

**Informe 40/10, de 28 de octubre de 2011. “Consideraciones sobre la condición de poder adjudicador de la entidad Fundación Patronato Zorroaga relacionada con el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián”.**

Clasificación de los informes. 1.1 Ámbito de aplicación subjetiva. Entidades sometidas a la Ley de Contratos del Sector Público.

## **ANTECEDENTES**

El Alcalde de Donostia-San Sebastián dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

*“PRIMERO.- Fundación Patronato Zorroaga (en adelante, la Fundación) es una fundación privada sin ánimo de lucro, que debe su origen a una Real Cédula de Felipe V, de 5 de mayo de 1714; habiendo respondido a las denominaciones de Beneficencia de San Sebastián, Junta de Patronato de la Casa de Misericordia y Hospital de San Antonio Abad, Junta de Patronato Zorroaga y Fundación Patronato Zorroaga.*

*Con fecha 9 de septiembre de 1814, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián acordó que la Casa de Misericordia y el Hospital de San Antonio Abad se refundiesen, como lo hicieron, en una sola entidad benéfica, formando una masa común de sus bienes, y sometiéndose a una sola y única administración.*

*La Fundación se encuentra inscrita en el Registro de Fundaciones del País Vasco.*

*SEGUNDO.- El objeto de la Fundación, según consta en sus Estatutos, es la “prestación de servicios socio-sanitarios personalizados a los ciudadanos y las ciudadanas en principio de Donostia-San Sebastián”.*

*A mayor abundamiento, similar descripción del objeto se recoge en la página web de la Fundación, indicando que es el de “acoger y prestar servicios socio-sanitarios a las personas mayores derivadas por las instituciones públicas con las que tiene convenios, y, eventualmente, a demanda individual”, persiguiendo el cumplimiento de los siguientes valores:*

- Buen cuidado a la persona mayor y allegados.*
- Individualización del cuidado y la atención global.*
- Fomento de la libertad de elección por parte de las personas usuarias.*
- Consideración, confianza, colaboración y sinceridad.*
- Flexibilidad y apertura al cambio.*
- Responsabilidad y autonomía de las personas de la entidad*
- Profesionalidad.*
- Uso eficaz y eficiente de los recursos.*
- Colaboración y aportación de valor a las entidades públicas.*
- Cuidado de la salud y la seguridad, respeto al Medio ambiente.*
- Sostenibilidad futura del proyecto de la Fundación.*

*Se acompaña, como Anexo 1, copia de los Estatutos de la Fundación.*

*TERCERO.- Considerando que la Fundación se constituye inicialmente en el año 1714, mediante una Real Cédula de Felipe V, del 5 de mayo de 1714, y que durante toda su vida iría ido sufriendo modificaciones, incluso de denominación (Beneficencia de San Sebastián, Junta de Patronato de la Casa de Misericordia y Hospital de San Antonio Abad, Junta de Patronato Zorroaga y Fundación Patronato Zorroaga), resulta, en base también a la documentación con la que cuenta la propia Fundación, imposible determinar si, en su constitución, las entidades entonces constituyentes y que se pudieran considerar integradas en el actual concepto de sector público, hubiesen realizado una aportación mayoritaria.*

*CUARTO.- En cuanto a la composición del patrimonio fundacional con carácter de permanencia, el inmovilizado de la Fundación está constituido casi exclusivamente por los bienes y derechos relacionados en el inventario, cuya copia se adjunta a la presente solicitud como Anexo II (el inventario adjunto se designa expresamente como documento confidencial, proporcionándose exclusivamente a los efectos de facilitar el análisis del patrimonio fundacional).*

*Los bienes relacionados con el número de cuenta 221000003, a 221000035, con excepción de la 2210000023 provienen de donaciones de particulares, y el bien con el número de cuenta 221000023 fue adquirido por la Fundación con fondos propios,*

según la información facilitada y reseñando que dichos números de cuenta son los reflejados en el balance cerrado a fecha 31 de diciembre de 2009.

Por otro lado, los edificios denominados Pagoeta, Frisio, Uzturre y Ganbara, reflejados en las cuentas 211000100 a 211000103 son edificios construidos sobre tres fincas de propiedad de la Fundación, denominadas Zorroaga, Cbimitegui Y Maisumartirñenea, que fueron adquiridas en el año 1904 por la misma. Se trata de edificios, por lo tanto, erigidos sobre fincas de propiedad de la Fundación, y que como tales se encuentran inscritos, a nombre de la misma, en el correspondiente Registro de la Propiedad. Para la financiación de las obras de construcción de los edificios Frisio y Pagoeta, diferentes entidades del sector público otorgaron subvenciones puntuales, si bien ninguno de estos bienes fue aportado ni cedido por las mismas. Las subvenciones de capital recibidas se reflejan en el pasivo del balance de la Fundación en el apartado de "Subvenciones, Donaciones y ajustes por cambio de valores" – cuentas 130 y 131 como ingresos a distribuir en varios ejercicios, llevándose la parte correspondiente a ingresos en cada ejercicio, en función de la amortización de los bienes financiados. De ello se deriva que estas subvenciones no tienen un tratamiento ni entidad de bien o derecho con carácter de permanencia. En todo caso, si con un criterio más estricto, se quisiera considerar que dichas subvenciones son un bien o un derecho cedido por entidades del sector público que sí tienen un reflejo en el valor de los bienes reflejados en el inmovilizado, en tanto y cuanto las subvenciones de capital han participado, al menos en la financiación, en la determinación del valor de los bienes, y que dicho valor total sí reviste un carácter de permanencia, en ningún caso estas subvenciones superan el 50% del valor, incluso del propio inmovilizado.

Del mismo modo, las instalaciones y el mobiliario que se reflejan en dicho inventario, así como la participación en la sociedad Giroa, han sido adquiridos por la propia Fundación, sin que hayan sido aportados ni cedidos por entidades pertenecientes al sector público.

El valor de los bienes que forman el inventario es de 16.085.344 € (según inventario de bienes facilitado).

Los elementos que constituyen dicho valor no han sido aportados o cedidos por entidades pertenecientes al sector público a la dotación patrimonial (entendida como patrimonio fundacional con carácter de permanencia), sin perjuicio de la reseña realizada en relación con las subvenciones de capital realizadas por entidades del sector público y su incidencia porcentual.

A mayor abundamiento en la cuestión y aplicando el principio de cautela, cabe añadir que los fondos propios del pasivo (fondo social, reservas y excedentes), se nutren exclusivamente de los resultados de la propia actividad de la Fundación y de las aportaciones o donaciones privadas. Asimismo, la cartera de valores del activo circulante se compone de donaciones de particulares y compras realizadas por la Fundación.

QUINTO.- Existen asimismo una serie de aportaciones y ayudas destinadas a los programas de la Fundación, así como otro tipo de ingreso, especialmente los derivados de los servicios asistenciales que la misma presta, que si bien forman parte del patrimonio fundacional, al ser bienes y derechos de cualquier tipo, susceptibles de valoración económica y que se afectan a la actividad de la Fundación, no revisten un carácter de permanencia.

Como elementos más significativos de entre los indicados, cabe señalar los siguientes:

a) La Diputación Foral de Gipuzkoa (en adelante DFG) y la Fundación suscribieron con fecha 2 de enero de 2003 un Convenio por el cual se concierta un total de 280 plazas residenciales y 50 plazas de atención diurna, para la prestación de servicios a personas mayores de 60 años. Con el mismo contenido se formaliza un nuevo Convenio con fecha 22 de mayo de 2007, con una duración máxima, incluidas las prórrogas, de 10 años.

De dichas prestaciones se deriva el abono de la DFG a la Fundación de las correspondientes tarifas facturadas, cuyo montante resulta de la resta entre el precio de la tarifa y las aportaciones privadas que realizan los usuarios, y que la DFG abona a la Fundación en su función de gestora de la percepción de las ayudas, de las que, no obstante, los beneficiarios reales son los usuarios. Es decir, los beneficiarios de las ayudas de la DFG son los usuarios de las instalaciones de la Fundación, pero la DFG procede al abono de las mismas a la Fundación directamente, con objeto de que la gestión del abono de las ayudas sea ágil, y de que se garantice el cobro efectivo del prestatario del servicio.

El montante anual de las mismas varía en virtud de las prestaciones realizadas, siendo que asimismo las cantidades son susceptibles de revisión anual, en función de los presupuestos aprobados por la DFG para la prestación objeto del convenio.

En todo caso, y sin perjuicio de las consideraciones sobre la función gestora de los abonos de la Fundación, los abonos que realiza la DFG a la Fundación, por medio de las correspondientes facturas, no revisten, el carácter de permanentemente afectos a la dotación fundacional, pues están destinadas a abonar una parte de los servicios puntuales y específicos que reciben los usuarios,

b) Entre el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y la Fundación se ha suscrito con fecha 2 de octubre de 2004, un contrato de prestación de servicios de atención a personas mayores autónomas en equipamiento residencial, previa la tramitación del correspondiente concurso en el que resultó adjudicataria la Fundación.

El pago del precio del contrato, definido en un presupuesto estimativo anual de 1.544 281 € (IVA excluido), se realiza de la siguiente manera:

- los usuarios abonan a la Fundación un tanto por ciento del precio del servicio, aprobado anualmente por el Ayuntamiento. Se establece en este sentido una obligación de formalizar un contrato privado con los usuarios, que debe presentarse al Ayuntamiento.
- el resto, hasta cubrir el total del precio de adjudicación se abona por el Ayuntamiento, previa presentación de facturas mensuales.

Se trata por lo tanto de una relación jurídica establecida con base a un contrato administrativo, pero en el que la mayor parte del precio se abona directamente por los usuarios a la Fundación. Nos remitimos a los argumentos desarrollados en la letra anterior sobre el carácter de no permanentemente adscritos a la dotación fundacional, de los ingresos derivados de la prestación de un servicio de este tipo.

c) Existe asimismo un acuerdo formalizado entre la DFG, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y la Fundación, por el cual se acuerda financiar por partes iguales los déficit de la Fundación generados en los años 2003 y 2004, por un montante de 883,990 € en el año 2003 y de 589.326,67 € en el año 2004, derivándose una aportación en ambos años de 982.151,12 € por parte de las dos entidades públicas mencionadas en dichos ejercicios.

Este acuerdo puntual y las cantidades que del mismo se derivan, han ido anualmente a ingresos, por lo que no se incorporan a la dotación patrimonial y no revisten carácter de permanencia sino puntual.

d) El abono de las tarifas por parte de los particulares usuarios de los servicios que presta la Fundación son en todo caso abonos de personas privadas, que sólo en función del resultado anual incrementarán los fondos propios.

SEXTO.- Con carácter adicional a lo anteriormente indicado respecto del objeto de la Fundación, la misma ha tenido, desde su inicio, una función y actividad benéfica, bajo las diferentes denominaciones de Beneficencia de San Sebastián, Junta de Patronato de la Casa de Misericordia y Hospital de San Antonio Abad, Junta de Patronato Zorroaga y Fundación Patronato Zorroaga, hasta su refundición en el año 1814, respondiendo, en consecuencia, su creación a los correspondientes fines benéficos y sociales.

En cuanto a su actual configuración, son aspectos a resaltar a la hora de identificar las necesidades de interés general como la finalidad de la actividad que se desarrolla, los siguientes:

- Por una parte, la propia característica de entidad de entidad sin ánimo de lucro, a lo que se une el propio objeto de la actividad según Estatutos.
- Por otra, la tradicional interrelación entre la actividad de la Fundación y la acción municipal, que tiene reflejo tanto en el apoyo y soporte que el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián le viene dando (concesión durante muchos años de servicios funerarios, negociación de la Fundación, junto con el Ayuntamiento y la DFG de los términos de inversión y concierto, etc.) como en la vinculación de la responsabilidad política de la gestión de la Fundación con el responsable político del Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento.

SÉPTIMO.- El órgano de administración de la Fundación es la Junta del Patronato (artículo 4 de los Estatutos). El Patronato está compuesto por 12 vocales, y un Presidente que es el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento (artículo 5 de los Estatutos), que es nombrado por el Pleno del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, debiendo estar debidamente representados todos los grupos políticos en proporción al número de Concejales que tengan en el Pleno.

Cinco Vocales se proveerán por Concejales del Ayuntamiento de Donostia y otros cinco por personas que reúnan la condición de Vecinos de la Ciudad.

Los dos restantes Vocales serán nombrados, uno en representación de los residentes y otro en representación de los trabajadores de la Entidad, elegidos ambos en elección democrática, siendo incompatible que los residentes o trabajadores sean designados como Vocales Vecinos (artículo 6 de los Estatutos).

OCTAVO.- A la vista del ámbito subjetivo definido por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y teniendo en cuenta la naturaleza, régimen jurídico y características antes referidas, surge la duda de si la Fundación está incluida en el ámbito subjetivo de dicha Ley, ya sea en virtud del artículo 3.1.f) o en virtud de la cláusula residual contenida en el artículo 3.1.b).

De un análisis somero de la cuestión se desprende que la Fundación no cumple los requisitos del artículo 3.1.f) de la referida Ley, pues no puede afirmarse que la Fundación se hubiese constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de entidades integradas en el actual concepto de sector público. Asimismo, de la composición del patrimonio fundacional anteriormente descrito, y en especial de la dotación patrimonial de permanencia, de la Fundación, se deriva que el porcentaje de los bienes y derechos de las entidades del sector público que, con carácter permanente, forman parte del patrimonio fundacional, es inferior al 50% del patrimonio fundacional de la Fundación que tiene el carácter de permanente.

Sin embargo, en relación con el artículo 3,1, b) de la referida Ley, surge la duda de si la Fundación fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil" y de si debe entenderse que el Excmo. Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián controla su gestión o nombra a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Por todo lo expuesto,

A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOLICITO, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en su virtud tenga por formulada consulta sobre la sujeción de Fundación ZORROAGA Fundazioa a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y emita el informe correspondiente".

## CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Ayuntamiento consultante formula una sola cuestión, como es la relativa a la naturaleza jurídica de la "Fundación Patronato Zorroaga", a efectos de su inclusión dentro de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), solicitando el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si esta Fundación debe enmarcarse en el supuesto del artículo 3.1, h) de la misma, considerando que no se dan las condiciones para que se incluya en el supuesto de la letra f) del precepto anterior, por lo que la cuestión se centra en determinar si es una entidad del artículo 3.1, h) de la LCSP o no y referir si se encuentra en su caso incluida entre los supuestos que fija el apartado 1, letra f)..

2. La enumeración de los supuestos contenidos en el artículo 3 de la LCSP presenta carácter cerrado, se trata, por tanto, de una enumeración "numerus clausus", que además exige el cumplimiento de las condiciones que se contienen dentro de cada precepto para que una entidad pueda entenderse incluida dentro de su ámbito de aplicación.

En concreto, el artículo 3.1, h) considera que forma parte del sector público a los efectos de esta Ley: "Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia".

A diferencia de este precepto, el artículo 3.1, f) señala que a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público "las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades". Como vemos, la dicción literal de estos preceptos, que, por otra parte, deben ser interpretados de forma restrictiva, permite distinguir dos tipos de entidades, a saber:

- Las fundaciones, las cuales para que formen parte del sector público a efectos de su inclusión en la LCSP deben reunir dos requisitos, como son los de estar constituidas por una aportación mayoritaria de una o varias entidades del sector público, y además que su patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por esas entidades.

- Los entes, organismos o entidades creados para satisfacer necesidades de interés general que no sean mercantiles o industriales y uno o varios sujetos del sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Esta distinción obedece a la concepción tradicional de la fundación como “un patrimonio dotado de personalidad jurídica para actuar en derecho”, en el que lo relevante es la aportación de bienes o derechos, que determina que funcione jurídicamente de forma independiente, a diferencia del concepto de otros organismos o entidades, en los que lo relevante van a ser los socios, las personas que formen parte de estas entes. Por tal motivo, se configura la inclusión de las fundaciones dentro de la LCSP atendiendo al hecho no de la finalidad que vayan a cumplir o del control ejercido por uno o varios sujetos del sector público sobre las mismas, lo que demostraría que lo relevante son las personas que forman parte de las mismas, sino en atención a la aportación mayoritaria que una o varias entidades distintas hayan realizado en ese patrimonio que conforma la fundación, siempre que además su patrimonio fundacional se forme de manera mayoritaria (más de la mitad) por bienes o derechos aportados o cedidos por otras entidades distintas. A este respecto, la misma entidad consultante ya señala que no se dan las condiciones requeridas para que la Fundación en cuestión cumpla los requisitos de este precepto, puesto que *“no puede afirmarse que la Fundación se hubiese constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de entidades integradas en el actual concepto de sector público. Asimismo, de la composición del patrimonio fundacional anteriormente descrito, y en especial de la dotación patrimonial como definición del patrimonio que reviste carácter de permanencia, de la Fundación, se deriva que el porcentaje de los bienes y derechos de las entidades del sector público que, con carácter permanente, forman parte del patrimonio fundacional, es inferior al 50% del patrimonio fundacional de la Fundación que tiene el carácter de permanente”*. Por consiguiente, la entidad en cuestión no se considera incluida dentro del supuesto del artículo 3.1, f) de la LCSP.

3. Respecto de su posible inclusión en el supuesto del artículo 3.1, h), este precepto no se refiere a las fundaciones sino a otro tipo de persona jurídica, por lo que, en principio, se podría afirmar que no se pueden considerar incluidas dentro de su ámbito. No obstante, para analizar esta cuestión más profundamente, es necesario ver si se dan o no las condiciones contenidas dentro de este precepto. En este sentido, el informe 44/09 de esta misma Junta, de 26 de febrero de 2010, señala que : *“Los requisitos enumerados en la letra b) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, antes transcrita, se sintetizan en los tres siguientes:*

*a) Tener personalidad jurídica propia.*

*b) Ser creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*

*c) Ser financiados o controlados por otros entes del sector público.”*

Respecto del primer requisito, la Fundación presenta personalidad jurídica propia de acuerdo con la norma general contenida dentro del artículo 35.1 del Código Civil, que reconoce esta personalidad jurídica a las fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

En cuanto al segundo, de los Estatutos de la Fundación resulta sin ninguna duda el desarrollo por parte de ésta, de una función y actividad benéfica, bajo las diferentes denominaciones que ha tenido, actuando siempre para atender necesidades de interés general, por lo que se justifica el interés público que presenta. Así resulta del artículo 2 de sus Estatutos, en el que se dispone que *“el objeto de la entidad es la acogida y manutención de los vecinos de Donostia-San Sebastián que en cada momento reúnan las condiciones exigidas y, en especial, la atención a la tercera edad y la infancia marginada”*.

Finalmente, el último requisito se refiere la financiación o al control administrativo de la entidad. Literalmente que "uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen

su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”. La financiación de la Fundación corre a cargo de las ayudas concedidas por la Diputación foral de Guipúzcoa y por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, además de un tanto por ciento del precio del servicio que reciben los usuarios, que se paga por éstos.

Respecto de los órganos de control de la entidad, el órgano de administración es la Junta de Patronato, compuesto el Patronato por 12 vocales, y un Presidente que es el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento (artículo 5 de los Estatutos), que es nombrado por el Pleno del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, debiendo estar debidamente representados todos los grupos políticos en proporción al número de Concejales que tengan en el Pleno. Cinco Vocales se proveerán por Concejales del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y otros cinco por personas que reúnan la condición de Vecinos de la Ciudad. Los dos restantes Vocales serán nombrados, uno en representación de los residentes y otro en representación de los trabajadores de la Entidad, elegidos ambos en elección democrática, siendo incompatible que los residentes o trabajadores sean designados como Vocales Vecinos (artículo 6 de los Estatutos).

Como vemos, se cumple, en consecuencia el requisito de que la financiación recaiga de forma mayoritaria sobre entidades del sector público, así como concurre el requisito de que sean entidades públicas las que controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, puesto que el órgano de gobierno se compone de su Presidente, que es el Alcalde-Presidente de la ciudad y 12 vocales, de los cuales 10 son nombrados por el Ayuntamiento a propuesta de la Alcaldía, de entre sus Concejales y de entre personas que reúnan la condición de Vecinos de la ciudad (artículos 5 y 6 de sus Estatutos), por lo que, de ello se colige que el control corresponde de forma mayoritaria al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

Dicho esto, es claro que la Fundación, tal como aparece en sus Estatutos, presenta la consideración de entidad del sector público, lo que lleva consigo que sea incardinable dentro del supuesto del artículo 3.1, h).

## **CONCLUSIONES**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que la “Fundación Patronato Zorroaga” no puede considerarse incluida dentro del supuesto del artículo 3.1, f) de la LCSP, ya que no se dan las condiciones requeridas para que la Fundación se entienda que cumpla los requisitos de este precepto, puesto que “no puede afirmarse que la Fundación se hubiese constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de entidades integradas en el actual concepto de sector público y que de la composición del patrimonio fundacional anteriormente descrito, y en especial de la dotación patrimonial como definición del patrimonio que reviste carácter de permanencia de la Fundación, se constata que el porcentaje de los bienes y derechos de las entidades del sector público que, con carácter permanente, forman parte del patrimonio fundacional, es inferior al 50% del patrimonio fundacional de la Fundación que tiene el carácter de permanente”.

Sin embargo, respondiendo a si se encuentra dentro del supuesto del artículo 3.1, h), de la misma Ley ha de indicarse que cumple los tres requisitos establecidos en la Ley.