

9. FUNDACIONES. NORMAS DE CONTRATACIÓN APLICABLES A LAS MISMAS

Procedimiento de contratación de una Fundación (constituida por el Estado) sujeta a la Ley 30/1994 y justificación del gasto que realice dicha entidad en ayudas a los beneficiarios. No sujeción de la Fundación a los preceptos de la Ley 13/1995, por no ser una Administración Pública ni una Entidad de Derecho público. Naturaleza de las ayudas que concede la Fundación a sus beneficiarios: no son subvenciones públicas por no tener los caracteres previstos en el artículo 81.2 de la LGP*.

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta relativa a «las cautelas que han de observarse en el procedimiento de contratación y justificación del gasto» de la Fundación «Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad» y, a la vista de dicha consulta y de la restante documentación remitida, emite el siguiente informe:

I. La Fundación «Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad» (en adelante, la Fundación) formula a esta Dirección consulta sobre el «procedimiento a seguir por parte de la Fundación en cuanto a las cautelas que han de observarse en el procedimiento de contratación y justificación del gasto, teniendo en cuenta el artículo 29 de sus Estatutos que expresan textualmente:

«La Fundación ajustará su actuación en materia de personal y contratación a los principios básicos que regulan el régimen de personal y la contratación de las Administraciones Públicas.

En particular, salvo que la naturaleza de la operación lo impida, la selección de personal de la Fundación será efectuada con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria; y la contratación, de acuerdo con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad.

Todo contrato, sea de personal u ordinario, deberá ser objeto de publicidad con una antelación mínima de diez días hábiles en el Boletín Oficial de la Provincia donde se vaya a desarrollar su objeto y, en su

* Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de fecha 24 de junio de 1999 (ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 11/99). Ponentes: Marta Pastor López y José Luis Llorente Bragulat.

defecto, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid. No se exigirá dicha publicidad en los mismos casos exceptuados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas o en aquellos contratos que singularizadamente acuerde el Director General, que dará cuenta al Patronato.

La Asesoría Jurídica se llevará a cabo por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, con la que la Fundación establecerá el oportuno Convenio. Cada año la Fundación solicitará a la Intervención General del Estado la auditoría de sus cuentas, antes de someterlas a la aprobación del Patronato.»

Dada la amplitud e imprecisión de los términos de la consulta en lo que respecta a la contratación («cauteladas que han de observarse en el procedimiento de contratación»), las cuestiones planteadas pueden referirse a un gran número de supuestos en función de las diversas clases de contratos y las formas o modalidades de adjudicación, cuyo estudio completo exigiría un examen exhaustivo de todos los requisitos y principios inducidos de ellos que la normativa estatal sobre contratación de las Administraciones Públicas contiene en los distintos casos. Sin embargo, este Centro entiende, por simple presunción lógica, que no se ha pretendido solicitar aquel estudio o examen exhaustivo, sino una exposición de los criterios o pautas generales de aquella contratación a cuyos «principios básicos» deberá ajustarse la Fundación conforme al precepto estatutario transcrito. Se excluirá del presente informe, por ello, el análisis pormenorizado de cada tipo de contrato, así como el de la contratación de personal (por entenderse que la consulta no ha querido referirse a la misma) y, en fin, el de aquellos contratos que, aunque hubieran sido celebrados por una Administración Pública, tendrían, a tenor del artículo 5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), la condición de contratos privados (por ejemplo, donación, compraventa, permuta, arrendamiento ...) y se regirían por la legislación patrimonial aplicable en cada caso, aunque sin olvidar, cuando se trate de la Fundación, la exigencia de previa autorización del Protectorado para celebrar en ciertos casos aquellos contratos (cfr. arts. 19 y 26 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General). En cualquier caso, si se deseara asesoramiento jurídico sobre algún tipo de contrato o aspecto del mismo no contemplado en este informe, podría formularse una nueva consulta sobre la cuestión concreta que en relación con aquellos contratos o aspectos de los mismos se planteara.

Por otra parte, también conviene advertir en este apartado que la consulta sobre la «justificación del gasto» no se refiere (según se aclaró telefónicamente a este Centro) al gasto que derive de la contratación, sino a la forma de justificar que las ayudas que la Fundación concede para el fomento de las actividades que promueve son destinadas efectivamente a la finalidad prevista.

II. La primera observación de carácter jurídico que debe formularse en relación con la parte de la consulta relativa al «procedimiento de contratación» es que no existe un imperativo legal que obligue a las Fundaciones constituidas por las Administraciones Públicas a someterse a la LCAP. Este tema fue abordado por esta Dirección en un informe de 3 de marzo de 1998 (ref.: A.G. Educación y Cultura 3/98), emitido en relación con la Fundación «Teatro Lírico» y en el que se concluía que la citada Fundación no quedaba sujeta en su actividad contractual a las prescripciones de la LCAP, por no tratarse de una entidad de derecho público (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley citada), pero añadía que mediante una modificación de sus estatutos podría implantarse un régimen de contratación inspirado en el referido texto legal. En el caso de la Fundación «Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad» sus propios Estatutos someten el régimen de personal y de contratación, como ya se ha visto, a los «principios básicos» que regulan dichas materias para las Administraciones Públicas. Las normas que recogen los referidos principios son, fundamentalmente, la LCAP, en materia de contratación, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en materia de personal. En consecuencia, aunque la Fundación no se encuentra sometida a los preceptos de dichas Leyes ni por disposición legal lo estaría siquiera a los principios que las inspiran, lo cierto es que el fundador (la Administración General del Estado, según resulta de la escritura pública de 22 de diciembre de 1998, cuya copia se ha remitido) ha manifestado, en el antes transcrito artículo 29 de los Estatutos, su voluntad de ajustar la actuación de aquélla a los principios básicos que regulan el régimen de personal y contratación de las Administraciones Públicas.

Debe ponerse de relieve que el precepto estatutario citado, después de hacer una referencia general a aquellos «principios básicos», parece destacar que algunos de los aludidos principios serán de aplicación preferente por la Fundación, al disponer que «en particular, salvo que la naturaleza de la operación lo impida, la selección de personal de la Fundación será efectuada con respecto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria; y la contratación, de acuerdo con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad».

Ahora bien, conviene advertir que, pese a la sumisión expresa de la Fundación a los reiterados principios básicos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, esta normativa no podrá ser de aplicación en determinados aspectos. Así, puede decirse, a título de ejemplo, que al no ostentar la Fundación consultante la condición de Administración Pública, el régimen de prerrogativas o privilegios que la LCAP reconoce a las Administraciones Públicas no será extensible a dicha Fundación. Del mismo modo, al no ostentar los contratos que la misma celebre la condición de contratos administrativos, sino contratos privados, no será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de las acciones judiciales que se deriven de dichos contratos. En definitiva, deberá siempre tenerse en cuenta que los contratos que celebre

9 la Fundación se encuentran sometidos al Derecho privado, con las salvedades que resultan del más arriba transcrito artículo 29 de los Estatutos de aquélla y, en ciertos casos, de los preceptos de la Ley 30/1994, que también se han citado.

III. Hechas las anteriores precisiones, procede comenzar a examinar las «cautelas» que ha de adoptar la Fundación en los procedimientos de contratación. Para ello, debe partirse del artículo 11 de la LCAP, cuyo apartado 1 determina los principios generales (o algunos de ellos) a los que deben someterse los contratos de las Administraciones Públicas, disponiendo que dichos contratos «se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación». En opinión de este Centro Directivo, estos son los «principios básicos» de la contratación a que ha querido referirse el artículo 29 de los Estatutos de la Fundación en su párrafo primero, sin perjuicio de destacar en el párrafo segundo los principios que pueden considerarse como de preferente aplicación. Conviene poner de relieve que todos estos principios se encuentran íntimamente ligados entre sí, en la medida en que la igualdad y la no discriminación entre todos los interesados en un determinado contrato exigen que se promueva un sistema de concurrencia que permita participar a todos aquellos interesados y que, a su vez, sin la publicidad previa del contrato a celebrar no es posible promover la concurrencia.

El principio de concurrencia tiene como objetivo lograr que toda persona interesada pueda participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato presentando la correspondiente oferta o proposición, de tal modo que el órgano de contratación pueda disponer de una pluralidad de ofertas para seleccionar aquélla que mejor se acomode al interés de la Entidad que haya de adjudicar el contrato.

El principio de publicidad –instrumental del de concurrencia, como ya se apuntó– exige que pueda llegar a conocimiento de la generalidad de los posibles interesados la convocatoria del procedimiento para la adjudicación de un contrato.

Los principios de igualdad y no discriminación implican que el órgano de contratación deberá verificar la selección del contratista mediante un procedimiento que garantice la imparcialidad y objetividad en la elección. Para ello constituyen requisitos indispensables la publicidad y concurrencia, como también se señaló antes, así como la circunstancia de que el contrato se adjudique al licitador que, de acuerdo con la convocatoria, reúna la mejor puntuación, impidiendo, por tanto, la arbitrariedad en la adjudicación.

El artículo 29 de los Estatutos de la Fundación recoge expresamente, como se ha reiterado, los principios de publicidad y concurrencia y, aunque no menciona los principios de igualdad y no discriminación, incluye

el principio de objetividad, que fundamentalmente puede considerarse como proyección de la igualdad y no discriminación en el sentido de que la adjudicación del contrato se realizará a favor del candidato que reúna las mejores condiciones para ejecutarlo de acuerdo con las bases o reglas de la convocatoria, y no en virtud de consideraciones subjetivas de carácter arbitrario.

Expuestos brevemente los principios básicos que rigen la contratación de las Administraciones Públicas y, por tanto, de la Fundación, procede a continuación determinar si los preceptos de la LCAP en que se concretan estos principios son imperativos para la Fundación. Se trata de averiguar si las disposiciones de la LCAP que concreta y específicamente regulan los procedimientos de adjudicación, la publicidad o la igualdad constituyen derecho necesario en la contratación de la Fundación. La respuesta a esta cuestión ha de ser en sentido negativo por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, los Estatutos de la Fundación prevén la sumisión a los «principios» de la contratación de las Administraciones Públicas y no a los «preceptos» de la LCAP. Si el Fundador hubiera previsto someter a la entidad a los preceptos de la LCAP, lógicamente lo habría recogido expresamente en los Estatutos. Una interpretación literal de la cláusula en cuestión obliga, pues, a tomar en consideración los principios, criterios o líneas generales que inspiran o sobre los que se asienta la contratación administrativa, pero no conduce a la aplicación rigurosa y exacta de las normas específicas por las que se regula.

Ahora bien, los principios enunciados en el artículo 11 de la LCAP son susceptibles de concretarse o instrumentarse en diversas fórmulas concretas. Buena prueba de ello es que la anterior Ley de Contratos del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril) ya proclamaba en su artículo 13 los referidos principios de publicidad y concurrencia y, sin embargo, su manifestación efectiva en los procedimientos de adjudicación que regulaba aquella Ley era diferente de la que contiene la vigente LCAP.

Acudiendo a un supuesto sustancialmente análogo al que se contempla en este informe, cabe señalar que, en relación con la disposición adicional sexta de la LCAP (que exige que las sociedades mercantiles con participación mayoritaria de las Administraciones Públicas se ajusten en su actividad contractual a los principios de concurrencia y publicidad), la doctrina mayoritaria entiende que tal disposición no supone la sujeción a los preceptos de la LCAP que regulan la publicidad y concurrencia y permite que sean las propias entidades las que determinen el procedimiento para lograr el cumplimiento de los principios enunciados.

9 En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su dictamen 24/1995, de 24 de octubre, declara, a propósito del precepto citado, lo siguiente:

«... cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente.

Sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia Empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque sí posible, acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc...) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyos preceptos no queda sujeta ENASA» (la Empresa aludida).

Los anteriores argumentos permiten llegar a la conclusión de que si bien la Fundación está obligada a ajustar su actividad contractual a los principios básicos de la contratación de las Administraciones Públicas, no está obligada, en cambio, a aplicar los preceptos de la LCAP en los contratos que celebre, sin perjuicio de que si desea voluntariamente someterse a esta normativa podrá hacerlo (preferentemente, mediante la correspondiente reforma estatutaria), en la medida en que dicha normativa sea compatible con su naturaleza privada y su organización y, por tanto, con las limitaciones anteriormente aludidas, derivadas de dicha naturaleza.

Teniendo en cuenta que, por una parte, se afirma el ajuste de la actividad contractual de la Fundación a los principios enunciados en el artículo 11 de la LCAP, pero, por otra, se señala que aquella entidad no está obligada a aplicar los preceptos de la referida Ley, sería muy conveniente arbitrar un procedimiento que permitiese proyectar, con carácter general, los referidos principios sobre los contratos que celebre la Fundación. Este procedimiento habría de desarrollarse por la propia Fundación a través del Patronato, que ostenta, entre otras competencias, la de «interpretar, desarrollar con la oportuna normativa complementaria y adoptar acuerdos sobre la modificación de los Estatutos que rigen la Fundación» (art. 19.1). En consecuencia, de aceptarse la sugerencia que aquí se formula sería el Patronato el órgano competente para elaborar unas normas que regulasen el procedimiento de contratación con el fin de salvaguardar y desarrollar los principios enunciados en el artículo 29 de los Estatutos de la Fundación. Respecto al contenido de dichas normas, aparte de respetar y desarrollar los reiterados principios (en tanto se mantenga la redacción actual del precepto estatutario), podrían también inspirarse, en mayor o menor medida, en preceptos de la LCAP que, aún no respondiendo a la aplicación de aquellos principios, puedan resultar útiles para la protección de

los intereses de la Fundación, sin olvidar las limitaciones y salvedades que puedan derivar de la naturaleza y la organización de aquélla. Todo ello debe entenderse, como es lógico, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar otras soluciones más radicales, y ya apuntadas, si se considerasen más conveniente para los intereses de la entidad, como sería la modificación de sus Estatutos para eludir la actual referencia a los principios de la contratación pública o, en el extremo contrario, para someterse a los preceptos que concretamente la rigen, con las reiteradas salvedades propias de la naturaleza y organización de la Fundación. Cualquiera de estas soluciones podría ser adoptada por el Patronato, dada su competencia para modificar los Estatutos al amparo del citado artículo 19.1 de los mismos.

IV. Las anteriores consideraciones sobre la conveniencia de que la Fundación se dote, a través de su Patronato, de una normativa propia sobre contratación o sobre la posibilidad de modificar sus Estatutos no eximen a este Centro de ilustrar a la Entidad consultante sobre los aspectos de la contratación que se estiman más significativos y que podrían tenerse en cuenta si el Patronato estimase procedente la elaboración de unas normas de procedimiento en la contratación.

Sobre la base de los principios proclamados en el artículo 11.1 de la LCAP, y a la vista de otros artículos de dicha Ley que regulen diversas materias importantes –relacionadas directamente o no con aquellos principios–, se examinarán a continuación varios aspectos de la contratación de presumible interés para que la Fundación pueda tener una orientación razonable sobre las «cautelos que han de observarse en el procedimiento de contratación». Los aspectos a que se hace referencia son los siguientes:

- a) Competencia para la contratación.
- b) Capacidad del contratista.
- c) Expediente.
- d) Publicidad.
- e) Mesa de contratación.
- f) Procedimiento de adjudicación.
- g) Garantías.
- h) Contratos menores.

En consecuencia, se examinarán sucesivamente cada uno de estos aspectos.

A) *Competencia para la contratación*

El artículo 19.1 de los Estatutos de la Fundación confieren al Patronato de la misma, entre otras facultades, la de «formalizar y aprobar toda

9 clase de actos y contratos, ya sean de índole civil, mercantil, laboral, administrativo y de cualquier otra clase necesarios para la mejor realización de los fines de la Fundación». Por consiguiente, será el aludido Patronato el órgano competente para la contratación, sin perjuicio de la posibilidad de delegar sus competencias al respecto, «cuando éstas sean delegables de conformidad con lo establecido en la Ley de Fundaciones», así como de «otorgar apoderamientos generales y/o especiales», como expresamente prevé el apartado 2 del citado artículo. El artículo 14 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, admite, por su parte (salvo que los Estatutos dispongan otra cosa), que el Patronato delegue sus facultades en uno o más de sus miembros, o que nombre apoderados generales o especiales y el artículo 22.1 de los Estatutos contempla expresamente la posibilidad de conferir tal apoderamiento al Director General de la Fundación. El artículo 14.3 de la Ley 30/1994 dispone, en fin, que «las delegaciones, los apoderamientos generales y su revocación deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones».

Así pues, si el Patronato de la Fundación decide delegar sus facultades de contratación o conferir apoderamiento en esta materia, deberá ajustarse a lo dispuesto en los preceptos que se han citado.

B) *La capacidad del contratista*

En este punto conviene poner de manifiesto que la LCAP exige a los empresarios que pretendan contratar con las Administraciones Públicas unos requisitos adicionales a los requeridos en el tráfico jurídico privado, exigencia que viene justificada por la salvaguarda y defensa de los intereses públicos, concretados en la necesidad de asegurar el buen fin de los contratos en función de las circunstancias económicas y profesionales concurrentes en los contratistas.

Así, las personas que pretendan contratar con la Administración no solamente deben tener plena capacidad de obrar, sino que, además, deberán acreditar «su solvencia económica, financiera y técnica o profesional» (cfr. art. 15.1 de la LCAP). Si se deseara proyectar este requisito (que, en rigor, no se considera ineludible a la vista de los arts. 29 de los Estatutos de la Fundación y 11.1 de la LCAP) sobre la contratación de la Fundación, sería aconsejable que esta Entidad, antes de formalizar cualquier contrato, se cerciorase de que el contratista tiene, además de capacidad de obrar (que convendría acreditar en la forma que determina el art. 15.2 de la LCAP si fuese persona jurídica y si fuera persona física, ante la ausencia de regulación, debería presumirse a la vista del D.N.I.), la solvencia económica y financiera y técnica o profesional que la referida Ley exige a quienes contratan con la Administración.

Los artículos 16, 17, 18 y 19 de la LCAP establecen los medios que podrán utilizarse para acreditar estos requisitos de solvencia, debiendo

tenerse presente, por una parte, que, caso de aplicar la Fundación estos preceptos –o el principio a que responden– habrían de precisarse en los anuncios previstos en el artículo 29, párrafo segundo, de los Estatutos de la Entidad los medios de acreditación que habrían de ser utilizados en cada caso (cfr. art. 15.3 de la LCAP) y, por otra parte, que el acreditamiento de la solvencia podría ser sustituido por la correspondiente clasificación del contratista cuando fuera exigible con arreglo a la LCAP (cfr. arts. 15.1 y 25 de la misma).

En relación con la aludida clasificación considera este Centro que, aunque sea un «requisito indispensable» exigible a los empresarios que contraten con las Administraciones Públicas en los casos a que se refiere el artículo 25.1 de la LCAP, no resulta justificado aplicar tal exigencia con la misma rigidez en la contratación de la Fundación. Se estima razonable, por ello, dejar esta cuestión (como, por lo demás, todo lo relativo a la acreditación de la solvencia de los licitadores) a la discrecionalidad del Patronato, pero advirtiendo que en el supuesto de acordarse la exigencia de clasificación, habría de aplicarse ésta en todos los contratos del mismo tipo y cuyo presupuesto fuese igual o superior a la misma suma, porque en caso de aplicarse en unos contratos y no aplicarse en otros, dentro de los que reúnan aquellas mismas características, podría invocarse con fundamento la infracción de los principios de igualdad y no discriminación enunciados en el artículo 11.1 de la LCAP (aunque no haga referencia explícita a los mismos el art. 25 de los Estatutos de la Fundación). En el caso de no decidir el Patronato de la Fundación la exigencia de clasificación de los contratistas, podría requerirse el acreditamiento de la solvencia por los medios antes aludidos (es decir, los previstos en los arts. 16, 17, 18 y 19 de la LCAP) e indicación en los anuncios correspondientes al contrato de que se trate cuáles de aquellos medios habrían de utilizarse. También en este supuesto habría de aplicarse el criterio de igualdad de trato antes señalado.

C) *La tramitación de un expediente*

El artículo 68 de la LCAP establece lo siguiente: «A todo contrato administrativo precederá la tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo, que comprenderá la del gasto correspondiente y, en su caso, la del pliego de cláusulas administrativas particulares que haya de regir el contrato. El expediente debe recoger también las prescripciones técnicas a las que ha de ajustarse la ejecución del contrato, el certificado de la existencia de crédito, siempre que el contrato origine gastos y la fiscalización de la Intervención...».

La primera cuestión que debe ponerse de manifiesto es que la posible proyección de este precepto sobre la contratación de la Fundación determina la conveniencia de tramitar siempre un expediente de contratación (conviene recordar que el art. 56 de la LCAP prohíbe la contratación ver-

9 bal). Así, el expediente de contratación habría de iniciarse con una definición del objeto del contrato con referencia al contenido prestacional. En el ámbito de la contratación administrativa dicha definición se recoge en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que contiene los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato y que debe aprobarse previa o conjuntamente a que se certifique la existencia de crédito (art. 50.1 de la LCAP). En el caso de la Fundación, la justificación de la existencia de crédito para sufragar el gasto que origina el contrato no es un requisito exigido formalmente, pero la conveniencia de su aplicación podría fundarse en un principio de buena administración (aunque no le sean aplicables los preceptos de la LCAP).

El contenido y la tramitación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas están reguladas en los artículos 50 a 53 de la LCAP, que, como se viene reiterando, no son de obligada aplicación por la Fundación y, por otra parte, dichos pliegos pueden no ser imprescindibles para dar cumplimiento a los principios a que alude el artículo 29 de los Estatutos. Sin embargo, puede resultar muy conveniente su redacción —en los mismos o análogos términos que los de la LCAP— para configurar el contenido completo del contrato, función que, caso de no existir los reiterados pliegos, habrían de cumplir otros documentos semejantes cuyas copias habrían de entregarse a todos los interesados que lo solicitaran (cfr. art. 50.5 y 6 de la LCAP).

D) *Publicidad*

Aunque el artículo 79 de la LCAP establece como norma general la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», en el párrafo tercero del artículo 29 de los Estatutos de la Fundación se establece un régimen distinto de publicidad («Boletín Oficial de la Provincia» o, en su defecto, «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid»), al que deberá sujetarse la Fundación en los contratos que celebre. No obstante, si por razón de la cuantía del contrato o por cualquier otra circunstancia interesara una mayor publicidad, podría utilizarse, además de aquélla, la inserción del correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado» o alguno de los periódicos de mayor circulación.

Dado que el citado artículo 29 de los Estatutos exceptúa de publicidad los mismos casos exceptuados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, debe advertirse aquí que el artículo 79 de la LCAP exceptúa de la publicidad los procedimientos negociados (salvo que por razón de su cuantía haya de publicarse en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»). Igualmente quedan exceptuados de publicidad los denominados «contratos menores» (cfr. art. 57 de la LCAP), a los que se hará especial referencia en la letra H) del presente apartado.

Respecto a la excepción de publicidad «en aquellos contratos que singularizadamente acuerde el Director General» (de la Fundación), entiende este Centro Directivo que la aplicación de dicha excepción puede producir efectos contrarios a los principios de igualdad y concurrencia (además del de publicidad), por lo que sería conveniente eliminarla del artículo 29 de los Estatutos o condicionarla a circunstancias objetivas indicadas en el propio texto estatutario o, cuando menos, en las normas de contratación que en su caso aprobase el Patronato.

E) *Mesa de contratación*

El artículo 82 de la LCAP regula la Mesa de contratación como órgano de asistencia del órgano de contratación para la adjudicación de los contratos (exceptuando el caso previsto en el art. 12.4 y los contratos menores a que se aludirá después). Las funciones de la referida Mesa consisten en calificar los documentos presentados por los licitadores o candidatos a la contratación, abrir y examinar las ofertas o proposiciones presentadas por los mismos y elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación que considere pertinente (pudiendo solicitar previamente los informes técnicos que, en su caso, estime precisos). El órgano de contratación podrá separarse de la propuesta de la Mesa, motivando en este caso su decisión (cfr. arts. 82.1, 83 y 89 de la LCAP).

En el caso de la Fundación no se considera indispensable ni obligado constituir la Mesa de contratación, por no estar vinculado directamente el funcionamiento de este órgano al cumplimiento de los principios a que se refiere el artículo 29 de los Estatutos de la Entidad (aunque contribuiría a la objetividad en la selección del contratista). No obstante, el Patronato podría acordar la constitución de una Mesa de contratación y fijar su composición en términos adecuados a la organización de la propia Fundación (dado que no sería posible aplicar literalmente las reglas que al respecto contiene el artículo 82.1 de la LCAP). Ahora bien, en el caso de que el Patronato decidiese constituir la reiterada Mesa habría de establecerlo para todos los contratos o para todos los de un determinado tipo y/o cuantía mínima, pero no sería admisible, por no ser conforme con el principio de igualdad, constituir la Mesa de contratación para uno o varios contratos concretos y excluirla para otro u otros, cuando todos fueran de las mismas características.

F) *Procedimiento de adjudicación*

Los artículos 74 a 76 de la LCAP regulan los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos, distinguiéndose entre el procedimiento abierto, el restringido y el negociado, cuyas respectivas descripciones figuran en el primero de los preceptos citados. Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efec-

9 tuarse por subasta o por concurso, conceptos definidos en el artículo 75 de la LCAP. El extremo que interesa destacar especialmente en este lugar es que se da preferencia a la adjudicación por subasta o concurso, como formas que «los órganos de contratación utilizarán normalmente», según dicción del artículo 76.1, lo que es lógico y congruente con los principios de publicidad y concurrencia proclamados en el artículo 11 de la propia LCAP, que se cumplen en aquellas dos formas de adjudicación, pero no en el denominado procedimiento negociado, por lo que éste sólo procederá –según indica el artículo 76.1– en los casos determinados en el Libro II de la misma Ley para cada clase de contrato (cfr. arts. 140, 141, 182, 183, 160.2, 210 y 211). También conviene advertir que, según el artículo 69.2 de la LCAP, no podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda.

En relación con la materia de que ahora se trata, debe reiterarse, una vez más, que la Fundación no está obligada a aplicar los preceptos que acaban de citarse, aunque sí es aconsejable seguir los criterios básicos a que los mismos responden, en la medida en que sirven de instrumento a los principios de publicidad y concurrencia. Así, sería conveniente restringir la utilización del procedimiento negociado a los supuestos análogos a los previstos en la LCAP con el fin de respetar en la mayor medida que sea posible los tan citados principios.

G) *Garantías*

La LCAP regula en sus artículos 36 a 41 el régimen de garantías exigidas para los contratos con la Administración. Deben destacarse los siguientes extremos de los referidos preceptos: 1) En los procedimientos abiertos o restringidos será necesaria la constitución, por quienes pretendan contratar con la Administración, de una garantía provisional equivalente al 2 por 100 del presupuesto del contrato, en alguna de las formas que señala el artículo 36.1; 2) Se puede dispensar de la garantía provisional en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en ciertos casos previstos en el artículo 36.2; 3) En el procedimiento negociado es potestativa la exigencia de la garantía provisional; 4) Los adjudicatarios de los contratos están obligados a constituir una garantía definitiva por el importe del 4 por 100 del presupuesto (art. 37); y 5) Los artículos 40 y 41 establecen ciertas excepciones a la constitución de garantía provisional o definitiva.

En el caso de la Fundación, tampoco resulta obligatoria la aplicación de la normativa que se acaba de resumir, máxime cuando no está directamente vinculada a los principios básicos de los artículos 11.1 de la LCAP y 29 de los Estatutos fundacionales, sino que responden al propósito de asegurar la seriedad de licitaciones y, en su caso, el cumplimiento del contrato por el adjudicatario. Ahora bien, en atención a esta finalidad, el

H) *Contratos menores*

El artículo 57 dispone que «en los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía ... la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente ... y en el contrato de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran». Por lo tanto, debe entenderse que estos casos se encuentran exentos de una buena parte de los trámites a los que anteriormente se ha hecho referencia, como son, concretamente, los de publicidad, constitución de la Mesa de contratación y aplicación de alguno de los procedimientos de adjudicación abierto, restringido o negociado (así lo estimó este Centro Directivo en informe de fecha 19 de julio de 1995 –ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 11/95–, si bien añadió, con base en los razonamientos pertinentes, que en estos supuestos el órgano de contratación podría acordar alternativamente que se procediese a la constitución de la Mesa de contratación y a la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad, si se diesen los requisitos que permitiesen la aplicación del mismo).

Según los respectivos preceptos de la LCAP, a los que expresamente se remite el ya citado artículo 57 de la misma, tienen la consideración de contratos menores los de obras cuya cuantía no exceda de 5.000.000 de pesetas (art. 121), los de suministro que no excedan de 2.000.000 de pesetas, con una excepción que no hace al caso (art. 177) y los de consultoría y asistencia y de servicios cuya cuantía no exceda de 2.000.000 de pesetas (art. 202).

Como se desprende de lo expuesto, el régimen de los contratos menores supone una excepción (más intensa aun que la que implica el procedimiento negociado) a los principios de publicidad y concurrencia, estimándose que la Fundación podría aplicar tal régimen excepcional a los contratos de escasa cuantía. Sería razonable, en opinión de este Centro, que el Patronato fijase esta cuantía, con carácter general o distinguiendo entre las diversas clases de contratos, en una cifra o cifras próximas a las establecidas en la LCAP.

V. Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada en la consulta, esto es, a las «cautelas» que hayan de observarse para «la justificación del gasto» que, como se ha indicado al comienzo de este informe, se refieren a la forma de acreditar que las ayudas concedidas por la Fundación se han destinado al fin para el que estaban previstas, conviene tener en cuenta, ante todo, que dichas ayudas no tienen el carácter de subvenciones públicas a los efectos de la Ley General Presupuestaria, texto

9 refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (LGP), cuyo artículo 81.2.a) dispone la aplicación de las normas de la propia Ley sobre «ayudas y subvenciones públicas» –y, por tanto, refiere el concepto de éstas (además de otro supuesto a que después se aludirá)– a:

«Toda disposición gratuita de fondos públicos realizados por el Estado o sus Organismos Autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social para promover la consecución de un fin público.»

Este concepto de ayuda o subvención pública no es aplicable, en opinión de este Centro Directivo, a las ayudas de que aquí se trata (dando por supuesto que son las aludidas en el artículo 8.º de los Estatutos de la Fundación), porque en tales ayudas no existe disposición gratuita de fondos públicos por parte del Estado o sus Organismos Autónomos en favor de los respectivos beneficiarios, sino que éstos reciben las correspondientes cantidades o prestaciones de la Fundación, que tiene personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado (cfr. art. 3 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, y art. 3.º de los Estatutos), y no tiene el carácter de Organismo Autónomo ni, en general, de Entidad de Derecho Público, en cuanto está sometida a la reiterada Ley 30/1994 y no a la normativa propia de aquellas Entidades.

Por otra parte, podría plantearse si las ayudas que concede la Fundación pueden quedar incluidas en el apartado *b)* del artículo 81.2 de la LGP, que considera aplicable el régimen previsto en el referido texto legal a «cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea».

La cuestión que a este respecto se suscitase consistiría en determinar si las ayudas que la Fundación consultante concede se otorgan con cargo al presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos, cuestión a la que, a juicio de esta Dirección, debe responderse en sentido negativo. En efecto, este Centro entiende, a falta de información en contrario, que las ayudas o prestaciones que la Fundación concede, al amparo del artículo 8.º de sus Estatutos, para colaborar con el cumplimiento de los fines de la entidad, no se financian con cargo a los presupuestos del Estado o de sus Organismos Autónomos, aunque la Administración del Estado desembolsara la dotación dineraria inicial para la constitución y puesta en marcha de la Fundación. Ésta, una vez constituida, tiene su propio presupuesto y su patrimonio está integrado, según establece el artículo 24 de sus Estatutos, no sólo por la dotación constituida por la aportación inicial y las que posteriormente puedan efectuar el Fundador o el Patronato, sino que también lo componen o pueden componer otros bienes, rentas o productos ajenos a los presu-

puestos del Fundador. Por consiguiente, se entiende que las ayudas que la Fundación concede se financian con cargo a sus propios presupuestos y no pueden incluirse en el apartado *b*) del artículo 81.2 de la LGP, en la medida en que no puede estimarse que procedan directamente de los presupuestos del Fundador. Cuestión distinta sería si la Fundación gestionase subvenciones financiadas con fondos públicos de la Administración del Estado, es decir, si la Fundación tuviera el carácter de «entidad colaboradora» en los términos que prevé el artículo 81.5 de la LGP (que expresamente menciona a las Fundaciones que estén bajo el protectorado de un Ente de Derecho Público entre las entidades que pueden tener aquel carácter). En este caso, las ayudas que se concedieran deberían calificarse como subvenciones públicas y quedar sometidas al régimen que regula la LGP y sus normas de desarrollo, advirtiéndose que las entidades colaboradoras a que se refiere el citado precepto de la LGP actúan «en nombre y por cuenta del Departamento u organismo concedente a todos los efectos relacionados con la subvención o ayuda». Al no constar que se den estas circunstancias en las ayudas de la Fundación consultante a que se viene haciendo referencia, se reitera la conclusión contraria a su calificación como subvenciones públicas sujetas a lo dispuesto en los artículos 81 y 82 de la LGP (como es lógico, si se dieran aquellas circunstancias, la conclusión sería la opuesta).

Ahora bien, el hecho de que estas ayudas no se encuentren sometidas al régimen de subvenciones contenido en la LGP y sus normas de desarrollo no implica que la Fundación goce de absoluta libertad en su disposición. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, dispone, bajo la rúbrica «principios de actuación», lo siguiente:

«Las fundaciones están obligadas a:

- a*) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la Fundación, a sus fines fundacionales.
- b*) Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.
- c*) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios».

El artículo 8.7 de los Estatutos de la Fundación ordena igualmente que aquella actúe «con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios».

Junto a estos principios debe recordarse que, aunque los fondos que gestiona la Fundación no pueden ser calificados jurídicamente como públicos, una parte de aquellos fondos (y, desde luego, la dotación inicial) tienen origen público, a lo que debe añadirse que el artículo 130.1

9 de la LGP, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, menciona expresamente a «las fundaciones de competencia o titularidad pública estatal» entre las entidades pertenecientes al sector público, lo que determina el sometimiento de aquellas fundaciones al régimen de contabilidad pública contenido en el título VI de la LGP (arts. 122 a 139) modificado en su casi totalidad por la citada Ley 50/1998. Así, y entre otros extremos, el nuevo artículo 127.1.f) de la LGP atribuye la condición de cuentadantes a los Presidentes del Patronato de las fundaciones de competencia o titularidad estatal, con la obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE); el artículo 129 dispone que la IGAE realizará anualmente la auditoría de las cuentas que deban rendir (entre otras entidades) aquellas fundaciones; el artículo 130 impone a las mismas entidades que, además de las cuentas que le son exigidas por su legislación específica, rindan una memoria relativa al cumplimiento de sus obligaciones de carácter económico-financiero y el artículo 132 incluye en la Cuenta General del Estado la Cuenta General de las reiteradas fundaciones.

La normativa a que acaba de hacerse referencia es aplicable, a juicio de este Centro, a la Fundación consultante, toda vez que es una fundación de competencia estatal, por extender su ámbito de actuación a todo el territorio español (cfr. arts. 1.º y 5.º de sus Estatutos en relación con el art. 1.1 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero); además, puede ser considerada como una fundación de «titularidad pública estatal» (si con esta impropia expresión legal se quiere aludir a la identidad del Fundador o al origen de los fondos que financiaron la dotación fundacional).

El origen público de los fondos (al menos los de la dotación inicial) y los rigurosos controles a que, como acaba de verse en síntesis, quedan sometidas las fundaciones de «competencia o titularidad estatal» conducen a este Centro a sugerir que, con objeto de garantizar la aplicación de los principios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios de las ayudas que la Fundación concede (cfr. arts. 21 de la Ley 30/94 y 8.7 de los Estatutos), se establezca un procedimiento similar al regulado en el artículo 81.6 de la LGP (basado en los principios de publicidad, concurrencia y objetividad) y en el Reglamento del Procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre (RPSP). Nótese que con ello no se rectifica la opinión anteriormente expresada, por la que se descartó el carácter de subvenciones públicas de las ayudas de la Fundación, ni se dice que tales ayudas están totalmente sometidas a la LGP; simplemente se sugiere la posibilidad de seguir un procedimiento semejante al aludido, para facilitar el cumplimiento de los principios que se han señalado y la rendición de cuentas de la Fundación.

En suma, puede decirse en este punto algo parecido a lo que se indicó anteriormente respecto a la contratación de la Fundación: ésta no está obligada a aplicar los preceptos de la normativa legal y reglamentaria sobre subvenciones públicas (fundamentalmente, los arts. 81 y 82 de la LGP y el RPSP), pero puede inspirarse en algunos aspectos de aquella normativa para que en la concesión de ayudas se cumplan debidamente los principios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios, que sí obligan a la Fundación conforme a la normativa que específicamente le es aplicable (art. 21 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, y 8.7 de los Estatutos).

Retomando el examen de la consulta concretamente formulada por la Directora de la Fundación, relativa al «procedimiento de justificación del gasto» constituido por las ayudas que la Fundación concede, este Centro considera oportuno distinguir dos clases de justificación: una, *ad intra*, es decir, dentro de la propia Fundación, y otra respecto al beneficiario de la ayuda.

En cuanto a la propia Fundación, para la salida de sus fondos en concepto de ayuda sería conveniente la previa tramitación de un expediente o procedimiento inspirado, según se ha sugerido anteriormente, en el artículo 81.6 de la LGP y en el RPSP. Por otra parte, desde el punto de vista contable, deberá tenerse en cuenta la obligación de la Fundación de formar y rendir sus cuentas «de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que las desarrollan» (arts. 123.3 de la LGP y 12 del Reglamento de Fundaciones aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero), así como las demás obligaciones contables que establecen el artículo 23 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, y los preceptos de la LGP antes citados.

Desde la perspectiva de la relación entre la Fundación y los beneficiarios, el control de las ayudas tendrá por objeto comprobar que los fondos entregados se destinan a la finalidad prevista y, en su caso, en las condiciones pactadas. El sometimiento de cada ayuda a este control o justificación exigirá que previamente se haga constar tal obligación o condición al beneficiario, ya que si tal cláusula no figurase en el documento de entrega de fondos ni, en su caso, en las bases de la convocatoria, el beneficiario no vendría obligado al cumplimiento de la referida justificación. Tal carga tendría, en el caso de ayudas que concede la Fundación, carácter convencional, y no legal, como ocurre en el supuesto de las subvenciones públicas. Debe advertirse que, probablemente, puede ocurrir que la resolución que acuerde la entrega de una determinada ayuda exija en ciertas ocasiones que previamente se hayan destinados fondos propios del solicitante de la ayuda a la realización de la actividad que se fomenta, en cuyo caso la Fundación debería, antes de adoptar aquella resolución, comprobar que el

- 9 citado solicitante ha cumplido con el requisito o realizado la actividad en cuestión, siendo innecesaria entonces la justificación del gasto *a posteriori*, porque la justificación se habría producido antes de la entrega de la ayuda.

Cuando la ayuda que se conceda esté destinada, en cambio, a la realización de una actividad o al cumplimiento de una finalidad después de la entrega de aquélla, la Fundación deberá comprobar que el beneficiario ha cumplido con el objeto de la ayuda. En este supuesto convendría tener en cuenta a título orientativo (aunque, según lo expuesto al principio de este apartado, se trate de una normativa que no es propiamente aplicable a la Fundación) que el artículo 81.4.b) de la LGP obliga al beneficiario de una subvención «a acreditar ante la entidad concedente o, en su caso, ante la entidad colaboradora o las Comunidades Autónomas, la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinan la concesión o disfrute de la ayuda». El apartado 6.a).3 del mismo artículo dispone que las bases de la convocatoria contendrán «el plazo y la forma de justificación por parte del beneficiario o de la entidad colaboradora, en su caso, del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos».

En el caso de las ayudas que la Fundación concede –que, según se viene reiterando, no constituyen subvenciones públicas, pero se sugiere la conveniencia de adoptar en su concesión precauciones análogas a las que se toman en el otorgamiento de dichas subvenciones–, este Centro estima que (además de figurar en las bases de la convocatoria que, en su caso, se publique) el documento o acuerdo de otorgamiento de las ayudas debería especificar la forma de justificar el destino de los fondos al fin pretendido. Los medios para acreditar el correcto cumplimiento de la finalidad perseguida o promocionada por la Fundación pueden ser documentales o basarse en la comprobación material y física de la inversión, según la actividad de que se trate. Así, el control podrá efectuarse aportando los documentos en que se materialice el trabajo realizado (publicaciones, estudios, informes), las facturas y recibos que correspondan al gasto o inversión para el cual se ha previsto la ayuda o, en fin, levantando un acta o emitiendo un informe que deje constancia de la comprobación material o presencial efectuada por los servicios de la Fundación.

Se estima oportuno añadir que si bien los sistemas aludidos constituyen los procedimientos más sencillos y usuales de comprobación, cabría emplear cualquier otra forma que permitiese acreditar fehacientemente la aplicación de la ayuda al objetivo pretendido.

En virtud de todo de expuesto, esta Dirección formula las siguientes

Primera. La Fundación «Centro de Estudio y Conservación de la Biodiversidad» no está sujeta a los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pero deberá ajustar su contratación a los principios de publicidad, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, en el sentido indicado en los apartados II a IV de este informe.

Segunda. Sería conveniente que el Patronato de la citada Fundación aprobase unas normas sobre contratación que desarrollasen (salvo modificación estatutaria) los principios mencionados en la conclusión anterior y los demás aspectos de interés general para la actividad contractual de la entidad.

Tercera. En tanto se mantenga la redacción actual del artículo 29 de los Estatutos de la reiterada Fundación, se aconseja tener en cuenta las consideraciones y criterios orientativos sobre la contratación que se han expuesto en el apartado IV del presente informe.

Cuarta. Se aconseja igualmente tener en cuenta las consideraciones formuladas en el apartado V respecto a la justificación del gasto constituido por las ayudas que la propia Fundación conceda.