



INFORME JURÍDICO SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO SEAN MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

90/2018 DDLCN - OL

I. INTRODUCCIÓN

Por la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno la emisión de “*opinión legal no preceptiva*” sobre “*la posibilidad de que las fundaciones del sector público sean medios propios de las Administraciones Públicas*”.

Por ello, se emite el presente informe, en virtud de las funciones encomendadas al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, del que depende la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, por el artículo 5.2) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco; por el artículo 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos; así como en base a las competencias atribuidas a la citada Dirección, por el artículo 14.1 a) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

II.-PLANTEAMIENTO

Como hemos avanzado la consulta se cierne sobre “*la posibilidad de que las fundaciones del sector público sean medios propios de las Administraciones Públicas*”.

Son tres los conceptos que se citan en la consulta los que nos van a mostrar el ámbito normativo que nos debe servir de parámetro para analizar la cuestión planteada:

- Fundaciones del sector público,
- Medio propio personificado y
- Administración pública.

– ***Fundaciones del sector público:***

Para centrar la figura a analizar, en el examen a realizar de las figuras existentes en nuestro derecho, hay que partir de la premisa de que, actualmente, no hay en el Ordenamiento autonómico una norma que, al modo en el que lo hace para el Estado la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, recoja la tipología de las entidades instrumentales de la Administración de la CAE definiendo cada una ellas, especificando el tipo de funciones que pueden asumir y estableciendo una regulación común para todas las entidades del mismo tipo en materias como el régimen del personal, el patrimonio u otras potestades administrativas.

Esta carencia ha hecho que el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General el País Vasco (aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre (en adelante, LPOHGPV), única norma autonómica que contiene una reflexión general sobre la cuestión, haya sido tomada como la Ley que delimita la tipología de los entes del sector público.

Además, en el ámbito autonómico, evidentemente, hay que observar lo que prescribe la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (en adelante LFPV) que es de aplicación a las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Por su parte, hay que tener presente la Ley 50/2002, de 26 de diciembre (en adelante LF), que, tras ofrecer una regulación general de todas las fundaciones, como entes de naturaleza privada, contempla asimismo como una subespecie del fenómeno fundacional a las fundaciones del sector público estatal. De ella serán de aplicación los preceptos básicos ya que quedan fuera de ella, por razones competenciales, las fundaciones del sector público autonómico o local.

– **Medio propio:**

A partir del año 2007 el ordenamiento jurídico español recogió la figura de los medios propios de la Administración. Como entes instrumentales de ésta, debían permitir que, en determinadas circunstancias, la Administración no tuviera que acudir a la contratación con terceros para la realización de obras, prestación de servicios, suministros, etc., y pudiera encomendar directamente a los medios propios la ejecución de dichas prestaciones.

Tras haber concluido la Unión Europea el proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, la plasmación de los ejes diseñados en las directivas (las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) en el ordenamiento jurídico español se ha realizado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Esta ley ha dado paso a un escenario de reconfiguración y mutación de las relaciones entre autoprovisión y mercado.

Así, en primer lugar, cabe decir que la ley se refiere a dos tipos de “medios propios”, los “personificados” y los “no personificados”. Los primeros son los que tiene personalidad jurídica propia (es decir, se trata de un ente distinto), mientras que los segundos no tienen dicha condición, sino que son órganos sin personalidad jurídica propia de la misma administración, entidad o institución en cuestión. Es respecto de los primeros que se prevé la figura de los encargos a medios propios, a la cual nos vamos a referir posteriormente.

Además la LCSP ha hecho una operación de ingeniería jurídica, aunque sea mediante una técnica legislativa cuestionable: la disposición final cuarta, párrafo tercero afirma que “*En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de*

Régimen Jurídico del Sector Público.” Dado que esta disposición tiene carácter básico, de conformidad con la disposición final primera LCSP, todo indica que el legislador ha querido convertir sobrevenidamente en básico, y por tanto, de aplicación general para todas las administraciones, el contenido del art. 86 de la Ley 40/2015, incluidas las obligaciones de control de eficiencia en la creación y funcionamiento de medios propios y de instalación de indicación en sus denominaciones.

– **Administración pública:**

En el ámbito en el que se realiza la consulta, la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública incluye la definición de «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”* (art. 1.1).

Esto es lo que literalmente, viene a reproducir el artículo 3.3 a) LCSP: *“Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: a) Las Administraciones Públicas.”*

Por ello, el análisis a realizar hay que enfocarlo al examen de la posibilidad de que **una Administración pública, como poder adjudicador, pueda considerar a una fundación del sector público medio propio personificado**, a los efectos de la LCSP.

III.-ANÁLISIS

La autoprovisión no es intrínsecamente contraria a la competencia aunque puede serlo si se aprovecha para dotar de ventajas comparativas a personificaciones pública instrumentales con vocación predominante de operar en el mercado.

Los artículos 32 y 33, en particular, contienen múltiples acotaciones aplicables a los encargos a medios propios personificados. Estas acotaciones son de naturaleza básica, dictadas al amparo del art. 149.1.18º y se aplicaran a todo el sector público.

Como punto de partida del análisis que vamos a efectuar, hemos de tener en cuenta que el artículo 31.1.a) LCSP dice que las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados. En tales casos,

- Si las entidades que desean emplear medios propios personificados son entes del sector público que no tienen la consideración de poder adjudicador, deben observar lo que prevé el artículo 33 de la Ley.
- Si las entidades que desean emplear medios propios personificados son poderes adjudicadores, como es el caso que se cuestiona (Administración pública) deberán ajustarse a lo previsto en el artículo 32 de la Ley.

Así, con la entrada en vigor de la LCSP se abre paso a una nueva regulación de los negocios *in-house*, contemplada de forma exclusiva y más desarrollada en su artículo 32, que se intitula “*encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados*”.

De esta forma, los encargos a los medios propios ya no se contemplan como un contrato excluido, sino como una figura específica de autoprovisión administrativa. Así, el artículo 32.1 de la Ley establece que:

“1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos (...)”.

Por ello, el siguiente paso del análisis es la determinación de las condiciones para que una persona jurídica merezca la calificación jurídica de medio propio.

A.- Condiciones para ser considerado medio propio personificado.

En el pasado se observó que, en el empleo de las encomiendas de gestión o encargos de servicio a medios propios (aplicación práctica de la técnica denominada «in house»), se daba con relativa frecuencia algún abuso de esta figura, con el resultado de producirse adjudicaciones directas que podían menoscabar el principio de libre competencia.

Para evitar esta situación, la LCSP, de acuerdo con la Directiva de contratación, ha aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades y estos encargos para no tener la consideración de contratos y, por tanto, escapar de los requisitos que la propia Ley establece.

Así, conforme al artículo 86. 1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Veamos los extensos requisitos previstos para abrir la posibilidad de suscribir encargos a medios propios realizados por entidades que son poderes adjudicadores (art. 32 LCSP).

El artículo 32 de la citada ley contiene dos bloques de requisitos: el primero, referido a la definición de medio propio personificado y el segundo, referido al encargo propiamente dicho. La ley se ha preocupado de aumentar los filtros y requisitos de idoneidad de los medios propios, tanto sobre la propia atribución de tal condición como sobre la justificación en los encargos singulares.

El objetivo es evitar la práctica de adjudicaciones directas que podían menoscabar el principio de libre competencia y ocasionar con ello un perjuicio económico a las arcas públicas, dado que la falta de competencia permite que la adjudicación no sea la más favorable para el interés público (en términos económicos y de prestación en sí).

En este informe, atendiendo a los términos de la consulta, nos vamos a centrar en los requisitos subjetivos, en las condiciones para ser considerado medio propio personificado:

Así, la ley distingue el supuesto de que el medio propio personificado lo sea de una única entidad, o bien que sea medio propio personificado de más de una entidad.

• Tendrán la consideración de medio propio personificado **respecto de una única entidad del sector público** aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

○ CONTROL EFECTIVO: Que el poder adjudicador ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, es decir, control total y efectivo, de modo que los encargos efectuados sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación del mismo.

○ CUASI EXCLUSIVIDAD: Que más del 80 por ciento del volumen global de negocios del ente destinatario del encargo consista en actuaciones encomendadas por el poder adjudicador.

○ TITULARIDAD PÚBLICA: si el ente destinatario del encargo tiene personificación jurídico-privada (una sociedad, una fundación...), la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

○ RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO: La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o acto de creación, indicando a tal efecto:

- .- el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición;
- .- el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir;
- .- la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado (sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador,



pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas).

○ IMPLICACIÓN DEL PODER ADJUDICADOR: Además, el poder adjudicador asume la responsabilidad de identificar y validar el ente como medio propio personificado. A estos efectos el poder adjudicador:

▪ 1.º debe dar conformidad o autorización expresa respecto del ente que vaya a ser medio propio.

▪ 2.º debe verificar que el ente que vaya a ser medio propio cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social (lo cual se presumirá cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente).

○ FIJACIÓN DE TARIFAS: la compensación por el encargo se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo, que reflejarán el coste real de prestación de la actividad en cuestión, o atendiendo al precio de mercado si es inferior.

• Por su parte, serán considerados **medios propios personificados respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí** aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

○ CONTROL EFECTIVO: los poderes adjudicadores deben ejercer sobre el medio propio el mismo control que ejercen sobre sus propios servicios o unidades, lo cual se entiende que es así cuando en los órganos decisorios del medio propio están representados los entes poderes adjudicadores con poderes decisorios significativos y no exista conflicto de intereses entre ellos.

○ CUASI EXCLUSIVIDAD: Que más del 80 por ciento del volumen global de negocios del ente destinatario del encargo consista en actuaciones encomendadas por los poderes adjudicadores u otros entes controlados por ellos. Este requisito deberá ser objeto de verificación por parte del Auditor de cuentas de la entidad medio propio.

- Además, deberá cumplir con los mismos requisitos establecidos en las letras c) (titularidad pública) y d) (reconocimiento estatutario), del art. 32 LCSP visto anteriormente para los medios propios de una única entidad del sector público.

Las consecuencias de no reunir dichos requisitos, o bien de perderlos de forma sobrevenida, son la imposibilidad de realizar encargos a los medios propios en cuestión.

B.- Características jurídicas de las fundaciones.

La fundación ha sido contemplada como uno de los medios de gestión de las Administraciones Públicas. Históricamente la fundación adoptaba una forma pública y se constituía bajo la figura de fundación pública local, habiendo pasado luego a ser el organismo autónomo local. En la actualidad la figura fundacional se diferencia de forma muy notable de la anterior (STS de 27 de abril de 2005, RJ 2005/4557), puesto que se trata de fundaciones del sector público constituidas bajo forma privada y no de formas jurídico-administrativas de personificación.

En cuanto a su definición *“las fundaciones son organizaciones sin fin de lucro que, por voluntad de las personas fundadoras, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”*. (art. 2 LFPV).

Conforme a la LFPV pueden constituir *“fundaciones tanto las personas físicas como las jurídicas, ya sean éstas privadas o públicas, salvo que en el caso de estas últimas sus normas reguladoras establezcan lo contrario”* (art. 7.1).

Además, las fundaciones para poder ser consideradas del sector público conforme al artículo 23 bis LPOHGPV deben cumplir los siguientes requisitos:

- que la mayoría de los miembros de su patronato se designe por entidades componentes del sector público.
- que la aportación para su constitución proceda, en su mayoría, de entidades públicas y/o
- que el patrimonio fundacional esté formado en más del 50% por bienes o derechos aportados por las referidas entidades.

En definitiva, las fundaciones son simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa: la creación de un medio propio es una manifestación del poder de autoorganización de los entes públicos. Esta decisión debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general (art. 2 LF y art. 4.1 LFPV), por lo que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de tales fines (art. 2 LFPV).

Ello significa que una vez creada la fundación, como medio propio, la Administración no sólo le encomendaría directamente unos fines, sino que también le podría atribuir la realización de determinadas actividades y servicios por cuenta de la Administración (art. 32.6 LCSP), que, de otra forma, no teniendo la condición de medio propio, se consideraría contrato público, debiéndose abrir un procedimiento de adjudicación.

Y para determinar si ello es posible no podemos obviar la literalidad de la LFPV, en la que podemos destacar el establecimiento de varias prescripciones que van a condicionar nuestra respuesta a la consulta:

- *“Las fundaciones se rigen por la voluntad de las personas fundadoras, sus estatutos y, en todo caso, por la ley” (Art. 2.1 in fine)*
- *“En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones a la persona o personas fundadoras o a los patronos o patronas, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”. (Art. 4.3).*



“Las personas jurídicas públicas podrán constituir fundaciones o participar en su constitución exclusivamente para promover la participación de los particulares o de otras entidades públicas o privadas en actividades de interés general y siempre que ello no suponga la asunción por parte de las fundaciones del ejercicio de potestades públicas o de la prestación de servicios públicos obligatorios”. (Art. 7.4)

“Dicha constitución deberá ser autorizada por el órgano que resulte competente en cada institución, previa tramitación del procedimiento que sea de aplicación, en el que quede constancia de las razones o motivos por los que se considera que se alcanzará una mejor consecución de los fines de interés general a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente” (Art. 7.4 in fine)

C.- Cumplimiento de las condiciones para ser medio propio por las fundaciones del sector público.

Cuando se reúnan estos requisitos, la contratación entre una Administración pública y una fundación del sector público se realizará mediante un acto jurídico, que no se halla sujeto a las normas de contratación administrativa, lo que permitirá su encomienda directa a la fundación. Nos encontraríamos, por tanto, ante una modalidad de gestión, la gestión directa por medio de una fundación del sector público.

En el caso de que la fundación pública no pueda ser considerada medio propio o servicio técnico, no podrá recibir la encomienda o adjudicación directa de la prestación, sino que habrá de convocarse un procedimiento de licitación, al cual la fundación pública podrá concurrir en igualdad de condiciones con el resto de los licitadores interesados

A la vista de lo anterior, varios son los aspectos que hay que tener en cuenta para proceder a la determinación de si el diseño normativo que la legislación atribuye a las fundaciones del sector público tiene encaje en los requisitos que la LCSP exige para ser considerado medio propio personificado.

1.-Control efectivo.

Con la redacción del artículo 2. 1 in fine (*“Las fundaciones se rigen por la voluntad de las personas fundadoras, sus estatutos y, en todo caso, por la ley”*) parecería, en principio, asegurarse el cumplimiento requisito del control efectivo del poder adjudicador sobre el medio propio.

No obstante, debemos tener en cuenta la prescripción legal sobre el objetivo que debe perseguir la iniciativa fundacional: así, conforme al art. 7.4 LF, *“Las personas jurídicas públicas podrán constituir fundaciones o participar en su constitución exclusivamente para promover la participación de los particulares o de otras entidades públicas o privadas en actividades de interés general y siempre que ello no suponga la asunción por parte de las fundaciones del ejercicio de potestades públicas o de la prestación de servicios públicos obligatorios”*.

Este objetivo que debe cumplir toda fundación condiciona uno de los requisitos que establece la LCSP: el control efectivo sobre el medio propio.

Así, conforme al artículo 7.4 LF es impensable la existencia de una fundación pública que se constituya con una aportación 100% de una única administración o cuyo patrimonio fundacional sea 100% aportado exclusivamente por una administración, ya que siempre habrá participación de particulares o de otra entidad pública.

Y como vamos a ver, esta circunstancia va a constituir un obstáculo para que una administración, como una de las fundadoras de la fundación, pueda ejercer un control, como el que requiere la LCSP, sobre la misma.

Así, si en la fundación participan particulares, sus representantes defenderán en el patronato, como es lógico, los intereses de los fundadores particulares, que no dejan de ser intereses privados y por lo tanto de naturaleza diferente al interés público que tendrá una administración pública, lo que hace inviable que exista por parte de la administración el control efectivo que requiere la LCSP para que se considere medio propio.

Recordemos que, como hemos afirmado previamente, los poderes adjudicadores deben ejercer sobre el medio propio el mismo control que ejercen sobre sus propios servicios o

unidades, lo cual se entiende que es así cuando en los órganos decisorios del medio propio están representados los entes poderes adjudicadores con poderes decisorios significativos y no exista conflicto de intereses entre ellos.

Por eso, la existencia en el patronato de intereses ajenos al interés general constituye una cortapisa para que una fundación sea considerada medio propio de la administración fundadora, a pesar de que el peso de esa administración en el patronato fuera mayoritaria. A este respecto, debe recordarse que la jurisprudencia europea sostiene que para considerar que existe un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios (primer requisito para definir un medio propio, el llamado "primer criterio Teckal" no basta con el simple control mayoritario o la influencia dominante (STJ de 11/1/2005). Así, la STJ 19/6/2014 afirma:

“Cuando la entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house», por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios”.

Por supuesto, la presencia de particulares está plenamente justificada en el ámbito de la colaboración con el sector privado, pero es difícil de comprender en un medio propio, creado con la finalidad de proveer de servicios a las entidades matrices que se vinculan con él en un ámbito estrictamente interno; dicho de otro modo, se trata de un fenómeno de autoorganización de las Administraciones y la colaboración con entidades privadas en este caso está fuera de lugar.

Por otro lado, si en la fundación participaran otras administraciones públicas, aunque pudiera respetarse al menos la letra del precepto en cuanto supone la participación de varias administraciones en la consecución de un interés general común, sin embargo sería contradictorio con la intención del artículo 7.4 LF que lo que hace es amparar la coordinación

entre administraciones para actividades directamente dirigidas a la colectividad (art. 4.2 LFPV), siendo muy dudoso que dé cobertura a una forma de autoorganización de los propios servicios, aunque sea acordada entre varios entes públicos.

Ahora bien, teóricamente, si admitiéramos la autoprovisión como una actividad de interés general, cabría la posibilidad de que una fundación integrada por varias administraciones públicas sea medio propio de ellas, si se cumplieran los requisitos que el art. 32.4 LCSP (que hemos recogido en el apartado III.a) establece para el supuesto de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores independientes entre sí.

En este caso, la creación de un medio propio constituiría la manifestación del poder de autoorganización de las diferentes administraciones. Esa autoorganización se plasmaría en un medio propio “consorciado” con otras administraciones.

2.- Autocontratación.

Por otra parte, nos encontramos con otro obstáculo para que las fundaciones sean medios propios de sus fundadores, que no deriva de la LCSP, sino del régimen legal de las mismas.

Así, el artículo 36.1 LFPV establece que *“Los miembros del patronato (las personas jurídicas tienen la condición de miembros del patronato según el artículo 14.3 de la misma Ley) o sus representantes no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de una tercera persona, salvo autorización del protectorado, con el procedimiento que reglamentariamente se establezca”* lo que parece que convierte al menos en paradójico que una entidad que tiene tamaña cortapisa para la autocontratación deba sin embargo, como medio propio, aceptar encargos unilaterales que no tiene posibilidad de declinar. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 28 LF.

Hay que recordar que, materialmente, los encargos a medios propios son, en el fondo, autocontratación, porque toda la figura se basa en que el medio propio carece de voluntad diferenciada frente a su entidad matriz.

No obstante, la propia ley admite que esa autocontratación sea autorizada por el protectorado de la fundación (*“con el procedimiento que reglamentariamente se establezca”*).

3.- Finalidad de las fundaciones.

De lo dicho hasta este momento, admitiendo hipotéticamente que la autoprovisión es una actividad de interés general (art. 7.4 LFPV en relación con el art. 4 de la misma ley), podría sacarse la conclusión de que una fundación constituida por varias administraciones pudiera constituir medio propio de las mismas, siempre que se cumplan los requisitos de art. 32.4 LCSP y el patronato de la fundación autorice la “autocontratación” (art.36.1 LFPV),

No obstante, aún en esta hipótesis hay un obstáculo legal insalvable: la redacción del artículo 4.3 LFPV que afirma:

“En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones a la persona o personas fundadoras o a los patronos o patronas, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”.

Y en el mismo sentido, el artículo 3.3 LF, que tiene la condición de norma básica establece que *“en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges y personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizados que no persigan fines de interés general”.*

Es decir, la finalidad de constituir una fundación es la colaboración bien con la iniciativa privada bien interadministrativa en actividades de interés general (art. 7.4 LFPV), no la de convertirse en medio propio de una administración.

La previsión de los citados artículos choca frontalmente con lo establecido en el artículo 32.2 b) LCSP como condición inexcusable para considerar medio propio a una persona jurídica: la cuasi exclusividad.

Recordemos que conforme al citado artículo, más del 80 por ciento del volumen global de negocios del ente destinatario del encargo deben consistir en actuaciones encomendadas por los poderes adjudicadores u otros entes controlados por ellos.

Es decir, la LCSP establece como requisito ineludible (*“todos y cada uno de los requisitos”*) para considerar medio propio justamente lo que la LFPV prohíbe a las fundaciones (*“en ningún caso”*): una fundación no puede tener como finalidad principal destinar sus prestaciones al fundador y un medio propio debe realizar más del 80% de sus actividades para el poder adjudicador.

4.- La fundación como forma subsidiaria.

Finalmente, la Ley de fundaciones del País Vasco es clara al exigir que la constitución de una fundación deba contemplarse siempre como forma subsidiaria frente a otros entes instrumentales, para conseguir el fin al que va destinada. Así, en el art. 7. 4 *in fine* LFPV se afirma:

“Dicha constitución deberá ser autorizada por el órgano que resulte competente en cada institución, previa tramitación del procedimiento que sea de aplicación, en el que quede constancia de las razones o motivos por los que se considera que se alcanzará una mejor consecución de los fines de interés general a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente”.

Por ello, difícilmente se puede entender la constitución de una fundación cuya finalidad sea la de actuar como medio propio de una administración (entendiendo que este es el fin de interés general que debe cumplir) dejando constancia de que es mejor forma de consecución de ese fin que otro ente jurídico público, como puede ser una sociedad pública. La fundación siempre debe ser una forma subsidiaria de otros entes instrumentales y es evidente la existencia de formas jurídicas más apropiadas para tener la atribución de medio propio de una administración.

IV.- CONCLUSIÓN.

Expuesto lo que antecede, por este Letrado, en respuesta a la consulta planteada, se manifiesta que la concepción legal prevista en la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco de las fundaciones del sector público no tiene encaje en la figura jurídica de medio propio de una administración pública, recogida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este es el informe que emito en Vitoria-Gasteiz, y someto a otro mejor fundado en derecho.