



CONSULTA 038/2025, de 2 de abril de 2025. Ámbito subjetivo de la LCSP: consideración de poder adjudicador de una fundación.

1

CONSULTA (discurso directo)

“En la contratación en general de obras, servicios y suministros que lleva a cabo esta fundación de naturaleza y carácter privado, ha surgido la duda razonable sobre si la misma tiene la condición y debe actuar con el carácter de poder adjudicador del artículo 3 de la LCSP.

La financiación de su actividad proviene mayoritariamente del sector público.

Hago a esa Oficina Central de contratación esta consulta para que exprese por favor su criterio al respecto.”

RESPUESTA

Para dar respuesta a la consulta planteada es necesario referirnos al ámbito subjetivo regulado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), en su artículo 3, que establece lo siguiente:

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

(...)

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:



1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

(...)

j) Cualesquiera 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 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.

(...)

2. (...)

3. Se considerarán **poderes adjudicadores**, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

(...)

b) Las fundaciones públicas.

(...)

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas 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, bien financien mayoritariamente su actividad; bien



controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

(...)”.

La consideración de poder adjudicador que regula la LCSP es consecuencia de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, que aquella traspone. El considerando 10 de la Directiva establece que:

“El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación ratione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.

De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación «en su mayor parte» significa «en más de la mitad» y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público”.

En su artículo 2 la Directiva define qué se entiende por “poderes adjudicadores”: *el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.*

Y define como «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;

b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

c) que esté 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 dichas autoridades u 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 público”.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, establece que una entidad adquiere la condición de poder adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas:

a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotada de personalidad jurídica;

y c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de éstos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 9/2023, de 24 de octubre de 2023, en el que se debate el “Régimen de contratación de las fundaciones de iniciativa pública”. En él se indica lo siguiente (el resaltado es nuestro):

“(…) Las fundaciones son entidades de derecho privado con independencia de que sean denominadas «fundaciones públicas» en la LCSP por contar con una aportación pública mayoritaria, o un patrimonio con origen público en su mayoría o con mayoría de derechos de voto en su patronato atribuidos a entidades del sector público o a patronos



designados por un ente público (...) no cumplen los requisitos para ser consideradas Administración Pública a efectos de la LCSP, pero sí son poder adjudicador, al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales. En consecuencia, estamos ante «poderes adjudicadores no Administración pública» (en adelante PANAP) El régimen aplicable a sus contratos es el previsto en la LCSP en su Libro tercero, «De los contratos de otros entes del sector público», título I, «Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas», artículos 316 a 320. (...)».

En su informe, la Junta de Aragón repasa la jurisprudencia europea en lo atinente a la obligación de sujeción a la legislación contractual de ciertos entes, por considerarlos poderes adjudicadores, en atención al cumplimiento de los tres requisitos a que se ha hecho mención anteriormente.

En cuanto al primero de los requisitos: *satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil*, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria (as. C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4) afirmaba que: *aunque la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, si hay una función de interés general hay una vis atractiva que lleva a que ese ente sometido a las reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos.*

Por lo que respecta al segundo de los requisitos: *que la entidad tenga personalidad jurídica*, señala la Junta Consultiva de Aragón que *la forma jurídica pública o privada no es un criterio decisivo*, y trae a colación la doctrina de la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, Gemeente Arnhem, asunto C-360/96 (el resaltado es nuestro):

“es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de 27 septiembre de 1988, Beentjes). 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 especifican las necesidades que éste debe satisfacer”.



Respecto del tercer requisito, hemos de advertir que se pueden dar una o varias de las circunstancias a las que alude: financiación pública mayoritaria, gestión controlada por los poderes públicos, o nombramiento por estos de más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia.

En lo atinente a la financiación, hemos de traer a colación lo dispuesto por la jurisprudencia europea en cuanto a lo que entiende qué constituye, y qué no, la “financiación pública”, considerando como tal la que provendría de becas o subvenciones recibidas de poderes públicos, y no teniendo esta consideración la contraprestación económica derivada de la formalización de contratos por la prestación de servicios. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, The Queen contra H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, Asunto C-380/98, señalaba (el resaltado es nuestro):

*«26 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión que la expresión «financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]», que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que **en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora**, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, **no constituyen financiación pública**, a efectos de dichas Directivas, **las sumas abonadas** por una o varias entidades adjudicadoras, bien **en el marco de un contrato de prestación de servicios** que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias».*

En esta misma Sentencia se establece qué hay que entender por financiación “mayoritaria” (el resaltado es nuestro):

*«29 A diferencia tanto de los Gobiernos que han presentado observaciones con arreglo al artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia como de la Comisión, favorables todos ellos a la interpretación cuantitativa del término **«mayoritariamente»**, según la cual debe tratarse de una financiación pública superior al 50 %, la Universidad*



mantiene que este término debe interpretarse de manera cualitativa. La Universidad considera que sólo pueden tenerse en cuenta aquellas prestaciones que confieren a quien las abona el control sobre la adjudicación de los contratos. No obstante, si lo procedente fuera una interpretación cuantitativa, se requeriría en todo caso una preponderancia de los medios financieros públicos, lo que sucede únicamente, según la Universidad, cuando tales medios representan las tres cuartas partes de la financiación total.

30 No cabe admitir tal interpretación. Además de no tener apoyo alguno en el texto mismo de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, pasa por alto el significado usual del término «mayoritariamente», que, en lenguaje corriente, quiere decir siempre «más de la mitad», sin que resulte necesario el predominio o la preponderancia de un grupo sobre otro”.

Esta interpretación, sobre financiación pública, ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de Justicia de Cataluña que, en su Sentencia de fecha 21/12/2023, a la hora de enjuiciar si una determinada fundación tiene o no el carácter de poder adjudicador, establece:

“(…) En definitiva, la suscripción de esos contratos no convierte a la Fundación privada Althaia en poder adjudicador, por cuanto las prestaciones que recibe lo son por la prestación de los servicios como concesionaria de la Administración.

(…)

Es cierto que la mayoría de los ingresos que recibe la Fundación Althaia provienen del Departament de Salut, pero no por ello la Generalitat financia a la citada Fundación. En efecto, llegados a este punto debe recordarse que en la STJUE de fecha 02/10/2000, dictada en el asunto C-380/98 (University of Cambridge), en el considerando 21 se afirma que:

"Aunque el modo de financiarse de un organismo determinado puede resultar revelador de su estrecha dependencia respecto de otra entidad adjudicadora, es preciso hacer constar que este criterio no tiene carácter absoluto. No toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de



subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de "financiación pública" aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica".

La posición mantenida por el TJUE en esa sentencia queda refrendada en la posterior, de fecha 13/12/2007, dictada en el asunto C-337/96 (Bayerischer Rundfunk y otros).

Aplicando esa jurisprudencia comunitaria al caso que nos ocupa, es evidente que la prestación económica que recibe la Fundación Althaia de la Administración es, en todos los contratos analizados, en pago a la contraprestación acordada en cada caso, por lo que no puede calificarse como "financiación pública".

(...)".

Por último, la Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión c. Reino de España, asunto C-214/00, en la que se condena al Reino de España, se hace eco de esta interpretación funcional (en cuanto al cumplimiento de los antedichos tres requisitos) para atribuir a una entidad la condición de poder adjudicador (el resaltado es nuestro):

«El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición (...).

*54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, **considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente** a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).*



55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que **el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora** en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665».

Así pues, y de acuerdo con lo expuesto, es indiferente el carácter público o privado de una entidad para considerarla poder adjudicador a los efectos de aplicación de la LCSP, dado que lo relevante es que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 3.1.j) y 3.3.d) de la citada Ley, y que son reflejo de los señalados en la Directiva 2014/24/UE, para tener la consideración de organismo público:

- Tener personalidad jurídica propia.
- Haberse constituido para la realización de fines de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- Que la financiación de su actividad provenga, en más de un 50% del sector público, o que este controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Asimismo, podría considerarse poder adjudicador, como “fundación pública”, si reuniera los requisitos del artículo 3.1.e) de la LCSP.

En cualquiera de los casos, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.2 de la LCSP, se trataría de un poder adjudicador no Administración Pública (en adelante, PANAP).

Según consta en la documentación aportada por la interesada, la Fundación **es de carácter** cultural, privado y permanente, constituida al amparo del artículo 34.1 de la Constitución Española, es una organización de naturaleza fundacional sin ánimo de lucro, que tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

El reconocimiento del interés general de sus fines se certifica por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes:



“Que la fundación con nombre XXX fue constituida con fecha XXX constando su inscripción en el Registro de Fundaciones de competencia estatal por Resolución de XXX siendo el número de registro asignado el XXX. La inscripción conlleva el reconocimiento del interés general de sus fines”.

Estuvo adscrita al Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Medio Ambiente e inscrita en el Registro de Fundaciones del Departamento, en virtud de resolución de 25 de junio de 2007, *dada la afinidad e identidad de intereses entre los fines de la Fundación y las competencias atribuidas al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino* (rezan los estatutos de la Fundación). En la actualidad está adscrita al Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Educación, cultura y deporte, e inscrita en el Registro de Fundaciones de competencia estatal del Ministerio de Justicia.

La Fundación tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Además, y según indica el consultante, *la financiación de su actividad proviene mayoritariamente del sector público*.

Como **conclusión**, y con los datos de que disponemos, este servicio considera que la Fundación XXX, desde una interpretación funcional, que no tiene en cuenta el carácter privado de aquella, podría estar sujeta al ámbito de aplicación de la LCSP, como PANAP, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1.j) y 3.3.d) de la LCSP, dado que concurrirían en ella los tres requisitos a que se refiere la Directiva, y que recoge el citado artículo:

- Tiene personalidad jurídica propia.
- Se constituye para la realización de fines de interés general
- La financiación mayoritaria de su actividad procede del sector público (presumimos que aquella es superior al 50%).

No obstante, esa Fundación deberá tener en cuenta si reúne los condicionantes del artículo 3.1.e) de la LCSP, pues entonces deberá considerarse “fundación pública”, a los efectos de aplicación de la LCSP, como PANAP.

Finalmente, indicar que la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.



Castilla-La Mancha



Contratación Pública
Castilla-La Mancha

Es muy importante para el servicio InfocontrataCLM valorar la calidad de la atención que ofrecemos; para ello, ponemos a su disposición esta breve encuesta. Estaríamos encantados de recibir su opinión para poder seguir mejorando. ¡Muchas gracias por su colaboración!

11

Califique la respuesta a esta consulta

**EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN**