de Derecho público—, y de conformidad con una interpretación conjunta de los preceptos del ordenamiento jurídico que se han referido a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes. No se debe interpretar de forma aislada la letra e) del artículo 3.2 del TRLCSP como si de un oasis se tratase, sino que debemos acudir a otras disposiciones que también han invocado tal concepto a fin de poder concluir un significado unitario.

Así, como hemos visto *ut supra*, la Ley 30/1992 al regular el ámbito subjetivo, define en su artículo 2 lo que se entiende por Administración Pública, señalando a tal efecto que tendrán tal consideración las Administraciones territoriales y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de ellas. Por otra parte, la Ley se refiere expresamente a las Corporaciones de Derecho Público en la Disposición

Transitoria Primera cuando señala que ajustarán su actuación a su legislación específica, siéndoles de aplicación las prescripciones de esa Ley en lo que proceda. De la combinación de ambas disposiciones se deduce que el legislador del 92 no está pensando en las Corporaciones de Derecho Público cuando en el artículo 2 hace referencia a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes, ya que de haberlo entendido así, no se hubiese remitido a ellas de forma singularizada y particularizada en la Disposición Transitoria Primera de la Ley. Por lo tanto, la Ley 30/1992 sustrajo en cierta medida a las Corporaciones de derecho público de su ámbito de aplicación mediante la citada Disposición Transitoria, estableciendo una legislación propia —sin especificar si ha de ser pública o privada— y señalando que la Ley 30/1992 se aplicará “con carácter provisional”⁸⁰⁶ y “en lo que proceda” mientras no se “complete” esa legislación

⁸⁰⁶ Los encuentros y desencuentros entre el ámbito subjetivo y la Disposición Transitoria de la Ley de nuestro procedimiento y régimen administrativo se libraron ya en sede de tramitación parlamentaria. Las enmiendas propuestas por los diferentes grupos al artículo 2 y a la Disposición Transitoria Primera mostraron, también, los diferentes posicionamientos entorno a su consideración como Administraciones Públicas, su naturaleza pública, privada o bifronte. Así, por ejemplo, el Grupo IU-IC mediante la Enmienda núm. 158 (111) —entre otras— propuso clarificar la Disposición Transitoria Primera introduciendo “en aquellos supuestos en que se les haya atribuido el ejercicio de funciones públicas”. La motivación a dicha Enmienda es que “Los colegios Profesionales y corporaciones similares a que se refiere la disposición no son Administraciones Públicas y sólo se les puede considerar tales, de modo excepcional, en tanto en cuanto el legislador les haya confiado el ejercicio de determinadas funciones públicas y sólo en lo que se refiere a este ejercicio. Por ello, su mención en una ley de esta naturaleza ha de quedar circunscrita a tales supuestos”. En sentido diametralmente opuesto el Grupo Popular planteó la Enmienda núm. 410 de nueva redacción al artículo 2 mediante la que propuso incluir de manera nominativa a toda la tipología de entes públicos que configuraban el sector público estatal entre los que constaban de manera expresa las Corporaciones sectoriales de Derecho público. La motivación esgrimida fue la “adecuación al alcance real del proyecto y reparto de competencias”.

Ambas enmiendas en: *BOCG Serie A*, núm. 82.6 de 7 de mayo de 1992.

Es interesante a los efectos que ahora nos ocupan el posicionamiento del Grupo Parlamentario Socialista a propósito del debate suscitado por la oposición entorno a los dos preceptos. El Grupo Parlamentario popular —entre otros grupos— manifestó durante toda la tramitación del proyecto de Ley la necesidad de reformar tanto el artículo relativo al ámbito subjetivo como la Disposición Transitoria Primera relativa a las Corporaciones de Derecho Público. Entre otras justificaciones, la oposición entendía que “El texto del proyecto, tal y como está redactado va a constituir una fuente inagotable de problemas. Pero es que, además, constituye un retroceso respecto de la situación actual, tal y como ha sido perfilada ésta por el Tribunal Supremo” [*DSCD*, núm. 496, de 24 de junio de 1992]. Frente a este parecer el Senador Sr. Serrano del Grupo Parlamentario Socialista discrepó argumentando que la redacción y el sentido de la Disposición de referencia eran bien claras si se tomaba en consideración el artículo 2.2. Literalmente señaló lo siguiente:

Me parece que está claro que la Ley se refiere a cuando se realicen funciones públicas y no se va a referir a cuando se realicen funciones privadas. Creo que eso es evidente, sobre todo en relación con el artículo 2.2, que cuando habla de los entes públicos, dice que se regirán por esta ley, en tanto en cuanto su normativa no diga otra cosa, y en tanto en cuanto realicen funciones públicas o ejerzan potestades públicas. Lo dice exactamente, me parece, el artículo 2.2. Por tanto, creemos que es algo que queda meridianamente claro.

DSS, núm. 136, de 29 de octubre de 1992.

específica. Esta conclusión también es alcanzada por GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO cuando afirman lo siguiente:

¿A qué organizaciones quiere referirse este precepto cuando habla de “entidades de derecho público”? Es seguro que no ha querido referirse a las Corporaciones de Derecho Público pues éstas aparecen específicamente contempladas —y precisamente para intentar aclarar cuál haya de ser su régimen jurídico— en la disposición transitoria 1^a⁸⁰⁷.

Por otra parte, PAREJO ALFONSO⁸⁰⁸ tras analizar los requisitos de personalidad jurídica y de vinculación o dependencia a los que se refiere el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, afirma que, si bien la amplitud de la literalidad de la norma podría conducir a incluir a las entidades corporativas o de base asociativa, “afortunadamente su disposición transitoria primera se refiere concretamente a las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales, para remitirlas a su legislación específica, solventando así el problema”. Asimismo, TORNOS MÁS afirma que la Administración Corporativa es la gran ignorada del artículo 2.2. de la Ley 30/1992 y, en este sentido, señala:

De la lectura de la disposición transitoria puede deducirse que para el legislador estatal los entes corporativos no son Administración (a los efectos de esta Ley, según el artículo 2), y que no pueden integrarse en el presupuesto del párrafo segundo del mismo artículo 2. Su régimen jurídico, la aplicación o no del derecho administrativo, dependerá de lo que determine su norma de cabecera, ley básica que podrá dictar el Estado precisamente porque el Tribunal Constitucional afirmó que los entes corporativos formaban parte de la Administración (STC 20/1988), y

⁸⁰⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, I. Madrid: Civitas, 2003, p.249.

A pesar de la pregunta retórica que lanzan GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO —*ut supra* transcrita— al abordar el epígrafe relativo al significado de “Entidades de derecho público” —*per se*— acaban manifestando que:

Como puede verse, no resulta fácil encontrar la salida de este laberinto terminológico. Lo cual es tanto más de lamentar cuanto que ello origina inseguridades interpretativas que hacen difícilmente inteligible el ordenamiento jurídico. Porque no debe olvidarse que, en el mundo del derecho el nombre remite a una unidad jurídica y ésta a un régimen de potestades y deberes, derechos y obligaciones. Pero si ese nombre parece remitir, según los casos, bien a una unidad jurídica bien a otra, el problema de aplicación e interpretación de la norma se convierte en un juego inaceptable de pura adivinación. O si se prefiere en una lotería.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios...I. Op. cit.*, pp.250 y 251.

⁸⁰⁸ PAREJO ALFONSO, L. “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. En: LEGUINA VILLA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.). *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Tecnos, 1993, p.37.

que en consecuencia el Estado podía acudir para legitimar su competencia al artículo 149.1.18 de la CE⁸⁰⁹.

Se ha de precisar que las anteriores consideraciones tienen como único objetivo concluir si las entidades integrantes de la Administración corporativa se deben considerar incluidas o no en el concepto de “entidad de Derecho público vinculante o dependiente”, a los solos efectos de la propia Ley 30/1992, sin perjuicio de que les sea de aplicación dicha norma cuando ejerzan funciones públicas por imposición legal, o bien cuando medie delegación o encomienda de alguna Administración Pública⁸¹⁰, posición que se encuentra refrendada por parte de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia⁸¹¹.

⁸⁰⁹ TORNOS MAS, J. “Título competencial del estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor”. En: TORNOS MAS, J. (Coord.). *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*: comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Barcelona: Bosch, 1994, p.52.

⁸¹⁰ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA entiende:

La LPC no ha hecho nada por salir de esta insatisfactoria situación, pues, como ya notamos más atrás, su disposición transitoria primera se limita a remitirse a su legislación específica. El párrafo final de esta disposición indica simplemente que ‘en tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda’.

A esta enigmática previsión ha quedado reducida la aportación a este asunto de la LPC. Para interpretar su alcance es obligado en todo caso distinguir de entre el conjunto de la actividad de las Corporaciones públicas las funciones que éstas desarrollan para el cumplimiento de sus fines propios, es decir, lo que atañe directamente a sus miembros, de aquellas otras que realizan en virtud de una atribución o encargo específicos directamente realizada por la Ley o, al amparo de ésta, por una Administración Pública. En este último caso (autorizaciones de apertura de farmacias por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, acceso a y disciplina de las profesiones, etc.), no sólo se puede, sino que se debe exigir la aplicación de la LPC desde el momento en que tales Corporaciones actúan en estos supuestos, según advertimos en su momento, *en lugar de la propia Administración Pública*, esto es, como auténticos delegados o agentes descentralizados suyos, lo que hace forzoso, al menos desde el punto de vista del administrado, que se observen los mismos principios y se respeten las mismas garantías.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T.II. *Op. cit.*, 10.ª ed., 2006, p. 474.

En la misma línea, GONZÁLEZ PÉREZ concluye:

Cuando los Colegios profesionales ejercitan aquellas potestades públicas que el Estado les ha ‘confiado’, han de sujetarse al derecho público que, para el caso, es fundamentalmente el derecho administrativo.

Obsérvese que cuando se dice que los Colegios profesionales —y, en general, las Corporaciones sectoriales de base privada— han de someterse al derecho administrativo cuando ejercen potestades públicas, se está afirmando una regla idéntica a la que rige para las llamadas ‘entidades de derecho público’. Recuérdese que el artículo 2.2 LJPA, dispone lo siguiente: (...).

Si nos ajustáramos exclusivamente al texto literal de la transitoria 1.º de la LRJPA, llegaríamos a la equivocada conclusión de que la legislación específica de las Corporaciones de que se trata, lo mismo la actualmente existente que la que se dicte en

En la misma línea que la derivada de la Ley 30/1992, el artículo 1.2 de la LJCA define lo que se entiende por Administraciones Públicas a efectos de dicha disposición legal. La mención a las Corporaciones de Derecho público aparece en artículo 2 c) al establecer lo siguiente:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.

Podría cuestionarse que la mención a las Corporaciones en el apartado 2 c) de la LJCA no implica su exclusión del artículo 1.2 d) y, únicamente supone una concreción de dicho apartado “en el ejercicio de funciones públicas”. No obstante, esa tesis es difícilmente sostenible en la medida que el artículo 2 hace referencia, también, a actos de sujetos eminentemente privados como los concesionarios⁸¹². Por otra parte, la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956⁸¹³ sí incluía de manera expresa a las

el futuro, puede desviarse de alguna manera del marco que establece esta LRJPA. Tal conclusión sería, sin embargo, a todas luces, errónea y, desde luego, estaría en contradicción con el principio de igualdad en las condiciones básicas que proclama el artículo 149.1.2. de la Constitución y del de igualdad de trato (...)

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios...II. Op. cit.*, pp. 3530 y 3533.

⁸¹¹ A estos efectos, resulta ilustrativa la STS de 13 febrero 2001 por cuanto es contundente al afirmar la sujeción de estas Corporaciones, aludiendo, expresamente, al artículo 2.2 de la Ley — Fundamento de Derecho Segundo—:

En relación con la primera parte del motivo de casación, más atrás expuesto, hay que significar, que si la Ley 30/1992, artículo 2, incluye expresamente en su ámbito de aplicación a las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, cuando ejerzan potestades administrativas, y la Disposición Transitoria Primera, respecto a las Corporaciones representativas de intereses económicos o profesionales dispone que ajusten su disposición específica y mientras tanto le serán de aplicación las prescripciones de esta Ley, y si es claro, que el Consejo General de Colegios y Diplomados de Enfermería, en ocasiones ejerce potestades administrativas, de todo ello cabe inferir, que el citado Consejo General, cuando actúan en ejercicio de potestades administrativas está sujeto a las previsiones de la Ley 30/1992, —y entre ellas la del artículo 27—, y que por contra cuando no ejerce potestades administrativas no está sujeta a esas previsiones y puede aplicar el régimen de votación establecido en su Reglamento Interno, artículo 13.

⁸¹² El apartado d) del artículo 2 establece lo siguiente:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.

⁸¹³ BOE, núm. 363, de 28 de diciembre de 1956, en adelante, Ley de la Jurisdicción del 56.

Corporaciones dentro del concepto de Administración Pública⁸¹⁴ y, por tanto, la voluntad del legislador no fue otra que, cuanto menos, eludir la discusión sobre su naturaleza jurídica sin dejar de sujetar su actuación administrativa — *secundum quid*— al control de la jurisdicción que le corresponde, precisamente, según esa misma naturaleza.

Consecuentemente, cuando el legislador ha querido hacer referencia a las Corporaciones de Derecho Público, lo ha hecho de forma expresa y nominada, de forma que no se puede sostener que en el concepto general de “entidad de Derecho Público vinculada o dependiente”, se deban incluir a las entidades integrantes de la Administración Corporativa y por ende a las Cámaras de Comercio. Esta idea se ve reforzada al examinar el proyecto de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa del año 1995⁸¹⁵ donde se proponía la siguiente redacción del artículo 1.2:

Se entenderá a estos efectos por Administración:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.
- e) Las Corporaciones de Derecho público cuando ejerzan potestades administrativas.

En el proyecto de Ley quedaban diferenciadas las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes —apartado d)— de las Corporaciones de Derecho Público —apartado e)—. Posteriormente, en la LJCA se optó simplemente por omitir éste último apartado y trasladarlo al artículo segundo. Sobre el proyecto de Ley del 95 resulta muy clarificador, a nuestros efectos, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 503 de 16 de junio de 1995 donde se recogió que la circunstancia de nominar expresamente a las Corporaciones en un apartado distinto al genérico de “entidades de Derecho Público vinculadas o

⁸¹⁴ El artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción del 56, establecía:

Se entenderá a estos efectos por Administración pública: a) La Administración del Estado, en sus diversos grados. b) Las Entidades que integran la Administración local, y c) Las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local.

⁸¹⁵ BOCG Serie A, núm. 133-1, de 30 de septiembre de 1995.

dependientes” implicaba que las Corporaciones quedaban excluidas de esa categoría. Al respecto, señaló:

Por último, la letra e) de este apartado se refiere a ‘las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos o profesionales cuando ejerzan potestades administrativas’, de lo que se infiere que las Corporaciones de Derecho público no están comprendidas en la letra d) pues, si fuese de otro modo, la e) sería superflua, dado que todas las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos o profesionales están vinculadas a una Administración territorial. (...) Ello sin entrar en el debate doctrinal sobre la naturaleza de tales Corporaciones, bien calificadas de ‘entes de autoadministración’. En realidad, lo que importa es sujetar el ejercicio de sus potestades administrativas al control contencioso-administrativo⁸¹⁶.

Además, existe un segundo argumento para sustentar que cuando el legislador hace referencia al concepto de “entidad de Derecho Público vinculada o dependiente”, no se está refiriendo a las entidades que integran la Administración corporativa. Así, si nos remontamos en el tiempo en la búsqueda del significado original del concepto “entidad de Derecho público”, se puede constatar como la LEEA había definido a los antiguos Organismos Autónomos como “entidades del Derecho Público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios”, matizando en el artículo 5 que esa previsión no era de aplicación a las COCIN⁸¹⁷. En dicha norma no cabe duda de que las COCIN

⁸¹⁶ No obstante, el cambio de ubicación de las Corporaciones en el proyecto de Ley del 1997 — que dio lugar a la vigente LJCA— obtuvo la anuencia del Consejo de Estado. En el Dictamen núm. 1125 de 29 de mayo de 1997 se señaló lo siguiente:

La opción sometida a consulta se estima preferible [Se está refiriendo al antiguo proyecto del 95] pues elude la discutida cuestión de la auténtica naturaleza jurídica de dichas Corporaciones, limitándose a regular lo esencial a los efectos que se pretende, esto es, el sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa de sus actuaciones en el ejercicio de funciones públicas.

⁸¹⁷ El artículo 2 de la LEEA era del siguiente tenor literal:

Los Organismos autónomos son entidades del Derecho público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público.

Por su parte, el artículo 5 establecía que las disposiciones de la Ley no eran de aplicación a:

- a) A las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y a las Comercio, Industria y Navegación.
- b) A las organizaciones regantes reconocidas por la legislación de aguas.
- c) A las entidades oficiales de seguros sociales obligatorios y complementarios de la previsión social, sin perjuicio de su obligación de dar conocer al Ministerio de Economía y Hacienda, cuando éste lo considere oportuno, la cifra de sus ingresos,

quedaban excluidas de su ámbito de aplicación y que los Organismos Autónomos se definían como “entidades de Derecho Público”. En este caso, el matiz de la exclusión sí es claro e incontrovertido y adquiere todo su sentido por cuanto en ese momento, estaba aún vigente la Ley de Bases de 1911 que definía a las Cámaras como “Organismos oficiales” y además la LEEA constituía un intento importante de estructurar el sector público estatal. La Ley pretendía la armonización y adecuación de la multiplicidad de “entidades estatales autónomas” existentes —dispersas y heterogéneas— a la nueva clasificación y, por tanto, era necesario clarificar que los nuevos “Organismos Autónomos”, pese a la similitud terminológica, no abarcaban al género de “Organismos Oficiales” como las COCIN. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 1979, refuerza nuestra argumentación al realizar varias afirmaciones en relación con los Colegios profesionales que son altamente esclarecedoras: que las Corporaciones de Derecho Público son entes de Derecho público pero que no pueden confundirse con las Entidades Estatales Autónomas. En concreto, se señala lo siguiente:

(...) que si ciertamente los Colegios Profesionalmente oficialmente reconocidos son Corporaciones de Derecho Público, sin embargo nada autoriza para confundirlos o identificarlos con las Entidades Estatales Autónomas que aun siendo como aquéllos, entes de derecho público, con propia personalidad jurídica, sin embargo son sus respectivos origen, naturaleza, estructura y fines a cumplir los que les diferencia y separa, sin posibilidad alguna de confusión; y así, mientras que en su origen las Entidades Paraestatales surgen por consecuencia del proceso de descentralización administrativo y concretamente del de descentralización de servicios públicos respecto de los que dichas Entidades no son más que instrumentos para cumplirlos, lo cual explica que su creación se produzca mediante una ley; en cambio, no ocurre lo mismo con los Colegios Oficiales Profesionales, que en su origen operan intereses privados y gremiales que nada tienen que ver ni con la idea de descentralización administrativa, ni, aún menos, con la organización y realización de un servicio público (...) ⁸¹⁸.

Consecuentemente, fuera de un ejercicio estrictamente literal del precepto que nos ocupa, plantear el encaje de las Corporaciones de Derecho Público en el apartado 3. 2, letra e) del TRLCSP sería tanto como hacerlas pasar por

gastos e inversiones, y de rendir anualmente al Gobierno una Memoria de su actuación.

- d) A las entidades oficiales de seguros privados, en cuanto a las operaciones técnicas que realicen derivadas de la recaudación de primas y del pago de indemnizaciones.

⁸¹⁸ Con anterioridad a la Sentencia transcrita *ut supra* la STS de 2 de junio de 1961 ya había negado el carácter de Entidad Estatal Autónoma a los Colegios de Registradores de la Propiedad, afirmando, no obstante, su consideración de “entes públicos”.

Administraciones Públicas. Y es que, como se ha visto, con independencia de los motivos o de la incorrección científica, lo cierto es que a partir del último tercio del siglo veinte, el legislador y la jurisprudencia española han realizado verdaderos esfuerzos por excluir a las Corporaciones de Derecho Público del concepto de Administración Pública, ya sea remitiendo a un régimen propio — indeterminado— como en la Ley 30/1992, ya sea abstrayéndolas de la categorización de Administración pública como en la LJCA.

Partiendo de estas premisas básicas, y una vez que el TRLCSP ha incorporado definitivamente el concepto europeo de organismo de Derecho público —artículo 3.3 b)—, y, por tanto, salvaguardando el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, carece de toda lógica que las COCIN pudieran quedar encuadradas en el nivel UNO de sujeción a la norma; máxime, cuando entes como las Entidades Públicas Empresariales —cuyo encaje en el aparato administrativo instrumental no se cuestiona—, han quedado relegadas a la consideración de poderes adjudicadores no Administración Pública.

A la esta conclusión ha llegado la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat, en el ya citado Informe 10/2008, de 27 de noviembre, cuando señala:

Finalmente hay que descartar la posibilidad de equiparar las cámaras oficiales al concepto de Administración Pública que maneja la LCSP en la medida que, como se observa en el análisis de su artículo 3, ya visto anteriormente, a pesar de su integración en el concepto general de sector público a efectos del ámbito de aplicación subjetivo de la legislación de contratos (por la vía de los supuestos de la letra h) del apartado 1 y de la letra b) del apartado 3 de dicho artículo 3), no se encuentran en ninguno de los supuestos previstos en el apartado 2 del mismo artículo 3 cuando se determinan los entes, organismos y entidades que tienen esta consideración de Administraciones Públicas a efectos de esta Ley.

Efectivamente no procede equiparar a las cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación con ninguna de las categorías previstas en el artículo 3.2 y en particular, no procede su equiparación al concepto recogido en el apartado e) de este precepto, en la medida en que no se trata de entidades de derecho público en el sentido a que hace referencia la LCSP al no tratarse de entes integrados dentro de la Administración Pública ni de entes públicos descentralizados.

Por otra parte, son pocos los autores que se han planteado a fecha de hoy el encaje de las COCIN en el artículo 3.2, letra e) del TRLCSP, destacando entre

otros a FERNÁNDEZ FARRERES y a FRANCH I SAGUER junto con TORRELLES TORRELLES. Así, FERNÁNDEZ FARRERES considera:

No parece, sin embargo que en el conjunto de entidades a las que se atribuye la condición de Administración Pública queden englobadas las Corporaciones de Derecho público (Colegios Profesionales y, sobre todo, Cámaras de Comercio), pues, en estrictos términos, aunque son entidades de derecho público que, además, cumplen los requisitos señalados, no puede considerarse que sean entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas del Estado o de las Comunidades Autónomas⁸¹⁹.

Por su parte FRANCH y TORROELLES, analizando la LCSP, señalan:

Por tanto, para determinar su inclusión en este apartado resultará determinante analizar si puede considerarse que las Cámaras se

⁸¹⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Sistema de derecho administrativo*. Navarra: Civitas- Thomson, 2012, pp. 447 y 448.

FERNÁNDEZ FARRERES afirma con contundencia que las COCIN no se deben considerar Administración Pública a efectos contractuales, señalando que se deberán integrar en el segundo nivel como poderes adjudicadores, no Administración Pública. Si bien se comparte tal conclusión, no se puede dejar de decir que los argumentos invocados son parciales al extraer tal solución sólo a partir de la financiación mayoritariamente pública de estas entidades —y eso a pesar de que el análisis se hace con posterioridad a la supresión del recurso cameral permanente—, y no del control público en la toma de decisiones de la entidad, el cual no es mencionado por el referido autor. FERNÁNDEZ FARRERES utiliza un segundo argumento consistente en la aplicación analógica de las entidades de otros países de similares características a las COCIN que aparecen en el Anexo III de la Directiva 2004/18: Agrupaciones de carácter económico (Cámaras agrarias, de oficios, de industria y comercio, organizaciones profesionales artesanales, cooperativas artesanales), en el caso de Alemania y *Chambres de comerse et d'industrie*, las *Chambres de métiers* y las *Chambres d'agriculture*, en el caso francés.

A tal efecto, el referido autor señala:

En el caso de las Corporaciones de Derecho Público y, en particular, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (COCIN), que no son Administraciones Públicas a los efectos contractuales, no cabe destacar de manera anticipada que no deban merecer la calificación de poder adjudicador. Aunque el TRLCSP parece excluirlo, la cuestión no puede resolverse atendiendo sin más a dicho texto, por cuanto, diga lo que diga, se impone el Derecho Comunitario y, por tanto, la calificación de poder adjudicador que ha establecido. Por eso, a pesar de la indefinición del artículo 3 (e incluso, de la intención de no extender su ámbito de aplicación a las COCIN), parece justificado concluir que las COCIN, al ser entidades creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar dotadas de personalidad jurídica, si su actividad estuviese mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas (como ha sucedido hasta la reciente supresión del recurso cameral permanente) tendrían que ser consideradas como poderes adjudicadores. O dicho en otros términos, siempre que las Cámaras estén financiadas mayoritariamente por fondos públicos, la eficacia del Derecho Comunitario y su incorporación plena al ordenamiento jurídico español obligará a interpretar el artículo 3.3.b) en el sentido indicado, quedando de esa manera corregida la regla del artículo 1.3 *in fine* de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de que la “contratación (de las COCIN) se regirá, en todo caso por el Derecho privado”. Así queda ratificado, por lo demás, por el Anexo III de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, en el que se incorporan la lista de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho Público de los Estados de la Unión Europea a los que se refiere el párrafo 2º del apartado 9 del artículo 1 de dicha Directiva y que son los que merecen la calificación de “poderes adjudicadores”.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Sistema de derecho...* Op. cit., pp. 454 y 455.

encuentran ‘vinculadas o dependientes’ de una o diversas Administraciones. En relación con lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la interpretación de los términos de vinculación o dependencia no resulta fácil, ya que estos términos no se encuentran definidos en la normativa. No obstante, de la normativa reguladora de las Cámaras parece desprenderse que no podría considerarse que las mismas dependan o se encuentren vinculadas a una Administración. (...)

[La] definición de las Cámaras como organismos de consulta y colaboración de la Administración conduce a la conclusión de que las mismas se configuran como entidades externas a la Administración (y no pertenecientes a la misma), dedicadas a cooperar con las Administraciones (...). De conformidad con lo anterior, no puede considerarse que las Cámaras constituyen un órgano vinculado o dependiente de la Administración y que, por tanto, tampoco pueden incluirse en el apartado e) y, en consecuencia, no deberán ser consideradas como Administración Pública a efectos de la LCSP⁸²⁰.

La consecuencia de excluir a las COCIN de la letra e) del artículo 3.1 del TRLCSP es negar su carácter de Administración Pública a los efectos de la contratación del sector público, y por tanto negar su inclusión en el nivel máximo de aplicación de la Ley. Así, pues, ello conlleva un segundo efecto y es que las Cámaras de Comercio sí deben ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública, debiendo observar las prescripciones legales correspondientes al NIVEL DOS de sujeción a la norma⁸²¹.

⁸²⁰ FRANCH I SAGUER, M.; TORRELLES TORRELLES, J. *Op. cit.*, p.377 y 378.

⁸²¹ Esta conclusión también es alcanzada por las distintas Cámaras de Comercio que han aprobado y publicado las correspondientes Instrucciones Internas de Contratación en sus correspondientes Perfiles del Contratante con la finalidad de regular los procedimientos de contratación no sujetos a regulación armonizada.

En este sentido se pueden destacar, entre otras, las Instrucciones Internas de Contratación de las siguientes Cámaras de Comercio: Alicante —publicadas el 26 de marzo de 2012— [*On line*] www.camaralicante.com/perfilcontratante/; Barcelona —aprobadas por el Comité Ejecutivo en fecha 16 de junio de 2008— [*On line*] www.cambrabcn.org/c/document_library/get_file?uuid=3529b82f-a454-4812-9ac2-7901485b594a&groupId=1533402 ; Cádiz —aprobadas el 22 de noviembre de 2010— [*On line*] www.camaracadiz.com/index.php?option=com_content&view=article&id=214&Itemid=18 ; Guipúzcoa —aprobadas por el Pleno el fecha 15 de diciembre 2008— [*On line*] www.camaragipuzkoa.com/images/la_camara/manual-de-principios-y-procedimientos-de-contratacion-de-la-cg-es.pdf ; Girona —aprobadas en fecha el 17 de julio de 2008— [*On line*] www.cambragirona.cat/pdf/grups9_2.pdf ; Madrid —aprobadas por el Presidente y el Comité Ejecutivo en fecha 25 de octubre de 2011 y modificadas por acuerdo del Comité Ejecutivo en sesión del día 18 de septiembre de 2012 — [*On line*] www.camaramadrid.es/doc/linkext/normas-internas-de-contratacion-cocim-18-septiembre-2012-web.pdf ; Valencia —aprobadas por el Comité Ejecutivo el 26/03/2012 y modificadas el 9 de julio de 2012— [*On line*] www.camaravalencia.com/varios/perfilcontratante/docs/Instrucciones_de_Contratacion.pdf y Valladolid —Reglamento, aprobado el 24 de abril de 2008— [*On line*] www.camaravalladolid.com/wp-content/uploads/2012/06/R-CONTRAT-CAMARA.pdf [Consultas: 4 de julio de 2013].

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El objeto del presente trabajo de investigación se centra en la correcta delimitación del ámbito subjetivo en materia de contratación del sector público, sin que con ello se pretenda agotar el tema en cuanto a todas y cada una de las entidades reguladas en la normativa española con alguna incidencia en lo público. Así, pues, el objetivo se ha centrado en analizar de forma pormenorizada el nivel de sujeción de las fundaciones del sector público — estatales y autonómicas—; de las fundaciones en mano común; de las públicas sanitarias; de las fundaciones *stricto sensu*; y de las COCIN.

SEGUNDA.- El Derecho comunitario se convierte en un instrumento esencial en la correcta delimitación del trabajo al contener los elementos configuradores del concepto “poder adjudicador” referido en el Derecho nacional.

Las primeras Directivas comunitarias no contenían una clara delimitación del concepto “poder adjudicador”, siendo forzado mantener que en su ámbito subjetivo se debían incluir a las entidades de Derecho privado. En la actualidad, los términos en que se encuentra redactada la Directiva 2004/18 y el criterio consolidado de la jurisprudencia comunitaria recaída al respecto, conlleva la desaparición de los problemas detectados originariamente. El Tribunal europeo ha optado por una interpretación funcional y amplia del concepto “poder adjudicador”, prescindiendo de la base pública o privada de la entidad y centrándose en la actividad y en el control a la que se encuentra sometida. Lo determinante es que el ente en cuestión satisfaga necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que además se encuentre controlado —vía financiación, órganos de gobierno o bien en la gestión—, por un poder adjudicador.

TERCERA.- El artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 delimita a los poderes adjudicadores mediante la utilización de dos criterios. En un primer bloque, incluye a una serie de entes sin definirlos —Estado, entidades territoriales, organismos de Derecho público y asociaciones de estos entes— y, a renglón seguido, se limita a abordar la definición de uno de ellos —organismos de Derecho público— por referencia expresa a los otros, a través del control. Es la descripción de estos últimos la que ha originado un mayor número de pronunciamientos judiciales europeos al referirse a conceptos nada fáciles de interpretar.

Son tres los requisitos que han de concurrir de forma acumulada para que un organismo de Derecho público deba ser considerado poder adjudicador: personalidad jurídica —pública o privada—; que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y; control público —de forma alternativa: vía financiación, control en la toma de decisiones o control orgánico—. De los tres, los más conflictivos en su aplicación práctica son el de “interés general”, el de “actividad industrial o mercantil”, y el de “control”. Actualmente, no existe duda interpretativa alguna en cuanto a la inclusión de las entidades privadas en el espectro de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

CUARTA.- La interpretación amplia y expansiva que lleva a cabo el Tribunal europeo conlleva que la gran mayoría de necesidades se categoricen como de “interés general”, al beneficiar de forma directa o indirecta a la colectividad de que se trate mediante la creación de puestos de trabajo, el pago de tributos, el desarrollo de determinadas zonas de población o la organización de festejos, entre otros. Así, se ha reconocido por parte del Tribunal de Luxemburgo que deben tener tal consideración, entre otras, las siguientes: la elaboración de impresos administrativos como los pasaportes y permisos de conducir; la retirada y el tratamiento de basuras domésticas; los servicios funerarios; la conservación de los bosques nacionales; la explotación de una Universidad; la explotación de redes públicas; la construcción de viviendas sociales y; la organización de ferias y exposiciones.

Por otra parte, la mercantilidad a la que alude la norma requiere que confluyan de forma acumulada una serie de indicios: la competencia en el mercado, el ánimo de lucro y la asunción real de riesgos por parte de la entidad. No obstante, a la vista de los pronunciamientos europeos se podría afirmar que la concurrencia exclusiva del tercer factor —asunción del riesgo— podría evidenciar por sí mismo la mercantilidad requerida.

Ahora bien, al intérprete comunitario le es indiferente que la entidad realice otro tipo de actividades, calificables como industriales o mercantiles. Si una entidad lleva a cabo actividades de interés general cumple con el primer requisito, y ello con independencia de que ejecute otras susceptibles de ser categorizadas como

industriales o mercantiles. Es el máximo exponente de la “teoría del contagio” preconizada por la jurisprudencia comunitaria, y que se justifica en razones de seguridad jurídica. Además, lo determinante es el tipo de actividad en el momento analizado, al margen de la que realizaba cuando fue creada. Consecuentemente, el juez comunitario prescinde del adverbio “específicamente” y del verbo “crear” utilizado por el legislador comunitario en la definición de “organismo de Derecho público”.

Esta interpretación merece una crítica al legislador comunitario que no se ha adaptado correctamente a los criterios mantenidos en reiteradas ocasiones por parte del TJCE. Así, una definición más acorde con los dictados judiciales hubiese sido, por ejemplo, la siguiente: “Es considerado organismo de Derecho público, cualquier organismo público o privado que satisface necesidades de interés general que no tenga carácter exclusivamente industrial o mercantil”.

El tercer requisito previsto en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, el relativo al control por parte del poder público, es interpretado como influencia dominante en la entidad en cuestión, ya sea a través de cualquiera de las siguientes formas: vía orgánica, financiación mayoritaria, o bien “control en la gestión”. El más difícil de extrapolar al Derecho nacional es este último, el cual requiere de un análisis exhaustivo de las facultades que la normativa atribuye al poder público en relación con la entidad correspondiente. Dicho control ha de ser *a priori* y no *a posteriori*, y en ningún caso de legalidad.

QUINTA.- El Reino de España, desde su incorporación a la Comunidad Europea hasta el año 2007, ha incumplido reiteradamente el Derecho comunitario en cuanto al ámbito subjetivo se refiere.

En un primer momento tal desatención podía encontrar su justificación en la confusión que provocaba la remisión de las Directivas a los distintos Anexos; la no detección de tal circunstancia por parte del Tribunal europeo en las primeras Sentencias de los años 92 y 93 dictadas en contra del Reino de España; la escasez de pronunciamientos judiciales europeos que contuviesen los criterios interpretativos que más adelante se consolidarían de forma reiterada y; los posicionamientos de varios centros directivos de gran prestigio como el Consejo de Estado, las Juntas Consultivas o la Dirección del Servicio Jurídico del Estado

que se pronunciaron sobre el ámbito subjetivo de la normativa de contratación española y que en ningún momento detectaron la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias.

Posteriormente la trasgresión del Derecho comunitario no encontraba excusa alguna. El Reino de España necesitó tres condenas por parte del Tribunal europeo —dos expresas y una de forma indirecta— para adaptarse a las Directivas comunitarias en cuanto al ámbito subjetivo se refiere. Las sociedades mercantiles y las fundaciones han sido desde siempre el caballo de batalla del Tribunal de Luxemburgo.

SEXTA.- El legislador nacional, en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, ha transpuesto correctamente la Directiva 2004/18 al incorporar en el artículo 3 del TRLCSP el concepto de poder adjudicador contenido en el artículo 1.9 de la norma comunitaria. Esta conclusión se puede mantener, siempre y cuando, se interprete que la cláusula residual o de cierre —letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP—, relativa a los entes del sector público, incluye a todas las entidades, públicas o privadas, no referidas en las anteriores letras del citado precepto —a) a g)—, con independencia de que el tipo de personificación jurídica se encuentre o no nominada en el artículo 3.1 del TRLCSP. En concreto, nos referimos a las sociedades mercantiles minoritariamente públicas y a las fundaciones no del sector público, pero que realicen actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que además se encuentren controladas por una entidad del sector público. Por el contrario, si se interpretase que la cláusula residual o de cierre sólo puede incluir a personificaciones jurídicas no mencionadas expresamente en las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP, no se podría sostener que el legislador nacional ha transpuesto correctamente la norma comunitaria, y ello por cuanto se estaría dejando fuera de su ámbito subjetivo a las sociedades mercantiles minoritariamente públicas y a las fundaciones que realizan actividades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil controladas por una entidad del sector público. Si se mantuviese esta interpretación, el legislador nacional volvería sobre sus pasos transgrediendo el Derecho comunitario.

SÉPTIMA.- El legislador español no sólo ha procedido a transponer la Directiva 2004/18, sino que ha llegado aún más lejos, al regular la contratación de todos

los entes del sector público, lo que ha provocado que el artículo 3 del TRLCSP, sea un artículo extenso, complejo y con múltiples reenvíos. Ahora se pretende que no se escape de la normativa de contratación del sector público ninguna entidad relacionada con el sector público. Para ello, el legislador ha previsto hasta tres niveles distintos de sujeción a la Ley, siendo más o menos estricto el régimen de contratación, según el grado de sujeción a la misma.

El primer nivel de sujeción a la Ley, integrado por la Administración Pública, representa el máximo grado de aplicación de la norma, donde se suscriben principalmente contratos administrativos. En el segundo nivel, integrado por el poder adjudicador, no Administración Pública, se formalizan contratos privados, y la cumplimentación rigurosa de la Ley dependerá del tipo de contratación que se lleve a cabo. Si es armonizada, o por encima de umbrales comunitarios, la selección del contratista estará sujeta al TRLCSP, y si es no armonizada, o por debajo de umbrales comunitarios, se ajustará a la normativa interna que cada ente elabore según unos principios de contratación previstos en el TRLCSP. Y el tercer nivel, el menos rígido, se encuentra integrado por el resto de entes del sector público, y sujetarán su actividad contractual a la normativa interna que se elabore en cumplimiento de la Ley. En su caso, y al igual que sucede con el NIVEL DOS, los contratos suscritos por los entes aquí integrados serán privados.

La característica común de los entes que se consideran Administración Pública a efectos de contratación del sector público es que son entidades de Derecho público. Las de Derecho privado no se incluirán nunca en este primer nivel de sujeción a la norma. En cuanto al segundo nivel de sujeción, el legislador español ha optado por la transcripción del concepto de “organismo de Derecho público” contenido en el artículo 1.9 de la Directiva comunitaria, y no ha nominado las entidades que se deben incluir en este nivel, a excepción de las Entidades Públicas Empresariales y otras entidades de Derecho público autonómicas y locales asimilables a éstas, que nunca se consideraran Administración Pública a efectos de contratación y consecuentemente se integrarán en el segundo o tercer nivel de sujeción a la norma.

OCTAVA.- La complicada lectura del artículo 3 del TRLCSP deriva esencialmente de la utilización de la misma definición en la delimitación de dos conceptos, el de ente del sector público contenida en la cláusula residual letra h)

del artículo 3.1 del TRLCSP y el del poder adjudicador referido en la letra b) del artículo 3.3 del TRLCSP.

Para una correcta comprensión de los distintos niveles de sujeción se tendrá que analizar, en primer lugar, el apartado primero del artículo 3.1 del TRLCSP, y en concreto la relación de entes nominados en las letras a) a g), de forma que si allí consta la entidad en cuestión, el siguiente ejercicio será concluir si se debe o no categorizar como Administración Pública al estar mencionada, a su vez, en las letras a) a g) del artículo 3.2 del TRLCSP. Si ello no fuese así, nos veremos obligados a analizar la actividad que realiza y el control al que se encuentra sometida por parte del poder público, incluyéndose, de concurrir estos requisitos, en el nivel intermedio de sujeción a la norma por imperativo del artículo 3.3, letra b) del TRLCSP. Por el contrario, si el ente del sector público nominado expresamente en las referidas letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP no es encuadrable en ninguno de los dos niveles superiores de sujeción, inexorablemente se aplicará la intensidad mínima de la Ley.

Esta compleja lectura del artículo 3 del TRLCSP sólo es aplicable a los entes nominados en las letras a) a g) del apartado primero del citado precepto. Por el contrario, si un ente se encuentra incluido en el sector público por imperativo de la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, su nivel de sujeción a la norma será como mínimo el correspondiente a los poderes adjudicadores, no Administración Pública. El siguiente ejercicio será determinar si es incardinable en alguno de los supuestos previstos en las letras a) a g) del artículo 3.2 del TRLCSP, como Administración Pública. Un ente del sector público por imperativo de la cláusula residual letra h) nunca podrá estar sujeto al nivel mínimo de sujeción a la norma.

NOVENA.- El concepto de fundación del sector público a efectos de contratación se encuentra contenido en la letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP y pivota sobre dos requisitos alternativos: “aportación” y “patrimonio fundacional con carácter de permanencia”. Se pretende reflejar la situación patrimonial de la entidad desde su constitución hasta su extinción. Cuando una fundación nace pública, permanece así hasta su extinción, aunque las aportaciones que se pudiesen hacer posteriormente dejen de ser mayoritariamente públicas. Por el contrario, una constituida con fondos privados, puede ser pública posteriormente, porque

las aportaciones subsiguientes destinadas al patrimonio fundacional con carácter de permanencia, sean mayoritariamente públicas. La sola circunstancia de que se reciban mayoritariamente subvenciones públicas no conlleva *per se* que la entidad deba categorizarse como del sector público a efectos de contratación, ya que se requiere un requisito adicional: que se realice con carácter de permanencia.

DÉCIMA.- Las fundaciones del sector público son entidades de Derecho privado sometidas a las reglas de Derecho civil y consecuentemente no forman parte de las entidades institucionales de la Administración, ni son Administración Pública, sin perjuicio de que para concretas normas de Derecho público deban ser considerados entes del sector público, ello no desnaturaliza su carácter jurídico privado. No pueden ejercer potestades públicas y sólo pueden realizar actividades relacionadas con las competencias de las entidades públicas fundadoras, coadyuvando a sus fines.

No se puede sostener el criterio de que las fundaciones sean entidades de Derecho público porque sería tanto como negar la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas que incide en la decisión de constituir una entidad privada fundacional. La naturaleza pública o privada deriva de la decisión de la Administración pública, la cual debe tener su substrato legal.

DECIMOPRIMERA.- Las fundaciones del sector público, al igual que el resto de entes fundacionales, satisfacen necesidades de interés general porque es el fin fundacional el que justifica su creación, ese es el motivo principal de su constitución. Si bien pueden desarrollar actividades económicas, éstas son vicariales o accesorias al interés general que persiguen. El ejercicio de actividades económicas escapa de la esencia de las fundaciones y si bien se encuentran facultadas para llevarlas a cabo porque existe una habilitación legal al respecto, las deberán conjugar armónicamente con la característica ausencia de ánimo de lucro que debe presidir la actuación de toda fundación.

De la configuración legal prevista en la normativa estatal de fundaciones se deduce que los poderes públicos controlan orgánicamente a las fundaciones del sector público al designar a la mayoría de los miembros de los patronatos, y también influyen de una forma decisiva en la actividad y en la gestión del ente

fundacional, tanto desde un punto de vista económico, como en aquellos actos determinantes en el funcionamiento, tales como la propia constitución, transformación, fusión o extinción. La misma conclusión se extrae en cuanto a las fundaciones del sector público autonómico, y ello por cuanto con más o menos acierto, todas las legislaciones autonómicas —de fundaciones, de presupuestos y contabilidad y finanzas, entre otras— han previsto un control similar al Derecho estatal.

DECIMOSEGUNDA.- Las fundaciones del sector público, tanto estatal como autonómicas, se configuran como poderes adjudicadores, no Administración Pública, y por lo tanto se encuentran integradas en el segundo nivel de sujeción a la norma. La naturaleza privada de la entidad impide que las podamos integrar en el máximo, correspondiente a las Administraciones Públicas, y reservado para las entidades de Derecho público.

DECIMOTERCERA.- Las fundaciones en mano pública reguladas en la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas del SNS y en el Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS son fundaciones privadas constituidas por un poder público. Por lo tanto, su régimen de contratación es el mismo que el previsto en cuanto a las fundaciones del sector público, integradas en el NIVEL DOS de sujeción a la normativa de contratación pública, como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

Por otra parte, las fundaciones públicas sanitarias reguladas en el artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales y en el Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del INS, se encuentran configuradas como entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia. Los actos más relevantes de la vida fundacional se encuentran controlados por el poder público —constitución, modificación y extinción, y aprobación de sus estatutos—. Asimismo, el máximo órgano de gobierno se encuentra integrado por miembros designados por el extinto INSALUD. De conformidad con su normativa, las fundaciones públicas sanitarias se rigen por lo dispuesto en la LOFAGE, en cuanto a las Entidades Públicas Empresariales.

Dada la remisión al régimen jurídico de las Entidades Públicas Empresariales, debemos estar a la regulación aplicable a estas últimas en la normativa de

contratación del sector público. Consecuentemente, las fundaciones públicas sanitarias no deben integrarse en el NIVEL UNO de sujeción a la Ley, dado que las Entidades Públicas Empresariales, por imperativo legal, no se integran en ese nivel, sino en el intermedio correspondiente a los poderes adjudicadores, no Administración Pública, al concurrir los requisitos previstos en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP —personalidad jurídica propia; necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil; y control público—.

Esta conclusión debe ser matizada en el sentido de que es plenamente aplicable en relación a las fundaciones públicas sanitarias creadas por el extinto INSALUD y transferidas posteriormente a los distintos servicios sanitarios autonómicos. Ahora bien, en relación con las entidades de Derecho público autonómicas asimilables a las Entidades Públicas Empresariales, se debe proceder a analizar su régimen jurídico y sus funciones, de forma que si es similar a estas últimas, deberemos equipararlas contractualmente y estar al segundo nivel de sujeción a la norma, como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

DECIMOCUARTA.- En las fundaciones privadas *stricto sensu* - aquellas que no se pueden incluir en el letra f) del artículo 3.1 del TRLCSP -, concurren de forma natural, y por imperativo constitucional y legal, dos de los requisitos previstos en el artículo 3.3, letra b) del TRLCSP: personalidad jurídica propia —entidad de Derecho privado—; y satisfacción de necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil.

Para poder determinar si las fundaciones *stricto sensu* se encuentran o no sujetas a la normativa de contratación pública como poderes adjudicadores, no Administración Pública, se debe analizar en cada caso concreto si concurre el tercer requisito, el control público, a través de cualquiera de las formas alternativas previstas en la Ley: financiación mayoritariamente pública, control orgánico o en la toma de decisiones.

Las fundaciones privadas *stricto sensu* o bien no se encuentran sujetas a la normativa de contratación del sector público o bien se deben incluir en el NIVEL DOS de sujeción a la norma, como poderes adjudicadores, no Administración Pública. Nunca podrán incluirse en el nivel máximo de sujeción a la norma al tratarse de entidades de Derecho privado, ni tampoco en el mínimo reservado a

los entes del sector público a los que se refieren las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP.

Cuando el patronato de la fundación privada *stricto sensu* se encuentre integrado mayoritariamente por miembros designados por alguna entidad del sector público, la fundación deberá ser considerada poder adjudicador, no Administración Pública. Esta circunstancia podría concurrir en las minoritariamente públicas, pero rara vez se va a producir en las totalmente privadas. Por otra parte, cuando la fundación reciba subvenciones públicas que representen más de la mitad de sus ingresos, deberán ser consideradas poderes adjudicadores, no Administración Pública y tendrán que someterse a la normativa de contratación pública en toda su actividad contractual durante los ejercicios que perdure esa financiación mayoritariamente pública.

De no concurrir ninguna de estas dos circunstancias —patronato mayoritariamente público o financiación mayoritariamente pública— se deberá analizar si la gestión de la fundación *stricto sensu* se encuentra controlada por el poder público, y a tal efecto deberemos concluir si las funciones que ejerce el Protectorado de las fundaciones pueden ser consideradas control en la gestión en los términos interpretados por el Tribunal europeo.

DECIMOQUINTA.- El Protectorado, como órgano administrativo que es, ejerce funciones de control e intervención sobre los entes fundacionales y no se limita exclusivamente a realizar funciones de tutela o de control en positivo. Las funciones del Protectorado se deben llevar a cabo respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones, garantizando el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional. Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dejado claro que la labor del órgano administrativo ha de llevarse a cabo sin inmiscuirse en la gestión de la fundación.

El Protectorado en situaciones normales de funcionamiento ejerce principalmente un control de legalidad sobre la entidad fundacional, y no en su toma de decisiones, respetando su autonomía de funcionamiento, sin inmiscuirse en su gestión. En el devenir ordinario de la entidad fundacional, el Protectorado interviene en la gran mayoría de ocasiones una vez adoptada la decisión o tomado el acuerdo correspondiente, sin que se pueda afirmar que exista un

control previo. En todo caso, en aquellas funciones que sí evidencian un control previo sobre la actuación de la fundación, éste es meramente de legalidad.

La ausencia de control en la toma de decisiones por parte del Protectorado conlleva que se deba concluir que las fundaciones privadas *stricto sensu*, en circunstancias normales de funcionamiento, no se consideren entidades del sector público, y consecuentemente no se encuentren sujetas a la normativa de contratación pública, ello, siempre y cuando, no concurra la financiación mayoritariamente pública o la representación mayoritariamente pública en el órgano de gobierno de la entidad.

Por el contrario, en situaciones transitorias y excepcionales en las que el Protectorado asuma la gestión de la fundación o bien designa a patronos públicos, se puede afirmar que sí que existe un control público —orgánico o de gestión— y consecuentemente la entidad fundacional debe ser categorizada como entidad del sector público y por tanto poder adjudicador, no Administración Pública, debiendo observar el cumplimiento de la normativa correspondiente al segundo nivel de sujeción a la Ley durante el lapso de tiempo que dure esta medida excepcional. Estas circunstancias excepcionales van a concurrir cuando el Protectorado ejerza alguna de las siguientes funciones: a) Cese de los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones, y nombramiento de nuevos patronos públicos, previa autorización judicial; b) Ejercicio provisional de la funciones del patronato cuando faltasen por cualquier motivo todas las personas llamadas a integrarlo; c) Designación de patronos públicos que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley de Fundaciones del año 2002; y d) Asunción de todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.

DECIMOSEXTA.- Las COCIN no se encuentran nominadas en las letras a) a g) del artículo 3.1 del TRLCSP, razón por la cual su sujeción a la normativa de contratación pública vendrá dada por su inclusión en la cláusula residual, letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP. Las Cámaras de Comercio no estarán nunca

incluidas en el nivel mínimo de sujeción a la Ley, circunscribiéndose para ellas, el máximo o el intermedio.

Las COCIN son Corporaciones de Derecho Público que participan de la naturaleza de Administración Pública. Se tratan de entidades dotadas de personalidad jurídica pública en las que junto a la defensa de intereses estrictamente privados propios de los miembros integrantes, coexiste el ejercicio de funciones públicas. Los argumentos que sustentan su carácter público son los siguientes: a) La propia denominación de “Corporación de Derecho Público” recogida en la Ley; b) El ejercicio de funciones público-administrativas que la Ley le atribuye y; c) El régimen de tutela al que dichas entidades se encuentran sometidas y que son de carácter irrenunciable.

La naturaleza jurídica pública no se ha visto desvirtuada por la modificación operada en la Ley 3/1993 mediante el Real Decreto-Ley 13/2010. A pesar de que se ha suprimido la adscripción forzosa y el recurso cameral permanente, la creación y la propia existencia *ex lege* de estas Corporaciones, el régimen de atribución de funciones públicas, que se ha mantenido inalterado, y el régimen de tutela de la Administración que no ha sufrido modificación alguna, conlleva que se pueda afirmar la inmutabilidad de su naturaleza jurídica pública.

DECIMOSÉPTIMA.- Las COCIN satisfacen necesidades de interés general, dado que todas las funciones se han conferido con la finalidad de “representar, promocionar y defender los intereses generales del comercio, la industria y la navegación” y para incentivar el desarrollo de la actividad económica e industrial mediante la puesta a disposición a favor de los agentes empresariales de aquellas herramientas que les permitan llevar a cabo las actividades productivas que les son propias. Todo ello redunda en beneficio de la creación de empleo y de riqueza y en consecuencia de los intereses generales.

El carácter bifronte de las COCIN conlleva que además de realizar funciones de carácter público-administrativo, lleven a cabo funciones privadas como si de asociaciones privadas se trataran. Esta circunstancia no incide en sede de contratación pública, dado que las de interés general tienen la suficiente fuerza expansiva como para atraer hacia ellas las otras actividades de carácter industrial o mercantil, es la consecuencia derivada de la teoría del contagio.

La Administración, de forma directa o indirecta, acaba infringiendo en la actividad de las COCIN, aunque se parta de la premisa de que poseen autonomía para fijar sus directrices y que el órgano tutelante no puede afectar de una manera directa en su toma de decisiones. A la vista de la normativa decae el apriorismo según el cual las relaciones de tutela entre la Administración Pública y las COCIN se basan en determinados controles con el fin único de garantizar la legalidad de la actuación. Esta regla general se ve excepcionada continuamente, de forma que en no pocas ocasiones existe una intervención en la determinación del sentido de actuación de la Corporación. El control público se evidencia aún más cuando la Administración delega funciones o realiza encomiendas de gestión a favor de las COCIN.

DECIMOCTAVA.- Con anterioridad a la modificación de la Ley 3/1993 operada mediante el Real Decreto-Ley 13/2010 se podía afirmar que las COCIN se encontraban sujetas a la normativa de contratación del sector público al concurrir los tres requisitos que prevé la norma: a) personalidad jurídica pública; b) satisfacción de necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil; y c) control público vía financiación mayoritariamente pública. Al respecto, tal conclusión se deducía del carácter de exacción parafiscal creada *ex lege* que se debía predicar del recurso cameral permanente, hoy suprimido, y que constituía la mayoría de los ingresos de las Cámaras.

DECIMONOVENA.- En la actualidad y tras la supresión del recurso cameral permanente, se habrá de analizar si las COCIN se siguen financiando mayoritariamente con ingresos públicos; o bien si existe un control público orgánico; o bien un control en la toma de decisiones. Se puede afirmar que en las COCIN no concurre un control orgánico público.

Por imperativo legal, las COCIN no se financian mayoritariamente con ingresos públicos, a diferencia de lo que sucedía con la anterior regulación, razón por la cual para determinar si concurre este requisito se deberá analizar el origen de los fondos mediante los que se nutre la entidad, de forma que si reciben mayoritariamente fondos públicos, por ejemplo, vía subvenciones, estará sujeta a la normativa de contratación del sector público.

Por el contrario, en la actual regulación de las COCIN —tanto en la normativa estatal como en la autonómica— se detecta un control, en los términos interpretados por el Tribunal europeo, en la toma de decisiones, en la gestión por parte del poder público, que acaba incidiendo en el funcionamiento de las Cámaras.

VIGÉSIMA.- Atendiendo al control que ejerce el poder público en la gestión de la entidad, concurren en las COCIN los requisitos previstos de forma acumulada en la letra h) del artículo 3.1 del TRLCSP, y por tanto se deben incluir, como mínimo, en el segundo nivel de sujeción a la norma como poderes adjudicadores, no Administración Pública.

Pese a la naturaleza jurídica pública de las COCIN, estas entidades no se encuentran incluidas en ninguno de los supuestos nominados en el artículo 3.2 del TRLCSP al relacionar a aquellos entes que deben tener la consideración de Administración Pública a efectos de contratación pública.

No se pueden considerar incluidas en la cláusula residual, letra e) del citado precepto al no poderse categorizar como “entidad de Derecho público vinculada o dependiente”. Fuera de un ejercicio estrictamente literal del precepto, plantear el encaje de las Corporaciones de Derecho Público en el citado supuesto sería tanto como hacerlas pasar por Administraciones Públicas, lo que no ha sido querido ni por el legislador ni por la jurisprudencia recaída al respecto.

Consecuentemente, y dado que las COCIN no deben categorizarse como Administración Pública a efectos de contratación por no encontrarse nominadas en ninguno de los supuestos del artículo 3.2 del TRLCSP, la conclusión que se extrae es que las Cámaras de Comercio son poderes adjudicadores, no Administración Pública y por tanto están incluidas en el segundo nivel de sujeción a la norma.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS COLECTIVAS

AGUADO I CUDOLÀ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B. (Coords.). *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*. Barcelona: Atelier, 2012, 396 pp.

ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. 2ª ed. 12 vols. Madrid: Cortes Generales; Edersa, 1996-1999.

ÁREA DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. 2 vols. Barcelona: Bosch, 1992, 2121 pp.

BASSOLS COMA, M. (Coord.). *La Administración Pública de las Comunidades Autónomas*. Madrid: INAP, 2004, 876 pp.

BELLO JANEIRO, D.; LUNA SERRANO, A. (Coords.). *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: EGAP, 2003, 421 pp.

BOTANA AGRA, M.; [et al.]. *Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1981, 803 pp.

CASTILLO BLANCO, F. A. (Coord.). *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 1996, 734 pp.

CAZORLA PRIETO, L.M.; [et al.]. *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Navarra: Aranzadi, 2011, 262 pp.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Ed.). *Treinta años de Derecho Comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1984, 536 pp.

[Comisión de Homenaje al profesor Jordana de Pozas con motivo de su jubilación universitaria]. *Estudios de Administración Local y General*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, 785 pp.

[III Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1970]. *Régimen Jurídico del comercio interior, con especial referencia a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973, 750 pp.

CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. DE LA.; [et al.]. *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, 1731 pp.

CHINCHILLA MARÍN, C.; [et al.]. *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid: Civitas, 1992, 196 pp.

EMBID IRUJO, A. (Coord.). *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid: Civitas, 1998, 411 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; ALONSO GARCÍA, R. (Coords.). *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. 2 vols. Madrid: Civitas, 2012, 4127 pp.

GOBIERNO DE ARAGÓN (Ed.). *Agua, territorio, cambio climático y derecho administrativo*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 2009 [Monografía que recoge las ponencias del XVII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo], 399 pp.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 1ª ed. 1996, 1022, pp.; 2ª ed. 2004, 1888, pp.

IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. 4 vols. Madrid: Civitas, 1996, 5554 pp.

LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (Coords.). *Contratación Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1996 [Recoge los contenidos presentados a: Jornadas sobre Contratación Pública (1. 1993. Valladolid)], 297 pp.

LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (Coords.). *Contratación Pública II: Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996*. Madrid: Marcial Pons, 1997, 281 pp.

LEGUINA VILLA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dirs.). *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Tecnos, 1993, 417 pp.

LORENZO GARCÍA, L. DE.; [et al.]. (Dirs.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, 1112 pp.

LORENZO GARCÍA, R. DE.; [et al.]. *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Escuela Libre Editorial; Marcial Pons, 1995, 950 pp.

LORENZO GARCÍA, R. DE.; CABRA DE LUNA, M.A. (Dirs.; Coords.). *Presente y futuro de las fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, 455 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.). *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1996, 360 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. 5 vols. Madrid: Civitas, 1991, 4212 pp.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*. Madrid: Iustel, 2009, 656 pp.

MUÑOZ MACHADO, S.; [et al.]. (Dirs.). *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, 1337 pp.

PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. 4 vols. Barcelona: Bosch, 2009, 3432 pp.

PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Administraciones Públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Barcelona: Praxis, 1993, 1063 pp.

PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*. Barcelona: Praxis, 1995, 807 pp.

PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Madrid: Civitas, 1994, 1818 pp.

PIÑAR MAÑAS, J.L.; OLMOS VICENTE, I. (Dirs.). *Las fundaciones: desarrollo reglamentario de la Ley*. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero; Dykinson, 1997, 547 pp.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO FERRER, M.; [et al.]. *El sector no lucrativo en España*. Madrid: Escuela Libre, 1993, 810 pp.

ROMERO HERNÁNDEZ, S. (Coord.). *Contratos del Sector público*. Barcelona: Bosch, 2008, 548 pp.

RUIZ OJEDA, A. (Coord.). *Manual de Fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Civitas, 1999, 461 pp.

SÁNCHEZ ISAAC, J. *Estudios prácticos de contratación local*. Madrid: Civitas, 1982, 392 pp.

SOSA WAGNER, F. (Coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. 3 tomos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, 4287 pp.

TORNOS MAS, J. (Coord.). *Administración Pública y Procedimiento Administrativo: comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. Barcelona: Bosch, 1994, 575 pp.

AUTORES

ABEL FABRE, J. *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*. Barcelona: Bosch, 2000, 620 pp.

AHUMADA RAMOS, F. J. "Colegios Profesionales: reformas necesarias para pasar del medioevo al Siglo XXI". *Lawyerpress noticias*, 12 de enero de 2011. [On line] http://www.lawyerpress.com/news/2011_01/12_01_2011_001.html

- "Delimitación del concepto de 'organismo de derecho público-poder adjudicador'. Una propuesta de reforma del art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE". *REDA*, núm. 148, 2010. pp. 801-829.

ALLI TURRILLAS, J. C. *Fundaciones y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2010, 504 pp.

ÁLVAREZ ARROYO, F. *Régimen Fiscal de los Colegios Profesionales*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, 160 pp.

AMENGUAL GOMILA, B. *Estudio sobre la organización corporativa oficial de los comerciantes industriales en el extranjero como base para la reorganización de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación Españolas*. Barcelona: Imprenta moderna de Guinart y Pujolar, 1910 [Obra reeditada por los Secretarios Generales y por el Consejo Superior de Cámaras en 1954], 334 pp.

ANDRÉS CIURANA, B. "Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)". *Actualidad Civil*, núm. 1, 2001, pp. 81-116. (Cit. MARESCA LASA, A. *El Arbitraje Administrativo* [Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Barcelona, 2005], p. 219).

ARIÑO ORTIZ, G. "Corporaciones profesionales y administración pública". *RAP*, núm. 72, 1973, pp. 27-72.

- "El concepto de contrato público en la CEE". *Noticias CEE*, núm. 21, 1986, pp. 19-26.
- "La administración institucional: origen y personalidad". *RAP*, núm. 63, 1970, pp. 85-130.
- "Problemática actual de la contratación de las Administraciones Públicas". En: LAGUNA DE PAZ, J. C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. (Coords.). *Contratación Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1996 [Recoge los contenidos presentados a: Jornadas sobre Contratación Pública (1. 1993. Valladolid)], pp. 17-36.
- *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico: Mito y realidad de las Personas Jurídicas en el Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1974, 454 pp.
- *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Granada: Comares, 2001, 987 pp.
- *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo I. Granada: Comares, 2002, 776 pp.

ARIÑO ORTIZ, G.; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. *Constitución y colegios profesionales: una reflexión sobre las corporaciones representativas*. Madrid: Unión Editorial, 1984, 183 pp.

BAÑO LEÓN, J. M. "El ejercicio de las profesiones tituladas y los Colegios Profesionales". *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 24, 2000, pp. 27-48.

- “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. *RAP*, núm. 151, 2000, pp. 11-37.
- “Las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, 1997, pp. 39-68.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración”. *RAP*, núm. 183, 2010, pp. 73-97.

BASSOLS COMA, M. “Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa”. *Noticias CEE*, núm. 21, 1986, pp. 27-34.

- “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”. En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*. Barcelona: Praxis, 1995, pp. 21-102.

BERMEJO LATRE, J. L. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dir.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 145-156.

BERMEJO LATRE, J. L.; MIR PUIGELAT, O. “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”. *REDA*, núm. 104, 1999, pp. 575-593.

BERMEJO VERA, J. *Régimen Jurídico del Ferrocarril en España (1844-1974): Estudio específico de RENFE*. Madrid: Tecnos, 1975, 432 pp.

BLANCO RUIZ, J. F. *El protectorado de Fundaciones en el Real Decreto de Instrucción de 14 de marzo de 1899: estudio crítico, comentarios y concordancias*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, 382 pp.

BLANQUER CRIADO, D. (Coord.). *Guía práctica de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*. [S.l.e], 2007, 247 pp [On line] <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2698/documento/GuiaUM.pdf?id=2929>

BLÁZQUEZ LIDOY, A. “Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE. [et al.] (Dir.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 329-371.

BORRAJO INIESTA, I. “El intento de huir del Derecho Administrativo”. *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 233-250.

BUSTILLO BOLADO, R. O. “Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006”. *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, pp. 85-96.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. “Autorizaciones, intervención temporal y recursos”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; [et al.] (Dir.). *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 581-643.

CABEZAS HERNÁNDEZ, M.T. *Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España: Naturaleza jurídica y funciones*. Barcelona: Atelier, 2002, 586 pp.

CABRA DE LUNA, M.A. “La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones del titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias”. *Revista Española de Control Externo*, núm. 8, 2001, pp. 29-94.

- *El Tercer Sector y las Fundaciones en España. Hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998, 1207 pp.

CABRA DE LUNA, M.A.; DE LORENZO GARCÍA, R. “Patrimonio, régimen económico y funcionamiento”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; [et al.] (Dir.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 253-328.

- “El protectorado (artículos 34 y 35)”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; [et al.] (Dir.). *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 491-554.

CAFFARENA LAPORTA, J. “Comentario al artículo 6”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE.; [et al.] *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. T. I. Madrid: Escuela Libre Editorial; Marcial Pons, 1995, pp. 45-50.

- “Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión”. En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*. Madrid: Iustel, 2009, pp 29-58.

CALVO SÁNCHEZ, L. *Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales*. Madrid: Civitas, 1998, 868 pp.

CÁMARA DE COMERCIO INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE HUELVA. Procedimiento para dar cumplimiento a lo establecido por la nueva Guía para la Expedición de Certificados de Origen de Eurocámaras, en el proceso de certificación y legalización de documentos destinados al comercio exterior, las empresas deberán presentar cumplimentados en esta Cámara de Comercio, los siguientes documentos [On line] <http://www.camarahuelva.com/certificadosdeorigen.html>.

CARBALLEIRA RIVERA, M.T. *Fundaciones y Administración Pública*. Barcelona: Atelier, 2009, 249 pp.

CARLÓN RUÍZ, M. “El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el régimen de los Colegios Profesionales”. *RAP*, núm. 183, 2010, pp. 99-137.

CASTILLO BLANCO, F.A. “Los consorcios de entidades locales: análisis y valoración a la luz de la nueva legislación de régimen local”. *RAP*, núm. 124, 1991, pp. 397-476.

CHINCHILLA MARÍN, C.; SAZ CORDERO, S. DEL.; [et al.]. *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid: Civitas, 1992, 196 pp.

CLAVERO ARÉVALO, M. “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Públicas”. *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962, pp. 13-36.

COBO OLIVERA, T. “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de precios públicos y sus consecuencias para la Administración local. Modificaciones necesarias en las Ordenanzas y acuerdos de fijación de precios públicos”. *Revista Hacienda Local*, núm. 78, 1996, pp. 571-596.

COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DEL MERCADO INTERIOR Y SERVICIOS. *Apertura de la Contratación Pública de Cara a 1993*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1991, 37 pp. [eBook] http://bookshop.europa.eu/es/apertura-de-la-contrataci-n-p-blica-de-cara-a-1993-pbCO7191728/downloads/CO-71-91-728-ES-C/CO7191728ESC_001.pdf;pgid=y8dIS7GUWMdSR0EAIMUUsWb0000cFHq32gN:sid=HCZyb6yGfqNya_01DfnsyM6jG_V0vOHIAIQ=?FileName=CO7191728ESC_001.pdf&SKU=CO7191728ESC_PDF&CatalogueNumber=CO-71-91-728-ES-C

COSCULLUELA MONTANER, L. “Nuevas tendencias en la regulación de las Corporaciones de Derecho Público”. En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T.II. Madrid: Civitas, 1994, pp. 349-361.

DÍAZ LEMA, J.M. *Subvenciones y crédito oficial en España*. Madrid: IEF, 1985, 460 pp.

ENTRENA CUESTA, R. “Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. En: LAGUNA DE PAZ, J.C.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (Coords.). *Contratación Pública II: Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 15-38.

- *La nueva contratación pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002 [Conferencia de apertura del curso del Instituto Nacional de Administración Pública el 24 de enero de 2002 en Madrid], 34 pp.
- *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1994, 299 pp.

FANLO LORAS, A. "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial". En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.). *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 67-124.

- *El debate sobre Colegios profesionales y Cámaras Oficiales: la Administración corporativa en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas; Zaragoza: Prensas Universitarias, Universidad de Zaragoza, 1992, 161 pp.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. "Aspectos diferenciales entre las subvenciones y las medidas de fomento económico". *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 13, 2010, pp. 31-82.

- "La Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Colegios Profesionales". *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 24, 2000, pp. 15-26.
- "La subvención: concepto y régimen jurídico". Madrid: IEF, 1983, 848 pp.
- "Las cámaras de comercio industria y navegación y el derecho de asociación". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5, 1994, pp. 9-35.
- "Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Derecho de Asociación" En: IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Vol. I. Madrid: Civitas, 1996, pp. 339-358.
- *Sistema de derecho administrativo*. Navarra: Civitas- Thomson, 2012, 923 pp.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. "Precios públicos y reserva de Ley. Comentario a la Sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 243, 1996, pp. 1-4.

FERNÁNDEZ NAVAJAS, E. "La contratación Pública en el ordenamiento comunitario". *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 9, 1990, pp. 195-208.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1972, 228 pp.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Legislación Administrativa Española del Siglo XIX*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977, 1279 pp. [Recopilación de].

FRANCH I SAGUER, M.; TORRELLES TORRELLES, J. "Aplicabilidad de la Ley de Contratos del Sector Público en la actividad contractual de las Cámaras de Comercio". *RAP*, núm. 178, 2009, pp. 369-395.

FUERTES LÓPEZ, M. "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 279, 1999, pp. 25-68.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Ámbito de aplicación de la Ley". En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 81-122.

- "Constitución, Fundaciones y sociedad civil". *RAP*, núm. 122, 1990, p. 235-256.
- "Constitución, fundaciones y sociedad civil". En: ÁREA DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 355-372.
- "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa". *RAP*, núm. 10, 1953, pp. 241-281.
- "El Concepto de Personalidad Jurídica en el Derecho Público". En: Pérez Moreno, A. (Coord.). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T.I. Madrid: Civitas, 1994 pp. 825-836.

- “El tribunal de justicia de las comunidades europeas constata y censura dos graves queiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. Sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo”. *REDA*, núm. 119, 2003, p. 471- 487.
- “La Figura del Contrato Administrativo”. *RAP*, núm. 41, 1963, pp. 41-128.
- “Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación ante el Derecho”. *RAP*, núm.139, 1996, pp. 153-167.
- “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas”. *REDA*, núm. 120, 2003, p. 667-677.
- *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Civitas, 1998, 380 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Civitas: Madrid, 5.ª ed., 1989, reimpr.1991, 9.ª ed., 1999; Navarra: Aranzadi, 13.ª ed.; 2006 y 15.ª ed., 2011, 872 pp.

- *Curso de derecho administrativo*. T. II. Civitas: Madrid, 7.ª ed., 2000; Navarra: Aranzadi, 10.ª ed., 2006, 767 pp.

GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, vol. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971, 558 pp.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”. *RAP*, núm. 155, 2001, pp. 107-147.

- “Fundaciones de la Administración Pública”. En: MUÑOZ MACHADO, S.; *et al.* (Dir.). *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*. Madrid: lustel, 2005, pp. 645-752.
- *La Fundación: Un estudio jurídico*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1997, 372 pp.
- *.Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Madrid: Marcial Pons, 2005, 290 pp.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P.; PENDÁS GARCÍA, B. *El nuevo régimen local español: estudio sistemático de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Barcelona: Praxis, 1985, 564 pp.

GARRIDO FALLA, F. (Dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1980, 1840 pp.

- “Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español”. *RAP*, núm. 97, 1982, 7-30 pp.
- “Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales”. *REDA*, núm. 79, 1993, pp. 389-400.

GASPAR LERA, S. *El ámbito de aplicación del Arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 315 pp. (Cit. MARESCA LASA, A. *El Arbitraje Administrativo* [Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Barcelona, 2005], p. 219).

GEHUCHTEN, G. VAN. *La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE, en Interventions publiques et Droit communautaire*. Paris: Pedone, 1988 (Cit. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”. *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 281-320).

GIL IBÁÑEZ, J.L. "La recepción del Derecho comunitario en las normas españolas sobre contratos públicos. La transposición de la Directiva 97/52/CE por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre". *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 2000, pp. 1009-1035.

GIMENO FELIU, J.M. "La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública". *RAP*, núm. 151, 2000, 425-439 pp.

- "Los sujetos contratantes: alcance del poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público". *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, 2009, pp. 55-70 [Ejemplar dedicado a: Contratos de las Administraciones Públicas].
- "Nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras". *RAP*, núm. 176, 2008, pp. 9-54.
- *Contratos públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2003, 240 pp.
- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Madrid: Civitas, 2010, 399 pp.
- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Madrid: Civitas, 2006, 421 pp.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo". *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 159-208.

GONZÁLEZ CUETO, T. *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002 de 26 diciembre*. Navarra: Aranzadi, 2003, 436 pp.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. *Concepto actual de tributo: Análisis de jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1996, 224 pp.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), I*. Madrid: Civitas, 2003, 1793 pp.

- *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), II*. Navarra: Thomsom, Civitas, 2007, 3691 pp.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. "El marco constitucional del derecho de Fundaciones". En: CAZORLA PRIETO, L.M.; *et al. Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Navarra: Aranzadi, 2011, pp 187-217.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, 448 pp.

GORORDO BILBAO, J.M. *Cámaras oficiales de comercio, industria y navegación*. Navarra: Aranzadi, 2005, 887 pp.

GRAMUNT FOMBUENA, M.D. "La dotación de las fundaciones". En: BELLO JANEIRO, D.; LUNA SERRANO, A. (Coords.). *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: EGAP, 2003, pp. 41-57.

GUAITA MARTORELL, A. "Naturaleza de las comunidades de regantes y de sus jurados de riego". En: BOTANA AGRA, M.; *et al. Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 511-531.

- *Derecho administrativo especial*. T. V. Zaragoza: Librería General de Zaragoza, 472 pp.

HERNÁNDEZ IGLESIAS, F. *La beneficencia en España*. T.I. Madrid: [s.n.] Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa, 1876, 720 pp. [Reproducción digital del original hecha por la Universidad San Pablo-CEU, disponible *On line*] <http://hdl.handle.net/10637/3618>.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. "Comentarios al art. 52". En: ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. T. IV. Madrid: Cortes Generales Edersa, 1996-1998, pp. 409-426.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. "Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia *Scala 2001*". *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 4, 2004, pp. 7-17.

HUERGO LORA, A.; GARCÍA LUENGO, J. *Las fundaciones en Asturias*. En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 235-252.

HUERTA HUERTA, R.; HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C. *Fundaciones: Régimen civil, administrativo y fiscal*. Barcelona: Bosch, 1998, 1249 pp.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. Madrid: INAP, 1987, 565 pp.

JORDANA DE POZAS, L. "Ensayo sobre las entidades públicas, representativas y profesionales en el Derecho Administrativo español". En: [Comisión de Homenaje al profesor Jordana de Pozas con motivo de su jubilación universitaria]. *Estudios de Administración Local y General*. Vol. I. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 207-350.

LACRUZ BERDEJO, J.L. "Las fundaciones en la Constitución Española de 1978". *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1455-1468.

— *Elementos de Derecho civil I*. Barcelona: Bosch, 2002, 333 pp.

LASAGABASTER HERRATE, I. "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público". En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. De los derechos y deberes fundamentales*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 651-677.

LAVILLA RUBIRA, J.J. "La contratación de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional". En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*. Barcelona: Praxis, 1995, pp. 155-188.

LEMUS LÓPEZ, E. "La Cámara de Comercio de Sevilla. Entidad empresarial y proyección política". *Trocadero: Revista de historia moderna y contemporánea*, núm. 5, 1993, pp. 405-414.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. "La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación". En: CASTILLO BLANCO, F. A. (Coord.). *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 1996, pp. 1-42.

— "Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Noticias de la Unión Europea*, núm. 36, 1996, pp. 49-62.

LÓPEZ BENÍTEZ, M.; REBOLLO PUIG, M. "Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18 de la Constitución a entes no administrativos". En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T.I. Madrid: Civitas, 1994, pp. 507-522.

LÓPEZ GUERRA, L. "Sobre la personalidad jurídica del Estado". *Revista del Departamento de Derecho Político* núm. 6, 1980, pp. 17-35 [publicación periódica de la UNED, anteriormente: *Boletín informativo del Departamento de Derecho Político* y, después de 1981, y hasta la actualidad: *Revista de Derecho Político*].

LORENZO GARCÍA, L. DE. *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons, 1993, 516 pp.

LORENZO GARCÍA, R. DE “La organización y atribuciones del Protectorado”. En: PIÑAR MAÑAS, J.L.; OLMOS VICENTE, I. (Dir.). *Las fundaciones: desarrollo reglamentario de la Ley*. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero; Dykinson, 1997, pp. 215-240.

LOZANO SERRANO, C. “Calificación como tributos o prestaciones patrimoniales públicas de los ingresos por prestación de servicios”. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 116, 2002, pp. 611-678.

LUCIANO PAREJO, A. “Comentario al artículo 3”. En: PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 2009, pp 19-29.

MALARET I GARCÍA E.; MARSAL I FERRET E. *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción. La singularidad de las fundaciones locales*. Barcelona: Fundación Carles Pi i Sunyer, 2005, 151 pp.

MALARET I GARCÍA, E. “Las sociedades para la construcción de obra hidráulicas”. En: EMBID IRUJO, A. (Coord.). *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid: Civitas, 1998, pp. 97-143.

— *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Madrid: Civitas, 1993, 283 pp.

MANZANEDO MATEOS, J.A.; NIETO GARCÍA, A. En: [III Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1970]. *Régimen Jurídico del comercio interior, con especial referencia a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973, 750 pp.

MARESCA LASA, A. *El Arbitraje Administrativo* [Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Barcelona, 2005], 531 pp.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J. F. “Los precios públicos y la STC 185/1995, de 14 de diciembre”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 77, 1996, pp. 15-27.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. “Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC”. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm.106, 2000, pp. 181-212.

— “Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC”. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 106, 2000, pp. 181-212.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. “El concepto de Administración Pública de la Ley de lo Contencioso tras la Constitución de 1978”. *RAP* núm. 96, 1981, pp. 179-233.

— “Examen de la contratación de los Entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 32, 1994, pp. 347-393.

— “Fundaciones privadas del sector público. Problemas de constitucionalidad”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; TORNOS MAS, J. (Eds.). *La Enseñanza del derecho administrativo, tercer sector y fundaciones, rutas temáticas e itinerarios culturales*. Barcelona: Cedecs, 2002 [Actas del XIII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo: Salamanca, 9-11 de octubre de 2000], pp. 301-332.

— “Naturaleza de las Corporaciones públicas profesionales”. *REDA*, núm. 39, 1983, pp. 603-608.

— “Castilla y León”. En: BASSOLS COMA, M. (Coord.). *La Administración Pública de las Comunidades Autónomas*. Madrid: INAP, 2004, pp. 799- 852.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *Materiales para una Constitución*. Madrid: Akal, 1984, 456 pp.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. “Funciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación”. *REDA*, núm. 90, 1996, pp. 185-195.

- “Las empresas públicas. Reflexiones en el momento presente”. *RAP*, núm. 126, 1991, pp. 63-132.
- “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”. *RAP*, num.140, 1996, 25-67 pp.

MATEO RODRÍGUEZ, L. *La tributación parafiscal*. León: Colegio Universitario de León, 1978, 341 pp.

MATTERA RICIGLIANO, A. *El mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991, 781 pp. [tr. Cora Zapiro Landrove].

MELLADO RUÍZ, L. “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al derecho privado”. *REDA*, núm. 125, 2005, pp. 381-415.

MONTOYA MARTÍN E. *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*. Barcelona: Marcial Pons, 1996, 662 pp.

MORELL OCAÑA L.; RUIZ OJEDA, A. “La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público”. En: RUIZ OJEDA, A. (Coord.). *Manual de Fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 223-269.

MORENO FUENTES, R. “Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública (Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)”. *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 60, 2000, pp. 289-317.

MORENO MOLINA, J.A. “El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública”. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, pp. 21-36.

- “La contratación de las fundaciones en la Ley de contratos del Sector Público”. *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 4, 2009, pp. 1-22 [On line] <http://www.cemci.org/revista/numero-4/pdf/articulo2.pdf>
- “La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo”. En: GOBIERNO DE ARAGÓN (Ed.). *Agua, territorio, cambio climático y derecho administrativo*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 2009 [Monografía que recoge las ponencias del XVII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo], pp. 337-354.

MORENO MOLINA, J.A.; PLEITE GUADAMILLAS, F. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. Madrid: La Ley, 2011, 1624 pp.

MUÑOZ MACHADO, S. [Prólogo]. En: VAQUER CABALLERÍA, M. *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 256 pp.

- “El tercer sector entre el Estado y el mercado”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; TORNOS MAS, J. (Eds.). *La Enseñanza del derecho administrativo, tercer sector y fundaciones, rutas temáticas e itinerarios culturales*. Barcelona: Cedecs, 2002 [Actas del XIII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo: Salamanca, 9-11 de octubre de 2000], pp. 229-242.
- “Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos”. En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 153-176.
- “Las fundaciones en la Constitución”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE; CABRA DE LUNA, M.A. (Dir.; Coords.) *Presente y futuro de las fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 19-32.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo IV. Madrid: Iustel, 2011, 1128 pp.

— *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. El ordenamiento jurídico*. T. II. Madrid: Iustel, 2006, 1408 pp.

MURO I BAS, X. “Una nueva aplicación de las formas privadas de personificación en la actividad de la Administración: Fundaciones y Universidades privadas. El caso de la Universidad Abierta de Cataluña”. *Autonomies*, núm. 23, 1998, pp. 105-130.

NIETO GARCÍA, A. “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas*. Vol. III. Madrid: Civitas, 1991, pp. 2185-2254.

— “La reforma de la Administración Pública en España”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, 2, 1992, pp. 143-156.

NOGUERA DE LA MUELA, B. “Conseqüències de la Sentència del TJUE de 15 de maig de 2003 Comissió/Espanya a l'ordenament jurídic espanyol: concepte de poder adjudicador, actes separables als contractes de les societats mercantils públiques i tutela cautelar. La nova regulació del TRLCAP introduïda per la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social”. *Quaderns de Dret Local*, núm. 4, 2004, pp. 88 a 101; *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 53, 2004, pp. 17-46 [versión castellano].

— *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido*. Barcelona: Atelier, 2001, 218 pp.

OJEDA MARTÍN, A. L. “La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública”, *RAP*, núm. 116, 1988, pp. 409-446.

OLIVERA MASSO, P. “La problemática de la delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales sobre contratación pública: La Administración instrumental en las directivas de la Comunidad Europea y en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio”. *RAP*, núm. 145, 1998, pp.445-474.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “Las nuevas directivas sobre la contratación pública en la Unión Europea: renovación normativa y experiencia judicial”. *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)*, núm. 18, 2006, pp. 153-204.

PAGÉS I GALTÉS, J. “Las tarifas de los servicios prestados en régimen de Derecho privado: su consideración como tasas, precios públicos o precios privados”. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 252, 1999, pp. 359-408 [De 2004, en adelante, continúa con: *Revista de Derecho Financiero*].

PALAO TABOADA, C. “Los precios públicos y el principio de legalidad”. *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1996, pp. 9-16.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Derecho Administrativo I*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, 704 pp.

— “Las fundaciones desde el derecho público”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED (BFD)*, núm. 4, 1993, pp. 135-150 [De 2006, en adelante, continúa con: *Revista de derecho de la UNED (RDUNED)*].

— *Derecho administrativo II*. Madrid: Marcial Pons, 22.ª ed. 2012, 583 pp.

PARDO ÁLVAREZ, M. “El derecho a urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de Contratos?” *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 198, 2002, pp. 11-36.

PAREJO ALFONSO, L. “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. En: LEGUINA VILLA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.). *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tomo I, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 21-40.

- “Público y privado en la Administración Pública”. En: IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Vol. IV. Madrid: Civitas, 1996, pp. 4667-4716.

PEÑALOSA ESTEBAN, I.; SANJURJO GONZÁLEZ, T. “Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos”. En: LORENZO GARCÍA, L. DE.; *et al.* (Dirs.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 195-252.

PÉREZ MORENO A. “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 845-870.

- “Las Entidades Instrumentales en las Comunidades Autónomas”. En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T. II. Madrid: Civitas, 1994, pp. 1439-1460.

PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1995, 729 pp.

- Dictamen de fecha 8 de enero de 2011, sobre el contenido y alcance de la modificación de la ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación, operada por el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo [*On line*] http://cecobi.es/images/prensa/Fri20110304144537CEC_Dictamen_Camaras_Comercio.doc.pdf.

PIÑAR MAÑAS J.L.; REAL PÉREZ A. *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador. Estudio, desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 320 pp.

- “Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribunales 2009-2010”. *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, p. 427-438.

PIÑAR MAÑAS, J. L. “Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales”. En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO FERRER, M.; [et al.]. *El sector no lucrativo en España*. Madrid: Escuela Libre, 1993, pp. 275-311.

- “El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 27-79.
- “El estado actual del modelo constitucional: revisión crítica”. En: LORENZO GARCIA, L. DE.; [et a.]. (Dirs.). *Tratado de Fundaciones*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 67-116.
- “Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones”. *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 281-306.
- “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”. *REDA*, núm. 97, 1998, pp. 37-63.
- “Las fundaciones y la Constitución Española”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. De los derechos y deberes fundamentales*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 1301-1336.
- “Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario”. *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 17-56.
- “Relaciones de las fundaciones con los Protectorado”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE; CABRA DE LUNA, M.A. (Dirs.; Coords.). *Presente y futuro de las fundaciones*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 85-138.

- “Tercer sector, sector público y fundaciones”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm.1, 2005, pp. 15-36.
- “El derecho de fundaciones en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; ALONSO GARCÍA, R. (Coords.). *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. I. Madrid: Civitas, 2012, pp. 253-273.
- *Régimen Jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1992, 282 pp.
- “Comentario al artículo 34. Intervención temporal”. En: LORENZO GARCÍA, R. DE.; *et al. Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Escuela Libre Editorial; Marcial Pons, 1995, pp.303-312.

PITA GRANDAL, A. M. “El precio público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Quincena Fiscal*, núm. 7, 1996, pp. 9-20.

PLEITE GUADAMILLAS, F. *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector público, Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*. Madrid: La Ley, 2010, 323 pp.

POMED SANCHEZ, L. A. “Naturaleza de las mutuas de accidentes de trabajo”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, pp. 53-88.

PUIG FERRIOL, L. “El patrimonio fundacional en la ley de fundaciones catalanas”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1641-1656.

RAMALLO MASSANET, J. “Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)”. *Revista Española de Derecho Financiero (REDF)*, núm. 90, 1996, pp. 237-274.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. “Las fundaciones y la contratación pública”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87-88, 2010, pp. 905- 941.

- *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Pamplona: Aranzadi, 1996, 317 pp.

REBÉS I SOLÉ, J. E. “El protectorado de las fundaciones: especial referencia a las actividades de control económico y fomento”. En: BELLO JANEIRO, D.; LUNA SERRANO, A. (Coords.). *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*. Santiago de Compostela: EGAP, 2003, pp. 105-133.

RESS, G. “La libre circulación de personas, de servicios y de capitales”. En: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Ed.). *Treinta años de Derecho Comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1984, 536 pp.

RICO PÉREZ, F. *Las fundaciones en la Constitución española*. Toledo: Ilustre Colegio de Abogados Toledo, 1982, 217 pp.

RIVAS NIETO, M. E. *Los tributos atípicos*. Madrid: Marcial Pons, 2006, 200 pp.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. F. “El procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas en el Derecho comunitario (El Caso Gebroeders Beentjes Bve/Estado de los Países Bajos de 20 de septiembre de 1998)”. *Noticias CEE*, núm. 65, 1990, pp. 133-138.

ROJAS MONTES, L. *La fundación: instrumento privado de intereses generales*. Granada: Nuestra Señora de las Angustias, 1996, 16 pp. [Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada pronunciado el 20 de noviembre de 1995].

ROMERO ALCÁNTARA, F. “El ámbito de aplicación subjetiva y objetivo de la LSCP”. En: ROMERO HERNÁNDEZ, S. (Coord.). *Contratos del Sector público*. Barcelona: Bosch, 2008, pp. 19-73.

RUIZ OJEDA, A.; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y su reglamento de desarrollo parcial*. Madrid: Civitas, 1996, 930 pp.

SAINZ MORENO, F. "Principios y ámbito de aplicación de la LCAP (en particular, artículos 1 a 3)". En: PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.). *Administraciones Públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Barcelona: Praxis, 1993, pp. 105-174.

SALA ARQUER J. M. "Las corporaciones de Derecho Público". En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (Dir.). *La Administración Pública Española*. Madrid: INAP, 2002, pp. 583- 597.

— "Huida al Derecho privado y huida del Derecho". *REDA*, núm. 75, 1992, pp. 399-416.

SALOM PARETS, A. *Los Colegios Profesionales*. Barcelona: Atelier, 2007, 212 pp.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.). *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Valladolid: Lex Nova, 2011, 720 pp.

— *Derecho Administrativo, Parte General*. Madrid: Tecnos, 2008, 960 pp.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General*. T.I, Madrid: lustel, 2004, 1632 pp.

— "Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas". *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pp. 7-20.

— *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, 1244 pp.

SANTÍAS VIADA, J. A.; *et al.* *El derecho comunitario de la contratación pública*. Madrid: Escuela de Hacienda Pública, 1991, 676 pp.

SANZ RUBIALES, F. "Sobre la inconstitucionalidad de la reforma de las Cámaras de Comercio (art. 4 del Real Decreto-Ley 13/2010)". *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 832, 2011 [On line] <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&srguid=i0ad600790000013ba4170073894efe69&docguid=ld02977002aae11e1bc12010000000000>

SAZ CORDERO, S. DEL. "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas". *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 57-98.

— "La modificación de la Ley estatal 2/1974, de Colegios Profesionales, como consecuencia de la transposición de la directiva de servicios". *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, pp. 177-216.

— "La nueva Ley de contratos del Sector Público ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?" *RAP*, núm. 174, 2007, pp. 335-366.

— *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, 226 pp.

SERRANO CHAMORRO, M. E. *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*. Madrid: Civitas, 2010, 416 pp.

SIMÓN ACOSTA, E. "Cámaras de Comercio sin recursos: inconstitucionalidad de la reforma". *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 812, 2011, pp. 11-12 [On line] <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&srguid=i0ad600790000013ba3f1c580122534c2&docguid=lc61ddc00492811e08e7201000000000>

— *Las tasas de las Entidades Locales (el hecho imponible)*. Pamplona: Aranzadi, 1999, 340 pp.

SOCIÁS CAMACHO, J. M. *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*. Madrid: lustel, 2006, 192 pp.

SOLAS RAFECAS, J. M. DE "La Ley de contratos del sector público: Dos regulaciones de naturaleza distinta en un solo texto legal". En: CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. DE LA.; [et al.] *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 493-520.

SOSA WAGNER, F. "La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales". En: SOSA WAGNER, F. (Coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 1905-1932.

SOSA WAGNER, F.; FUERTES LÓPEZ, M. "La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, 2008, pp. 6-8.

TORIBIO LEMES, M. "El consorcio local español". *Revista de Estudios de Vida Local*, núm. 194, 1977, pp. 351-382.

TORNOS MAS, J. "La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1996, de 12 de junio relativa a las cámaras de comercio, industria y navegación". *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 96, núm. 1, 1997, pp. 79-96.

- "Título competencial del estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor". En: TORNOS MAS, J. (Coord.). *Administración Pública y Procedimiento Administrativo: comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 35-56.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. "Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993". *Noticias Unión Europea*, núm. 121, 1995, pp. 99-114.

- "Presente y futuro de los Colegios Profesionales". En: AGUADO I CUDOLÀ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B. (Coord.). *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*. Barcelona: Atelier, 2012, pp. 175-212.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. "Las fundaciones en Castilla-La Mancha". En: MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 179-186.

VALERO AGÚNDEZ, U. *La fundación como formas de empresa*. Valladolid: Secretaría de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1969 [Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. José Giron Tena, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid], 500 pp.

Vaquer Caballería, M. *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*. Marcial Pons: Madrid, 1999, 178 pp.

Vicens Vives, J. *Historia social y económica de España y América*. Vol. IV. Barcelona: Vicens-Vives, 1959, 467 pp.

VILLALBA PÉREZ F. *La contratación de las sociedades en Manos de las Administraciones Públicas: Principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 293 pp.

VILLAR PALASÍ, J. "Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales". En: PÉREZ MORENO, A. (Coord.). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T.I. Madrid: Civitas, 1994, pp. 151-184.

- "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo". *RAP*, núm. 3, 1950, pp. 53-129.

Waelbroek, M. *Le droit de la communauté Économique Européenne*. Vol. 4, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1970 (Cit. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. "La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo". *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 281-320).

NORMATIVA

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Internacional de Ginebra de 3 de Noviembre de 1923, sobre la simplificación de las formalidades aduaneras.

Convención Internacional sobre la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros — Convenio de *Kyoto*— en la redacción original elaborada por el Consejo de Cooperación Aduanera el 18 de mayo de 1973.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 [No publicado] [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 1, de 1 de enero de 1986].

Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986; la Haya el 28 de febrero de 1986 (*DO* núm. L 169 de 29 de junio de 1987) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 158 de 3 de julio de 1987].

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (*DO* núm. 191, de 29 de julio de 1992) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 11, de 13 de enero de 1994].

Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (*DO* núm. C 340, de 10 noviembre de 1997) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1999].

Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001 (*DO* núm. 80, de 10 de marzo de 2001) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 267, de 7 de noviembre 2001].

Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*DO* núm. C 306, de 17 de febrero de 2007) [Instrumento de Ratificación del Tratado: *BOE* núm. 286, de 27 de noviembre de 2009].

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [versión consolidada] (*DO* núm. C 83/47, de 30 marzo de 2010).

UNIÓN EUROPEA

DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS

Directiva 70/32/CEE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos al Estado sus entes territoriales y personas jurídicas de Derecho público (*DO* núm. L 13, de 19 de enero de 1970).

Directiva 71/304/CEE del Consejo de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales (*DO* núm. L 185, de 16 de agosto de 1971).

Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO núm. L 185 de 16 de agosto de 1971).

Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO núm. L 13, de 15 enero de 1977).

Directiva 80/767/CEE del Consejo de 22 de julio de 1980, adaptando y completando en lo que concierne a determinados poderes adjudicadores, la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro (DO núm. L215, de 18 de agosto de 1980).

Directiva 88/295/CEE del Consejo de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE (DO núm. L 127, de 20 mayo de 1988).

Directiva 89/440/CEE del Consejo de 18 de julio de 1989, sobre adjudicación de contratos públicos de obras (DO núm. L 210, de 21 julio 1989).

Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras (DO núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989).

Directiva 90/531/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO núm. L 297, de 29 octubre de 1990).

Directiva 92/13/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO núm. L 076, de 23 de marzo de 1992).

Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO núm. L 209, de 24 de julio de 1992).

Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO núm. L 199, de 09 de agosto de 1993).

Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra (DO núm. L 199, de 09 de agosto de 1993).

Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO núm. L 199, de 09 de agosto de 1993).

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO núm. L 200, de 8 de agosto de 2000).

Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO núm. L 134, de 30 de abril de 2004).

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO núm. L 134, de 30 de abril de 2004).

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios y al mercado interior (DO núm. L376, de 27 de diciembre de 2006).

Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO núm. L 335, de 20 de diciembre de 2007).

Directiva 2009/81/CE Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DO núm. L 216, de 20 de agosto de 2009).

Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición) (DO núm. L 48 de 23 de febrero de 2011).

Reglamento CEE núm. 2454/1993 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento CEE, núm. 2913/1992 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (DO núm. L 253, de 11 de octubre de 1993).

Reglamento UE núm. 1251/2011, de la Comisión de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17, 2004/18 y 2009/81 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO núm. L 319, de 2 de diciembre de 2011).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación pública, [COM (2011) 896 final] (DO núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [COM(2011) 895 final] (DO núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM (2011) 897 final] (DO núm. C 102, de 5 de abril de 2012) [Redacción inicial].

Propuesta de Directiva de la Comisión Europea al Parlamento Europeo de 26 de junio de 2013 sobre facturación electrónica en materia de contratación pública [COM (2013) 449 final] —no publicada en Diario Oficial— [On line] http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/einvoicing/directive/e-invoicing_directive_proposal_en.pdf.

OTRAS DISPOSICIONES EUROPEAS

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación al Consejo sobre contratos públicos de 14 de diciembre de 1984, mediante la que se procede a exponer los inconvenientes detectados en el cumplimiento de la normativa europea [no publicada en el Diario Oficial].

COMISIÓN EUROPEA. Libro Blanco al Consejo Europeo para la consecución del mercado interior, de 14 de junio de 1985 [COM (85) 310 final]; [On line] http://ec.europa.eu/white-papers/index_es.htm#before.

COMISIÓN EUROPEA. Decisión de 13 de julio de 1990, se actualiza el Anexo I de la Directiva 89/440 (DO núm. L 187, de 19 de julio de 1990).

COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre los contratos públicos “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, de 27 de noviembre de 1996 [COM (96) 583 final]; [On line] http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (DO núm. C 255, de 13 de septiembre de 2001).

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación Interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DO núm. C 179, de 1 de agosto de 2006).

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación a España el 8 de mayo de 2008 por la que se le emplaza a adecuarse a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los artículos 12, 43 y 49 Tratado [no publicada en el Diario Oficial].

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008, —*Small Business Act*— para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas” [COM (2008) 394 final - no publicada en el Diario Oficial] [On line] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0394:ES:NOT>

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación al Consejo Europeo de 26 de noviembre de 2008 denominada “Un Plan Europeo de Recuperación Económica” [COM (2008) 800 final – no publicada en el Diario Oficial] [On line] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:es:PDF>

COMISIÓN EUROPEA. Decisión de 9 de diciembre de 2008 por la que se modifican las listas de entidades adjudicadoras y de poderes adjudicadores que figuran en los anexos de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos públicos [C (2008) 7871]; (DO núm. L 349, de 24 de diciembre de 2008).

COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, de 27 de enero de 2011 [COM (2011) 15 final]; [On line] http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de abril de 2011, Acta de Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza: Juntos por un nuevo crecimiento [COM (2011) 206 final]; [On line] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:es:PDF>

COMITÉ DE LAS REGIONES. Dictamen sobre el Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro” (DO núm. C 244, de 11 de agosto de 1997).

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen sobre el Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro” (DO núm. C 287, de 22 de septiembre de 1997).

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública [2009/2175(INI)] (DO núm. C 161, de 30 de mayo de 2011).

ESTADO ESPAÑOL

CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS

Constitución de la Monarquía Española decretada y sancionada de acuerdo con las Cortes del Reino el 30 de junio de 1876 (*Gaceta de Madrid*, núm. 184, de fecha 2 de julio de 1876).

Constitución española de 1978 (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

LEYES ORGÁNICAS

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (*BOE* núm. 306, de 22 de diciembre de 1979).

Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña (*BOE* núm. 306, de 22 de diciembre de 1979).

Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (*BOE* núm. 101, de 20 de julio de 2006).

Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía (*BOE* núm. 9, de 11 de enero de 1982).

Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias (*BOE* núm. 9, de 11 de enero de 1982).

Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (*BOE* núm. 9, de 11 de enero de 1982).

Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOE* núm. 146, de 19 de junio de 1982).

Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (*BOE* núm. 146, de 19 de junio de 1982).

Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE* núm. 164, de 10 de julio de 1982).

Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón (*BOE* núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*BOE* núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias (*BOE* núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (*BOE* núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 1983).

Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Illes Balears (*BOE* núm. 51, de 01 de Marzo de 1983).

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (*BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 1983).

Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (*BOE* núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (*BOE* núm. 315, de 31 de diciembre de 1996).

Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 1997).

Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (*BOE* núm. 143, de 16 de junio de 1998).

Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (*BOE* núm. 162, de 8 de julio de 1998).

Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 1999).

Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2001).

Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que regula el Derecho de asociación (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002).

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006).

Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007).

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2007).

Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2007).

Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. (BOE núm. 288, de 1 de diciembre de 2007).

Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2011).

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2012).

DISPOSICIONES CON RANGO DE LEY

—ESTATALES

Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales de 2 de abril de 1845 (*Gaceta de Madrid*, núm. 3860, de 9 de abril de 1845).

Ley General sobre establecimientos de beneficencia, aprobada mediante Real Decreto de 20 de junio de 1849 (*Gaceta de Madrid*, núm. 5398, de 24 de junio de 1849).

Ley de 20 de febrero de 1850, sobre Administración y Contabilidad (*Gaceta de Madrid*, núm. 5686, de 23 de febrero de 1850) [Ley Bravo Murillo].

Ley de Asociaciones de 2 de enero de 1877 Circular de 7 de febrero de 1875, de regularización de los derechos de asociación y de reunión, declarada Ley del Reino de asociaciones de 2 de enero de 1877 (*Gaceta de Madrid*, núm. 5 de 3 de enero de 1877).

Ley de Bases de 29 de junio de 1911, disponiendo que las Cámaras de Comercio é Industria y las de Comercio (que donde tengan representación de interés náuticos se denominarían de Comercio, Industria y Navegación) sean organismos oficiales dependientes de este Ministerio (*Gaceta de Madrid*, núm. 182, de 1 de julio de 1911).

Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1 de julio de 1911 (*Gaceta de Madrid*, núm. 185, de 4 de julio de 1911).

Ley de 10 de julio de 1935 autorizando al Gobierno para que en el término de tres meses promulgue una ley Municipal con estricta sujeción a las Bases que se publican (*Gaceta de Madrid*, núm. 193, de 12 de julio de 1935).

Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941 (*BOE* núm. 28, de fecha 28 de enero de 1941).

Ley de 25/30 de septiembre de 1941 (*BOE* núm. 273, de fecha 30 de septiembre de 1941, rectificada en *BOE* núm. 280, de 7 de octubre de 1941) [En la primera versión de la Ley se reseña como Ley de 25 de septiembre, en la rectificada, como Ley de 30 de septiembre].

Ley de Bases de 17 de julio de 1945, de Régimen Local (*BOE* núm. 199, de 18 de julio de 1945).

Ley de conflictos jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948 (*BOE* núm. 200, de 18 de julio de 1948).

Ley de 20 de diciembre de 1952 por la que se sustituye la redacción del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, relativo a los contratos para la ejecución de obras y servicios públicos (*BOE* núm. 359, de 24 diciembre 1952).

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (*BOE* núm. 363, de 28 de diciembre de 1956).

Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado (*BOE* núm. 187, de 22 de julio de 1957).

Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1958).

Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1963).

Ley de Bases 198/1963, de 28 de diciembre, de Contratos del Estado (*BOE* núm. 313, de 31 diciembre 1963).

Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado (*BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1973).

Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (*BOE* núm. 40, de 15 de febrero de 1974).

Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 1977).

Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional (*BOE* núm. 148, de 22 de junio de 1982).

Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (*BOE* núm. 247, de 15 de octubre de 1983).

Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984 (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1983).

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (*BOE* núm. 80, de 3 de abril de 1985).

Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986 (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 1985).

Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (*BOE* núm. núm. 312, de 30 de diciembre de 1985).

Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (*BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 1987).

Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (*BOE* núm. 293 de 7 de diciembre de 1988).

Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989 (*BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 1988).

Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de Haciendas Locales (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 1988).

Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública (*BOE* núm. 112, de 11 de mayo de 1989).

Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (*BOE* núm. 156, de 30 de junio de 1990).

Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (*BOE* núm. 249, de 17 de Octubre de 1990).

Ley 31/1990 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 1990).

Ley 13/1992, de 1 de junio, de Recursos Propios y Supervisión en Base Consolidada de Entidades Financieras (*BOE* núm. 132, de 2 junio 1992).

Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. (*BOE* núm. 283, de 25 de noviembre de 1992).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992).

Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (*BOE* núm. 70, de 23 de marzo de 1993).

Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1993).

Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general (*BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1994).

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1995).

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (*BOE* núm. 90, de 15 de abril de 1997).

Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (*BOE* núm. 100, de 26 de abril de 1997).

Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (*BOE* núm. 181, de 29 de julio de 1988).

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (*BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1998).

Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1998).

Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).

Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, y del Orden Social (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1999).

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2001 (*BOE* núm. 313, de 30 de diciembre de 2000).

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social para el año 2002 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001).

Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades Sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo. (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002).

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002).

Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2003).

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003).

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003).

Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003).

Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio (BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2004).

Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias (BOE núm. 235, de 1 de octubre de 2005).

Ley 28/2006, de 18 de julio, de las Agencias Estatales para la mejora de los Servicios Públicos (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006).

Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 2006).

Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (BOE núm. 309 de 24 de Diciembre de 2008).

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009).

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009).

Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010).

Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. (BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010).

Ley 34/2010, de 5 de agosto, 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 y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010).

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010).

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011).

Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE núm. 312, de 28 de diciembre 2012).

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Decreto de 31 de octubre de 1935 por el que se aprueba la Ley Municipal (*Gaceta de Madrid*, núm. 305, de 1 de noviembre de 1935).

Decreto de 16 de diciembre de 1950 mediante el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (BOE núm. 363, de 29 de diciembre de 1950).

Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953 (BOE núm. 191, de 10 de julio de 1955).

Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965).

Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1977)

Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, por el que se aprueba el Estatuto municipal (*Gaceta de Madrid*, núm. 69, de 9 de marzo de 1924).

Real Decreto-Ley núm. 1830 de 26 de julio de 1929 (*Gaceta de Madrid*, núm. 215, de 3 de agosto de 1929; rectif. Errores en la misma *Gaceta* núm. 222 el día 10 de agosto de 1929).

Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como Corporaciones de derecho público y de regulación del régimen destino de su patrimonio (BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1994).

Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD (BOE núm. 147, de 18 de junio de 1996).

Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005).

Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE núm. 89, de 13 de Abril de 2010).

Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE núm. 126, de 24 de Mayo de 2010).

Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE núm. 293, de 3 de diciembre de 2010).

Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE núm. 108, de 06 de Mayo de 2011).

Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013).

Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (BOE núm. 96, de 22 de abril de 1986).

Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1986).

Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (BOE núm. 234 de 29 de septiembre de 1988).

Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE de 30 de junio de 1992).

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994).

Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000).

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011).

—AUTONÓMICAS

Ley 10/2001, de 11 de octubre, de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación de Andalucía (BOJA núm. 133, de 17 de noviembre de 2001).

Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 117, de 17 de junio de 2005).

Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 215, de 31 de octubre de 2007).

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2010).

Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón (BOA núm. 45, de 17 de abril de 1999).

Decreto-Legislativo 1/2000, de 29 de julio, Del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 77, de 30 de junio de 2000).

Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA* núm. 86, de 20 de julio de 2001).

Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias (*BOPA* núm. 78, de 3 de abril de 2003).

Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario de la Hacienda de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (*BOPA* núm. 152, de 2 de julio de 1998).

Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOC* núm. 81, de 27 de abril de 2006).

Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria (*BOC* núm. 215, de 9 de noviembre de 2006).

Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (*BOCL* núm. 139, de 19 de julio de 2002).

Ley 2/2006, de 3 de mayo de Hacienda y Sector Público de la Comunidad de Castilla y León (*BOCL* núm. 88, de 9 de mayo de 2006).

Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2013 (*BOCL* núm. 249, de 28 de Diciembre de 2012).

Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha (*DOCM* núm. 211, de 29 de octubre de 2009).

Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha para el año 2013 (*DOCM* núm. 253, de 27 de diciembre de 2012).

Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha para el año 2013 (*BOE* núm. 58 de 8 de marzo de 2013).

Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de Castilla-La Mancha (*BOE* núm. 58, de 8 de marzo de 2013).

Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha (*DOCM* núm. 149, de 29 de noviembre de 2002).

Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas de Cataluña (*DOGC* núm. 206, de 10 de marzo de 1982).

Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de las Cámaras Profesionales Agrarias (*BOE* núm. 206, de 28 de agosto de 1985).

Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona (*DOGC* núm. 2801, de 8 de enero de 1999).

Ley 23/1998, de 30 de diciembre, de estadística de Cataluña (*DOGC* núm. 2801, de 8 de enero de 1999).

Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones de Cataluña (*DOGC* núm. 3388, de 15 de mayo de 2001).

Ley 14/2002, de 27 de junio, de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación de Cataluña (*DOGC* núm. 3671, de 5 de julio de 2002).

Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los Colegios Profesionales de Cataluña (*DOGC* núm. 4651, de 09 de Junio de 2006).

Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 5123, de 2 de mayo de 2008).

Ley 18/2010, de 7 de junio, de la Sindicatura de Cuentas (DOGC núm. 5648, de 11 de junio de 2010).

Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010).

Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC núm. 6152, de 19 de junio de 2012).

Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana (DOGC núm. 3791, de 31 de diciembre de 2002).

Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña (DOGC núm. 3791, de 31 de diciembre de 2002).

Decreto legislativo de 26 de junio de 1991 del Consell de la Generalitat valenciana por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la *Generalitat* valenciana (DOCV núm. 5888, de 17 de julio de 1991).

Ley 11/1997, de 16 de diciembre, que regula las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 3145, de 18 de diciembre de 1997).

Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3391, de 11 de diciembre de 1998).

Ley 9/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de modificación de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la *Comunitat Valenciana* (DOCV núm. 5803, de 10 de julio de 2008).

Ley 17/2001, de 14 de diciembre de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Extremadura (DOE núm. 1, de 3 de enero de 2002).

Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas (DOE núm. 49, de 28 de abril de 2007).

Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 116, de 17 junio de 2008).

Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego (DOG núm. 89, de 20 de julio de 1983).

Ley 5/2004, de 8 de julio, de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación de Galicia (DOG núm. 140, de 21 de julio de 2004).

Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Junta de Galicia en materia de personal y contratación (DOG núm. 227, de 20 de noviembre de 1996).

Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (DOG núm. 242, de 19 de diciembre de 2006).

Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia (DOG núm.251, de 31 de diciembre de 2010).

Decreto legislativo 1/2005 de 24 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas de les *Illes Balears* (BOIB núm. 98, de 28 de junio de 2005).

Ley 7/2006, de 3 de mayo, de regulación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Ibiza y Formentera (BOIB núm. 69, de 11 de mayo de 2006).

Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears (*BOIB* núm. 112, de 29 de julio de 2010).

Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de las fundaciones del sector público sanitario de las Islas Baleares y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias (*BOIB* núm. 30, de febrero de 2011).

Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias (*BOIC* núm.14, de 31 de enero de 1990).

Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias (*BOIC* núm. 47, de 17 de abril de 1998).

Ley 18/2003, de 11 de abril, de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias (*BOIC* núm. 86, de 7 de mayo de 2003).

Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria (*BOIC* núm. 244, de 19 de diciembre de 2006).

Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (*BOLR* núm. 30, de 11 de marzo de 2003).

Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOLR* núm. 32, de 15 de marzo de 2003).

Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOLR* núm. 22, de 15 de febrero de 2007).

Ley 1/2010, de 16 de febrero, de Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja (*BOLR* núm. 21, de 19 de Febrero de 2010).

Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (*BOCM* núm. 57, de 9 de marzo de 1998).

Ley 10/1999, de 16 de abril, por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio e Industria en la Comunidad de Madrid (*BOCM* núm. 97, de 26 de abril de 1999).

Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y régimen especial de la Ciudad de Madrid (*BOE* núm. 159, de 5 de julio de 2006).

Ley 7/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2013 (*BOE* núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Región de Murcia (*BORM* núm. 11 [Sup.] de 31 de diciembre de 2003).

Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM* núm. [Sup.]11, de 30 de diciembre de 2004).

Ley 13/2012, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013 (*BOE* núm. 45 de 21 de Febrero de 2013).

Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Hacienda Pública de Región de Murcia (*BORM* núm. 50, de 1 de marzo de 2000).

Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (*BOE* núm. 57, de 30 de mayo de 1974; rectific., *BOE* núm. 129, de 30 de mayo de 1974).

Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y actividades de patrocinio (*BON* núm. 86, de 17 de julio de 1996).

Ley Foral 17/1998, de 19 de noviembre, de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Navarra (*BON* núm. 142, de 27 de Noviembre de 1998).

Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (*BON* núm. 150, de 15 de diciembre de 2004).

Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos (*BON* núm. 72, de 16 de junio de 2006 y *BOE* núm. 158, de 4 de julio de 2006).

Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra (*BON* núm. 50, de 23 de abril de 2007).

Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (*BOE* núm. 64, de 15 de marzo de 2013).

Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco (*BOPV* núm. 135 de 15 de Julio de 1994).

Ley 13/1998, de 29 de mayo de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (*BOPV* núm. 135, de 20 julio 1998; *BOE* núm. 315 de 31 diciembre 2011).

Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi (*BOPV* núm. 134 de 12 de Julio de 2007; *BOE* núm. 250 de 17 de Octubre de 2011).

Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (*BOPV* núm. 11, de 19 de enero de 1998).

DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

—ESTATALES

Real Decreto de 30 de diciembre de 1846 aprobando interinamente el Reglamento que á continuación se inserta sobre el modo de proceder en la sustanciación de los negocios contenciosos que se ventilan en el Consejo Real (*Gaceta de Madrid*, núm. 4505, de 14 de enero de 1847).

Real Decreto de 17 de julio de 1849, reformando el párrafo primero del art. 1.º del Reglamento del Consejo Real de 30 de Diciembre de 1846 (*Gaceta de Madrid*, núm. 5427, de 23 de julio de 1849).

Real Decreto 27 de febrero de 1852, mandando que los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebren por remate solemne y pública, previa la correspondiente subasta (*Gaceta de Madrid*, núm. 6460, de 29 de febrero de 1852).

Real Decreto de 4 de enero de 1883, disponiendo que los contratos que celebren las Diputaciones provinciales ó los Ayuntamientos para toda clase de servicios, obras, compras, ventas y arrendamiento, y en general todos aquellos que hayan de producir gastos ó ingresos en los fondos provinciales ó municipales se celebren por remate, previa subasta pública (*Gaceta de Madrid*, núm. 5, de 5 de enero de 1883).

Real Decreto de 9 de abril de 1886, autorizando la creación de las Cámaras de Comercio y que en su constitución y régimen se acomoden á las bases que se expresan (*Gaceta de Madrid*, núm. 102, de 12 de abril de 1886).

Real Decreto e Instrucción, de 14 de marzo de 1899, dictando reglas relativas á la Beneficencia en general y para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia en particular (*Gaceta de Madrid*, núm. 74 , de 15 de marzo de 1899).

Real Decreto de 26 de abril de 1900, por el que se aprueba la Instrucción adjunta para la contratación de los servicios provinciales y municipales (*Gaceta de Madrid*, núm. 119, de 29 de abril de 1900).

Real Decreto de 1901, relativo á la Constitución de Cámaras Oficiales del Comercio, de la Industria y de la Navegación (*Gaceta de Madrid*, núm. 174, de 23 de junio de 1901).

Real Decreto de 13 de diciembre de 1901 (*Gaceta de Madrid*, núm. 348, el 14 de diciembre).

Real Decreto de 24 de enero de 1905, por el que se aprueba la Instrucción adjunta para la contratación de los servicios provinciales y municipales (*Gaceta de Madrid*, núm. 26, de 26 de enero de 1905).

Real Decreto de 29 de diciembre de 1911, aprobando el Reglamento para el funcionamiento de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación (*Gaceta de Madrid*, núm. 1, de 1 de enero de 1912)

Real Decreto de 2 de julio de 1924 por el que se aprueba el Reglamento para la contratación de las obras y servicios a cargo de las entidades municipales (*Gaceta de Madrid*, núm. 86, de 4 de julio de 1924).

Real Decreto de 20 de marzo de 1925, aprobando el Estatuto provincial (*Gaceta de Madrid*, núm. 80, de 21 de marzo de 1925).

Real Decreto de 20 de julio de 1926, de Instituciones y Fundaciones Benéfico-docentes Particulares de Enseñanza Agrícola, Pecuaria o Minera (*Gaceta de Madrid*, núm. 203, de 22 de julio de 1926).

Decreto de 13 de junio de 1936, regulador de los derechos y garantías de los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (*Gaceta de Madrid*, de 16 de junio de 1936).

Decreto de fecha 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación de las Corporaciones Locales (*BOE* núm. 44, de 13 de febrero de 1953).

Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (*BOE* núm. 196, de 15 de julio de 1955).

Decreto 1583/1960, de 10 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Boletín Oficial del Estado que establece la denominación y el orden de las secciones (*BOE* núm. 197, de 17 de agosto de 1960).

Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se crean las Fundaciones Laborales (*BOE* núm. 67, de 20 de marzo de 1961).

Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (*BOE* núm. 27 de 31 de enero de 1968).

Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas y de los Servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas. (*BOE* núm. 260, de 30 de octubre de 1972).

Decreto núm. 1291/1974, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España (*BOE* núm. 112, de 10 mayo de 1974).

Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado (*BOE* núm. 311, de 27 de diciembre de 1975).

Real Decreto 1649/1977, de 2 de junio, por el que se aprueba el proyecto de reglamento de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (*BOE* núm. 163, de 9 de junio de 1977).

Real Decreto 753/1978, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España (*BOE* núm. 94, de 20 de abril de 1978).

Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Contratación del Estado para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1986).

Real Decreto 816/1990, de 22 de junio, por el que se modifica el capítulo III del Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, que regula el sistema electoral de estas Corporaciones (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1990).

Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la Gestión de la Seguridad Social (BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995).

Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (BOE núm. 57, de 6 de marzo de 1996).

Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud (BOE núm. 21, de 25 de enero de 2000).

Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 2005).

Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

—AUTONÓMICAS

Real Decreto núm. 1831 de fecha 26 de julio de 1929, mediante el que se aprueba el Reglamento que reorganiza y consolida el régimen hasta entonces vigente (*Gaceta de Madrid*, núm. 215, de 3 de agosto de 1929).

Decreto 158/2001, de 15 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad Valenciana y de su Consejo (DOGV núm. 4110, de 19 de octubre de 2001).

Decreto 19/2012, de 9 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las Illas Balears (BOIB núm. 37, de 10 de marzo de 2012).

Decreto 170/2012, de 27 de diciembre, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga de los presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el 2012 mientras no sean vigentes los del 2013 (DOGC núm. 6283 de 31 de diciembre de 2012).

Decreto 164/2013, de 14 de mayo, de modificación del Decreto 170/2012, de 27 de diciembre, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga de los presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el 2012 mientras no entren en vigor los del 2013 (DOGC núm. 6377 de 16 de mayo de 2013).

OTRAS DISPOSICIONES

—ESTATALES

GOBIERNO. Comunicación de las Resoluciones aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados núm. 200/2, con motivo del debate sobre el Estado de la Nación (BOCG Serie E, núm. 55, de 21 de abril de 1994).

SECRETARÍA GENERAL DE ASISTENCIA SANITARIA. Resolución de 21 de enero de 1997, de la, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de noviembre de 1996, por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir determinadas fundaciones al amparo del Real

Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, aprobándose los correspondientes Estatutos (*BOE* núm. 32, de 6 de febrero de 1997).

CONSEJO DE MINISTROS. Acuerdo de 7 de abril de 2000, por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir la Fundación Hospital de Calahorra, aprobándose sus correspondientes estatutos (*BOE* núm. 100, de 26 de abril de 2000).

CONSEJO DE MINISTROS. Acuerdo de fecha 8 de junio de 2001, por el que se autoriza al Instituto Nacional de Salud a constituir la Fundación Hospital *Son Llatzer*, aprobándose sus correspondientes Estatutos (*BOE* núm. 149, de 22 de junio de 2001).

ABOGACÍA DEL ESTADO. Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles y Entidades Públicas Empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012 (*BOE* núm. 308, de 23 de diciembre de 2011).

—AUTONÓMICAS

CONSEJO DE GOBIERNO DE LAS *ILLES BALEARS*. Acuerdo de 17 de marzo de 2006, por el que se autoriza la constitución de la Fundación Pública Sanitaria de carácter asistencial Hospital comarcal de Inca (*BOIB* núm. 43, de 25 de marzo de 2006).

Orden ECO/166/2012, de 18 de junio, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 2012 (*DOGC* núm. 6154, de 21 de junio de 2013).

GOBIERNO DE LA *GENERALITAT* DE CATALUÑA. Acuerdo de Gobierno de fecha 10 de julio de 2012, por el que se aprueban criterios para la creación, modificación y la supresión de entidades participadas por la *Generalitat*, para la toma de participación y la desvinculación de entidades existentes y para la tramitación de determinadas propuestas de acuerdo del Gobierno relativas a las fundaciones—no publicado en Diario Oficial— [On line] <http://www20.gencat.cat/portal/site/economia/menuitem.6135b456613b7f9af813ae92b0c0e1a0/?vgnextchannel=812ba2944ae69210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextoid=812ba2944ae69210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD>

Circular 1/2007, de 19 de junio, de control financiero Castilla la Mancha (*DOCM*, núm. 137, de 30 de junio de 2007).

DIRECCIÓN SEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. Informe núm. 3/1998, de fecha 3 de marzo, sobre la sujeción de la Fundación del Teatro Lírico a la normativa de contratación pública.

DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. Dictamen núm. 11/1999, de fecha 24 de junio, sobre la sujeción de la Fundación Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad a la normativa de contratación pública y sobre la naturaleza de las subvenciones que concede la Fundación a sus beneficiarios.

DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. Dictamen núm. 8/2000, de 30 de marzo, donde se analiza el régimen jurídico contractual aplicable a la Entidad Pública Empresarial SEPES.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS. Informe núm. 8/2011, de 7 de marzo, sobre el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, referente a los aspectos que modifican la Ley Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS. Consulta Vinculante núm. 981/2011, de 13 de abril, sobre el régimen de transitoriedad del recurso cameral permanente.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS. Consulta Vinculante núm. 1490/2011, de 9 de junio, sobre el régimen de transitoriedad del recurso cameral permanente.

OTROS DICTÁMENES E INFORMES

DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO. Dictamen s/núm. de 25 de enero de 1969, sobre el artículo 398 del Reglamento General de Contratación del 67, en relación con el artículo 91 de la LEEA.

COMISIÓN DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. Informe en el que se analiza la organización sanitaria tradicional [Informe abril] (DSCD núm. 306, de 25 de septiembre de 1991 [Comisiones: Política Social y Empleo]).

COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN. Dictamen núm. 152/1, de 23 de junio de 1994, sobre la gestión de los fondos presupuestarios asignados a la Dirección general de la Guardia Civil, mientras fue Director general Don Luís Roldán (BOCG Serie E, núm. 78, de 5 de julio de 1994).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen 2/2002, de 20 de marzo de 2002, sobre el anteproyecto de la Ley de Fundaciones. Disponible [on line] <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dic022002>

SINDICATURA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD CASTELLANO-MANCHEGA. Informe núm. 178, de 11 de septiembre de 2012, sobre la revisión formal de las fundaciones participadas mayoritariamente por el sector público regional, ejercicio 2010.

SINDICATURA DE COMPTES DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA. Informe 33/2012, sobre la *Fundació Privada Hospital de la Santa Creu y Sant Pau*, ejercicio 2009 [se aprobó por parte del Pleno de la Sindicatura el día 20 de noviembre de 2012].

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Informe de 21 de junio de 2013 [On line] <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF>

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

EUROPEOS

STJCE de 5 de febrero de 1963—Asunto C-26/62, *Van Gend En Loos*—.

STJCE de 15 de julio de 1964 —Asunto C-6/64, *Costa/ENEL*—.

STJCE de 17 de diciembre de 1970 —Asunto C-11-70, *InternationaleHandelgesellschaft*—.

STJCE de 22 de septiembre de 1976 —Asunto C-10/76—.

STJCE de 9 de marzo de 1978 —C-Asunto 106/77, *Simmenthal II*—.

STJCE de 8 de octubre de 1980—Asunto C- 810/79, *Überschär*—.

STJCE de 10 de febrero de 1981 —Asunto C-133/80, Comisióncontra Italia—.

STJCE de 10 de febrero de 1982 —Asunto C-76/81, *SA Transporoute et travaux contra Ministere des travaux publics*—.

STJCE de 26 de febrero de 1986 —Asunto C- 152/84, *Marshall*—.

STJCE de 9 de julio de 1987 —Asuntos acumulados C- 27 a 29/86, *SA Constructions et enterprisesindustrielles* (CEI) y otros, contra la Sociedad cooperativa *Associationintercomunalepour les autorzoutes des Ardennes* y otros—.

STJCE de 9 de julio de 1987 —Asuntos C-27 a 29/86, CEI y *Bellini*—.

STJCE de 20 de septiembre de 1988 —Asunto C-31/87, *GebroedersBeentjes*—.

STJCE de 22 de junio de 1989 —Asunto C-103/88, *FratelliCostanzo*—.

STJCE de 12 de julio de 1990 —Asunto C-188/89, *British Gas*—.

STJCE de 19 de noviembre de 1991 —Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Francovich*—.

STJCE de 18 de marzo de 1992 —Asunto C- 24/1991—.

STJCE de 17 de noviembre de 1993 —Asunto C- 71/1992—.

STJCE de fecha 26 de abril de 1994 —Asunto C-272/91, Comisión contra la República de Italia—.

STJCE de 3 de mayo de 1994 —Asunto C- 328/1992—.

STJCE de 5 de marzo de 1996 —Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasseriu du Pecheu y Factortame*—.

STJCE de 26 de marzo de 1996 —Asunto C-392/93, *British Telecommunications*—.

STJCE de 17 de septiembre de 1997 —Asunto C-54/96—.

STJCE de 15 de febrero de 1998 —Asunto C-44, *Mannesmann*—.

STJCE de fecha 17 de septiembre de 1998 —Asunto C-323/96, Comisión contra Bélgica—.

STJCE de de 24 de septiembre de 1998 —Asunto C-76/97—.

STJCE de 24 de septiembre de 1998 —Asunto C-319/96, *BrimkmauerTabakfabriken*—.

STJCE de 10 de noviembre de 1998 —Asunto, C- - 360/96 BFI *Holding BV*—.

STJCE de 17 de diciembre de 1998 —Asunto C-353/96, Comisión contra Irlanda—.

STJCE de 4 de marzo de 1999 —Asunto C-258/97—.

STJCE de 3 de octubre de 2000—Asunto C-380/98, Universidad de *Cambridge*—.

STJCE de 7 de diciembre de 2000 —Asunto C-324/98, *Telaustria*—.

STJCE de 1 de febrero de 2001 —Asunto C-237/99, Comisión contra Francia—.

STJCE de 10 de mayo de 2001 —Asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99, *Agorà y Excelsior*—.

STJCE de 12 de diciembre de 2002 —Asunto C-470/99, *Universale-Bau AG*—.

STJCE de 27 de febrero de 2003 —Asunto C-373/00, *Adolf Truley GmbH*—.

STJCE de 15 de mayo de 2003 —Asunto C-214/00, Comisión contra el Reino de España—.

STJCE de 22 de mayo de 2003 —Asunto C-18/2001, *Korhonen*—.

STJCE de 16 de octubre de 2003 —Asunto C-283/00, *SIEPSA*—.

STJCE de 24 de abril de 2004 —Asunto C-496/99, Comisión/CAS *Succhi di FrutaSp*—.

STJCE de 13 de enero de 2005 —Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España—.

STJCE de 21 de julio de 2005 —Asunto C-231/03, *Coname*—.

STJCEde fecha de 13 de octubre de 2005 —Asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH*—.

STJCEde fecha 20 de octubre de 2005 —Asunto C-264/03, Comisión contra República de Francia—.

STJCEde fecha 14 de junio de 2007 —Asunto C-6/05, *Mediapac-Kazantzidis*—.

STJCE de 13 de diciembre de 2007 —Asunto C-377/06, *BayerischerRudfunk*—.

TPICE de 12 de marzo de 2008 recaída en el —Asunto T-345/03, *EvropaïkiDynamiki*—.

TPICE de 20 de mayo de 2009 —Asunto T-89/07, *VIP Car Solutions SARL*—.

STJCE de 11 de junio de 2009 —Asunto C-300/07, *Hans &ChistophorusOymannsGbR, OrthopädieShuhtechnik*—.

STJUE de 13 de abril de 2010 —Asunto C-91/08, *Wall Ag*—.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 32/1981, de 28 de julio.
STC 76/1983, de 5 de agosto.
STC 18/1984, de 7 de febrero.
STC 23/1984, de 20 de febrero.
STC 20/1988, de 18 de febrero.
STC 49/1988, de 22 de marzo.
STC 69/1988, de 19 de abril.
STC 132/1989, de 18 de julio.
STC 89/1989, de 11 de mayo.
STC 164/1990, de 29 de octubre.
STC 50/1991, de 11 de marzo.
STC 147/1991, de 4 de julio.
STC 141/1993, de 22 de abril.
STC 203/1993, de 17 de julio.
STC 385/1993, de 23 de diciembre.
STC 113/1994, de 14 de abril.
STC 178/1994, de 16 de junio.
STC 179/1994, de 16 de junio.
STC 213/1994, de 14 de julio.
STC 330/1994, de 15 de diciembre.
STC 185/1995, de 14 de diciembre.
STC 107/1996, de 12 de junio.
STC 118/1996, de 27 de junio.
STC 61/1997, de 20 de marzo.
STC 182/1997, de 28 de octubre.
STC 48/1998, de 22 de marzo.
STC 49/1998, de 22 de marzo.
STC 194/1998, de 1 de octubre.
STC 233/1999, de 16 de diciembre.
STC 242/1999, de 21 de diciembre.
STC 129/2001, de 4 de junio.
STC 206/2001, de 22 de octubre.
STC 11/2002, de 17 de enero.
STC 37/2002, de 14 de febrero.
STC 6/2005, de 17 de enero.

STC 102/2005 de 20 de abril.
STC 122/2005, de 11 de mayo.
STC 341/2005, de 21 de diciembre.
STC 31/2010, de 28 de junio.
STC 120/2011, de 6 de julio.
ATC 93/1980, de 12 de noviembre.
ATC 206/1999, de 28 de julio.
ATC 224/2003, de 1 de julio.

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 2 de junio de 1961.
STS de 28 de octubre de 1963.
STS de 12 de marzo de 1979.
STS de 17 de abril de 1979.
STS de 21 de junio de 1983.
STS de 28 de septiembre 1984.
STS de 14 de febrero de 1985.
STS de 31 de mayo de 1985.
STS de 19 de diciembre de 1989.
STS de 18 de diciembre de 1990.
STS de 12 de mayo de 1991.
STS de 2 de junio de 1992.
STS de 5 de octubre de 1992.
STS de 1 de marzo de 1993.
STS de 17 de noviembre de 1993.
STS de 23 de febrero de 1995.
STS de 13 de junio de 1995.
STS de 30 abril de 1999.
STS de 9 de diciembre de 1999.
STS de 13 de febrero de 2001.
STS de 7 de marzo de 2001.
STS de 16 de marzo de 2001.
STS de 20 de diciembre de 2001.
STS de 8 de julio de 2003.
STS de 14 de julio de 2003.

STS de 20 de diciembre de 2003.
STS de 2 de marzo de 2004.
STS de 27 de abril de 2005.
STS de 4 de julio de 2005.
STS de 21 de marzo de 2006.
STS de 28 de noviembre de 2007.
STS de 21 de octubre de 2008.
STS de 20 de enero de 2009.
STS de 1 de febrero de 2011.
ATS de 20 de septiembre de 2005.

AUDIENCIA NACIONAL Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

SAN de 31 de mayo de 1995.
SAN de 14 de marzo de 2007.
SAN de 2 de diciembre de 2009.
SAN de 4 de mayo de 2011.
SAP de Toledo, de 17 de junio de 2005.
STSJ de Canarias de 6 de marzo de 2009.
STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de marzo de 2002.
STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de mayo de 2003.
STSJ de Castilla-La Mancha, de fecha 28 de diciembre de 2008.
STSJ de Castilla y León de 13 de septiembre de 2010.
STSJ de Cataluña núm. 536, de 18 de septiembre de 2012.
STSJ de Galicia de 18 de noviembre de 2010.
STSJ de Madrid de 26 de enero de 1998.
STSJ de Madrid, de 27 de octubre de 2009.
STSJ de Madrid de 29 de diciembre de 2009.
STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2002.

*Esta Tesis fue acabada en Barcelona,
el día veinte de julio del año dos mil trece*

—DG—