

# **Las fundaciones en *Catalunya*. Nuevas aportaciones sobre su nivel de sujeción al RDL 3/2011 de 14 de noviembre y otras cuestiones de interés**

*Joaquín Tornos Mas*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

*María del Mar Martínez Martínez*

Profesora de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. LAS FUNDACIONES Y LOS CRITERIOS DE SUJECCIÓN A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA*.—II. OTRAS NOVEDADES CON INCIDENCIA EN LAS FUNDACIONES.

## **I. Las fundaciones y los criterios de sujeción a la normativa de contratación pública de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat de Catalunya***

I. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat de Catalunya* ha emitido un nuevo Informe —7/2013 de 6 de junio—<sup>1</sup> mediante el que matiza su doctrina anterior en relación con los criterios de sujeción de los entes del sector público de la *Generalitat* a la normativa de contratación pública<sup>2</sup> y, especialmente, sobre la aplicación de esos criterios al caso de las fundaciones que forman parte del sector público.

---

<sup>1</sup> El Informe, emitido por el Pleno de la Junta, lleva por título: «Criterios para determinar el nivel de sujeción de las entidades del sector público al Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a efectos 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 laboral». Este Informe y los demás citados pueden consultarse [on line] en: [www20.gencat.cat/portal/site/economia/menuitem.6135b456613b7f9af813ae92b0c0e1a0/?vgnextoid=c24f82ceff43b210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextchannel=c24f82ceff43b210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfint=default](http://www20.gencat.cat/portal/site/economia/menuitem.6135b456613b7f9af813ae92b0c0e1a0/?vgnextoid=c24f82ceff43b210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextchannel=c24f82ceff43b210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfint=default) [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

<sup>2</sup> Nos estamos refiriendo, principalmente, al Informe 4/2004, de 4 de diciembre, sobre el grado de sujeción de las fundaciones privadas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando su actividad esté financiada mayoritariamente por administraciones públicas; al Informe 2/2009, de 28 mayo, sobre la sujeción a la Ley 30/2007, de 30 de octubre,

La sujeción de las fundaciones a la normativa de contratación pública ha constituido una de las cuestiones más polémicas en la materia. Como es sabido, llegaron a convertirse en un instrumento idóneo para la huida del Derecho administrativo y el legislador nacional se ha mostrado reticente a su incorporación expresa en la normativa de contratos públicos<sup>3</sup>. Así, no fue hasta el año 2005 cuando se incluyó de manera expresa a este tipo de entidades en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TRLCAP<sup>4</sup> y no es hasta el año 2007 cuando la propia normativa de contratación define lo que se ha de entender por «fundaciones del sector

---

de Contratos del Sector Público, 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 utilización, pública hospitalaria, de salud mental y socio-sanitaria; y al Informe 3/2009, de 28 de mayo, sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

<sup>3</sup> Se ha de recordar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE— ha condenado en diversas ocasiones al Estado español por una incorrecta transposición de las Directivas europeas sobre contratación pública. Por lo que ahora nos interesa en la STJCE de fecha 13 de enero de 2005 —Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España—, se le condenó por excluir a las entidades de Derecho privado —como las fundaciones— del 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) —en adelante, TRLCAP—.

<sup>4</sup> La modificación del TRLCAP fue acometida por el 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), que dio la siguiente redacción a los preceptos conflictivos:

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, 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 €, si se trata de contratos de obras, a 236.000 €, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados —art. 2.1 del TRLCAP—.

Las Sociedades Mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1, 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 —disposición adicional sexta del TRLCAP—.

público» a dichos efectos<sup>5</sup>. No obstante, a pesar del tiempo ya transcurrido desde la aprobación de la LCSP, la determinación de qué nivel de sujeción a la legislación de contratos públicos corresponde a las fundaciones no deja de plantear problemas; problemas, de indudable trascendencia práctica ya que la compleja redacción del precepto no deja de dar lugar a interpretaciones diversas y contrapuestas que pueden derivar en conflictos jurisdiccionales, condenas de los órganos fiscalizadores de la actuación de los entes implicados e, incluso, incumplimiento de las Directivas europeas sobre contratación pública<sup>6</sup>. Por ello, hemos considerado interesante dedicar de modo especial nuestra crónica 2013 al giro interpretativo de la Junta Consultiva de la *Generalitat* en relación con los criterios de sujeción de las fundaciones catalanas a la normativa de contratos públicos.

El debate se centra principalmente en determinar si las fundaciones son entes del sector público —aun cuando su personalidad jurídica sea privada— y, si lo son, si están dentro del nivel UNO de sujeción a la norma como Administración pública, dentro del nivel DOS como poderes adjudicadores no Administración pública, o bien, en el mínimo nivel.

La Junta Consultiva en su Informe 3/2009 reconoció la singularidad del caso de las fundaciones reproduciendo en parte las conclusiones alcanzadas en su anterior Informe 4/2004<sup>7</sup>. El Informe 3/2009 comienza analizando qué entes fundacionales pueden formar parte del sector público —*ex* artículo 3.1 LCSP— y a continuación cuáles de estos entes podrían ser incluidos en la categoría de «Administración pública» como consecuencia de cumplir los requisitos establecidos en el supuesto contemplado en la letra e) del ar-

---

<sup>5</sup> Se ha de recordar que el apartado f), artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en idénticos términos su Texto Refundido —(BOE, núms. 261 de 31 de octubre de 2007 y 276 de 16 de noviembre de 2011); en adelante, LCSP y TRLCSP, respectivamente— define a las fundaciones del sector público como aquéllas:

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 bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

<sup>6</sup> No estamos refiriendo esencialmente a 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 (*DO*, núm. L 134, de 30 de abril de 2004); en adelante, Directiva 2004/18.

<sup>7</sup> Así lo señala en la p. 15 del Informe:

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 de 2004 de 10 de diciembre relativo al grado de sujeción de las fundaciones privadas a la ley de contratos de las Administraciones públicas cuando su actividad esté financiada mayoritariamente por las Administraciones públicas.

título 3.2 que se refiere a las «entidades de Derecho público vinculadas a una o diversas administraciones públicas o dependientes de las mismas» que cumplan alguno de los dos criterios siguientes:

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.

b) 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.

*A priori* parece que la Junta Consultiva entiende que las fundaciones que tendrían que ser consideradas Administración pública en virtud del precepto *ut supra* transcrito son aquéllas a las que el Informe se refiere como «una primera modalidad de fundaciones», que denomina públicas —las de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social—<sup>8</sup> y a las que califica de «organismos públicos» según la tipología de entes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>9</sup>. No obstante, concluye que «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». Por tanto, con independencia de la tipología de fundación ante la que nos encontremos —no únicamente las contempladas en la Ley 50/1998 antes citada— establece que toda fundación podrá considerarse Administración pública si cumple alguno de los requisitos del artículo 3.2 e)<sup>10</sup>.

Según nuestro parecer esta es la cuestión más controvertida del Informe y que ha tenido repercusiones concretas sobre determinadas fundaciones del sector público de la *Generalitat*, por citar un ejemplo, la *Sindicatura de Comptes* en su Informe 33/2012, a propósito de la fiscalización de la Fundación

---

<sup>8</sup> BOE, núm. 313, de 31 de Diciembre de 1998; en adelante, Ley 50/1998. Se está refiriendo a las fundaciones públicas sanitarias reguladas en el artículo 111 de dicha Ley y en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 21, de 25 de enero de 2000).

<sup>9</sup> En adelante, LOFAGE.

<sup>10</sup> Esta afirmación parece matizarse más tarde en el mismo Informe, cuando al tratar del concepto de poder adjudicador del artículo 3.3 sitúa a determinadas fundaciones en la letra b) del mismo artículo 3.3 esto es, como poderes adjudicadores no Administración pública, pero la conclusión final del Informe vuelve a reiterar la idea y, por tanto, se considera que todo tipo de fundación, que cumpla los requisitos del artículo 3.2 e), ha de considerarse Administración pública a efectos de contratación pública.

Privada *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*, advierte que esta fundación pese a ser privada<sup>11</sup> «de acuerdo con la Jurisprudencia europea interpretativa de las directivas comunitarias en materia de contratación, que las fundaciones podían reunir los requisitos mencionados en el artículo 3.2 e) LCSP y que, por lo tanto, podían ser consideradas poderes adjudicadores Administración pública» y, en virtud de dicho razonamiento, considera que «la FGS es poder adjudicador Administración pública».

Dicho con todo el respeto que nos merece, tanto el centro consultivo como el fiscalizador, no podemos compartir, como ya hemos manifestado en otras ocasiones, tal criterio, ni si quiera en relación con las fundaciones públicas sanitarias, aun menos con las privadas<sup>12</sup>. La confusión en este punto seguramente trae causa de la extrapolación de la doctrina contenida en el antiguo Informe 4/2004 —aun en vigor el TRLCAP— al ulterior Informe 3/2009, ya en vigor la LCSP; texto que presenta una correcta transposición de la Directiva 2004/18, en lo que al concepto de «organismo de Derecho público» se refiere. Nos explicamos.

<sup>11</sup> Se ha de notar que no se está fiscalizando a una fundación público sanitaria pese a que su actividad esté relacionada con la sanidad, sino a una fundación de naturaleza jurídico privado creada al amparo de las normas civiles y que como se indica en el propio Informe de fiscalización se rige por la 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). El Informe de la *Sindicatura* puede consultarse [on line] en: [http://www.sindicatura.org/reportssearcher/download/33\\_12\\_ca.pdf](http://www.sindicatura.org/reportssearcher/download/33_12_ca.pdf) [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

<sup>12</sup> ARROYO Díez, A., tras analizar los diversos Informes de la Junta catalana poniéndolos en relación con la Jurisprudencia dictada al respecto y la Doctrina de otros centros consultivos afirma que:

(...) 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 públicas.

ARROYO Díez, A. *El ámbito subjetivo en la normativa española de contratación del sector público: las fundaciones y las cámaras de comercio* (tesis doctoral dirigida por Joaquín TORNOS MAS; Departamento de Derecho Público de la Facultad de ESADE, 2013), p. 411, y en general, *in toto*, donde el autor analiza de un modo sistemático y exhaustivo toda la problemática del ámbito subjetivo de la contratación y, en especial, de las fundaciones.

El primer Informe de la Junta Catalana se emite cuando aún estaba en vigor el anterior TRLCAP que, recordemos, fue objeto de diversas condenas por parte del TJCE por la incorrecta transposición, entre otras cuestiones, del concepto de «organismo de Derecho público». Con independencia ahora de las modificaciones operadas sobre el texto primitivo y sin entrar en pormenores, lo que nos interesa hacer notar es que, en realidad, el artículo 1.3 de la vieja Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones públicas. LCAP<sup>13</sup> junto con el juego de los artículos 2.1 y de la disposición adicional sexta, pretendieron con peor o mejor acierto transponer las Directivas comunitarias y, en definitiva, el concepto de poder adjudicador —«organismo de Derecho público»—. Ello, se puso de manifiesto en la propia Exposición de motivos de la norma<sup>14</sup> y resulta evidente de la propia redacción del precepto 1.3—considerado de manera aislada— que es una transcripción adulterada del concepto de poder adjudicador, recogido actualmente en el artículo 1. 9 de la Directiva 2004/18<sup>15</sup>.

A medida que la Jurisprudencia y la Doctrina fue profundizando en el concepto de «organismo de Derecho público» europeo; el concepto de las

---

<sup>13</sup> *BOE*, núm. 119, de 19 de mayo de 1995 —en adelante LCAP—. El artículo 1.3 de la redacción original de la LCAP establecía lo siguiente:

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 aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o 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.

Nos interesa particularmente llamar la atención sobre este precepto —por lo que pondremos de manifiesto más adelante— por cuanto se introduce por primera vez en el ámbito de la contratación pública a las controvertidas «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes».

<sup>14</sup> En este sentido, en el Expositivo 1.2 se manifiesta que:

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.

<sup>15</sup> El artículo 1.3 LCAP define a las «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» —figura propia del Derecho administrativo español— con los requisitos característicos de los «organismos de Derecho público europeo» del actual artículo 1.9 de la Directiva 2004/18.

«entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» contenido en ese artículo 1.3., fue dilatándose y difuminándose para adaptarse a las exigencias europeas llegando a albergar una casuística de entidades que tradicionalmente le eran ajenas<sup>16</sup>. Hasta tal punto que hubo, incluso, quien sostuvo que una interpretación funcional del artículo 1 LCAP, exigía prescindir del requisito: «entidades de Derecho público»<sup>17</sup>. Bajo esos parámetros y antes de la reforma operada en el año 2005 en la que se nomina expresamente a las fundaciones en el artículo 2.1, podría llegarse a concluir, en base a una interpretación teleológica de la norma, la sujeción de determinadas entidades a la normativa de contratación en pos del cumplimiento de las Directivas comunitarias, obviando el requisito de que la entidad poseyera personalidad jurídica pública, siempre y cuando cumpliera con uno de los dos otros requisitos adicionales<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Fuera de la legislación de contratos públicos resulta casi indiscutible que las controvertidas «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» hacen referencia a la Administración más clásica, institucional, esencialmente referidas por la LOFAGE. Pueden plantearse dudas razonables en relación con determinados entes de naturaleza híbrida como las corporaciones de Derecho público, pero no con instituciones cuya naturaleza privada es inherente a su propia esencia jurídica.

<sup>17</sup> Sobre la necesidad de prescindir del concepto de «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes», *vid.* ARROYO DÍEZ, A. *Op. cit.*, p. 87 y ss., con cita de otros autores como BAÑO LEON; MALARET GARCÍA y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

<sup>18</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda en uno de sus últimos Informes emitidos sobre el ámbito subjetivo del TRLCAP, muestra una madurez interpretativa que, además de sustentar nuestro posicionamiento, merece la pena reproducir:

En el contexto del artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, el criterio de la vinculación —en conjunción con los otros dos que conforman el concepto comunitario de «organismos de Derecho público»— cumple una finalidad distinta que en el artículo 2.1: mientras que en esta disposición sirve para cerrar el ámbito de aplicación de la ley, incorporando a su disciplina —siquiera sea parcialmente— a las entidades de Derecho privado que reúnan las características propias de los «organismos de Derecho público», en el artículo 1.3 esos mismos elementos son utilizados para integrar la definición de las entidades de Derecho público distintas de los organismos autónomos y de las Administraciones territoriales que deben ser asimiladas a las Administraciones públicas a efectos de aplicación de la norma. La diferente funcionalidad de uno y otro precepto pudiera, eventualmente, plantear problemas de calificación a la hora de aplicar la cláusula de vinculación, por lo que, considerando la repercusión directa que tiene esta cuestión sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la ley, parece conveniente establecer las pautas para una correcta interpretación del artículo (...).

Esta aplicación limitativa del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas no puede considerarse viable en nuestro ordenamiento.

En primer término, una interpretación que atienda no solo al elemento gramatical, sino también a los criterios histórico, sistemático y teleológico a que hace referencia

Ahora bien, —y volviendo a las conclusiones alcanzadas por la Junta catalana— con la aprobación de la LCSP, la hermenéutica sobre el precepto ha de reformularse necesariamente sin que puedan trasladarse, sin más, las soluciones extraídas del texto anterior. En primer lugar, se ha de advertir que las conclusiones alcanzadas por la doctrina española, en relación con los requisitos del artículo 1.3 LCAP —nota al pie núm. 11—, no es trasladable en bloque al apartado 3.2 e) TRLCSP, por cuanto, se trata de requisitos diferentes. Los requisitos que exigía la LCAP eran:

- a) Entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones públicas.
- b) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial.
- c) Los clásicos criterios sobre el control.

En el actual TRLCSP estos tres requisitos han sido desvinculados los unos de los otros: las «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» se insertan en el nivel de sujeción UNO —3.2 e)—, y, los otros dos requisitos: «satisfacción de intereses generales sin carácter industrial o mercantil» y «control», ahora son las notas que definen a los poderes adjudicadores no Administración pública —art. 3.3 b)—.

En consecuencia, la interpretación de la cláusula residual del artículo 3.2 TRLCSP, se inserta en el nivel UNO y, por tanto, según nuestro posicionamiento, ha de quedar circunscrita a nuestra propia tradición y exégesis jurídica sin que nada tenga que decir —ni haya dicho— el Derecho comunitario.

---

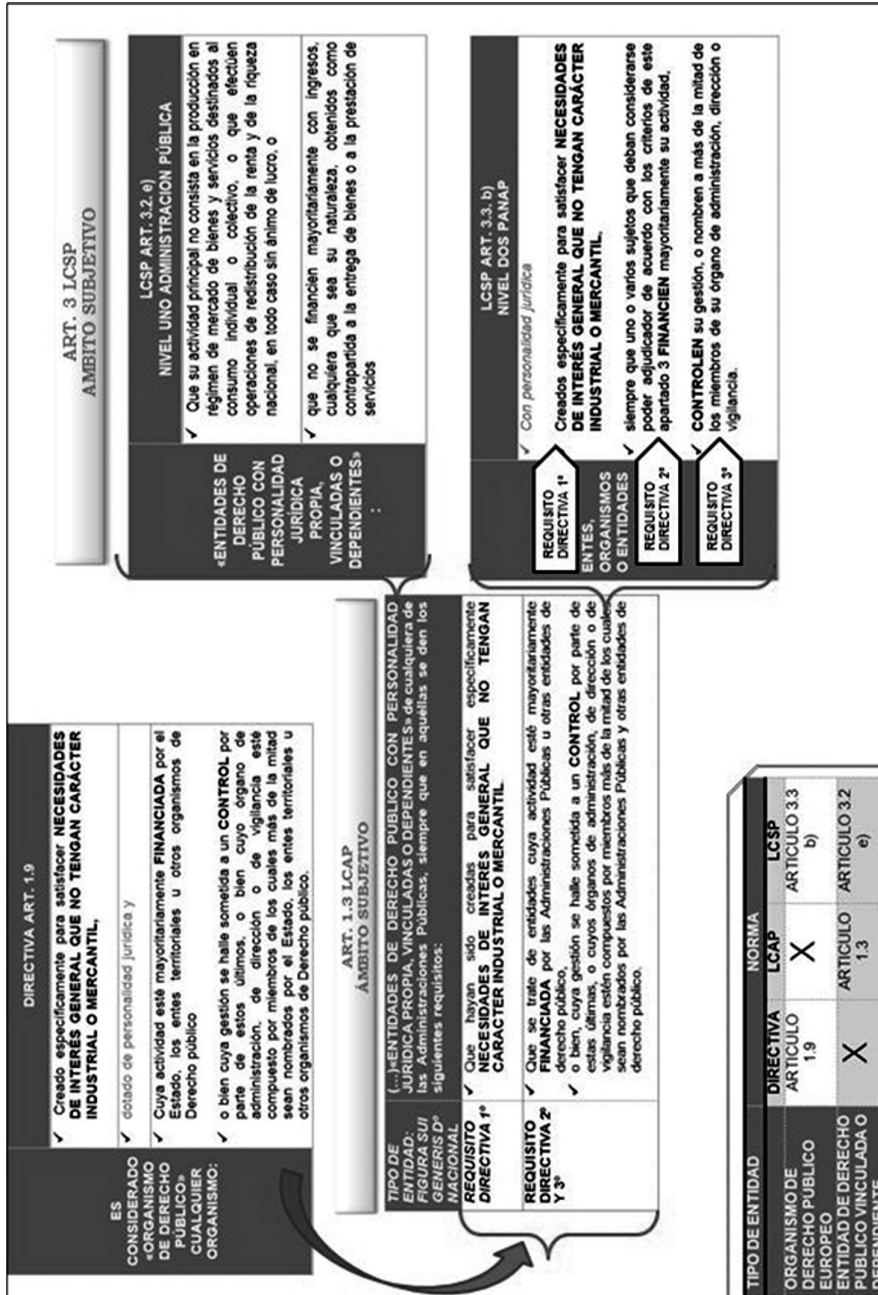
el artículo 3 del Código Civil y que, por tanto, tenga en cuenta, como demanda esta disposición, los antecedentes del precepto, su posición estructural en el ordenamiento y su «espíritu y finalidad», debe dar absoluta preponderancia a las directrices que se desprenden de las disposiciones comunitarias de las que trae causa, las cuales, además de constituir su contexto normativo de referencia, podrían incluso llegar a desplegar una eficacia directa en caso de omisión o insuficiencia de la norma nacional de transposición. Por ello, deben descartarse las interpretaciones que produzcan un resultado contrario al perseguido por las normas europeas y, por el contrario, dar primacía a aquéllas que coadyuven a su obtención o realización.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda núm. 21/07 de 30 de marzo, «Acuerdo por el que se adoptan criterios interpretativos para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas».

[On line] <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2007/Informe%2021-07.pdf> (Consulta en 4 de noviembre de 2013).



FIGURA 1.—Ubicación de los requisitos de poder adjudicador en la normativa nacional



Fuente: Elaboración propia.

Nótese, que el legislador español para no acabar desnaturalizando nuestras instituciones suele proceder a delimitar el ámbito subjetivo de las normativas diferenciando dos o más niveles de aplicación. Ello, unas veces lo hace simplemente para cumplir con determinadas exigencias básicas europeas —que de no formar parte de la UE seguramente nuestro Derecho propio no regularía en tal sentido— y, otras, para conservar categorías propias. El artículo 3 TRLCSP, es un buen ejemplo de lo anterior. Mantiene en términos generales nuestra costumbre en materia de contratación —que se identificaría sustancialmente con el nivel UNO de sujeción— y crea tres niveles adicionales —teniendo en cuenta los contratos subvencionados— dados por Europa y que son, en definitiva, los que dan nombre a la Ley; ya no estamos ante contratos de las administraciones públicas, sino del sector público. Así, el apartado segundo del artículo 3 TRLCSP, se presenta como la verdadera *voluntas legislatoris*: contratos administrativos *versus* el resto de niveles de sujeción —contratos privados— que no son más que el resultado de las merecidas imposiciones europeas<sup>19</sup>.

Bajo esta perspectiva y una vez que el legislador nacional ha transpuesto de manera correcta el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 —«organismo de Derecho público»— mediante el artículo 3.3 b) LCSP; no tiene razón de ser ni sustento en Derecho que las fundaciones quedaran insertas en el nivel UNO de sujeción a la norma elevándolas a la categoría de Administraciones públicas, más aún, cuando otras entidades como las públicas empresariales —cuya naturaleza pública no se discute— son poderes adjudicadores no Administración pública por expresa voluntad del legislador. Tampoco compartimos, por tanto, que las llamadas fundaciones públicas sanitarias de ámbito autonómico tengan encaje en el primer nivel de sujeción a la norma por cuanto estos entes han sido asimilados a las entidades públicas empresariales cuya sujeción a la norma no se discute<sup>20</sup>. En consecuencia, consideramos que plantear el encaje de las fundaciones en el apartado 3. 2 e) TRLCSP sería tanto como hacerlas pasar por el lecho de Procusto.

---

<sup>19</sup> Sucede también en relación con otras obligaciones como, por ejemplo, las relativas al déficit público y a los niveles presupuestarios. Se ha de recordar que los Presupuestos han de incluir, por imperativo europeo, todas aquellas entidades que, a pesar de no estar participadas de manera total o mayoritaria por una Administración pública, hayan sido clasificadas, dentro del «sector Administración pública» de acuerdo con la metodología del SEC. Por tanto, aquellas entidades en las que la Administración *stricto sensu* no posea una «participación mayoritaria» pero estén clasificadas en el Sistema referido, habrán de constar obligatoriamente en los presupuestos como parte integrante del «sector público» —estatal o de la Comunidad Autónoma de que se trate—, por más que bajo los parámetros clásicos del Derecho nacional esas entidades hubieran quedado excluidas.

<sup>20</sup> *Vid.* ARROYO DÍEZ, A. *Op. cit.*, p. 433 y ss.

Podemos sintetizar las anteriores reflexiones en tres ideas de base que son las siguientes:

—La doctrina relativa al ámbito subjetivo de la LCAP no es extrapolable sin más al TRLCS.

—Una vez la LCSP transpone definitivamente el concepto de «organismo de Derecho público» mediante la letra b) del 3.3; en la cláusula residual del apartado segundo —letra e)— no pueden incluirse en ningún caso sujetos de naturaleza jurídica privada.

—Las fundaciones públicas sanitarias, llamadas fundaciones de manera impropia, aunque sean entidades con personalidad jurídica pública, tampoco pueden incluirse en la referida cláusula residual por cuanto por norma general son entidades públicas empresariales o asimiladas a ellas por la legislación de las distintas Comunidades Autónomas y el propio legislador nacional las ha excluido del primer nivel de sujeción a la norma *ex* artículo 3.2. y, por tanto, han de quedar sujetas al segundo nivel de sujeción a la norma como poderes adjudicadores no Administración pública<sup>21</sup>.

II. Pues bien, el nuevo informe 7/2013 al que aludíamos se elabora a partir de una petición de la Secretaría de Administración y Función Pública del Departamento de Gobernación y Relaciones institucionales para que la Junta Consultiva clasifique una relación de 234 entidades, todas ellas entidades del sector público de la *Generalitat*, bien como Administración pública, o bien como poder adjudicador no Administración pública. El mismo hecho de esta petición es ya una prueba palpable de la confusión aún existente sobre el ámbito subjetivo del TRLCSP a pesar de los años transcurridos desde la aprobación del citado texto legal.

La Junta Consultiva admite la petición pero limita el contenido de su respuesta. En este sentido, la Junta se limita a establecer —de nuevo— determinados criterios generales interpretativos de la legislación de contratos<sup>22</sup>. A partir de aquí el nuevo Informe reconoce la conveniencia de introducir matices y concreciones respecto a lo dicho en relación con el grado de sujeción de las fundaciones del sector público al TRLCSP.

Con esta finalidad de concretar su doctrina el Informe 7/2013, comienza por diferenciar dos grandes tipos de fundaciones que pueden for-

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> La Junta recuerda e insiste en ello en repetidas ocasiones que, «son los servicios que tienen atribuida la función de asesorar jurídicamente a estas entidades del sector público de la *Generalitat* los que han de concretar en cada caso el grado de sujeción que les corresponde».

mar parte del concepto de sector público del TRLCSP. Por un lado, las que encajarían en el tipo específico del artículo 3.1 f) y, por otro, las que podrían ubicarse en la categoría residual del artículo 3.1 h). La categoría «específica»<sup>23</sup> se dice que se corresponde con la definición de fundaciones del sector público de la Ley 50/2002, de 26 diciembre de Fundaciones<sup>24</sup>. Son, por tanto, fruto del ejercicio del derecho fundacional que regula esta Ley<sup>25</sup>.

A lo dicho se añade que este tipo de fundaciones, por mandato de la misma Ley 50/2002, no pueden ejercer potestades públicas, y sólo pueden ejercer actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras del sector público. La conclusión es que estas fundaciones son entidades de Derecho privado y no organismos de Derecho público ni entes de Derecho público de cualquier otra clase. No obstante, se establece una excepción a esta regla general: «si no es que una ley expresamente así lo establece» poniendo como ejemplo de «fundaciones públicas que asumen competencias administrativas por previsión legal expresa [:] (...) las fundaciones públicas sanitarias reguladas en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y en el Real Decreto 29/200, de 14 de enero (...)» afirmando que de acuerdo con dichas disposiciones:

(...) las fundaciones públicas sanitarias se pueden crear para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria, y se regulan, por lo que se refiere a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en el ámbito autonómico, por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma. Asimismo, este precepto también dispone (se está refiriendo al artículo 111 de la Ley 50/1998) que las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, con personalidad jurídica propia y que su régimen de contratación

---

<sup>23</sup> Recordemos que se está refiriendo a aquellas entidades que se constituyan por una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o que tienen un patrimonio fundacional con carácter permanente formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades del sector público.

<sup>24</sup> BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2002; en adelante, Ley 50/2002.

<sup>25</sup> La Junta catalana se remite a la Ley de fundaciones estatal ya que tras la Ley 7/2012, por la que se modifica el Libro tercero del Código Civil catalán relativo a las personas jurídicas (DOGC, núm. 6152, de 19 de junio de 2012), se eliminó la definición de «fundación del sector público» contenida en la última versión del Código. Para una profundización sobre la reforma operada, *vid.* nuestra crónica de las comunidades autónomas en este «Anuario de derecho de fundaciones», 2012, pp. 428-459.

se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Este tipo de fundaciones públicas son, por lo tanto, entidades de Derecho público, con personalidad jurídica pública, creadas por la Administración como forma jurídica para prestar determinados servicios<sup>26</sup>.

De una primera lectura, según se sigue de la argumentación del Informe hasta aquí expuesta, parecería que el primer tipo de fundaciones —las «específicas» ex artículo 3.1. f) TRLCSP— son por norma general todas aquellas fundaciones privadas que cumplan los requisitos de ese apartado f), a las que se ha de sumar de manera excepcional aquellas fundaciones que por previsión expresa de la Ley poseen naturaleza jurídica pública y pueden asumir competencias administrativas como es el caso de las fundaciones públicas sanitarias *ad exemplum*<sup>27</sup>.

Y decimos *a priori*, por cuanto cuando en el Informe se empieza a analizar el «otro tipo» de fundaciones que pueden formar parte del concepto de sector público del TRLCSP —las que podrían ubicarse en la categoría residual del artículo 3.1 h)— se delimitan de la siguiente manera:

Otra tipología de entidades que se pueden encontrar incardinadas en la categoría de fundaciones son las que, si bien reciben esta denominación, no responden a la definición de fundaciones del sector público, no cumplen los requisitos establecidos en la normativa de fundaciones a que se ha hecho referencia y están constituidas como formas jurídicas para prestar determinados servicios y cumplir determinadas finalidades.

En este punto, y al efecto de profundizar sobre estas peculiares entidades a las que está haciendo referencia, el Informe nos remite a su anterior Informe 3/2009 y nos recuerda que estas fundaciones a las que tilda de «públicas» son equiparables a los organismos públicos, pues tienen «personalidad jurídica» propia, están «vinculadas o dependen de la administración» para el desarrollo de su actividad y poseen un claro «carácter instrumental» respecto de la administración, además de estar creadas únicamente para la prestación de servicios con competencia directa<sup>28</sup>. Volviendo al Informe 3/2009 podemos

---

<sup>26</sup> Nota al pie núm. 6 del Informe 7/2013.

<sup>27</sup> Más adelante —p. 7— se vuelve a insistir en el mismo sentido, se diferencia a aquellas fundaciones de la letra f) —privadas— que no pueden ejercer potestades públicas, matizando de nuevo mediante la nota al pie núm. 8 que las fundaciones públicas sanitarias constituirían una excepción a la regla general; de aquellas otras fundaciones que podrían quedar sujetas a la normativa de contratos por cumplir los requisitos de la cláusula residual, letra h).

<sup>28</sup> Nota al pie núm. 7 del Informe 7/2013.

comprobar que se está refiriendo de nuevo a las fundaciones públicas sanitarias de la Ley 50/1998, por tanto, aunque de la sistemática y esquema que se sigue del Informe 7/2013 parecería que este segundo grupo de fundaciones de la cláusula residual letra h) tuviera que ser otra clase distinta; no se nos ocurre a qué *sui generis* organismos podría estar refiriéndose si no son las repetidas fundaciones sanitarias.

Por tanto, la interpretación que se nos antoja más coherente es que la Junta considera que las fundaciones privadas creadas al amparo de la Ley de fundaciones del 2002 estarían sujetas al TRLCSP —en su caso— al amparo del artículo 3.1 f) —las que denomina «específicas»— y que, por otra parte, —segundo grupo— las fundaciones públicas sanitarias de la Ley 50/1998 estarían sujetas al TRLCSP por cumplir los requisitos de la categoría residual del artículo 3.1 h). Y ello, insistimos, aunque de una primera lectura pudiera parecer que este último tipo de fundaciones «públicas» podría tener encaje, también, en la letra f).

Establecida la distinción de entes fundacionales a partir de lo dispuesto en el artículo 3.1 letras f) y h), se pasa a determinar cuál debe ser su grado de sujeción respectivo al TRLCSP, esto es, si los tipos fundacionales descritos deben incluirse en el artículo 3.2 como Administración pública o bien en el artículo 3.3 como poder adjudicador no Administración pública.

Sobre este respecto se afirma que las fundaciones que responden al tipo «específico» del artículo 3.1 f), en tanto que no ejercen potestades públicas, y son creadas en base a la legislación privada en materia de fundaciones, no son entes de Derecho público y no pueden incluirse dentro del tipo previsto en el artículo 3.2 e). Sí en cambio responden al concepto genérico de poder adjudicador del artículo 3.3 y, por tanto, concluye que son poder adjudicador no Administración pública.

Las otras fundaciones «que no responden a la tipología anterior, que se constituyan como formas jurídicas para prestar determinados servicios y cumplir determinadas finalidades» y que se incluyen dentro del sector público por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1 h), podrán tener la consideración de Administración pública, poder adjudicador no Administración pública, o simplemente de ente del sector público, aplicando en cada caso lo dispuesto en el artículo 3, números 2 y 3. Pero sólo podrán considerarse Administración pública si son entes de Derecho público, incardinables como tales en el artículo 3.2 e).

En definitiva, una vez un ente fundacional es calificado como ente del sector público —art. 3.1 letras f) o h)— para determinar si, a los efectos del

TRLCSF, debe calificarse como Administración pública, poder adjudicador no Administración pública o entidad del sector público que no tiene la consideración de poder adjudicador, lo determinante es conocer si este ente fundacional fue creado al amparo del derecho fundacional según lo establecido en la normativa privada en esta materia de fundaciones y, por tanto, no ejerce potestades públicas, limitándose a ejercer las competencias de los entes fundadores, o bien si el ente fundacional se creó al amparo de alguna ley específica que contempla esta forma organizativa como ente específico de Derecho público —caso de la Ley 50/1998—. En el primer caso, estaremos ante fundaciones del sector público no Administración pública que se sujetan al segundo nivel del TRLCSF, como poder adjudicador no Administración pública. En el segundo caso, según la Junta se ha de analizar la concurrencia de los requisitos del apartado segundo y tercero del artículo 3 y si la fundación es equiparable a los organismos públicos, y como ente de Derecho público será Administración pública de acuerdo con el artículo 3.2 e) y se someterá al primer nivel de sujeción del TRLCSF.

Por último, señalar que el Informe también afirma que por el hecho de que un ente fundacional esté sujeto a las reglas del Reglamento europeo 2223/1996, de 25 de junio relativo al Sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad<sup>29</sup> no por ello debe ser considerado automáticamente Administración pública. El nivel de sujeción al TRLCSF se determina por los criterios antes expuestos, no por la inclusión o no en el SEC95<sup>30</sup>.

Una vez expuesto en qué consiste esencialmente el giro o matiz interpretativo de la Junta, no podemos dejar de realizar determinadas observaciones, además de las ya apuntadas, y dentro de los límites de la presente reflexión:

—No se plantea qué sucede con las fundaciones privadas que no cumplan los requisitos de la letra f) pero sí cumplan los de la letra residual h).

---

<sup>29</sup> DO, núm. 310, de 30 de noviembre de 1996 —en adelante, SEC95—. Este Reglamento ha sido recientemente modificado por el Reglamento europeo 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DO, núm. L 174, de 26 junio de 2013); no obstante, las modificaciones operadas no afectan a la materia que estamos tratando.

<sup>30</sup> Criterio con el que estamos de acuerdo y así ya nos habíamos manifestado, por ejemplo, en relación con la *Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya* que pese a estar sujeta las reglas del SEC95 ha de ser considerada a efectos de contratación como poder adjudicador no Administración pública o en relación con la Fundación Privada *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*, separándonos del criterio mantenido por la *Sindicatura de Comptes* en el Informe 33/2012 antes citado.

—No se comprende muy bien por qué las fundaciones públicas sanitarias *ex* artículo 111 de la Ley 50/1998 se ubican en la cláusula residual cuando el propio Informe reconoce que son organismos públicos<sup>31</sup>.

—Si se parte de la base de que las únicas fundaciones del sector público que tienen encaje en la letra h) son las públicas sanitarias, no cabe plantear el ejercicio que se propone para determinar su nivel de sujeción pues por Ley es clara su naturaleza jurídica. En este caso, además, como ya hemos señalado *ut supra*, no podemos compartir el criterio de hacerlas Administración pública por la cláusula residual 3.2 e) por cuanto estos organismos tienen la consideración de entidades públicas empresariales y, por tanto, han de ser tratadas en igualdad de condiciones como poderes adjudicadores no Administración pública. Cuestión distinta sería plantear el nivel de sujeción de las entidades autonómicas asimilables a estas estatales y cuya naturaleza jurídica no quede clara.

Si por el contrario se llegase a entender que en la letra h) tienen encaje otras fundaciones además de las públicas sanitarias —como serían las privadas que no cumplieran los requisitos del art. 3.1 f)—, se ha de hacer una precisión más, y es que como ya hemos señalado en otras ocasiones, junto con otros muchos autores, un ente que cumpla los requisitos de la cláusula residual como mínimo quedará sujeto al nivel DOS de sujeción del TRLCSP como poder adjudicador no Administración pública y, ello, por la identidad existente entre la redacción de la referida cláusula residual letra h) y la de poder adjudicador de la letra b) del artículo 3.3 y, por tanto, una entidad de dichas características nunca podrá ser sector público a secas. Esta cuestión la consideramos especialmente sensible ya que una interpretación distinta podría llevar aparejado el incumplimiento de las Directivas comunitarias y/o una mala transposición de las mismas. En consecuencia, nos separamos claramente del criterio de la Junta en lo que se refiere a que una fundación que cumpliera las características del artículo 3.1. h) podría ser considerada una

---

<sup>31</sup> El apartado primero del artículo 3 TRLCSP menciona expresamente a este tipo de entidades en la letra c):

1.º A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: (...)

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.



«entidad del sector público que no tiene la consideración de poder adjudicador»<sup>32</sup>.

Pese a la imprecisión del Informe en algunos aspectos, lo cierto es que se reconoce que no todas las fundaciones del sector público son Administración pública, en concreto, que las fundaciones privadas nunca estarán sujetas al nivel UNO. En este sentido, ya se empiezan a notar las consecuencias positivas de este matiz. Ejemplo de ello es el reciente Informe de fiscalización de la *Sindicatura de Comptes* 22/2013, sobre la *Fundació Universitat Autònoma de Barcelona*. En dicho Informe el órgano fiscalizador —a diferencia de lo sostenido con la Fundación Privada *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*— no duda en catalogar a la referida fundación como poder adjudicador no Administración pública pese a estar participada al 100% por la Universidad Autónoma<sup>33</sup>.

## II. Otras novedades con incidencia en las fundaciones

1. *Orden ECO/166/2012, de 18 de junio, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el año 2013, modificada por la Orden ECO/27/2013, de 19 de febrero y el Decreto 170/2012, de 27 de diciembre*<sup>34</sup>.

El artículo 2 de la Orden ECO/166/2012 —cuya redacción no ha sido objeto de modificación—, incluye dentro de los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013 los de «las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat*», matizando que:

(...) se considera que la participación de la *Generalitat* es mayoritaria cuando se dispone de la mayoría, directa o indirecta, de los derechos de voto en los órganos de gobierno o en el patronato. A este efecto, no computan los derechos de voto de los miembros que designa el mismo órgano de gobierno o patronato.

<sup>32</sup> Nota al pie núm. 8 del Informe 7/2013.

<sup>33</sup> *Vid.* pp. 9-10 y 50 y ss., del Informe [on line] [http://www.sindicatura.org/reportssearcher/download/22\\_13\\_ca.pdf](http://www.sindicatura.org/reportssearcher/download/22_13_ca.pdf) [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

<sup>34</sup> 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 (*DOG*C, núm. 6283 de 31 de diciembre de 2012). Las otras dos Órdenes se publicaron en el *DOG*C, núm. 6154 de 21 de junio de 2012 y núm. 6321 de 22 de Febrero de 2013, respectivamente.

Por tanto, a los efectos previstos en el artículo 2 de la Orden ECO/166/2012, una fundación deberá someterse a la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013 simplemente por concurrir tal circunstancia y sin requerir otros requisitos adicionales. Se ha de notar que aunque la Orden no emplea la terminología de «fundación del sector público» todo indica que así se considera cuando dicha entidad esté participada total o mayoritariamente por la *Generalitat*.

Por otra parte, se ha de tener presente que en aquellos supuestos en los que la fundación no tuviera una participación mayoritaria en los términos indicados quedará igualmente sujeta si hubiera sido clasificada dentro del sector público conforme a la normativa SEC95<sup>35</sup>

No obstante, pese a haberse dictado la mencionada Orden, lo cierto es que a fecha de hoy todavía no se ha aprobado la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013, y por tanto, se ha de considerar prorrogado el del año anterior<sup>36</sup>. Dicha prórroga se rige por los criterios de aplicación previstos en el 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, antes citado.

En lo que se refiere a este Decreto conviene señalar que el artículo 2 a) establece que los gastos de personal del Capítulo primero se deberán ajustar a las dotaciones presupuestadas a 31 de diciembre de 2012, y que durante la prórroga de los presupuestos serán de aplicación las previsiones sobre limitación del aumento de gastos de personal establecidos en el artículo 35 de la Ley 1/2012, del 22 de febrero, de presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012<sup>37</sup>, toda vez que se mantiene la vigencia del Acuerdo del Gobierno de 28 de febrero de 2012 sobre contención de plantillas y limitacio-

---

<sup>35</sup> El artículo 2.3 de la Orden ECO/166/2012 señala literalmente que:

Los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013 deben incluir, en un anexo, los presupuestos de otras entidades que, a pesar de no estar participadas de manera total o mayoritaria por la *Generalitat*, hayan sido clasificadas dentro del sector Administración pública de la *Generalitat* de acuerdo con la metodología del SEC, salvo las universidades públicas presenciales y sus entes dependientes.

<sup>36</sup> El artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre (*DOGC*, núm. 3791, de 31 de diciembre de 2002), establece que, si por cualquier motivo el 1 de enero el Presupuesto no está aprobado, se considerará prorrogado automáticamente el del año anterior en sus créditos iniciales hasta la aprobación y la publicación de los nuevos en el Diario Oficial de la *Generalitat* de Cataluña.

<sup>37</sup> *DOGC*, núm. 6075, de 27 de febrero de 2012.

nes a los nombramientos y contrataciones de personal temporal en el ejercicio presupuestario 2012<sup>38</sup>.

Si acudimos a la Ley 1/2012 —a la que se remite el Decreto 170/2012— el artículo 24, que regula el ámbito de aplicación de las normas sobre gastos de personal, establece que las disposiciones incluidas en el Título III de la referida Ley —Gastos de personal— se aplicarán a todo el personal al servicio de: «(...) h) Las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat*».

Sobre el Acuerdo del Gobierno de 28 de febrero de 2012 de contención de plantillas y limitaciones a los nombramientos y contrataciones de personal temporal en el ejercicio presupuestario 2012 —cuya vigencia se mantiene por el Decreto 170/2012—, se ha de recordar que el artículo 1.º —relativo a su ámbito de aplicación— dispone, también, que le será de aplicación a las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat*<sup>39</sup>.

II. *Instrucción relativa a la tramitación de expedientes de endeudamiento y de operaciones de cobertura por parte de las empresas públicas y otras entidades de cualquier forma jurídica admitida en derecho con participación de la Generalitat para el año 2013, durante el período de prórroga presupuestaria*<sup>40</sup>.

La Dirección General de Política Financiera, Seguros y Tesoro dictó el pasado 11 de enero de 2013 la «Instrucción relativa a la tramitación de expedientes de endeudamiento y de operaciones de cobertura por parte de las

<sup>38</sup> El Acuerdo puede consultarse [on line] en: [http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio\\_Publica/Documents/Normativa/Circulars%20i%20instruccions/arxius/ACORD%2028-2-12%20CONTENCI%3%93%20PLANTILLES%20I%20LIMITACIONS%20NOMENAMENTS%202012.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio_Publica/Documents/Normativa/Circulars%20i%20instruccions/arxius/ACORD%2028-2-12%20CONTENCI%3%93%20PLANTILLES%20I%20LIMITACIONS%20NOMENAMENTS%202012.pdf) [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

<sup>39</sup> No obstante, únicamente en lo que se refiere al punto 7 del Acuerdo de Gobierno, que es del siguiente tenor literal:

a) No se tramitarán expedientes de ampliación de plantilla ni reestructuraciones de cualquier naturaleza que comporten incremento global del gasto de personal, salvo que deriven de una financiación externa a la *Generalitat* de Cataluña.

Se entiende por financiación externa a la *Generalitat* de Cataluña, las transferencias específicas y finalistas de otras administraciones, así como los patrocinios, destinados a la financiación de una actividad o inversión específica.

b) Durante el ejercicio 2012, no se procederá a la incorporación de personal nuevo y las contrataciones de personal laboral temporal y, cuando proceda, los nombramientos de personal interino, solamente se podrán formalizar en el ámbito de los sectores prioritarios que determine al efecto la Comisión del Sector Público del Consejo para el Impulso y la Ordenación de la Reforma de la Administración. La formalización de contratos laborales temporales en sectores no considerados prioritarios dará lugar a la exigencia de las responsabilidades que correspondan.

<sup>40</sup> Disponible [on line]: [http://www20.gencat.cat/docs/economia/70\\_Economia\\_SP\\_Endeutament/arxius/Instruccio\\_endeutament\\_empreses.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/economia/70_Economia_SP_Endeutament/arxius/Instruccio_endeutament_empreses.pdf) [Consulta en: 3 de noviembre de 2013].

empresas públicas y otras entidades de cualquier forma jurídica admitida en Derecho con participación de la *Generalitat* para el año 2013, durante el período de prórroga presupuestaria», que sustituye la anterior del año 2012.

Según el punto primero, la Instrucción se aplica a los organismos autónomos, las entidades de Derecho público no financieras, las empresas, los consorcios, las fundaciones y otras entidades de cualquier forma jurídica admitida en Derecho, que estén participadas mayoritariamente —más del 50%— por la *Generalitat* de Cataluña, ya sea de forma directa o indirecta.

Por tanto las fundaciones que cumplan dicha característica para poder realizar operaciones de endeudamiento a largo plazo deberán solicitarlo formalmente a la Dirección General de Política Financiera, adjuntando un informe favorable respecto del endeudamiento solicitado y su destino<sup>41</sup>. Además, se establece que los representantes de la *Generalitat* que participen en los órganos de decisión de las fundaciones deberán obtener, con el ejercicio previo del derecho a voto, las autorizaciones siguientes:

Para operaciones de endeudamiento o de aval por un importe superior al 50% de los fondos patrimoniales o de los recursos propios de la entidad en cuestión o que sobrepasen la participación de la *Generalitat*, hará falta la autorización del Gobierno, mediante el consejero o consejera competente en materia de economía y conocimiento.

---

<sup>41</sup> En el mismo sentido de la Instrucción, se ha de referir el Decreto-Ley 1/2013, de 22 de enero, de necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria (*DOG*, núm. 6300, de 24 de enero de 2013), cuyo artículo único establece que:

1.2. En el caso de las entidades del sector público de la *Generalitat*, solo se pueden prever nuevas operaciones de endeudamiento por el importe necesario para cubrir las amortizaciones previstas dentro del ejercicio de 2013, de manera que no se incremente el saldo vivo del endeudamiento a 31 de diciembre de 2012. Excepcionalmente, y con la autorización previa del Gobierno, las entidades del sector público de la *Generalitat* pueden aumentar esta limitación del saldo vivo hasta al límite autorizado por la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012. Este límite se puede ampliar, exclusivamente, en los importes necesarios para hacer frente a cuotas que venganzan de operaciones de financiamiento específicos de inversiones en infraestructuras públicas, las cuales hayan sido previstas en planes económicos y financieros que hayan tenido la aprobación del Gobierno. En estos mismos términos, se puede otorgar el aval de la *Generalitat* a estas entidades, en los casos en que así se estableció en la Ley 1/2012, de 22 de febrero, de presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2012.

1.3. En todo caso, el incremento de la deuda viva de la Generalidad y de las entidades del sector público no puede superar la suma de los límites autorizados por la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2012, incrementados por los importes que se deriven de los programas de endeudamiento que se aprueben en aplicación de la normativa de estabilidad presupuestaria.

a) Para importes inferiores, será necesaria la autorización del departamento competente en materia de economía y conocimiento.

b) Además, las operaciones de tesorería, las de cobertura de riesgos y las «no previstas» también se deberán solicitar formalmente, con informe favorable del departamento competente<sup>42</sup>.

También se hace referencia a aquellas entidades participadas minoritariamente por la *Generalitat* —punto tercero— y en relación con éstas se establece la obligación de que los representantes de la *Generalitat* en estas entidades deban solicitar una autorización para la formalización de operaciones de endeudamiento —ya sea a corto o largo plazo— a la Dirección General de Política Financiera, Seguros y Tesoro, en un plazo no inferior a treinta días antes de la fecha de la firma de la operación de endeudamiento. Además, en el expediente deberá constar un informe favorable del Departamento al que se adscriba la entidad, un informe justificativo de la necesidad de la operación, junto con un plan de tesorería, los balances, informes y cuentas de resultados del último ejercicio y las ofertas, como mínimo, de tres entidades financieras. Por tanto, aun cuando la participación de la *Generalitat* de Cataluña sea minoritaria la entidad queda intervenida a la hora de realizar la operación.

Otras cuestiones a destacar son las relativas a la negociación y selección de operaciones financieras —punto cuarto— y a los préstamos o anticipos reembolsables —punto quinto—. En cuanto a la capacidad de negociación y selección de operaciones financieras de las entidades —en nuestro caso las fundaciones que cumplan los requisitos de sujeción a la Instrucción—, se dice que se encargará periódicamente la Dirección General de Política Financiera, en colaboración con cada entidad interesada que cursará la correspondiente solicitud. En cuanto a la capacidad de formalizar préstamos o anticipos reembolsables, las entidades que integren el sector público de la *Generalitat* y las universidades públicas podrán formalizar préstamos o anticipos reembolsables asociados a los correspondientes convenios a firmar con otras Administraciones públicas siempre y cuando se obtenga la autorización previa de la Dirección General de Política Financiera. Además, cuando el retorno de los préstamos o anticipos reembolsables se financie, directa o indirectamente con cargo al presupuesto de la *Generalitat*, deberá tramitarse previamente el correspondiente expediente de gasto plurianual para cada uno de los convenios a formalizar, con cargo a las correspondientes partidas presupuestarias para atender los gastos de amortización.

---

<sup>42</sup> *Vid.* apartados 2 a 4, del punto primero de la Instrucción.

Por su parte, el punto sexto de esta Instrucción, se refiere a la gestión de las operaciones a corto plazo dentro del sistema de centralización de tesorería —*Cash-pooling*—. Sobre este respecto se prevé que aquellas entidades públicas participadas por la *Generalitat* y sujetas al SEC95 puedan disponer de una póliza corporativa siempre y cuando así lo soliciten a la Subdirección General de Tesorería.

Para finalizar, señalar que en el punto séptimo se relaciona aquella documentación que la entidad —en nuestro caso la fundación— deberá elaborar o solicitar cuando pretenda endeudarse o llevar a cabo operaciones de cobertura, así como un mecanismo de seguimiento e información de las operaciones de endeudamiento.