

La reestructuración del sector público fundacional¹

Jorge García-Andrade Gómez

Profesor Titular interino de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I. OBJETO DEL ESTUDIO.—II. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *Dos aproximaciones al derecho constitucional de fundación.* 2. *La legislación sobre fundaciones del sector público.* 3. *La categorización de las fundaciones como parte del sector público y su sometimiento al Derecho administrativo.* 4. *La actualización del derecho de fundación en la doctrina del Tribunal Constitucional:* A) La jurisprudencia constitucional sobre las personificaciones privadas de la Administración. B) Dos concepciones del derecho constitucional de fundación a debate. C) Alcance del artículo 34 de la Constitución en la STC 120/2011.—III. LAS FÓRMULAS DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO FUNDACIONAL Y SU PROBLEMÁTICA: 1. *Las ideas directrices en la reestructuración del sector público fundacional: interés general y garantías para los terceros.* 2. *La reestructuración frente a la independencia institucional de las fundaciones.* 3. *Fórmulas seguidas para la reestructuración del sector público fundacional:* A) Instrucciones informales. B) La adopción de actos administrativos y disposiciones reglamentarias. C) Reformas legislativas.—IV. LÍMITES A LA REESTRUCTURACIÓN: 1. *El derecho constitucional de fundación no constituye un límite para la reestructuración del sector público.* 2. *El principio de legalidad como límite a la reestructuración.* 3. *La particularidad de las fundaciones mixtas.* 4. *La cuestión de las garantías en la reestructuración del sector público.* A) La extensión del Derecho administrativo a las fundaciones del sector público. B) La posición jurídica de los ciudadanos-beneficiarios de las fundaciones del sector público. C) Las garantías de los ciudadanos ante la reducción del sector público fundacional.—V. CONSIDERACIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Objeto del estudio

El fenómeno de la expansión de las fundaciones del sector público se inició a mediados de los años noventa del siglo pasado, propiciado por la habilitación genérica que la Ley de Fundaciones de 1994 otorgaba a las Administraciones públicas para constituir fundaciones, y favorecido por una

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación con referencia DER2009/14273-C02-01, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

economía en constante crecimiento que permitió a la Administración pública ampliar su campo de actuación y acrecentar la gama de servicios ofrecidos a los ciudadanos, para lo que se valió de los distintos resortes que el Derecho le ofrecía, entre ellos el recurso a las fundaciones controladas por la Administración.

Transcurrida más de una década, las dificultades presupuestarias que ha traído la crisis económica no sólo han frenado el fenómeno, sino que han llevado a los poderes públicos a desandar buena parte del camino recorrido, mediante procesos de reestructuración del sector público fundacional —generalmente se presentan como racionalización— con la finalidad de reducir los costes tanto de gestión como de los servicios prestados². Lo que básicamente ha consistido en la reducción del número de fundaciones y empresas públicas, ya fuera como resultado de procesos de fusión, ya de la simple disolución o de la exclusión de fundaciones del sector público, así como en la supresión de servicios, actividades y atenciones que prestaban y desarrollaban aquellas entidades.

Ceñido el análisis al concreto sector público fundacional, por su novedad este proceso de reestructuración plantea numerosas cuestiones que desbordan las previsiones recogidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y en las correspondientes leyes autonómicas, especialmente en lo que atañe al margen de decisión con que cuentan los poderes públicos para llevar a cabo la reestructuración.

El objeto de este trabajo consiste precisamente en el análisis del proceso de reestructuración del sector público fundacional, lo que requiere delimitar los presupuestos conceptuales del régimen jurídico de las fundaciones del sector público; identificar las distintas fórmulas de reestructuración y la problemática que genera; así como precisar los límites y condicionantes de la reestructuración y los efectos jurídicos que de ella se derivan.

II. Presupuestos conceptuales del régimen jurídico de las fundaciones del sector público

El fenómeno de la expansión de las fundaciones del sector público se llevó a cabo sin que se hubieran asentado los necesarios presupuestos con-

² Véase la ponencia de E. MONTOYA MARTÍN, «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», presentada en el *VII Congreso de profesores de Derecho administrativo en Tarragona* (10 y 11 de febrero de 2012).

ceptuales que permitieran la adecuada integración de la figura fundacional en el sector público. Esta falta de una teoría jurídica sobre las fundaciones del sector público también dificultó la articulación de un régimen jurídico medianamente sistematizado, lo que dio lugar a no pocas distorsiones, que fueron tempranamente identificadas por los autores³.

El panorama es bien distinto en el momento actual, pues el proceso de reestructuración del sector público fundacional que acaba de iniciarse tiene la ventaja de contar con una notable construcción jurídica sobre la figura fundacional pública. Este sustrato teórico es el resultado de un fructífero «diálogo» entre la doctrina académica, la constitucional y la obra del legislador estatal y los autonómicos. En cuyas respectivas realizaciones es fácil observar una evolución caracterizada por las recíprocas influencias y el aprovechamiento de los avances logrados en cada una de aquellas parcelas jurídicas.

1. *Dos aproximaciones al derecho constitucional de fundación*

El análisis jurídico de las fundaciones del sector público forma parte del tema más general de la utilización de las personificaciones privadas por parte de la Administración pública, que ya había sido estudiado con amplitud por la doctrina⁴. No obstante, el Derecho aplicable a la figura de la fundación

³ Véase J. L. PIÑAR, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, 1998, pp. 37-63; E. MALARET y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer, 2005; y J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Las fundaciones de la Administración», en S. MUÑOZ MACHADO *et al.* (dir.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, 2005, pp. 645-752.

⁴ Los estudios son especialmente notables en relación con la problemática que plantea la utilización de las personificaciones privadas por la Administración. M. CLAVERO ARÉVALO analizó la utilización de un Derecho administrativo singular frente al general en «Personalidad jurídica. Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962; J. LEGUINA VILLA, «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995; J. M. SALA ARQUER, «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992; F. GARRIDO FALLA, «Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79, 1993; I. BORRAJO INIESTA, «El intento de huir del Derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993; S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, UNED-Civitas, Madrid, 1992, pp. 101 y ss. y de la misma autora «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994; J. C. LAGUNA DE PAZ, «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995; y S. MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996;

en mano pública ha estado muy condicionado por el reconocimiento del derecho de fundación en el artículo 34 de la Constitución y su remisión parcial a los apartados 2 y 4 del artículo 22, sobre la ilicitud de ciertas asociaciones y la necesidad de resolución judicial para la disolución o suspensión en sus actividades de las asociaciones.

A este respecto, conviene recordar que la Ley de Fundaciones de 1994 reconoció a las Administraciones la capacidad para constituir aquel tipo de entidades, pero no abordó las múltiples cuestiones que planteaba su integración en la organización administrativa, como tampoco cabía deducir de ella concepción alguna sobre el encaje constitucional de la figura fundacional en mano pública. Fue la doctrina académica la que asumió la elaboración de unas bases conceptuales que permitieran suplir el vacío normativo.

Entre la doctrina, destaca la importante contribución del profesor Piñar con un artículo publicado en 1998 en el que abordaba las principales cuestiones que plantea el tema: sostenía que las fundaciones constituidas por las Administraciones públicas eran verdaderas instituciones privadas, no públicas; que la especialidad de su régimen se encuentra en el proceso de formación de la entidad pública, que está sometido al Derecho público; pero que una vez constituida la fundación, se regirá sin excepciones por lo dispuesto en la Ley de Fundaciones, a salvo de ciertas particularidades; que la fundación constituida es independiente de la Administración fundadora, subrayando la importante separación que la Ley de Fundaciones establece entre el fundador y la entidad constituida a efectos patrimoniales, presupuestarios, de personal, etc.⁵. Desde el punto de vista constitucional, planteaba que no hay un derecho constitucional de las personas jurídico-públicas a constituir fundaciones, pues no es un derecho que integre su *status* jurídico-constitucional. No obstante, si el legislador permite a la Administración constituir fundaciones, éstas quedarían sometidas a las previsiones de los artículos 34 y 22 de la Constitución, singularmente en lo que hace a su disolución, que estaría vedada tanto a la Administración como al propio legislador, al exigir el apartado 4 del artículo la preceptiva resolución judicial⁶. En suma, esta construcción

E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, 1996; E. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999. Junto a los anteriores, es obligado citar los trabajos contenidos en el volumen colectivo *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas/Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.

⁵ J. L. PIÑAR, «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», cit., pp. 40-41 y 53.

⁶ J. L. PIÑAR, «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», cit., pp. 41-43 y 55-56.

dogmática se asienta sobre una concepción esencialmente formal del derecho de fundación, en la medida en que la utilización por parte de la Administración de la forma jurídica fundacional determinaría la aplicación de su régimen jurídico general, a salvo de ciertas singularidades.

La otra aproximación al derecho constitucional de fundación es de carácter funcional⁷, pues atiende esencialmente a la justificación del régimen jurídico aplicable a las fundaciones. Este planteamiento, que expuse en 2001, en esencia considera que la aplicación del artículo 34 de la Constitución exige la iniciativa de los privados en la realización de fines de interés general. En consecuencia, faltando este elemento nuclear, las fundaciones en mano pública no quedarían sometidas al artículo 34 de la Constitución, como tampoco serían oponibles a la capacidad de autoorganización de la Administración los límites del artículo 22 sobre su disolución o suspensión de actividades. Por el contrario, debe entenderse que la utilización de las fundaciones por parte de la Administración es una manifestación del sector público en la consecución de sus fines, articulada mediante personificaciones privadas meramente instrumentales. Entre otros aspectos que no vienen al caso, esta concepción del derecho de fundación ponía de manifiesto la posible ruptura del equilibrio en la distribución territorial de competencias, cuando el ejercicio del protectorado sobre las fundaciones se ejercitaba atendiendo a criterios formales y no funcionales, en la medida en que de ella resultaría que la Administración competente en materia de protectorado supervisaría la actividad de otra Administración ejercida a través de fundaciones del sector público⁸.

2. *La legislación sobre fundaciones del sector público*

La primera norma que reguló algunas de las particularidades de las fundaciones del sector público fue la Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Junta de Galicia en materia de personal y contratación. Esta Ley resultaba de aplicación a las fundaciones del sector público autonómico [art. 1.b)] y esencialmente disponía que aquéllas debían observar ciertos

⁷ Sobre la interpretación funcional de la Administración y el poder público en general, véase E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, cit., p. 162; y J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 71 y ss.

⁸ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Algunas acotaciones...», cit., pp. 121, 125 y 141-144. Ideas posteriormente desarrolladas en J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Las fundaciones de la Administración», cit., pp. 662 y ss.

principios y reglas de Derecho administrativo en materia de personal, contratación y fiscalización.

En el ámbito estatal, distintas modificaciones de la Ley General Presupuestaria habían ido introduciendo regulaciones sobre la fiscalización de las fundaciones de la Administración⁹. Asimismo, puede encontrarse una regulación de detalle sobre las fundaciones de la Administración en el ámbito sanitario¹⁰. Pero sería necesario esperar a la aprobación en 2002 de la vigente Ley de Fundaciones para encontrar una regulación más sistemática de las fundaciones del sector público. En sus artículos 44 a 46 se delimita el ámbito subjetivo, el procedimiento de creación y el régimen jurídico. Este último se compone de una serie de reglas de Derecho administrativo relativas a la imposición de límites a la asunción de funciones por parte de las fundaciones del sector público; la reserva a la Administración General del Estado de la función de protectorado respecto de las fundaciones de ella dependientes; la fiscalización económica de estas entidades; la selección de personal; la contratación; o la disposición de fondos sin contraprestación.

Es de notar que, aun cuando esta última Ley reserva a la Administración General del Estado el ejercicio del protectorado sobre sus fundaciones y dispone el sometimiento de las fundaciones del sector público a ciertas especialidades de Derecho administrativo, es declaradamente tributaria de la concepción formal del derecho constitucional de fundación, a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Así se expresa en el preámbulo de la norma y en su artículo 1, en el que se declara que «tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación, reconocido en el artículo 34 de la Constitución». De acuerdo con este planteamiento, el apartado 7 del artículo 46 dispone que, en los aspectos no regulados específicamente en el capítulo XI sobre las fundaciones del sector público estatal, éstas se regirán con carácter general por lo dispuesto en la citada Ley. Esta remisión a las disposiciones generales incluye, claro está, la aplicación de las reglas generales sobre diso-

⁹ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Las fundaciones de la Administración», cit., pp. 675 y ss.

¹⁰ Véanse los trabajos de M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, 1999; J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, 1999, pp. 575-593; J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (dir.), *La enseñanza del derecho administrativo; tercer sector y fundaciones; rutas temáticas e itinerarios culturales / XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, 2002, pp. 395-427; y F. VILLAR ROJAS, «Las fundaciones sanitarias y sociales de la Administración pública», en *Forme private e interessi generali...*, cit., pp. 117 y ss.

lución de las fundaciones de los artículos 31 y 32, concebidas de conformidad con los límites establecidos en el artículo 22 de la Constitución.

3. *La categorización de las fundaciones como parte del sector público y su sometimiento al Derecho administrativo*

De forma paralela a la evolución legislativa, la doctrina había comenzado a plantear la consideración de las fundaciones privadas constituidas por la Administración como partes integrantes del sector público¹¹. Lo que ciertamente suponía un cierto distanciamiento respecto de la concepción más formal de la figura fundacional de la Administración, aun cuando esta categorización no supusiera una ruptura con el concepto formal del derecho constitucional de fundación. En concreto, el profesor Vaquer así lo sostuvo en 1999 en un estudio sobre las fundaciones de la Administración en el ámbito sanitario. A juicio de este autor, el recurso al concepto de sector público permitía romper el concepto más estrecho y formal de Administración pública, que hasta entonces había sido determinante para la aplicación del Derecho administrativo¹². La idea de que la Administración puede servirse instrumentalmente de las fundaciones para el cumplimiento de sus fines también la recogieron en 1999 los profesores Morell Ocaña y Ruiz Ojeda¹³.

No sería hasta 2005, tras la aprobación de la vigente Ley de Fundaciones, cuando se publicaron simultáneamente dos estudios que plantearon la ruptura plena con la concepción formal de las fundaciones del sector público¹⁴. Esta concepción declaradamente funcional partía de la doctrina previa de que el artículo 34 de la Constitución no era de aplicación a las fundaciones del sector público, sino que éstas eran un mero ejercicio del Derecho administrativo de la organización de las Administraciones públicas¹⁵. La mayor novedad estribaba en que, en coherencia con la anterior tesis, se señalaba también la inadecuación del Derecho general de fundaciones cuando se aplicaba al sector público y, en consecuencia, se advertía de la necesidad de adaptar aquel

¹¹ La profesora S. DEL SAZ había llevado a cabo este análisis en 1998 en relación con la utilización de fundaciones en el ámbito universitario, «Las fundaciones en el ámbito universitario», *Revista catalana de dret públic*, núm. 23, 1998, pp. 36 y ss.

¹² M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas...*, cit., pp. 60 y 63.

¹³ L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público», en *Manual de fundaciones*, Civitas, 1999, p. 242.

¹⁴ E. MALARET y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., y J. GARCÍA-ÁNDRADE GÓMEZ, «Las fundaciones de la Administración», cit., ambos *in toto*.

¹⁵ E. MALARET y M. MARSAL FERRET matizan que el derecho constitucional de fundación consiste en un derecho de libertad-competencia, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 45 y ss.

régimen jurídico a las necesidades del sector público. Ya no sólo en aspectos, sin duda relevantes, como el régimen de la contratación¹⁶ o de personal, sino que se replanteaba también el régimen jurídico de las fundaciones del sector público en los aspectos tocantes a las relaciones con la Administración matriz y el sometimiento a la supervisión del protectorado, para integrar y hacer que estas fundaciones fueran efectivamente dependientes de su Administración matriz.

Evidentemente, este último planteamiento suponía la negación de una de las características esenciales de las fundaciones rigurosamente privadas, como es la independencia de la institución constituida respecto de su fundador¹⁷. Y la correlativa constatación de que, una vez más, el Derecho administrativo modula e incluso transforma las instituciones civiles de que se sirve para adaptarlas al giro o tráfico de la Administración pública¹⁸.

Esta concepción sobre el régimen jurídico de las fundaciones es la que, en general, ha seguido la doctrina iuspublicista que con posterioridad se ha ocupado de la materia, desarrollando y profundizando numerosos aspectos que entonces sólo habían quedado apuntados¹⁹.

Por último, para completar las aportaciones doctrinales en la construcción de una teoría sobre el régimen jurídico de las fundaciones del sector público, debe dejarse indicado que el profesor Parejo ha considerado que la habilitación

¹⁶ M. RAZQUIN LIZARRAGA, «Las fundaciones y la contratación pública», en *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, F. ROVERSI-MONACO *et al.* (dirs.), Bononia University Press, 2012, pp. 251 y ss.; y J. A. MORENO MOLINA, «La problemática de la contratación de las fundaciones públicas: ¿aplicación del Derecho privado o del Derecho de la contratación pública?», en la misma obra, pp. 365 y ss.

¹⁷ J. CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al artículo 29», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, R. DE LORENZO *et al.* (dirs.), Marcial Pons, 1995, p. 262; L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional...», cit., p. 246; E. MALARET y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., p. 81 y J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Las fundaciones de la Administración», cit., pp. 668 y ss.

¹⁸ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, (la primera edición fue del año 1960).

¹⁹ J. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, 2006; J. ALDABAL ETXEBARRIA, *Las fundaciones del sector público vasco: su régimen jurídico*, Lete, 2007; M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración pública*, Atelier, 2009; J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010; A. BLÁZQUEZ LIDOY, «Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», en *Tratado de Fundaciones*, R. DE LORENZO *et al.* (dirs.), Aranzadi, 2010, pp. 329 y ss.; P. MENÉNDEZ, «Las fundaciones del sector público», en *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, 2011, pp. 111-163; y, en general, las comunicaciones de las actas del XVIII Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, *Forme private e interessi generali...*, cit., *in toto*.

genérica de la Ley de Fundaciones es insuficiente para que la Administración pueda constituir fundaciones, siendo preciso el complemento de una habilitación legal específica²⁰. Por su parte, los profesores Martínez López-Muñiz y Alli cuestionan la constitucionalidad de que la Administración pública pueda servirse de la figura fundacional privada para el ejercicio de sus funciones²¹.

4. La actualización del derecho de fundación en la doctrina del Tribunal Constitucional

A) La jurisprudencia constitucional sobre las personificaciones privadas de la Administración

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la utilización de las personificaciones del Derecho privado por parte de la Administración. En el aspecto que aquí se analiza, en general se advierte en la doctrina constitucional una aproximación antiformalista a la cuestión, en cuanto se acepta con normalidad el recurso por parte de la Administración a aquellas técnicas de Derecho privado, en la medida en que queden salvaguardadas las garantías constitucionales, y la consecuente modulación de su régimen jurídico.

En la sentencia 14/1986, de 31 de enero de 1986, dictada en respuesta a la impugnación de la Ley vasca 12/1983, reguladora de los principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, el Tribunal hubo de pronunciarse sobre la licitud de que el parlamento autonómico crease determinadas sociedades mercantiles dependientes de la Administración autonómica, pero diferenciadas de las sociedades reguladas en la normativa estatal.

Con ocasión de aquel pronunciamiento, el Tribunal reconoció «ciertas formas de personificación de las entidades públicas y sobre el régimen de las mismas, cuestiones en las que se ha constatado una evidente evolución —en la que sería impertinente entrar— hasta haber adquirido en la actualidad carta de naturaleza la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación». Y respecto de las que observó que

²⁰ L. PAREJO ALFONSO, «Prólogo» al libro de M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas...*, cit., pp. 14 y ss.

²¹ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y J. TORNOS MAS (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer Sector y Fundaciones, Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales (XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 octubre 2000)*, Cedecs, 2002, pp. 301-332; y J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., pp. 455 y 456.

«la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remite(n) su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dicho entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica» (FJ 8).

En cuanto a la competencia autonómica para crear una sociedad mercantil diversa de la anónima, constató «la regulación que de las sociedades públicas especiales se realiza en la Ley impugnada posee un notorio carácter público, (...) como instrumento de acción administrativa, lo que en esencia no es otra cosa que incidir en el régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo que está reservado en exclusividad al Estado en cuanto al establecimiento de sus bases en el art. 149.1.18 de la C.E. (...) y sin que, finalmente, surjan dudas en cuanto a que nos hallamos ante un supuesto al que conviene la precitada normativa constitucional, porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse del modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, esta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales, una de ellas la que aquí se contempla» (FJ 9).

Sin abandonar los títulos competenciales para la regulación, el Tribunal entendió que «la sociedad pública vasca especial, por tratarse de una sociedad mercantil en su actividad externa, ha de relacionarse con toda clase de sujetos, con creación de la indeterminada serie de relaciones jurídicas con terceros, propia e indeclinable de este tipo de personas jurídicas, con lo que su regulación por la Ley impugnada incide plenamente dentro de la amplia fórmula de la “legislación mercantil”» del artículo 149.1.6 de la Constitución (FJ 9).

En el caso concreto de las fundaciones del sector público, el Tribunal se pronunció acerca de la separación de su cargo de quien ocupaba funciones directivas. El Auto constitucional 206/1999, de 28 de julio, resolvió la cuestión atendiendo antes a la esencia de las relaciones jurídicas existentes que a la forma jurídica fundacional. Así el Tribunal entendió que «la peculiar configuración de la Fundación del Teatro Lírico como fundación pública gestora de un teatro público (es decir, una forma privada de personificación por completo en manos de dos Administraciones Públicas) implica necesariamente ciertas consecuencias para el personal directivo de la misma». Y también que la existencia de una relación jurídico laboral especial «no significa que

no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional» (...) «Luego estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones».

B) *Dos concepciones del derecho constitucional de fundación a debate*

El vivo debate planteado entre la doctrina sobre los presupuestos conceptuales del régimen jurídico de las fundaciones de la Administración se trasladó ante el Tribunal Constitucional con ocasión de la impugnación de la Ley Madrileña de Fundaciones, dando lugar a una sentencia de singular importancia en la configuración del derecho constitucional de fundación.

Mediante la sentencia 120/2011, el Tribunal Constitucional enjuició la adecuación constitucional de diversos preceptos de la Ley Madrileña de Fundaciones, que incluía en su ámbito de aplicación a las fundaciones constituidas por la Administración estatal (art. 9.3); habilitaba a la Comunidad de Madrid para requerir de los órganos estatales documentación e información a los efectos de determinar el ámbito territorial de actividad de las fundaciones domiciliadas en la Comunidad de Madrid (disposición adicional primera); y establecía la presunción de que las fundaciones constituidas por las universidades públicas madrileñas desarrollaban principalmente sus actividades en el territorio de la Comunidad de Madrid y, en consecuencia, quedaban comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley impugnada (disposición adicional primera).

En la discusión planteada ante el alto tribunal se dieron cita las dos concepciones del Derecho que se han expuesto, aun cuando las partes no las calificaran como tales en sus argumentaciones. La impugnación de la ley por parte del Estado se basaba claramente en una interpretación funcional del Derecho, de la que cabe destacar los siguientes argumentos: aun cuando la figura de la fundación sea de naturaleza privada, también las administraciones pueden servirse de ellas para conseguir objetivos propios de su competencia, lo que las convierte en instrumentos o medios al servicio de la organización administrativa para el cumplimiento de los fines públicos; la naturaleza y régimen jurídico de las entidades que utiliza la Administración de manera instrumental (como las fundaciones) no puede suponer un desplazamiento de las potestades administrativas previstas en el bloque de constitucionalidad;

el ejercicio de las funciones de protectorado y registro incide en el desenvolvimiento de la actividad fundacional y, de aplicarse sobre la fundación de otra Administración, ha de considerarse una evidente y manifiesta intromisión competencial; por tanto, la función de vigilancia y control público a través del protectorado y el registro resulta incompatible con la Constitución cuando la fundación ha sido creada por una Administración distinta; en esta misma línea argumental, la Ley madrileña sería inconstitucional en cuanto vulneraría la potestad de autoorganización de la Administración estatal, pues de lo contrario, el ejercicio de la acción administrativa a través de una fundación quedaría sometido al control por otra Administración diferente (FJ 2).

En defensa de la ley cuestionada se invocaban argumentos de carácter esencialmente formal, entre otros: que el criterio territorial determina el alcance de las competencias autonómicas sobre las fundaciones, de manera que si éstas desarrollan sus actividades principalmente en la Comunidad Autónoma, deben quedar sometidas a la ley autonómica; que la entonces vigente ley de fundaciones de 1994 no preveía reglas especiales para las fundaciones constituidas por las Administraciones públicas; que las fundaciones creadas por las Administraciones públicas son verdaderas fundaciones privadas, y no entes públicos; y, en este sentido, que la formación de la voluntad de la Administración para constituir la fundación se rige por normas de Derecho administrativo, pero que, una vez constituida la fundación, se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre fundaciones sin excepciones; que las fundaciones privadas no pueden ser nunca una manera de autoorganizarse el Estado, aunque sí de realizar ciertas actividades mediante entidades jurídico-privadas, como son las fundaciones o sociedades mercantiles; que la fundación no es un ente público sino privado y, como tal, no puede asumir funciones públicas sino sólo colaborar con la Administración en la consecución de fines públicos; en fin, que la fundación, aun constituida por entes públicos, no deja de ser una persona jurídico-privada, no es Administración y tampoco es de titularidad de la Administración y, por ello, no puede encuadrarse dentro de la autoorganización de la Administración (FJ 5).

C) *Alcance del artículo 34 de la Constitución en la STC 120/2011*

La sentencia del Tribunal Constitucional se dicta en una clave interpretativa funcional que, ya desde su inicio argumentativo, se separa de las posiciones más formalistas que al respecto habían defendido la Comunidad Autónoma e incluso la abogacía del Estado. Así la abogacía del Estado sostenía en relación con las fundaciones universitarias que la Ley madrileña podría vulnerar el derecho constitucional de fundación recogido en el artículo 34,

al no permitir al fundador determinar el ámbito territorial de actuación de la fundación [FJ 2, b) y c)]; por su parte, la abogacía madrileña defendía que el derecho constitucional de fundación ampararía una hipotética limitación de esta facultad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no asume tales premisas y va mucho más lejos al declarar «que la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye ejercicio del derecho de fundación proclamado en el art. 34.1 CE» (FJ 5).

Esta afirmación del Tribunal Constitucional va a resultar extraordinariamente importante en la configuración del régimen jurídico de las fundaciones en mano pública, pues, altera por completo el basamento constitucional sobre el que el legislador había construido aquel régimen jurídico.

De una parte, el Tribunal Constitucional ha actualizado la interpretación del derecho constitucional de fundación que había establecido en la sentencia constitucional 49/1988, de 22 de marzo, donde había considerado que el artículo 34 de la Constitución «se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general» (FJ 5). La nueva jurisprudencia completa aquel concepto de la siguiente manera: «A ello debemos añadir ahora que la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente» (STC 120/2011, FJ 5).

Esta revisión del concepto constitucional de fundación presenta tres aspectos destacables. De una parte, frente al concepto tradicional de fundación, referido a una masa de bienes vinculada a un fin de interés general, se acoge la concepción más amplia del derecho de libertad de los ciudadanos para participar en la realización de actividades de interés general, mediante una organización permanente dotada de personalidad jurídica. En consecuencia, dado que se trata de un derecho de libertad específico de los ciudadanos, concluye que de este derecho fundamental no se deriva el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de los poderes públicos. Por otra parte, de la actualización del concepto constitucional de fundación deduce que: «El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE». Y, por lo tanto, «la decisión de un

ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales» (FJ 6).

Además, y en lo que aquí más importa al objeto del presente estudio, el propio Tribunal destaca diversas consecuencias para el régimen jurídico de las fundaciones del sector público que se derivan de su carácter instrumental respecto de las Administraciones que las han creado (FJ 7). En primer lugar, si la Administración General del Estado hace uso de su capacidad para crear fundaciones, su actuación en ningún caso puede desbordar los límites trazados por la distribución de competencias, resultando a este respecto indiferente que la actuación se lleve a cabo directamente a través de sus propios órganos y servicios o mediante personificaciones instrumentales de Derecho público o privado.

En segundo término, la circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público no sólo determina en algunos extremos el régimen jurídico aplicable a las relaciones que entablan con terceros, sino que también afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones. En el caso de las fundaciones del sector público, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación (funciones de registro y protectorado), pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el artículo 34.1 CE, sino en el que se deriva del artículo 103.1 CE.

En tercer lugar, el carácter instrumental de las fundaciones del sector público determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio no es aquí actividad administrativa de ordenación y limitación del desarrollo de actuaciones por los particulares, sino que se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos a través de los cuales actúa el Estado. De modo que su regulación y ejercicio habrán de tener en consideración la configuración constitucional del Estado autonómico.

Todo ello lleva al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de varias reglas contenidas en la Ley madrileña, pues al extender su ámbito de aplicación a las fundaciones del sector público estatal «introduce un mecanismo de control autonómico de la acción de la Administración estatal no previsto en el bloque de la constitucionalidad» (FJ 10).

III. Las fórmulas de la reestructuración del sector público fundacional y su problemática

1. *Las ideas directrices en la reestructuración del sector público fundacional: interés general y garantías para los terceros*

Si se desciende desde el plano constitucional hasta el de la legislación ordinaria, la nueva concepción del derecho constitucional de fundación recogida en la sentencia analizada apela a un replanteamiento de la actual regulación general de las fundaciones cuando se aplica a las entidades del sector público, pues, como se indicó, aquella regulación fue elaborada bajo la premisa de que era desarrollo del artículo 34 de la Constitución y que, en consecuencia, debía observar los límites propios de este precepto. Lo que no se cumple en el caso de las fundaciones del sector público.

En otros términos, tanto la concepción funcional de las fundaciones del sector público elaborada por la doctrina como la sentencia constitucional resultan decisivas para entender el proceso de modulación de instituciones de Derecho privado que, como las fundaciones, son empleadas por el Derecho administrativo. Esta evolución es siempre paulatina y busca lograr un mejor encaje de la institución de que se trate en la organización administrativa que está esencialmente regida por el Derecho público. Se traduce, por tanto, en un proceso de integración de una institución de Derecho privado en el ordenamiento administrativo, por lo que interesa recordar los dos grandes vectores que informan y tensionan este Derecho público²². El primero de ellos requiere que la Administración cuente con un instrumentario que le permita servir eficazmente al interés general, alterando si es preciso para ello las reglas de Derecho privado que obstaculicen su actuación, lo que incluye la capacidad de autoorganización. En segundo lugar, la actuación administrativa debe ser especialmente garantista con los derechos e intereses de los particulares, como los empleados, contratistas o beneficiarios, para lo que el Derecho administrativo articula procedimientos singularmente formalistas que permitan su realización.

Así pues, estas dos ideas deben presidir necesariamente la modulación jurídica que implica la integración de la figura fundacional en el Derecho administrativo y, en consecuencia, también deben regir el proceso de reestructuración de un sector público fundacional que, en buena medida, se ha formado y expandido sin una previa planificación.

²² R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Prólogo al libro de J. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público*, cit., p. 13.

2. *La reestructuración frente a la independencia institucional de las fundaciones*

Debe tenerse presente que los supuestos de reducción del sector público fundacional han sido impulsados desde los órganos directivos de la Administración, es decir que a efectos del Derecho de fundaciones han sido decisiones adoptadas desde fuera de las fundaciones afectadas. Esta precisión es muy relevante en cuanto condiciona el régimen jurídico aplicable al proceso de reestructuración.

En efecto, si se hubiera tratado de una iniciativa de cada una de las fundaciones implicadas, les habrían sido de aplicación las disposiciones dictadas con carácter general para las fundaciones en cuanto a su extinción o fusión. Sin embargo, la decisión de la Administración matriz correspondiente de reducir el número de fundaciones en mano pública de ella dependientes se ha encontrado con la barrera de unas disposiciones legales que no le habilitan para ello. Así el artículo 30 de la Ley de Fundaciones dispone que éstas podrán fusionarse, siempre que no lo haya prohibido el fundador, previo acuerdo de los respectivos patronatos, que se comunicará al Protectorado. Por su parte, entre las causas de extinción de las fundaciones, el artículo 31 contempla supuestos tales como el vencimiento del plazo por el que fue constituida, la realización íntegra de fin fundacional, la imposibilidad de su realización, la fusión, otras establecidas en las leyes y cualquier otra prevista en el acto constitutivo o los estatutos.

Como se comprueba, la Ley no otorga a la Administración fundadora o matriz cometido alguno en la formación de la voluntad para la extinción o fusión de las fundaciones. Tan sólo cabría dar entrada a la voluntad de la Administración a través de la previsión del artículo 31 que permite la inclusión en los estatutos o la escritura de constitución de otras causas de extinción. Sin embargo, los responsables de los registros públicos de fundaciones tradicionalmente han considerado contrarias a Derecho las cláusulas por las que el fundador se reservaba esta facultad, incluso tratándose de Administraciones públicas²³.

En suma, la Ley de Fundaciones fue concebida para garantizar a las fundaciones constituidas una esfera suficiente de autonomía que las preservase de decisiones externas, incluso si provenían del fundador. Dado que esta regulación general no presenta especialidades cuando se aplica a las fundaciones del sector público, se ha erigido en una barrera difícil de salvar cuan-

²³ Véase J. CAFFARENA, «La extinción de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO *et al.* (dir.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, 2005, p. 468.

do desde la Administración pública se ha tratado de racionalizar el sector público fundacional (fusionando o extinguiendo entidades).

3. Fórmulas seguidas para la reestructuración del sector público fundacional

Así las cosas, resulta interesante analizar las vías que, no obstante las previsiones de la Ley, la Administración pública está utilizando para llevar a cabo el proceso de reducción de fundaciones del sector público, pudiéndose distinguir tres tipos: instrucciones informales dirigidas a los patronatos de las fundaciones; adopción de actos y disposiciones administrativas de carácter general; reformas legislativas.

A) Instrucciones informales

Una de las fórmulas utilizadas ha consistido en que la Administración matriz instruyese a los integrantes del patronato de la fundación afectada, normalmente personas sobre las que puede ejercer influencia por su relación de servicio con la Administración, para que adoptasen los acuerdos necesarios para la fusión o la extinción. Debe notarse que esta última se ha visto facilitada por las limitaciones presupuestarias del sector público que, al reducir o suprimir las partidas destinadas a las correspondientes fundaciones, han dado entrada a la causa prevista en la letra c) del artículo 31 de la Ley de Fundaciones, consistente en la imposibilidad de realización del fin fundacional, en este caso por insuficiencia de recursos económicos. Desafortunadamente, la falta de publicidad en la utilización de esta fórmula apenas permite ofrecer ejemplos concretos²⁴.

B) La adopción de actos administrativos y disposiciones reglamentarias

En cambio, sí existe abundante constancia documental pública de acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros para racionalizar el sector público fundacional. Se trata de iniciativas y decisiones emanadas de órganos distintos del patronato, al que corresponde legalmente la adopción de estas decisiones.

Por ejemplo, en virtud de un Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010, con el objetivo de retornar al equilibrio presupuestario, se

²⁴ Un ejemplo puede encontrarse en la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal. En particular, el apartado decimosegundo del Acuerdo dispone que los patronos de las fundaciones afectadas deberán modificar sus estatutos, o acordar su fusión o extinción.

aprobó el Plan de Racionalización de Estructuras de la Administración General del Estado, Reducción de Altos Cargos y Reordenación del Sector Público. Uno de cuyos objetivos específicos se concretaba en la «racionalización de las fundaciones del sector público estatal, para suprimir aquellas cuyas funciones pueden ser asumidas por la estructura administrativa departamental y revisar la participación estatal de las restantes»²⁵.

En aplicación de aquel Acuerdo, el Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo posterior, de 3 de junio de 2011²⁶, relativo a la extinción o exclusión del sector público de algunas fundaciones. En este último caso mediante actuaciones consistentes en la reducción del porcentaje estatal en la dotación o patrimonio fundacional. Así, en el citado acuerdo se adoptaron, en primer lugar, actuaciones para suprimir y liquidar la Fundación de Estudios de Postgrado en Iberoamérica, la Fundación Centro Español de Estudios de América Latina y la Fundación Museo Taller Juan José García. En segundo término, se resolvió «formalizar los trámites para dejar sin la condición de fundación del sector público estatal» a la Fundación Instituto Portuario de Estudios y Cooperación Comunidad Valenciana, la Fundación del Español Urgente y la Fundación Entorno, Empresa y Medio Ambiente. Por último, se acordó modificar el porcentaje de participación de la Administración del Estado en la Fundación Museo do Mar de Galicia y Fundación Cerralbo.

Es igualmente interesante el Real Decreto 390/2011, de 18 de marzo, por el que se modifican los estatutos de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda y del Instituto de Crédito Oficial, aprobados, respectivamente, por el Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio, y por el Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, y por el que se autoriza la extinción de la Fundación Real Casa de la Moneda. Su disposición adicional única autorizó la extinción de la indicada fundación, así como estableció que sus funciones fueran directamente asumidas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, al igual que el personal de la fundación, y sus convenios y acuerdos, que también fueron asumidos por la entidad matriz. Por último, el Real Decreto facultó expresamente a los órganos de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y a los órganos de la fundación para adoptar los acuerdos que fueran necesarios para la consecución de la extinción, disolución y liquidación de la fundación.

²⁵ Citado en el preámbulo del Real Decreto 390/2011, de 18 de marzo, *cf. infra*.

²⁶ El acuerdo no ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado, pero la página electrónica de La-Moncloa ofrece una síntesis de su contenido en la referencia a la sesión del Consejo de Ministros de 3 de junio de 2011.

C) *Reformas legislativas*

Si las anteriores fórmulas se caracterizan por la utilización de técnicas propiamente administrativas, como los actos o los reglamentos, el elemento distintivo de la tercera de las modalidades seguidas para la reestructuración del sector público fundacional es que ha descansado sobre normas con rango formal de ley²⁷. De manera que han sido las correspondientes asambleas autonómicas, o los consejos de gobierno en uso del decreto-ley, los que han reordenado el sector público fundacional.

Es el caso de la Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa, que, como indica su extenso título operó la integración del hospital que era gestionado por la fundación en el servicio de salud asturiano, asumiendo este último «todos los derechos y obligaciones personales y patrimoniales de la fundación del sector público fundacional» (art. único, apartado 2). Asimismo, dispuso que tanto el gobierno autonómico como el patronato de la fundación deberían dictar cuantas «disposiciones, actos y acuerdos ejecutivos de esta Ley resultaren precisos para la más completa ejecución de lo dispuesto en la misma y específicamente para proceder a la extinción de la personalidad jurídica de la citada Fundación del sector público» (disposición final primera).

La Ley balear 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, «recuperó» las fundaciones privadas en mano pública para el sector público «tradicional». En efecto, la reestructuración se justificó en razones de personal²⁸ y consistió en la trans-

²⁷ Es curioso que en el pasado, durante los tiempos de bonanza económica, en ocasiones se recorrió el camino inverso. Por ejemplo, cuando la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dispuso la creación de la Fundación EOI a partir de un organismo público preexistente (art. 154).

²⁸ La operación se justificó en el deseo de homogeneizar el régimen jurídico del personal en el ámbito de la sanidad pública autonómica bajo la forma estatutaria: «Al amparo de las consideraciones anteriores, no resultaría jurídicamente posible adscribir personal estatutario a los entes mencionados, dado que las fundaciones Son Llàtzer y Manacor son entes de naturaleza jurídico-privada que ajustan su actuación al derecho privado, como lo reconocen el artículo 39 del Real Decreto 29/2000, el artículo 46.1 de la Ley 50/2002 y el artículo 55.2 de la Ley 7/2010. La presente ley pretende dar solución a la problemática mencionada y opta por transformar las dos fundaciones del sector público existentes en el ámbito de nuestra comunidad autónoma en fundaciones públicas sanitarias, entidades que sí que pueden albergar personal estatutario, tal como prevé el artículo 73 del Decreto 29/2000, de 14 de enero».

formación por ley de las fundaciones sanitarias con forma privada que controlaba la Administración en entidades de Derecho público²⁹ que, si bien conservan la denominación de fundaciones, se rigen por la normativa administrativa específica y supletoriamente por la normativa aplicable a las entidades públicas empresariales³⁰. Esto es, quedan por completo excluidas del régimen jurídico de las fundaciones.

La legislación de Castilla y León ofrece un caso en el que la reordenación del sector público ha pasado por que la ley integre en una fundación del sector público los medios y actividades que venía desarrollando una sociedad mercantil, también del sector público autonómico. En particular, la Ley autonómica 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, autorizó la extinción de la empresa pública Sociedad de Promoción del Turismo de Castilla y León, S. A. (SOTUR, SA) así como la cesión global de activos y pasivos de la empresa en favor de la Fundación Siglo, para las Artes en Castilla y León, «que se subrogará en todos los derechos y obligaciones, activos y pasivos, contratos y convenios, de los que fuere titular la citada empresa, previas las actuaciones legalmente exigidas» (apartados 1 y 2 de la disposición adicional duodécima). Además, la Ley dispuso que la Fundación Siglo debería realizar «las modificaciones estatutarias que se precisen para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior, en particular, las relativas a su denominación y las encaminadas a incluir entre sus fines fundacionales y actividades la promoción del turismo, y cuan-

A este respecto, es de recordar que una década antes el artículo 58.7 de la Ley estatal 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, había previsto la creación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, y que ésta asumiera a los funcionarios que prestaban sus servicios en la antigua entidad pública.

²⁹ El artículo 1 de la citada Ley dispone que: «1. Las fundaciones del sector público Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor, constituidas en el ámbito de la comunitat autònoma de las Illes Balears, se transformarán automáticamente, desde la entrada en vigor de esta ley, en fundaciones públicas sanitarias con personalidad jurídica propia que tienen por objeto la gestión y la administración de los centros sanitarios Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor. 5. Las nuevas fundaciones públicas sanitarias se tienen que subrogar en la totalidad de actos, contratos y relaciones jurídicas imputables a las transformadas. 7. La transformación de las fundaciones del sector público sanitario en fundaciones públicas sanitarias es causa de baja en el Registro de Fundaciones de las Illes Balears».

³⁰ Sobre el régimen jurídico aplicable a las nuevas fundaciones ya transformadas, el artículo 2 de la Ley balear establece que: «1. Las fundaciones públicas sanitarias del sector público de las Illes Balears se rigen por sus estatutos, que deben respetar las prescripciones de esta ley y las disposiciones autonómicas que la desarrollan. Supletoriamente son de aplicación las disposiciones sobre las entidades públicas empresariales de conformidad con lo que se establece en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears».

tos otros fines de interés general se encuentren en el objeto social» de SOTUR, S. A. (disposición adicional duodécima).

Seguramente la reestructuración más sistemática del sector público fundacional se encuentra en el Decreto-Ley valenciano 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat. Esta norma establece una serie de disposiciones de carácter general para la reestructuración del sector público valenciano que sirven de soporte jurídico para las concretas operaciones de extinción de fundaciones, asignación de sus cometidos a otras entidades o pérdida de la condición de entidades del sector público (art. 1.2). Una de sus reglas es singularmente reveladora de la concepción del sector público que encierra la norma. Se trata de la previsión de que las medidas de reestructuración adoptadas (sea un cambio de denominación, estatutario, reglamentario, una reasignación de funciones, etc.) «no podrán ser entendidas como causa de modificación o resolución de las relaciones jurídicas con terceros que mantengan dichos entes» (art. 5.1). Por su parte, los artículos 13 y 14 del Decreto-Ley disponen que determinadas funciones que venían desarrollando las Fundaciones de la Comunitat Valenciana Palau de les Arts Reina Sofía y La Llum de les Imatges, serán asumidas, antes incluso de que los patronatos de aquellas fundaciones acuerden su extinción, por la entidad de Derecho público CulturArts Generalitat, que se subrogará en ellas.

Como se advierte, los acuerdos, disposiciones y leyes citadas se basan en una concepción instrumental de las fundaciones del sector público, cuya característica más reseñable seguramente sea que no reconocen a aquellas entidades la autonomía que es propia de las fundaciones privadas frente a las autoridades públicas e incluso frente a su fundador y que se desprende de la Ley de Fundaciones. Por el contrario, con mayor o menor respeto a las concretas previsiones de esta última, los acuerdos, disposiciones y leyes de reestructuración del sector público fusionan, extinguen o acuerdan la exclusión de las fundaciones del sector público; de la misma manera que les sustraen funciones y se las reasignan a otras entidades del sector público.

Aquel conjunto de normas, disposiciones y acuerdos refleja que el Estado y las correspondientes Comunidades Autónomas conciben el sector público como una unidad con entidad propia que, al servicio del interés general, se eleva por encima de las personalidades jurídicas de las entidades que lo integran, a las que sólo se atribuye una posición instrumental. Hasta el punto de que, como dispone el Decreto-Ley valenciano, se permite la reestructuración de entidades o la subrogación de unas por otras, sin que los terceros

puedan entender que tales transformaciones suponen una alteración de las relaciones jurídicas en las que formen parte (art. 5)³¹.

IV. Límites a la reestructuración

Los casos tomados como ejemplo en buena medida se asientan sobre la concepción funcional de las fundaciones del sector público, en el sentido de que aquéllas no son manifestación del derecho de libertad de fundación reconocido a los particulares en el artículo 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales y que como tales se integran en el sector público.

1. *El derecho constitucional de fundación no constituye un límite para la reestructuración del sector público*

Si se considera que las fundaciones del sector público no son el resultado del ejercicio del derecho constitucional de fundación, sino de la capacidad de organización de la Administración, *ex* artículo 103 de la Constitución, se deriva que los poderes públicos no están sujetos en la configuración de las fundaciones del sector público por los límites constitucionales que resultan de aplicación respecto de las fundaciones privadas. En particular, en lo que hace a la reestructuración del sector público que aquí interesa, no son de aplicación los límites relativos a la garantía institucional y la disolución o suspensión de actividades de las fundaciones.

En cuanto al primero de los límites, es conocido que el reconocimiento del derecho de fundación por el artículo 34 de la Constitución supone una garantía institucional para el ejercicio de esta libertad³². De manera que, si bien corresponde a la ley la configuración de su régimen jurídico, deberá

³¹ Al margen de los procesos de reestructuración del sector público, esta misma concepción se refleja en la Ley estatal 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, cuya disposición adicional única prevé el sometimiento a un procedimiento administrativo de determinadas controversias jurídicas de las fundaciones del sector público con la Administración matriz, con exclusión del recurso a los tribunales. Una medida como la indicada no habría tenido cabida en nuestro ordenamiento de aplicarse sobre entidades auténticamente privadas, en la medida en que supondría una conculcación de la tutela judicial efectiva (*ex* art. 24 de la Constitución) y que, sin embargo, en el seno del sector público estatal tiene natural encaje como fórmula autoorganizativa.

³² A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Garantías institucionales y Derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, 1991, pp. 646 y ss.

hacerlo en unos términos que hagan reconocible el derecho de fundación³³. Pues bien, en la medida en que esta garantía institucional no se aplica a las fundaciones del sector público, resulta posible que los poderes públicos configuren con un amplio margen de decisión el régimen jurídico de estas entidades. Incluso si la adecuación de su Derecho a las necesidades del giro y de la organización administrativa las modula o transforma tanto que dejan de ser reconocibles como fundaciones privadas.

Con respecto al segundo de sus límites, de la remisión entre los artículos 34 y 22 de la Constitución resulta la prohibición de que las fundaciones puedan ser disueltas o suspendidas en sus actividades, salvo resolución judicial motivada que así lo disponga. En virtud de esta prohibición, la Ley de Fundaciones exige la preceptiva intervención judicial para que la disolución pueda ser impuesta por una instancia externa a ella (art. 32).

La inaplicación de las previsiones del artículo 22 de la Constitución a las fundaciones del sector público es particularmente relevante a efectos de los procesos de reestructuración de la organización administrativa, en cuanto permite en un plano estrictamente constitucional que los poderes públicos retiren líneas de actividad de las fundaciones y se las asignen a otras entidades; acuerden la fusión de fundaciones; suspendan su actividad; o incluso acuerden su disolución.

2. El principio de legalidad como límite a la reestructuración

A la vista de los procesos llevados a cabo para la reestructuración del sector público, convendrá recordar que la inaplicación de los anteriores límites se predica del plano estrictamente constitucional, pero no de la legalidad ordinaria. Esto es, cuando lo que se dilucida es la adecuación a la Constitución de una determinada fórmula (en este caso de reestructuración del sector público fundacional), como hizo la sentencia constitucional 120/2011 en relación con la ley madrileña impugnada, nada obsta al reconocimiento de una gran flexibilidad en la configuración de las fundaciones del sector público.

Ocurre que, aun cuando la creación de las fundaciones del sector público no sea manifestación del ejercicio del derecho constitucional de fundación previsto en el artículo 34 de la Constitución, sí son de aplicación los restantes preceptos constitucionales que exigen el cumplimiento de la legalidad

³³ Sobre la reconocibilidad del concepto de fundación es interesante la sentencia constitucional 341/2005, de 21 de diciembre de 2005, referida a las cláusulas de reversión de los bienes fundacionales (FJ 7).

ordinaria por parte de la Administración pública. En efecto, la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico, así como la garantía del principio de legalidad, se recogen en los apartados 1 y 3 del artículo 9 de la Constitución. En lo que hace estrictamente a la Administración, el artículo 103.1 de la Constitución dispone de manera indubitada el sometimiento pleno de su servicio y actuación a la ley y al Derecho. Y, en particular en cuanto incide sobre la organización administrativa, el mismo artículo requiere que los órganos de la Administración sean creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley³⁴.

Expresado en otros términos, la circunstancia de que el legislador cuente con un amplio margen de configuración de las fundaciones del sector público no dispensa a la Administración de cumplir plenamente las reglas con las que aquél haya regulado el sector público, en este caso el fundacional. En este sentido, la Ley de Fundaciones dispone que en los aspectos no regulados específicamente en su capítulo undécimo, las fundaciones del sector público estatal se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en ella (art. 46.7). De manera que los procesos de reestructuración del sector público fundacional acordados por la Administración deberán respetar los requisitos, trámites y procedimientos previstos ya sea en la Ley estatal de Fundaciones o en la correspondiente ley autonómica.

Así las cosas, al contrastar las distintas modalidades de reordenación de los sectores públicos fundacionales seguidas por los poderes territoriales, la articulación mediante normas con rango formal de ley —como en general se ha hecho por las Comunidades Autónomas— se presenta más respetuosa con el principio de legalidad que la reestructuración operada únicamente con actos y disposiciones administrativas.

Frente a la vía legislativa seguida por buena parte de las Comunidades Autónomas para reestructurar sus sectores públicos fundacionales, cabe albergar razonables dudas sobre la adecuación a la legalidad de la técnica empleada en el ámbito estatal en el proceso de reestructuración. Conviene en este punto retomar las consideraciones recogidas al comienzo de este trabajo sobre la génesis del Derecho administrativo, pues si bien es cierto que este Derecho ha ahorrado las instituciones del Derecho civil a las necesidades de la Administración pública, incluso por la vía interpretativa; esta modulación encuentra un límite infranqueable en el principio de legalidad, de suerte que en ningún caso puede constituir una inaplicación o conculcación abierta de los preceptos de la ley.

³⁴ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, III. La organización territorial del Estado. Las Administraciones públicas*, Iustel, 2009, p. 612.

En este sentido, malamente encontrarán encaje en la Ley de Fundaciones los actos y disposiciones administrativas que detraen líneas enteras de actividad de las fundaciones, mediante la reasignación de competencias y medios materiales y humanos; ordenan la fusión y extinción de las fundaciones; y todo ello se acuerda extramuros del órgano de formación de voluntad de la fundación que es el patronato y sin seguir los cauces legalmente previstos para la adopción de estas decisiones.

3. *La particularidad de las fundaciones mixtas*

La Ley estatal de Fundaciones, al establecer las circunstancias que determinan la inclusión de una fundación en el sector público estatal, prevé que la participación de la Administración estatal en aquellas fundaciones pueda alcanzar distintos grados de intensidad. Así, quedan comprendidas en aquella categoría las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades del sector público estatal; también las fundaciones cuyo patrimonio con carácter de permanencia esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (art. 44). Por otra parte, el artículo 45 de la misma Ley exige la previa autorización del Consejo de Ministros para los actos o negocios que impliquen la adquisición de la condición de fundación del sector público estatal para una fundación preexistente (apartado primero). El apartado segundo del mismo artículo prevé que en la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente deberá asegurarse, en todo caso, la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato.

Como se advierte, los preceptos citados regulan tanto las fundaciones del sector público estatal íntegramente participadas por la Administración como el supuesto particular de las fundaciones mixtas³⁵. Entendiendo por estas últimas las fundaciones en las que la Administración pública no es la única entidad fundadora, o que aporta la dotación o provee la designación de los miembros del patronato, sino que los particulares también participan con el sector público en distintos momentos de la vida de la fundación.

En particular, y a los efectos que aquí interesan, pueden darse distintos supuestos de participación de los sujetos privados en la vida de la fundación. De una parte, puede ocurrir que un sujeto privado constituya la fundación

³⁵ J. M. EMBID IRUJO, «Introducción general al curso. La fundación como modelo para la colaboración público-privada», en *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, J. M. EMBID IRUJO y A. EMPARANZA SOBEJANO (dirs.), Marcial Pons, 2012.

junto con la Administración, en cuyo caso para que la fundación se integre en el sector público la participación pública deberá ser mayoritaria. Es asimismo posible que la fundación sea constituida por los privados y que la Administración participe posteriormente en ella mediante una aportación que supere en un 50 por 100 el patrimonio con carácter de permanencia de la fundación. Finalmente, es posible que la participación de los sujetos privados consista en la designación de un número minoritario de los integrantes del patronato o en el ejercicio de la condición de patrono —cuando no sean designados por la Administración, por ejemplo por ocupar un determinado cargo o por haber sido elegidos por cooptación—.

En todos estos supuestos cabe considerar si la condición de fundación mixta del sector público, y más concretamente la participación de los sujetos privados en la vida de la fundación, constituye un límite a la capacidad de autoorganización de la Administración. En abstracto no resulta posible resolver los variados supuestos que pueden plantearse en las fundaciones mixtas, aunque sí puede ser útil formular algunas distinciones y observaciones sobre las dos principales situaciones que pueden plantearse.

De una parte, debe distinguirse aquella situación en que los poderes públicos dan participación a los sujetos privados en los asuntos públicos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Constitución. Es decir, cuando las fundaciones se integran plenamente en el sector público —son constituidas, financiadas y su órgano de gobierno proveído por la Administración— con la particularidad de que por decisión legal, administrativa o por disposición estatutaria se da entrada a los sujetos privados en el patronato de la fundación. En tales casos, la presencia de los privados en nada altera la condición plenamente pública de las fundaciones y, por lo mismo, tampoco se ve alterada la capacidad de autoorganización administrativa.

Distinto es el supuesto en que los sujetos privados participan en la vida de una fundación mixta del sector público en la condición de fundadores, aportadores patrimoniales con carácter de permanencia u ostentan un derecho de patronato que no deriva de una decisión de los poderes públicos. En estos casos, cabe considerar si la participación de los sujetos privados se alza como un límite a la capacidad de autoorganización administrativa. Como se ha expuesto, las leyes de fundaciones han regulado conjuntamente las fundaciones privadas en sentido estricto y las fundaciones del sector público, introduciendo a lo sumo algunas especialidades en el régimen jurídico de estas últimas. Pues bien, precisamente del mantenimiento de una regulación única para ambas figuras pueden derivarse límites para la reestructuración del sector público fundacional, en la medida en que los sujetos privados participen en

la fundación del sector público ejerciendo el derecho constitucional de fundación.

Esto es, la cuestión que se plantea es si ejercen el derecho constitucional de fundación el fundador privado que constituye una fundación privada por mucho que posteriormente las aportaciones de la Administración determinen la integración de la fundación en el sector público; si ejerce ese derecho el particular que realiza una aportación patrimonial con carácter de permanencia a una fundación, aun cuando la aportación no sea mayoritaria respecto de la realizada por la Administración o se vea superada posteriormente por una aportación pública; o, el sujeto privado que ostenta derechos de designación de patronos en una fundación del sector público o participa en su patronato por un título que no provenga de los poderes públicos.

Como se ha indicado, difícilmente puede ofrecerse en abstracto una respuesta concluyente, que dependerá de los títulos en virtud de los que participan los sujetos privados en la vida de la fundación, de su escritura de constitución y estatutos e incluso de la vinculación e intensidad de la participación de los sujetos privados. No obstante puede ser útil recordar a este respecto los conceptos que la doctrina constitucional ha manejado al referirse al artículo 34 de la Constitución, primero «como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera» (STC 49/1988, FJ 5) y posteriormente como un «derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente» (STC 120/2011, FJ 5). Tanto en la formulación clásica del derecho constitucional de fundación como en la más actual, el fundador ocupa un lugar protagonista «a través de la creación» de la institución. En cuanto a los aportantes y patronos o titulares de derechos de patronato, si bien es cierto que ejercitan otras facultades del derecho de fundación, su posición jurídica no resulta necesariamente de la Constitución, sino de la actual configuración por la legislación ordinaria, por lo que la protección de sus derechos o intereses no es equiparable constitucionalmente a la del fundador.

Sería, por tanto, lógico interpretar que, cuando menos, la voluntad de un fundador privado en las fundaciones mixtas del sector público estaría amparada por el artículo 34 de la Constitución —en relación con el artículo 22—,

por lo que operaría como límite a la amplia disponibilidad de autoorganización administrativa, incluso cuando se pretenda llevar a cabo mediante norma con rango de ley. Tratándose de otros aportantes o de quienes ejercitan derechos en relación con el patronato, dado que su posición jurídica resulta de la legislación ordinaria y que no son titulares de un derecho de carácter patrimonial o de otra naturaleza que encuentre amparo en otro precepto constitucional, el legislador ordinario dispone de un mayor margen de decisión para reducir o eliminar su participación por razones justificadas, como lo es la necesidad de racionalizar el sector público fundacional.

4. *La cuestión de las garantías en la reestructuración del sector público*

A) La extensión del Derecho administrativo a las fundaciones del sector público

En general, los desafíos que planteó al Derecho administrativo al fenómeno de las fundaciones en mano pública fueron, en buena medida, comunes a los que generó la utilización instrumental de sociedades mercantiles por la Administración. Esta huida del Derecho administrativo³⁶ suponía materialmente la sustitución de los procedimientos garantistas del Derecho administrativo por la menos garantista autonomía de la voluntad, propia del Derecho privado. En general, la solución a los problemas así planteados no vino de la mano de ninguna de las vías propuestas por la doctrina (como el retorno de la Administración a sus formas de actuación tradicionales, la aplicación de la teoría alemana del Derecho administrativo privado o la utilización de la doctrina norteamericana del levantamiento del velo), sino que se encauzó a través de una trabajosa extensión del Derecho administrativo a la actuación de los sujetos privados, aplicándose a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público³⁷, entre otros. Buena prueba de ello la constituye el vigente artículo 46 de la Ley de Fundaciones que extiende a estas entidades ciertas reglas administrativas en materia de control presupuestario, de selección de contratistas, de selección de personal y de otorgamiento de ayudas dinerarias.

La extensión de las garantías del Derecho administrativo a los sujetos privados rara vez alcanzó el vigor y efectividad deseables, pero es justo reconocer que operó —si bien débilmente— como remedio ante una situación

³⁶ Véase la nota a pie de página número 4.

³⁷ Sobre esta cuestión, véase más extensamente D. CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: (control, inspección y certificación)*, Comares, 2003; y J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, cit., pp. 223 y 238 y ss. y «Fundaciones de la Administración pública», cit., pp. 654 y ss.

que había derivado en una falta de control de la actuación administrativa y de indefensión para muchos particulares que se relacionaban con aquellas entidades del sector público.

B) *La posición jurídica de los ciudadanos-beneficiarios de las fundaciones del sector público*

Sin embargo, la extensión de las reglas de Derecho administrativo no fue plena y dejó fuera una importante parcela de actuación de las fundaciones del sector público, como es la posición jurídica de los beneficiarios de las fundaciones del sector público³⁸.

En esencia, el problema que se describe consiste en que la aplicación del Derecho privado al sector público fundacional permite eludir también el conjunto de garantías que el Derecho administrativo proporciona a los destinatarios de las prestaciones públicas en el Estado social, pues el régimen jurídico del altruismo privado tiene mal encaje cuando lo aplican sin matices las fundaciones del sector público³⁹.

Por una parte, en el Derecho del altruismo no se reconocen a favor de los beneficiarios derechos subjetivos a la percepción de las prestaciones, sino que, por el contrario, aquel régimen jurídico consiste en una forma de atender al interés general y a los beneficiarios que es por su naturaleza graciable tanto en el otorgamiento como en la retirada de las prestaciones. Por otra

³⁸ Con carácter excepcional, las garantías de los ciudadanos se han preservado plenamente cuando la regulación sectorial correspondiente ha extendido las reglas de funcionamiento de los servicios públicos a las fundaciones del sector público, como por ejemplo, en el ámbito de la sanidad pública, donde las fundaciones sanitarias son concebidas como un engraje más del aparato administrativo y, en consecuencia, los destinatarios de sus prestaciones ven explícitamente reconocidas las mismas garantías que si las recibiesen de una Administración pública (arts. 2 y 23 y ss. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Esta idea la expresa con precisión el profesor REBOLLO PUIG: «la posición jurídica de los ciudadanos como beneficiarios del servicio público de la sanidad sigue regida exactamente por las mismas normas, ya les atienda directamente el SAS, una entidad pública empresarial —como el Hospital de la Costa del Sol o el del Alto Guadalquivir—, o una eventual sociedad anónima de titularidad pública que gestionase otro hospital de la Junta de Andalucía. Los derechos de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias son derechos públicos subjetivos en una relación jurídico-administrativa, no —de ninguna forma— derechos de un particular frente a otro regidos por el Derecho privado», «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, p. 37.

³⁹ Las ideas que a continuación se reproducen fueron recogidas en «Fundaciones de la Administración», cit., pp. 659 y ss.

parte, esta actividad no gira bajo los principios de universalidad, continuidad e igualdad⁴⁰, sino que es numéricamente limitada, sin compromiso de continuidad y no necesariamente está regida por el principio de igualdad⁴¹. El resultado es que el régimen jurídico de las fundaciones coloca a los receptores de sus prestaciones en una posición jurídica muy rebajada, si se la compara con las garantías que les procura el Derecho público. Así, los destinatarios de las prestaciones administrativas tienen la consideración de ciudadanos titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos, quienes al amparo de tales derechos pueden solicitar y recurrir frente a la Administración que concede, deniega o realiza defectuosamente las prestaciones. Por el contrario, los destinatarios de las fundaciones tan sólo son calificados en el ordenamiento jurídico como meros *beneficiarios* (entre otros, art. 3 de la Ley de Fundaciones), a los que la Ley no reconoce derecho, interés legítimo ni, en consecuencia, vía procedimental alguna por la que hacer valer su posición jurídica u obtener tutela judicial efectiva.

A este respecto, la única especialidad que contempla la Ley de Fundaciones para las que integran el sector público estatal consiste en el respeto de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, sólo para el caso de que la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios y siempre que tales recursos provengan del sector público estatal (art. 46.7).

C) *Las garantías de los ciudadanos ante la reducción del sector público fundacional*

A este respecto, los procesos de reestructuración del sector público fundacional iniciados en los últimos años pueden incidir de manera directa sobre la posición jurídica de los beneficiarios que se relacionan con las entidades que integran aquel sector.

Evidentemente, la posición jurídica en que queden los ciudadanos dependerá de las circunstancias concretas del caso, de los contratos, etc., lo que impide un análisis de las múltiples situaciones que pueden plantearse. No obstante, sí es posible identificar distintos supuestos en función de la fórmu-

⁴⁰ Aun no siendo desconocidos los contingentes o cupos para acceder a las prestaciones de las Administraciones públicas —becas, subvenciones, viviendas de protección oficial, etc.—, no alcanzan la extensión que les es propia en la regulación de las fundaciones, donde constituyen la regla general.

⁴¹ El artículo 23, letras b) y c) de la Ley de Fundaciones dispone que las fundaciones están obligadas a dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados; y a actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

la jurídica elegida para llevar a cabo el proceso de reestructuración: fusión de fundaciones; asunción de sus cometidos por entidades de Derecho público; supresión de la actividad; o exclusión de fundaciones del sector público.

Cuando la reestructuración del sector público consiste en una fusión de fundaciones preexistentes, en principio la posición jurídica de los beneficiarios no se ve alterada, en tanto seguirán relacionándose con la fundación resultante de la fusión que asuma las relaciones jurídicas previas. Tan sólo la mayor o menor fortaleza patrimonial de la fundación resultante, y en consecuencia de su capacidad de atender los compromisos asumidos, podría resultar en un correlativo reforzamiento o debilitamiento de la posición del beneficiario.

Bien distintos son los casos en que las relaciones jurídicas de la fundación preexistente son asumidas por la Administración matriz o alguna otra entidad del sector público sometida al Derecho administrativo. En tales supuestos, en general se opera un sensible reforzamiento de las garantías de los ciudadanos, si bien esta conclusión debe ser matizada en atención a las concretas circunstancias de cada caso. Así no se producirá el reforzamiento cuando la regulación sectorial ya les hubiera reconocido los derechos propios de los ciudadanos, como en el ejemplo indicado de la atención sanitaria; o cuando el acceso a la prestación estuviera condicionado al pago de un precio que se mantenga. No obstante, con carácter general sí se opera tal reforzamiento cuando los destinatarios de las prestaciones pasan de ostentar la condición de meros beneficiarios de la fundación a la de ciudadanos, en cuanto quedan amparados por las garantías que les reconoce el Derecho administrativo. Así el acceso a las actividades o prestaciones de las fundaciones, necesariamente deberá tramitarse a través de procedimientos más o menos formalizados en los que se garantice la publicidad, la igualdad, la no discriminación, etc.; las prestaciones que les sean reconocidas constituyen derechos subjetivos ejercitables y exigibles; son de aplicación los cauces de revisión del Derecho administrativo para la resolución de las controversias; y, sin ánimo de extender más la relación de garantías, la Administración sólo podrá revisar de oficio las prestaciones reconocidas en los supuestos previstos en el Derecho administrativo. Sirva como ejemplo el caso de las ayudas económicas, que en el caso de las fundaciones del sector público se rigen únicamente por principios informadores (art. 46.6 de la Ley de Fundaciones y disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁴²) y si son otorgadas por entidades públicas deberán adecuarse no sólo a aquellos principios, sino también a las reglas y procedimientos concretos de

⁴² Véase A. BLÁZQUEZ LIDOY, «Fundaciones públicas...», cit., pp. 339 y ss.

la Ley General de Subvenciones. El mismo reforzamiento de las garantías se opera en materia de personal o de contratación pública, en la medida en que las entidades que asuman las antiguas actividades fundacionales queden íntegramente sometidas a las reglas del Derecho administrativo.

En definitiva, se advierte cómo la reestructuración del sector público fundacional puede resultar en un reforzamiento de las garantías de los ciudadanos respecto de fundaciones del sector público que no se sometían plenamente las reglas del Derecho administrativo. Se produce así una sustitución del Derecho anteriormente aplicable, que era privado o una combinación de reglas privadas y administrativas, por un Derecho netamente administrativo.

El supuesto más extendido de reestructuración del conjunto del sector público consiste en la mera supresión de los servicios o líneas de actividad. La singularidad más destacable, cuando aquella supresión afecta a los servicios prestados por las fundaciones en mano pública, es que la posición jurídica de los beneficiarios es sensiblemente más débil que la de los ciudadanos que se relacionan con las entidades públicas plenamente sujetas al Derecho administrativo, pues el reconocimiento de las prestaciones por parte de las fundaciones del sector público no se articula a través de actos administrativos, por lo que no resultan de aplicación los estrictos requisitos de revisión de oficio previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo. De manera que los poderes públicos disponen de una mayor flexibilidad para modificar la posición jurídica de los beneficiarios, incluso si de esta alteración se deriva un perjuicio para ellos.

En último lugar debe consignarse el supuesto de reestructuración consistente en excluir del sector público fundaciones que lo habían integrado, por haber dejado de reunir los requisitos al efecto. Jurídicamente, la exclusión supone la automática inaplicación de los principios y garantías del Derecho administrativo que, como se vio, se habían extendido a las fundaciones del sector público y su simultánea sustitución plena por las reglas del Derecho privado. En consecuencia, las relaciones jurídicas de la fundación con sus beneficiarios, contratistas, empleados y candidatos a cualquiera de estas categorías pasarán a regirse por el Derecho privado y el Derecho del trabajo aplicables con carácter general a todas las fundaciones, donde la autonomía de la voluntad tiene una mayor presencia, sobre todo en las fases precontractuales. La inaplicación de los principios y reglas del Derecho administrativo se manifiesta en la doble vertiente que ya quedó indicada: en cuanto a cierta pérdida de garantías, como la publicidad en las convocatorias, o la aplicación de los principios de no discriminación o interdicción de la arbitrariedad —al menos con el rigor exigible a los poderes públicos—; pero también

supone la liberación de las restricciones que impone la atención a los intereses públicos, como son las limitaciones en la oferta de empleo, en los incrementos salariales, la fiscalización por la intervención general y el organismo de control de cuentas, etc.

No interesa al objeto de este trabajo profundizar ahora en cada una de las circunstancias que pueden darse, pero sí conviene dejar indicado que la exclusión de una fundación del sector público es posible que no se traduzca únicamente en una sustitución del Derecho aplicable, sino que también podría implicar un debilitamiento patrimonial de la posición de los contratistas y empleados, en la medida en que la pertenencia de la fundación al sector público le supusiera contar con dotaciones presupuestarias, la cesión de recursos públicos, etc. En este punto, y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, la reestructuración debería compatibilizarse con el respeto a la confianza legítima, en la medida en que la pertenencia de la fundación al sector público hubiera podido condicionar racionalmente la asunción de compromisos por parte de los contratistas y empleados⁴³.

V. Consideración final

El fenómeno de las fundaciones del sector público ha completado un ciclo y, en buena medida, también el Derecho que las regula.

El ciclo se inició a mediados de los últimos años noventa, en un periodo de bonanza económica que permitió una ampliación de las actividades y estructuras administrativas. En esta fase ascendente, la expansión de las fundaciones de la Administración se articuló jurídicamente mediante el Derecho general de las fundaciones, esto es, un Derecho esencialmente privado. Lo que, como es conocido, otorgó gran flexibilidad y margen de actuación a estas entidades dependientes de la Administración pública. Sin embargo, este Derecho también puso de relieve sus insuficiencias para ordenar el fenómeno fundacional público respecto de las dos grandes necesidades de la Administración, la protección de los derechos e intereses de los terceros y la atención al interés general (lo que incluye el poder de autoorganización administrativa).

La grave crisis económica desatada en 2007 y su posterior repercusión sobre las finanzas públicas han supuesto el final de aquel ciclo y el inicio de un periodo de reducción del sector público fundacional, a través de distintas fórmulas. A diferencia de lo acontecido durante los años noventa, en esta

⁴³ Véase a este respecto S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, cit., p. 633.

ocasión los poderes públicos han podido acometer el proceso contando con una sistematización del Derecho de las fundaciones del sector público. Lo que se está revelando especialmente importante para delimitar el margen de actuación de los poderes públicos.

Los presupuestos conceptuales del Derecho de las fundaciones de la Administración —obra conjunta de la doctrina académica, los legisladores autonómicos y estatal, así como de la jurisprudencia constitucional— descansan sobre dos pilares fundamentales. En el plano constitucional, la consideración de que las fundaciones de la Administración no son el resultado del ejercicio del derecho de fundación previsto en el artículo 34 de la Constitución, sino una manifestación del poder de autoorganización de la Administración pública. En el plano de la legislación ordinaria, el régimen de las fundaciones de la Administración se ha conformado por vía de modulaciones y transformaciones de la figura fundacional privada. Como por otra parte ha sido habitual en la génesis del Derecho administrativo, cuando ha tomado instituciones del Derecho civil y las ha adaptado a las necesidades del giro de la Administración (S. Martín-Retortillo).

Merece especial atención la circunstancia de que la «publicación» de la figura fundacional se ha apoyado en la pujante categoría del «sector público». Entendido como aquella parcela que comprende los poderes públicos, la Administración y sus estructuras organizativas. Este concepto funcional, flexible, y en expansión, ha pasado a un primer plano como centro de imputación de buena parte de las reglas del Derecho público, frente al concepto más rígido y formal de Administración pública (M. Vaquer). Con la particularidad de que ha acentuado el carácter instrumental de las entidades que lo integran, hasta el punto de hacer fungibles a las fundaciones, sociedades y restantes entidades dependientes o vinculadas a las Administraciones. La importancia para el Derecho del afianzamiento de la categoría del sector público es que ha permitido la extensión de las reglas del Derecho administrativo a la pléyade de organizaciones que lo integran, si bien no siempre con la intensidad que sería deseable.

Como se decía, el sector público fundacional ha completado un ciclo, pero no así su Derecho regulador, que aún está necesitado de un desarrollo que traslade desde el plano constitucional a la legislación ordinaria las importantes consecuencias que deben extraerse de la STC 120/2011. Por ejemplo, en aspectos como la duplicidad de controles administrativos sobre el sector público fundacional; la necesidad de articular jurídicamente las técnicas de integración de la figura fundacional en la estructura administrativa; o, desde el punto de vista competencial, el ejercicio del protectorado sobre las

fundaciones dependientes de Administraciones y poderes que no cuentan competencias en esta materia.

Este análisis retrospectivo de las fundaciones de la Administración necesariamente plantea la cuestión de su justificación. Esto es, una vez que la extensión de las reglas del Derecho administrativo a su organización y funcionamiento ha recortado sensiblemente el margen de actuación de los poderes públicos, se impone la pregunta de si aportan algo a la Administración que ésta no pudiera obtener más eficazmente a través de otras figuras jurídicas.

Las organizaciones complejas, sean públicas o privadas, necesitan o, cuando menos, les conviene disponer de una amplia panoplia de instrumentos para la realización de sus fines, sin que las fundaciones de la Administración sean una excepción. No corresponde al Derecho determinar la oportunidad de su utilización, sino garantizar que ésta satisface las necesidades de la Administración, al tiempo que protege adecuadamente los derechos e intereses de los ciudadanos, incluso asumiendo que la figura fundacional pierde parte de su interés. De manera que, para conocer la respuesta, será preciso esperar a la recuperación de las finanzas públicas y entonces, si estas fundaciones, ya bajo reglas de Derecho administrativo, siguen siendo un instrumento útil para la realización de determinadas actividades públicas, mantendrán su vigencia. De lo contrario, la figura languidecerá.

Bibliografía

- ALDAZABAL ETXEBARRIA, J., *Las fundaciones del sector público vasco: su régimen jurídico*, Lete, 2007.
- ALLI TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010.
- AA.VV., *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas/Instituto García Oviedo, Madrid, 1994.
- AA.VV., *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, F. Roversi-Monaco et al. (dirs.), Bononia University Press, 2012.
- BERMEJO LATRE, J. L. y MIR PUIGPELAT, O., «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, 1999.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», en *Tratado de Fundaciones*, DE LORENZO, R., et al. (dirs.), Aranzadi, 2010.
- BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993.

- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 29», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, DE LORENZO, R., et al. (dirs.), Marcial Pons, 1995.
- «La extinción de la fundación», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, S. MUÑOZ MACHADO et al. (dirs.), Iustel, 2005.
- CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: (control, inspección y certificación)*, Comares, 2003.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T., *Fundaciones y Administración pública*, Atelier, 2009.
- CLAVERO ARÉVALO, M., «Personalidad jurídica. Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962.
- DEL SAZ, S., «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Uned-Civitas, Madrid, 1992.
- «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994.
- «Las fundaciones en el ámbito universitario», *Revista catalana de dret públic*, núm. 23, 1998.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999.
- EMBED IRUJO, J. M., «Introducción general al curso. La fundación como modelo para la colaboración público-privada», en *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, EMBED IRUJO, J. M. y EMPARANZA SOBEJANO, A. (dirs.), Marcial Pons, 2012.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Las fundaciones de la Administración», en S. MUÑOZ MACHADO et al. (dir.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, 2005.
- «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *La enseñanza del derecho administrativo; tercer sector y fundaciones; rutas temáticas e itinerarios culturales / XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, 2002.
- *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARRIDO FALLA, F., «Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79, 1993.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Prólogo» al libro de J. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, 2006.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Garantías institucionales y Derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, 1991.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995.

- LEGUINA VILLA, J., «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995.
- MALARET, E. y MARSAL FERRET, M., *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundació Carles Pi i Sunyer, 2005.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y J. TORNOS MAS (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer Sector y Fundaciones, Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales* (XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 octubre 2000), Cedecs, 2002.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996 (la primera edición fue del año 1960).
- «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996.
- MENÉNDEZ, P. «Las fundaciones del sector público», en *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, 2011.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, 1996.
- «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», ponencia presentada en el VII Congreso de profesores de Derecho Administrativo en Tarragona (10 y 11 de febrero de 2012).
- MORELL OCAÑA, L. y RUIZ OJEDA, A., «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público», en *Manual de fundaciones*, Civitas, 1999.
- MORENO MOLINA, J. A., «La problemática de la contratación de las fundaciones públicas: ¿aplicación del Derecho privado o del Derecho de la contratación pública?», en *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, ROVERSI-MONACO, F., et al. (dirs.), Bononia University Press, 2012.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, III. La organización territorial del Estado. Las Administraciones públicas*, Iustel, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L., «Prólogo» al libro de VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, 1999.
- PIÑAR, J. L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, 1998.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., «Las fundaciones y la contratación pública», en *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, ROVERSI-MONACO, F., et al. (dirs.), Bononia University Press, 2012.
- SALA ARQUER, J. M., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992.

- SOCÍAS CAMACHO, J., *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, 2006
- VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, 1999
- VILLAR ROJAS, F., «Las fundaciones sanitarias y sociales de la Administración pública», en *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, ROVERSI-MONACO, F., et al. (dirs.), Bononia University Press, 2012.