

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 18/2008, de 27 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas al concepto de financiación mayoritaria.

I.- ANTECEDENTES

El Director Gerente de la Asociación de Fundaciones Andaluzas dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“1.- Que la Asociación de Fundaciones Andaluzas inscrita en el Registro de Asociaciones de Andalucía con nº 9755 y CIF G91283325, tiene entre sus fines el constituir una voz propia de defensa y representación del sector fundacional, contando en la actualidad con 539 fundaciones asociadas, tanto pertenecientes al sector público como privado, que desarrollan su actividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, dicho órgano podrá ser consultado por organizaciones con representación en la Comunidad Autónoma de Andalucía en los distintos sectores afectados por la contratación pública. Por lo que en virtud de la legitimación que me confiere el precepto indicado elevo ante el órgano al que me dirijo la siguiente consulta:

- El artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece lo siguiente:

“3. Se considerarán poderes adjudicadores a los efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

(...)

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.

Atendiendo a este precepto se plantean las siguientes cuestiones:

1º.- Qué debe entenderse por financiar mayoritariamente su actividad.

2º.- Qué tipo de prestaciones deben considerarse incluidas dentro del concepto de financiación mayoritaria.



3º.- Qué información económica debe considerarse y a qué periodo de tiempo debe referirse para poder clasificar a una entidad como poder adjudicador del artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007 en atención al criterio de la financiación mayoritaria de su actividad

4º.- Si en función de este concepto, 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 Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.”

II.- INFORME

1.- La consulta plantea diversas cuestiones relativas al concepto de financiación mayoritaria a que se refiere el artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), a efectos de considerar si un ente, organismo o entidad es poder adjudicador.

Sobre estas cuestiones la jurisprudencia comunitaria ha sentado su criterio en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 3 de octubre de 2000, en el asunto C-380/98, University of Cambridge.

En relación con la primera cuestión objeto de consulta referente a qué debe entenderse por financiar mayoritariamente su actividad, el Tribunal de Justicia ante la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente que pide se dilucide el significado de la expresión «mayoritariamente financiada», indica que el significado usual del término «mayoritariamente», en lenguaje corriente, quiere decir siempre «más de la mitad» (apartado 30), y que esta interpretación resulta asimismo conforme con lo previsto en uno de los otros supuestos contemplados en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 (*clásicas*). En efecto, a tenor de dichas disposiciones, también debe calificarse de «organismo de Derecho público» todo organismo 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 (apartado 32).

Concluyendo que el término «mayoritariamente», que figura en de cada una de las Directivas *clásicas*, debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad» (apartado 32).

En relación con la composición de la base de cálculo de la financiación «mayoritaria», la sentencia indica que se trata de dilucidar si todas las formas de financiación deben tenerse en cuenta a efectos de determinar el carácter «mayoritario» de una financiación pública o si sólo deben tenerse en cuenta las fuentes de financiación de las actividades académicas y conexas (en este caso se trataba de una Universidad) (apartados 34 y ss).



A este respecto, declara la sentencia que basta con hacer constar que, cuando las Directivas *clásicas* hacen referencia a una financiación «mayoritaria» procedente de fondos públicos, ello implica necesariamente que un organismo puede ser también financiado parcialmente de otra manera, sin perder por ello su condición de entidad adjudicadora.

Por lo 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 una actividad mercantil.

2.- Por lo que se refiere a la cuestión sobre qué tipo de prestaciones deben considerarse incluidas dentro del concepto de financiación mayoritaria, la referida sentencia C-380/98, declara que 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 (apartados 21 y ss).

Bajo este criterio la sentencia analiza varios supuestos, que pueden servir de orientación para la Asociación consultante.

Así, considera que las becas o subvenciones concedidas para fomentar la labor investigadora, deben considerarse financiación por una entidad adjudicadora. En efecto, aun cuando el beneficiario de tal financiación no fuera la propia entidad sino una persona que forme parte de ella como prestador de servicios, se trataría de una financiación que beneficia al conjunto de la institución en el ámbito de sus actividades de investigación.

Con relación a las becas para estudiantes que las autoridades competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes pueden calificarse de «financiación pública». En efecto, el pago de tales cantidades constituye una medida social en beneficio de determinados estudiantes que no pueden asumir por sí solos los gastos académicos, a veces muy elevados. Al no existir ninguna contrapartida contractual vinculada a esos pagos, procede considerar que su financiación es obra de una entidad adjudicadora en el ámbito de sus actividades en materia de educación.

En cambio no pueden considerarse financiación pública las cantidades abonadas por una o varias entidades adjudicadoras que constituyen la contrapartida de prestaciones contractuales de la entidad de que se trate, tales como la realización de investigaciones determinadas o la organización de seminarios y conferencias. Carece de importancia, a este respecto, que esas actividades de carácter mercantil se confundan, en su caso, con las actividades propias de la entidad. En efecto, la entidad adjudicadora tiene un interés económico en que se realice la prestación.



Concluye en este aspecto la sentencia declarando que las relaciones comerciales normales, que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático negociados libremente por las partes, no están incluidas en el concepto de «financiación pública».

3.- Con respecto a la consulta relativa a qué información económica debe considerarse y a qué periodo de tiempo debe referirse para poder clasificar a una entidad como poder adjudicar del artículo 3.3.b) de la LCSP en atención al criterio de la financiación mayoritaria de su actividad, la sentencia C-380/98 también se pronuncia sobre estos aspectos (apartados 37 y ss).

Así, declara que aunque para determinar si una entidad puede calificarse de «entidad adjudicadora» en relación con la adjudicación de un contrato determinado es importante tener en cuenta la situación financiera exacta de dicha entidad, es preciso, no obstante, garantizar también cierto grado de previsibilidad al procedimiento correspondiente, habida cuenta de que la financiación de una entidad puede variar de un año para otro.

Aunque las Directivas guardan silencio sobre la cuestión de determinar qué período debe tomarse en consideración para calificar a un organismo de «entidad adjudicadora», sí contienen algunas disposiciones relativas a la publicación de anuncios indicativos periódicos, que pueden aportar datos útiles para responder a esta cuestión. De este modo, tanto la Directiva 92/50 como la Directiva 93/36 prevén expresamente que las entidades adjudicadoras deberán publicar los anuncios indicativos «lo antes posible después del inicio del ejercicio presupuestario», cuando el volumen total de contratos «que tengan previsto adjudicar durante los doce meses siguientes» sea igual o superior a 750.000 €, en igual sentido se pronuncia la Directiva 2004/18/CE. Así pues, las citadas disposiciones implican que una entidad adjudicadora conserva este carácter durante doce meses a contar desde el inicio de cada ejercicio presupuestario.

Por consiguiente, la calificación de «entidad adjudicadora» de un organismo debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado.

En tales circunstancias, los imperativos de la seguridad jurídica y de la transparencia exigen que tanto la entidad de que se trate como los terceros interesados sepan, desde el inicio del ejercicio presupuestario, si los contratos previstos para dicho ejercicio están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas. De ello se deduce que, a efectos de calificar de «entidad adjudicadora», el cálculo de su modo de financiación debe efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones.



En la sentencia también se plantea la cuestión de si han de tenerse en cuenta, y en su caso de qué manera, las modificaciones de las condiciones de financiación existentes en la fecha de comienzo del procedimiento de adjudicación del contrato que puedan producirse a lo largo del mencionado procedimiento.

Según declara el Tribunal de Justicia el principio de seguridad jurídica exige que una norma comunitaria sea clara y su aplicación previsible para todos aquellos que resulten afectados. Tanto de esta exigencia como de los imperativos relacionados con la protección de los intereses de los licitadores resulta que un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una «entidad adjudicadora», en el sentido de las Directivas, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas Directivas, en lo que atañe a tal contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate.

4.- 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.

En concreto le será de aplicación el Libro I de la LCSP, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, con las particularidades que se contienen para determinadas cuestiones, tales como, perfección de los contratos (artículo 27), invalidez y revisión de los actos (artículo 31), posibilidad de recurrir al arbitraje (artículo 39), circunstancias que prohíben contratar (artículo 49), exigencia de clasificación (artículo 54.5), medios de acreditar la solvencia (artículo 63.3), revisión de precios (artículo 77), o exigencia de garantía (artículo 92).



Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 121.1 para la preparación de los contratos y en el artículo 174 para la adjudicación.

Y cuando se trate de contratos no sujetos a tal armonización lo establecido en el artículo 121.2 para la preparación y en el artículo 175 para la adjudicación.

III.- CONCLUSIÓN

1.- El término «financiación mayoritaria», debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad».

2.- 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.

3.- La calificación de poder adjudicador de un organismo debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo 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 el carácter de previsiones.

4.- Las fundaciones con personalidad jurídica, creadas para perseguir fines de interés general, no pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y financiadas mayoritariamente en los términos expuestos en el informe, tienen la consideración de 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.

Es todo cuanto se ha de informar.

