

Una visión reciente de las fundaciones universitarias: propuestas de futuro

Hugo de Andrés Castro

Abogado especialista en fundaciones

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS FUNDACIONES UNIVERSITARIAS: 1. *Origen y justificación*. 2. *Evolución y estado actual*: A) Fundación Universidad-Empresa y fundación general de la universidad. B) Evolución convergente en la actividad de ambos modelos de fundación. C) Evolución divergente del régimen jurídico aplicable a cada modelo. D) Fines estáticos *vs* evolución normativa.—II. EL ENCUADRAMIENTO SOBREVENIDO DE LAS FUEs EN LOS DISTINTOS CONCEPTOS DE FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *Fundaciones del sector público estatal*. 2. *Fundaciones del sector público en la legislación autonómica*: A) Leyes autonómicas de fundaciones. B) Leyes autonómicas de organización de la Administración. C) Normativa autonómica de control e integración del presupuesto. D) Otras carentes de regulación. E) Conclusiones derivadas de la pluralidad de regulaciones autonómicas. 3. *Legislación básica para las fundaciones del sector público*: A) Ley General de Subvenciones. B) Ley de Contratos del Sector Público. C) Ley de Incompatibilidades y Estatuto Básico del Empleado Público. 4. *Recapitulación: una pluralidad de conceptos y regímenes*.—III. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CONCLUSIONES.

RESUMEN: Una visión reciente de las fundaciones universitarias: propuestas de futuro

En el presente trabajo se analiza la forma en que ha afectado a las fundaciones universitarias el proceso de evolución normativa regulador de las llamadas fundaciones del sector público. En él se afrontan tres cuestiones fundamentales una vez presentado su origen y evolución.

La primera, presentar la pluralidad de normas con distinto origen, alcance y naturaleza, que han venido a regular esas fundaciones del sector público, cuyo concepto no es unívoco.

La segunda, destacar que esta regulación poliédrica incorpora una pluralidad de regímenes jurídicos que es preciso integrar para construir el régimen ad hoc aplicable a cada fundación atendiendo a distintos parámetros.

La tercera, poner de manifiesto que dicha regulación se aplica de forma sobrevenida a muchas de las fundaciones universitarias preexistentes, que se encuadran formalmente en el concepto que alguna de dichas normas aporta, pero que no se consti-

tuyeron para actuar como ente instrumental de la universidad fundadora, sino como forma de relacionar ésta con su entorno.

Finalmente, se aporta una visión personal acerca de las perspectivas de futuro de estas fundaciones universitarias, así como una serie de conclusiones atinentes a las tres cuestiones descritas, a las posibilidades de desarrollo normativo al respecto y al potencial régimen de actuación.

ABSTRACT: A recent overview of university foundations: proposals for the future

This work aims to analyze how the development of legislation of the so-called public sector foundations has affected university foundations. After considering their origin and evolution, three key issues are identified.

The first issue concerns the plurality of rules with differing origins, varying scope and distinct nature that regulate these public sector foundations, contributing to the ambiguity of this concept.

The second emphasizes that this multifaceted regulation integrates a plurality of legal regimes to construct an appropriate *ad hoc* regime for each particular foundation, considering different parameters as required.

The third shows that many existing university foundations, as they fit in the concept of foundation provided in the rules, implement this regulation. However, some of these foundations were not established as instrumental entities by the founding university but as institutions for the relationship of universities with their social environments.

Finally, we present our personal point of view on the future prospects of university foundations. Some conclusions are drawn regarding the three described issues, the possibilities for legislative development and the potential actions to be taken.

I. Introducción: antecedentes y evolución de las fundaciones universitarias

En el presente trabajo se trata de aportar una visión reciente del complejo y heterogéneo régimen jurídico que, de forma sobrevenida, viene siendo aplicable a las fundaciones universitarias. Se pondrá de manifiesto la comprometida situación en que han quedado si se tiene en cuenta que, por un lado, pueden ser más necesarias que nunca dadas las crecientes necesidades de cofinanciación privada de las universidades públicas, y por otro que, tras la implementación de los regímenes que se apuntarán, han perdido parte del potencial que tenían para gestionar programas universitarios que conectan universidad y entorno empresarial, profesional e institucional. Por último, se aportará una visión personal de las perspectivas de futuro que se les plantean.

Para ello conveniente partir de una mirada hacia atrás, analizando el porqué de su constitución, su evolución, así como el proceso de divergencia normativa sufrido para, tras analizar la situación y régimen jurídico actual, visualizar de forma más clara cuál pueda ser la senda a seguir en los próximos años.

Abordando ya esta labor, se puede afirmar que el derecho de fundación expresamente contemplado en la Ley Orgánica de Universidades¹ se recibió en el ámbito universitario como la confirmación de la posibilidad de operar a través de estas entidades, tal como se venía haciendo en virtud de la habilitación general a las personas jurídico-públicas que se había incorporado en la normativa de fundaciones, aportando de alguna forma la legalidad de la que algunos desconfiaban². De esta forma, tras el reconocimiento y escueta regulación de la LOU referida a la creación y fines de las fundaciones ligadas a la Universidad, las pocas que aún no disponían de su fundación podrían haberse animado a constituir las.

Sin embargo, a los pocos meses de la entrada en vigor de la LOU, comenzarían a diseñarse los regímenes específicos aplicables a las fundaciones del sector público o con substrato mayoritariamente público³. Y cabe considerar este el punto de inflexión del régimen jurídico unitario aplicable a las fundaciones universitarias a partir del cual se producirá una fragmentación del mismo en virtud, principalmente, de la intensidad con que las administraciones y entidades públicas participan en aquellas.

Si con anterioridad a dicha fragmentación todas las fundaciones universitarias (las denominaremos FUEs), independientemente de la composición

¹ Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades (modificada por LOMLOU 2007), en adelante LOU.

² A estas dudas sobre la potestad organizatoria de la Universidad pública en relación con su capacidad para fundar se refería VAQUER CABALLERÍA, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOU, al sostener que «*la constitución de fundaciones por los entes locales o por Universidades públicas, esto es, por entes jurídico-públicos cuya autonomía garantiza la Constitución, es una decisión de descentralización funcional de sus servicios (con dudosa cobertura legal por cierto) dictada en el ejercicio de la potestad de autoorganización de tales entes y amparada por dicha autonomía*». Cfr. VAQUER CABALLERÍA, M., «Las fundaciones como forma de gestión directa de los servicios sanitarios: las enseñanzas de una experiencia trunca», PAREJO ALFONSO, L. LOBO, F y VAQUER CABALLERÍA, M. (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001. p. 231.

³ La entrada en vigor de la LOU se produce a principios de 2002, y a finales del mismo año se promulga la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en adelante LF, en 2003 la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en adelante LGP y la Ley 38/2003, de 17 noviembre, General de Subvenciones, en adelante LGS, y en 2005 se modifica sustancialmente la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

de su dotación o de la participación de distintas entidades en el patronato, se regían por unas mismas normas y podían realizar actividades similares gestionándolas de idéntica forma, a partir de entonces y de manera gradual, la incidencia de distintas disposiciones que regulan y limitan aspectos concretos del funcionamiento de las fundaciones «en mano pública» derivará en una clara división antes inexistente entre fundaciones del sector público y las que no lo son. Esta división debería haber supuesto la aplicación de un régimen jurídico específico a cada tipo: las FUEs de régimen general y las FUEs del sector público. Sin embargo, según veremos, en la práctica lo que se produjo fue una vertiginosa carrera legislativa a la captura de los entes instrumentales huidos del Derecho administrativo, que terminaría por dibujar una panoplia de regímenes dispersos que prácticamente hay que construir para cada fundación universitaria de modo particular, y personalizado atendiendo tanto a la composición de su patronato, patrimonio y dotación, como a la Comunidad Autónoma en que desarrolla principalmente su actividad.

Sobre la base de este fenómeno, con carácter previo a apuntar dichos regímenes en la medida que nos permita la naturaleza y extensión del presente trabajo, conviene realizar una aproximación al origen y antecedentes del fenómeno de creación de las fundaciones universitarias con un doble objetivo: por un lado, analizar su proceso de creación, los fines que perseguían y las actividades que estaban llamadas a desarrollar para verificar la vigencia de su razón de ser. Por otro, destacar la evolución que han sufrido en muchos casos hacia un tipo común caracterizado, en ocasiones, tan solo por las actividades que típicamente desarrollan en la actualidad. Ello conducirá a plantear si tiene sentido esa diversidad de entes instrumentales cuyo denominador común, básicamente, son las actividades que desarrollan, y que están al servicio de un tipo unitario de Administración como es la universidad pública.

1. Origen y justificación

Considerando a las fundaciones universitarias como aquellas creadas o participadas por las universidades para coadyuvar a logro de sus fines (especialmente aquellos relacionados con su entorno social y económico) la primera fundación de este tipo de la que se tiene constancia es la Fundación Universidad-Empresa, constituida a iniciativa de la Cámara de Comercio de Madrid hace casi cuatro décadas con la participación de varias de las universidades madrileñas. Los fines inicialmente previstos para esta primera fundación, y que actualmente conserva, son en parte similares a los del resto de fundaciones universitarias que utilizan la denominación «Fundación Univer-

sidad-Empresa», y se pueden resumir en «promover y desarrollar mecanismos de conocimiento, diálogo y colaboración entre la Universidad y la Empresa»⁴.

Lo peculiar de esta primera Fundación Universidad-Empresa es que se constituyó a iniciativa de la parte empresarial⁵. No obstante, a la vista del éxito del modelo, fueron numerosas las fundaciones constituidas siguiendo este paradigma de colaboración y conocimiento mutuo universidad-empresa, si bien con dos diferencias esenciales. La primera, que fueron promovidas por la propia universidad, a iniciativa del Consejo Social que actuó como órgano de participación de la sociedad en la universidad, entre cuyas funciones destaca la de «*promover las relaciones entre la universidad y su entorno cultural, profesional, económico y social*», según dispone el artículo 14.2 LOU⁶. La segunda, consecuencia de la anterior, que la universidad no solo promovería la participación empresarial, sino también la de otras entidades que integran el «*entorno cultural, profesional, económico y social*», dando lugar a algunas fundaciones que incorporaron a su denominación la expresión «Universidad-Sociedad»⁷.

Ello explica que en el proceso de creación y en el patronato de estas fundaciones participarían, además de los componentes que podríamos denominar típicos (cámaras de comercio, empresas privadas y asociaciones empresariales) algunas de las entidades representadas en el Consejo Social de la respectiva universidad, muchas de naturaleza pública, como ayuntamientos, diputaciones, mancomunidades de municipios, consorcios o empresas públicas.

En paralelo a este proceso se produce otro, que igualmente ha sido significativo a la postre aunque inicialmente no supondrá unas especiales características diferenciales más allá de la denominación de la fundación resultante. Nos referimos a la creación de fundaciones a iniciativa de la universidad,

⁴ Así reza como objetivo de la FUE en su información institucional: *www.fue.es* (abril 2015).

⁵ Nos referimos a la parte empresarial en contraposición a la parte universitaria e institucional, pues como es sabido, en las fundaciones universitarias participan fundamentalmente empresas, universidad y otras instituciones públicas.

⁶ En la normativa autonómica de universidades también se otorga este tipo de funciones a los Consejos Sociales. *Vid.* artículo 2.b)12 de la Ley 2/2003, de 20 de marzo, de Organización institucional del sistema universitario de las Illes Balears; el artículo 24.4.g) de la Ley 3/2003, de 28 de marzo, de Universidades de Castilla y León; el artículo 26.2.o) de la Ley 3/2005 de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia o por último el artículo 18.1.d) de la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades.

⁷ Como ejemplo, podemos referirnos a las fundaciones de la universidad pública de Navarra, de la Universidad Pablo de Olavide o de la Universidad de Extremadura.

podríamos decir que del equipo de gobierno de la universidad⁸, constituidas por esta en solitario o con una participación mayoritaria, dando lugar a las que se denominarían «fundaciones generales de la universidad»⁹.

La distinta visión y los diferentes criterios planteados inicialmente por los equipos de gobierno y los Consejos Sociales de cada universidad, abogando por un modelo de fundación con mayor o menor carácter instrumental respecto de aquella, darían lugar a elegir entre alguna de las posibilidades que posteriormente contempló la LOU; constituir «*por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas*». Y esta elección tendrá como consecuencia que intervengan una pluralidad de fundadores y promotores, muchos de ellos de naturaleza pública.

Precisamente la elección de una de esas opciones, que respondía a cuestiones de oportunidad y no de legalidad, pues no implicaba en ese momento diferencias relativas a su régimen jurídico, tendrá como consecuencia que en la actualidad sea difícil reconocer como una categoría homogénea a las fundaciones universitarias.

Y es esta la génesis del problema que ahora padecen estas fundaciones y se presenta en este trabajo, pues hay argumentos obvios para considerar necesaria cierta homogeneidad entre las fundaciones universitarias. Baste referir que se trata de entes instrumentales adscritos al mismo tipo de Administración Pública, que han sido constituidos, promovidos o participados por las universidades públicas sobre la base de una misma habilitación legal hoy recogida en la LOU, siendo en suma fundaciones creadas para el logro unos fines comunes¹⁰ y que realizan actividades similares. Es por ello que pueda carecer

⁸ Así rezaba en enero de 2012 en www.funge.uva.es «*La Fundación General de la Universidad de Valladolid... Surge como una iniciativa del Equipo Rectoral para acercar la Universidad de Valladolid y su trabajo diario de investigación y docencia a la sociedad y al entorno empresarial*».

⁹ Baste citar las fundaciones creadas por la Universidad de Salamanca, Valladolid, Alcalá o la Complutense de Madrid.

¹⁰ Los fines típicos de las FUEs a la vista de sus estatutos pueden refundirse en los siguientes:

- a) Cooperar al cumplimiento de los fines propios de la universidad.
- b) Colaborar con la universidad matriz en la promoción y gestión de servicios que ésta le encomiende.
- c) Servir como punto de encuentro entre la universidad y su entorno para favorecer la adecuación de la oferta de servicios de la universidad a los requerimientos de su entorno institucional, empresarial y profesional.
- d) Fomentar la capacitación profesional de los alumnos mediante programas de prácticas en empresas.
- e) Dar soporte financiero para potenciar el otorgamiento de becas y ayudas al estudio y la investigación.

de lógica que estas fundaciones se configuren como entidades con una naturaleza dispar que no es posible reconducir a un tipo unitario, y cuyo objetivo común será difícilmente alcanzable si no pueden desempeñar de forma similar las actividades que típicamente vienen desarrollando.

Y es que la fragmentación del régimen jurídico aplicable a las fundaciones ligadas a la Administración que progresivamente se ha producido, inevitablemente ha derivado en la ruptura del modelo de fundación universitaria, el que se podría denominar tipo común de fundación universitaria; un modelo que existe si estas fundaciones se analizan y caracterizan desde la perspectiva de unos elementos comunes referidos fundamentalmente a las actividades que desarrollan, siendo más dudosa su existencia si se atiende a su régimen jurídico y a las distintas normas que disciplinan su funcionamiento. Dichas normas, muchas de carácter público, que se superponen al régimen privado común de las fundaciones incorporando notables diferencias en sus posibilidades de actuación, derivan de la distinta composición de su dotación, patrimonio y patronato, y a ello atienden actualmente las fundaciones universitarias para vislumbrar qué tipo de norma de naturaleza administrativa le resulta aplicable y, si es el caso, hasta qué punto constriñe su forma de actuar o incluso la vacía de contenido y pone en jaque su razón de ser.

Expuesto el origen de las fundaciones universitarias, para entender cómo se justifica su proliferación, hay que referirse tanto a cuestiones jurídicas como fácticas, y tanto unas como otras, o mejor dicho, el decaimiento o variación de unas y otras, es precisamente lo que en la actualidad será preciso analizar tanto para revalidar el modelo como para proponer determinados cambios normativos que lo avalen y refuercen.

Entre las primeras, las de índole jurídica, hay que destacar que muchas de las limitaciones formales y materiales actualmente vigentes referidas a la capacidad y forma de constitución de fundaciones por personas jurídico-públicas (justificación de la medida, autorizaciones previas, participación mayoritaria o representación en el patronato) que limitan notablemente la discrecionalidad de la decisión de fundar, no existían en el momento de crearse la mayor parte de las fundaciones universitarias. Y ello explica que las universidades, en virtud del principio de autonomía universitaria y como expresión de la potestad organizatoria que de él se deriva, pudieran recurrir discrecio-

-
- f) Promover la difusión de estudios y de los resultados de la investigación.
 - g) Fomentar la transferencia tecnológica y de los resultados de la investigación al tejido empresarial.
 - h) Liderar proyectos e iniciativas de entidades externas a la universidad que requieran su participación.

nalmente a la creación de estas entidades, pues como afirmaba hace años el maestro García de Enterría, «*la potestad organizatoria es efectivamente de acuerdo con una jurisprudencia muy asentada una potestad de carácter discrecional. La discrecionalidad, justamente porque es una potestad atribuida como tal por el Ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respete esos elementos reglados que condicionan tal atribución*»¹¹. Y esos elementos reglados eran claramente insuficientes con anterioridad a la entrada en vigor de las normas que han venido a distorsionar o completar (según se interprete) el régimen de las fundaciones del sector público.

En las fechas en que se crearon la mayoría de las fundaciones universitarias, el control de oportunidad que actualmente se ejerce sobre las entidades públicas que pretenden constituir una fundación era prácticamente inexistente; no se preveía una justificación previa de la medida tan exhaustiva como se requiere ahora. Sin embargo, no es posible negar la legitimidad de las universidades para constituir sus fundaciones, independientemente del efecto colateral y perverso conocido como la huida del Derecho administrativo que en ocasiones se producía. En este sentido se pronunciaba Linde Paniagua¹² vaciando parcialmente de contenido la mencionada expresión «huida del Derecho administrativo», apuntando que la Administración no tiene vetado el recurso a utilizar fórmulas de Derecho privado, pues el único principio que se deduce de nuestra Constitución es su sometimiento a la Ley y al Derecho, y de estos a un conjunto de principios entre los que destaca su actuación al servicio de los intereses generales y la eficacia en la consecución de los mismos. Y para sostener dicha argumentación citaba una Sentencia del Tribunal Supremo en la que se advierte que la personificación o creación de entidades privadas por parte de la Administración, además de ser legal ha de ser legítima, y esta legitimidad dependerá de que la decisión de crear un ente de naturaleza privada esté presidida por la búsqueda del interés general¹³.

¹¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.^a ed. Vol. I, Civitas, Madrid, 2000, pp. 466-467.

¹² Cfr. LINDE PANIAGUA, E., «El Derecho administrativo como Derecho instrumental versus la huida del Derecho administrativo», *Revista del poder judicial*, n.º 49, 1998, pp. 579 y ss.

¹³ Véase STS de 10 de abril de 1989 relativa a la creación de una sociedad mercantil por el Ayuntamiento de Barcelona, en la que el Tribunal concluye que «*de lo que aquí se trata es de constatar si el interés público pedía, aconsejaba o hacía oportuna la creación y la aprobación en aquella forma de esta sociedad: extremo que no solo estaba enteramente sin justificar, sino incluso era imposible conocerlos ante la imprecisión e indeterminación de los negocios o actividades que hubiese de afrontar la nueva sociedad; todo lo cual conduce a anular la indebida aprobación que a su constitución dio el Acuerdo Municipal Impugnado*».

Respecto de las segundas, las cuestiones de hecho que potenciaron la creación de fundaciones universitarias, la principal es que se estaba produciendo una ampliación exponencial de las actividades que las universidades desarrollaban, y si bien es cierto que la prestación del servicio público de la educación superior y las actividades básicas que lo integran sería fácilmente realizable utilizando exclusivamente estructuras rígidas, estables y centralizadas sometidas al Derecho administrativo, también resulta evidente la dificultad de lograr con dichos medios una gestión eficaz de los nuevos servicios y actividades accesorias que la universidad actualmente presta, y que se caracterizan por su heterogeneidad, eventualidad, peculiaridades de sus destinatarios y diversidad de fórmulas de financiación.

La elección generalizada de la figura fundacional frente a otro tipo de personas jurídico-privadas, se fundamentó precisamente en el efecto derivado de cada uno de los elementos esenciales y definitorios de la institución; la evolución de la concepción patrimonial a la organizativa, su carácter no lucrativo y su orientación a fines de interés general.

Las FUEs se configuraron como entidades con personalidad jurídica propia e independiente de la universidad, cuya creación no requirió un desembolso económico inicial significativo, que podía estar integrada por fundadores públicos y privados y que debía desarrollar actividades relacionadas con fines de interés general. Además, estas actividades, que pueden tener contenido económico, se desarrollan ágilmente por estar sometidas fundamentalmente al Derecho privado, a lo que hay que añadir el tratamiento fiscal favorable y los incentivos fiscales previstos para los particulares que con ellas colaboren, lo que potencia aún más a esta figura como soporte de las colaboraciones entre las Administraciones Públicas y las empresas privadas, más necesarias, si cabe, en el entorno universitario actual que en el momento de creación de las FUEs. Todo ello facilitó que pronto se identificara a la fundación como la figura idónea para que cualquier entidad pública, y en especial las universidades¹⁴, desarrollaran a través de ella aquellos servicios accesorios para cuya prestación no fuera preciso el ejercicio de potestades públicas.

¹⁴ De todos estos factores, CABRA DE LUNA destacaba en el caso particular de las fundaciones universitarias varias cuestiones que se puede afirmar han actualizado su relevancia, como es la mayor facilidad que ofrecen para «*la captación de recursos, la facilidad para la cooperación con el mundo de la empresa y de las tecnologías, así como el aprovechamiento de beneficios fiscales por parte de los que con las fundaciones se relacionan*». Cfr. CABRA DE LUNA, M. A. «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias», *Revista española de control externo*, Vol. 3, n.º 8, 2001. p. 63.

A los efectos que ahora interesan se pueden considerar válidas las razones mencionadas y que en el pasado justificaron la elección de la figura fundacional por las universidades, pero conviene no obstante destacar que parece imperiosa la necesidad de se facilite a estas fundaciones un marco normativo unitario, claro y que les permita sacar a relucir el potencial que presentan. Es evidente que hoy más que nunca es crucial para las universidades disponer de estructuras ágiles de gestión que además posibiliten la captación de recursos externos y la cofinanciación privada de determinados servicios. Esas son las líneas de actuación para las que aún se configuran como óptimas compañeras de viaje de una universidad, la española, que ha padecido el azote de los recortes presupuestarios de forma tan significativa que no solo se ha visto afectada la gestión de determinados servicios accesorios, sino la calidad de la investigación, el estudio y la docencia, puntales básicos y definitorios del servicio público de la educación superior.

Sin embargo, muchas de las posibilidades de actuación de que disponían hace solo una década y que se esgrimieron para justificar esta preferencia por las FUEs se comprobará que han decaído. Baste citar su progresivo sometimiento a normas de Derecho administrativo, su condena a elegir entre integrarse en la estructura instrumental de la universidad (Administración) o renunciar a gestionar determinadas actividades universitarias, así como la paulatina equiparación entre las universidades y las fundaciones en relación con la tributación o los incentivos fiscales al mecenazgo.

Es por ello que, ante el interrogante sobre la utilidad que actualmente aportan estas fundaciones dadas las trabas existentes para el desempeño de algunos de sus cometidos típicos, convenga centrar la respuesta en aquellos elementos inalterables que la caracterizan, las cualidades que definen su esencia, así como en las parcelas de su régimen jurídico privado que difícilmente puedan someterse las normas aplicables al sector público o «publicarse», pues la experiencia ha puesto de manifiesto que todo lo demás es voluble y no puede ser utilizado como argumento que sustente la decisión de constituir una entidad generalmente caracterizada por su vocación de permanencia.

2. *Evolución y estado actual*

Tras el examen de diversos estatutos de fundaciones universitarias¹⁵ y el estudio de las referencias a la constitución de fundaciones tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la LOU, se puede afirmar que

¹⁵ Para realizar este trabajo han sido objeto de análisis los estatutos, fines, actividades, estructura, memorias de gestión e información institucional de más de cuarenta fundaciones

cuando cada universidad decidió crear su fundación, lo hizo atendiendo fundamentalmente a dos grandes objetivos. El primero, del que cabe predicar un carácter fundamentalmente social y filantrópico, sería el logro de una mayor permeabilidad y conocimiento mutuo entre la universidad y su entorno social¹⁶. El segundo, más instrumental y práctico que el anterior, sería disponer de una entidad gestora que dotara de mayor agilidad y eficacia a determinados servicios universitarios, fundamentalmente aquellos mediante los que la universidad se relaciona con las empresas de su entorno, logrando aquella una adecuada respuesta en tiempo y forma a los requerimientos de estas.

Ambos objetivos se pueden identificar con dos grandes conjuntos de actividades desarrolladas por las fundaciones universitarias que disponen de una zona común y cuya intersección, la suma de actividades comunes a los dos conjuntos, aquellas que son resultado de la interrelación universidad-entorno y que agilizan las relaciones que en ese ámbito se producen, serían las más típicas y definitorias de todas las fundaciones universitarias.

A) *Fundación Universidad-Empresa y fundación general de la universidad*

En íntima relación con el tipo de objetivo que persiga prioritariamente cada fundación universitaria, cabe visualizar dos modelos que difícilmente se darán en estado puro: las fundaciones universitarias más orientadas a servir de foro de colaboración y debate entre la universidad y su entorno, denominadas habitualmente «Fundación Universidad-Empresa», y las que se crearon atendiendo en mayor medida a fines instrumentales de la universidad, configurándose prácticamente como un servicio administrativo interno de esta y recibiendo en muchos casos la denominación de «fundación general de la universidad».

Dicha diferenciación se produciría inicialmente en virtud de las inquietudes que en el momento de fundar motivaran a cada universidad a hacerlo,

universitarias. Todas las consideraciones relativas a la realidad actual de las fundaciones universitarias se realizan sobre la base de dicho análisis.

¹⁶ BRICALL, M. (coord.), *Informe Universidad 2000*, Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, Madrid, 2000, Cap. II *in fine*. «Esta mayor permeabilidad entre las instituciones de enseñanza superior y los restantes protagonistas del desarrollo regional ha de expresarse en... *Un mejor conocimiento mutuo, lo cual supone, especialmente desde el punto de vista de las universidades, una mayor apertura a su entorno social, dando entrada en sus mecanismos de decisión y gestión a representantes del mismo (a través, por ejemplo, de los Consejos Sociales) o fortaleciendo sus relaciones de colaboración (especialmente en los ámbitos de la investigación y en los de la formación continuada)*».

y se traduciría fundamentalmente en la composición de la dotación y del patronato de la fundación creada. En el caso de las «fundaciones generales», se constata que hay escasa concurrencia de fundadores distintos de la universidad en el acto fundacional, correspondiendo a esta realizar la aportación mayoritaria o exclusiva a la dotación, disponiendo de una representación mayoritaria entre los miembros natos del patronato, integrado habitualmente por los cargos que componen su equipo de gobierno.¹⁷

Por el contrario, en el caso de las «fundaciones universidad-empresa», la universidad concurrirá al acto fundacional acompañada de distintos fundadores que aportan bienes o derechos (normalmente capital) a la dotación y, como expresión de dicha participación, ostentarán la facultad de estar representados en el patronato de la fundación constituida, siendo habitual que la universidad disponga de una representación minoritaria en el órgano de gobierno y que no haya realizado una aportación mayoritaria a la dotación.¹⁸

B) *Evolución convergente en la actividad de ambos modelos de fundación*

Como cabía esperar, independientemente del origen y composición de cada una de las fundaciones universitarias que fueron creándose, y como consecuencia de las ventajas y facilidades que implicaba el régimen común aplicable a todas ellas, cada universidad las utilizó para facilitar la gestión de determinados programas, tanto de carácter interno como externo.

Inicialmente era previsible que las fundaciones generales desempeñaran fundamentalmente labores internas al configurarse como entes instrumentales de la universidad, mientras que las fundaciones universidad-empresa parecían llamadas a fomentar las relaciones universidad-entorno y, a lo sumo, gestionar determinadas actividades o programas que fueran resultado de dicha conexión.

De haber sido así, las primeras se hubieran caracterizado por desarrollar labores internas en aquellas áreas en que la universidad podía tener más dificultades para alcanzar de forma directa una gestión eficaz o, aun disponiendo de dicha posibilidad, prefiriera gestionar esos servicios a través de una entidad de Derecho privado sobre la que en todo momento ostentaba el control. Se trataría de programas y actividades puramente instrumentales que cabría dividir en dos grupos: de un lado, las labores de comercialización de

¹⁷ Cfr. Fundación General de la Universidad de Valladolid, www.funge.uva.es; Fundación General de la Universidad de Salamanca www.fundacion.usal.es; Fundación General de la Universidad de www.fgum.es.

¹⁸ Cfr. Fundación Universidad-Empresa de la provincia de Cádiz. www.fueca.org.

«productos» universitarios, como algunas actividades deportivas, de extensión universitaria o de gestión de la formación continua ofertada de forma genérica. De otro, actividades realmente de explotación del patrimonio universitario, como podría ser la gestión de Colegios Mayores o residencias universitarias, la explotación del merchandising o incluso de clínicas universitarias.

Por el contrario, las segundas, las fundaciones universidad-empresa, hubieran hallado su nicho de mercado en la gestión de aquellos programas que aún se muestran como estandarte de las relaciones entre la universidad y su entorno, y entre los que destacan la gestión de los programas de prácticas de alumnos en empresas, la comercialización de los resultados de la investigación incluida la gestión de los contratos de ella derivados, la gestión de la transferencia y la dinamización del *feedback* tecnológico entre grupos de investigación y empresas, la gestión de los cursos de formación a medida demandados por las empresas e instituciones o el desarrollo de programas o proyectos financiados en los que participe la universidad junto a otras entidades.

Sin embargo, era evidente que ambos tipos de fundación sufrirían una evolución convergente en lo que a actividades a desarrollar se refiere, ampliándolas hasta el punto de refundirse en un conjunto único las categorías de servicios mencionados y que inicialmente se presentaban como más apropiados para cada tipo de fundación. Este proceso de convergencia en el tipo de actividad desarrollada se produjo por dos razones fundamentales.

La primera porque constituida la fundación la universidad constataría las ventajas de operar utilizándola como ente instrumental, relativas al menor control presupuestario, al tratamiento fiscal más favorable (sobre todo en el Impuesto sobre el Valor Añadido) a la libertad de contratación de personal y el menor coste que ello implica, a la facilidad de adquisición de bienes muebles y fungibles y el abaratamiento de costes asociado así como a la posibilidad de realizar inversiones a través de la fundación que no afectarán a los topes de endeudamiento impuestos a las universidades, y todo ello sin seguir los procedimientos de contratación pública. En definitiva, unas facilidades que harán muy atractivo a los distintos equipos de gobierno de las universidades y a su profesorado operar a través de la fundación para llegar fácilmente donde la universidad no puede hacerlo directamente, o aun pudiendo, requeriría para ello mayores plazos, medios o esfuerzos.

La segunda porque, como ya se destacó, el crecimiento exponencial del elenco de servicios prestados por la universidad unido a la ampliación de miras operada por la LOU, que claramente la posiciona al servicio de la sociedad, hace que ésta se configure como destinataria genérica de los servicios

de aquélla, implicando que la frontera entre servicios internos y externos de la universidad se presentará cada vez más difusa; la gestión del patrimonio universitario, de los colegios mayores y residencias, de los espacios y recursos materiales o de la formación no reglada ya no se configuran como actividades internas de la universidad sino que han de ser prestados al servicio de la Sociedad, que podrá exigir resultados de la gestión universitaria.¹⁹

Esta evolución conducirá a que un amplio elenco de servicios universitarios con una serie de características comunes (eventualidad, financiación externa, carácter accesorio...) se consideren más adecuados para ser gestionados por la fundación, sea esta del tipo que sea.

Se producen por tanto dos corrientes que convergen en un tipo único de fundación atendiendo a las actividades que desarrollan. Los programas de becas y prácticas financiados por empresas y entidades externas, las enseñanzas no regladas (tanto las ofertadas como las diseñadas a demanda) y la gestión de contratos y proyectos con financiación externa a la universidad, pronto serían incorporados al catálogo de servicios de muchas de las fundaciones generales inicialmente diseñadas para otros cometidos. A su vez, algunas actividades relacionadas con la gestión patrimonial de la universidad (dotación y explotación de colegios y residencias) o de servicios soporte de determinados programas (infraestructuras, informática) serán asumidos por fundaciones universidad-empresa que de esta forma desarrollarán actividades que poca relación e interés aparente suponen al resto de entidades fundadoras y representadas en el patronato.

Ello explica que, como se apuntó anteriormente, solo atendiendo a la carta de servicios que actualmente prestan se pueda identificar un tipo unitario de fundación universitaria.

C) *Evolución divergente del régimen jurídico aplicable a cada modelo*

Si unificadora ha sido la corriente que ha llevado a las fundaciones universitarias a prestar unos servicios que hoy por hoy le son característicos, inverso ha sido el proceso sufrido por el régimen jurídico aplicable a las mismas, produciéndose la fragmentación del régimen unitario que inicialmente regía la actuación de todas las fundaciones universitarias.

¹⁹ La rendición de cuentas de la universidad a la sociedad inspira todo el texto de la LOU, baste citar como ejemplo esta referencia de la Exposición de Motivos: «la sociedad podrá exigir de sus universidades la más valiosa de las herencias para su futuro: una docencia de calidad, una investigación de excelencia».

La proliferación de fundaciones creadas a iniciativa de las distintas administraciones y entidades públicas y la constatación de que aquellas escapaban al control típico de las actividades de la Administración, supondrán que tanto la legislación de fundaciones como distintas leyes administrativas incorporen unos controles similares a los propios de la Administración (fundamentalmente en el ámbito presupuestario y de contratación) aplicables a las fundaciones con una especial vinculación a determinadas entidades de naturaleza pública. Precisamente la composición de la dotación y del patrimonio de la fundación son los parámetros que dichas normas utilizan de forma prevalente para determinar cuándo existe tal vinculación, y ya se ha puesto de manifiesto que esta composición es dispar en el caso de las fundaciones universitarias.

El resultado de esa forma de caracterizar a las fundaciones del sector público que quedarán sujetas a dichas normas de carácter público, es que cada fundación universitaria, en atención no solo a los parámetros mencionados sino a otros como la financiación mayoritaria de su actividad o la composición del patronato, quedará encuadrada o no en el sector público por normas de distinto origen (estatal o autonómico), alcance y contenido. Es por ello que si atendemos no al tipo de actividades que desarrolla sino al marco jurídico bajo el cual debe desarrollarlas, resultará una pluralidad tanto de tipos de fundación como de regímenes aplicables. Esta fragmentación se produce de forma sobrevenida, y tendrá importantes consecuencias en las posibilidades de actuación de las fundaciones universitarias.

Sobre la base de lo anterior, devinieron fundaciones universitarias encuadradas en el sector público estatal o autonómico por la legislación de fundaciones con las limitaciones que ello implica; otras que, no estándolo, se consideraron incardinadas en el sector público desde la perspectiva de la legislación de contratación pública, debiendo someter sus procedimientos de contratación a dichas normas; y otras que, precisamente por no considerarse incorporadas al sector público desde ninguna de las perspectivas apuntadas, no tienen ya acceso a su consideración formal como ente instrumental de la universidad, no pudiendo actuar como medio propio de esta a efectos de asumir la gestión de determinados programas universitarios de la forma en que venía haciéndolo antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de contratación pública.

Es constatable por tanto que el régimen unitario aplicable a las fundaciones universitarias hace tan solo diez años ha quedado fragmentado, de modo que es preciso «construir» *ad hoc* para cada fundación, a la vista de esa especial vinculación con la universidad matriz o con el sector público en general,

su régimen jurídico particular, utilizando para ello el conjunto de normas que más adelante referiremos.

D) *Fines estáticos vs evolución normativa*

Sobre la base de la evolución que ha sufrido el entorno de las fundaciones universitarias como consecuencia, por un lado, de la ampliación del elenco de actividades desarrolladas a iniciativa de la universidad como respuesta a los servicios que la Sociedad demanda, y por otro, de la modificación de los distintos regímenes jurídicos que le resultan de aplicación, sería lícito plantearse la utilidad y viabilidad de este tipo de fundación.

Las fundaciones universitarias se crearon fundamentalmente para colaborar en el logro de los fines de la universidad, y estos poco han cambiado formalmente desde la promulgación de la LOU, por lo que podría afirmarse que el fin último de estas fundaciones así como aquellos objetivos en que se traducen y constan en sus respectivos estatutos poco han variado. Y a la misma conclusión se puede llegar en relación a las actividades que para el logro de dichos fines constan de forma genérica en sus estatutos. Suerte que dicha relación de actividades es de carácter material y, salvo excepciones²⁰, no se refiere a la forma en que las mismas hayan de desarrollarse, pues ello sí hubiera supuesto un serio problema para estas fundaciones pues, a la vista de la evolución normativa sufrida, no es posible sostener cabalmente que en su conjunto y respecto de la totalidad de actividades que realizan puedan seguir desarrollándolas como hace diez años.

II. El encuadramiento sobrevenido de las FUEs en los distintos conceptos de fundación del sector público

Expuesto el origen de las fundaciones universitarias y las causas que coadyuvaron a que se convirtieran en las estructuras de apoyo preferidas por las universidades públicas, analicemos brevemente la forma en que casi todas ellas han quedado encuadradas de una u otra forma en alguno de los diversos conceptos de fundación del sector público que aporta nuestro ordenamiento.

²⁰ En algunos estatutos de fundaciones universitarias se incorporan referencias a las encomiendas de gestión de la universidad a la fundación. A esta posibilidad de encomendar la gestión a la fundación también se refieren de forma expresa los reglamentos de cursos de postgrado, formación continua o títulos propios de algunas universidades que han sido objeto de análisis.

Dada la naturaleza y extensión del presente trabajo, en este apartado solo se apuntará la amplia tipología de normas que aportan dichos conceptos de fundación del sector público, así como las principales especialidades que caracterizan su régimen jurídico, relativas a determinadas limitaciones en sus fines, ejercicio del protectorado por un concreto órgano, control presupuestario, contratación o selección de personal. Veremos que dicho régimen no lo aporta una concreta norma, sino que es el resultado de adicionar disposiciones de las distintas leyes que se presentarán, sin que sea viable profundizar en los distintos regímenes que derivan de su aplicación, tarea que en otra ocasión se abordará.

En efecto, entre las especialidades que configuran el régimen jurídico específico de las fundaciones del sector público así definidas en la legislación de fundaciones, destacan las de índole administrativo, que implican no solo la autorización previa para su creación, sino la sujeción a normas presupuestarias y de Hacienda pública, así como el respeto a determinados principios relativos a la contratación pública, al otorgamiento de subvenciones o a la selección de personal.

Sin embargo, en paralelo a la promulgación de las leyes de fundaciones y algunas normas de organización del sector público, que contenían esa escueta regulación, el legislador estatal ha contemplado la aplicación directa de normas típicamente administrativas a las fundaciones que considera, a efectos de su ámbito subjetivo de aplicación, incardinadas en el sector público. Esta legislación básica aplicable a todas las fundaciones del sector público está integrada por las leyes que disciplinan la contratación pública, el otorgamiento de subvenciones, las incompatibilidades del personal al servicio de la Administración y el Estatuto Básico del Empleado Público. Este elenco normativo opera si la fundación tiene un substrato público mayoritario, si se encuadra en el concepto de fundación del sector público que cada una de estas normas aporta, independientemente de cual sea su filiación derivada del tipo de Administración o ente público fundador. Por tanto, estas normas serán aplicables a las fundaciones universitarias cuando se encuadren en el concepto que cada una de ella aporta, precisamente porque la universidad pública es una Administración Pública y forma parte del sector público, independientemente de su consideración como integrante o no del sector público estatal o autonómico²¹.

²¹ Nos referimos a la consideración de la universidad pública como ente institucional atípico cuyo control y regulación queda en ocasiones extramuros del ámbito de aplicación de las leyes que disciplinan la organización de la Administración y el control presupuestario.

A la vista de esta pluralidad de normas, parece evidente que no se puede afirmar que exista un tipo de fundación denominada del sector público, sino más bien, como indica el profesor Blázquez Lidoy, diversas «tipologías de fundaciones del sector público»²², distinguiendo entre las fundaciones del sector público estatal o autonómico y las fundaciones del sector público en general desde la perspectiva de las leyes administrativas sectoriales. Y a ello hay que añadir que en el caso de las fundaciones del sector público autonómico, su definición y regulación no la aportan solo las leyes autonómicas de fundaciones, sino que, precisamente por tratarse de disposiciones que serían encuadrables en las normas que disciplinan la organización del sector público, también es preciso acudir a estas para analizar dicho régimen.

Antes de presentar las distintas leyes que definen y regulan determinados aspectos de las fundaciones del sector público o en él encuadradas a los efectos de su sujeción a determinadas normas, conviene realizar algunas aclaraciones.

La primera, es la necesaria diferenciación entre el concepto de fundación del sector público que aportan las leyes de fundaciones²³ y las leyes que disciplinan las finanzas y la organización del sector público autonómico (en muchos casos coincidente) en contraposición a la definición que aportan las leyes estatales reguladoras de la contratación pública, las subvenciones, las incompatibilidades o el empleo público.

Respecto de las leyes de fundaciones, conviene destacar dos aspectos. El primero, es la relevancia del ámbito territorial principal de actuación de la fundación como criterio para definir la norma estatal o autonómica de aplicación. Por lo que en el caso de las CC.AA. que contemplan y regulan las fundaciones del sector público autonómico en sus respectivas leyes de fundaciones, dichas normas podrían no alcanzar a regular como fundaciones del sector público a aquellas constituidas por entes públicos autonómicos cuando desarrollen su actividad en un ámbito territorial superior al de la respectiva comunidad, al no serle de aplicación la Ley de Fundaciones autonómica. En estos casos será de aplicación la Ley de Fundaciones estatal²⁴, pero no su Capítulo XI referido a las fundaciones del sector público estatal; por lo que podría producirse un vacío normativo para las fundaciones creadas de forma

²² Cfr. DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J.L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs.) *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra 2010, pp. 332 y ss.

²³ Como verificaremos ni tan siquiera en este tipo de norma podemos colegir un concepto unitario de fundación del sector público.

²⁴ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en adelante LF.

mayoritaria por entes públicos autonómicos cuya actividad se desarrolle en más de una comunidad autónoma²⁵.

El segundo aspecto, es que la consideración como fundación del sector público estatal o autonómico en las leyes de fundaciones no es una elección: si se cumplen los parámetros que dichas normas aportan al definir las (referidos fundamentalmente a la composición de la dotación y del patrimonio fundacional aportado por una entidad del sector público) la fundación creada será una fundación del sector público, sujeta al régimen jurídico singular que para ellas se prevé.

En relación con las leyes autonómicas de organización de la Administración o de la Hacienda autonómica, hay que distinguir fundamentalmente dos supuestos: el primero, el de las CC.AA. que regulan las fundaciones del sector público autonómico en su Ley de Fundaciones, en cuyo caso la legislación sobre organización de la Administración y finanzas autonómica suele remitir a aquella en lo relativo a su definición y régimen jurídico, en términos similares a lo que sucede con la Ley General Presupuestaria a nivel del Estado²⁶. En caso contrario, cuando no se prevé dicha remisión y la propia norma de organización o de finanzas define el concepto de fundación del sector público, se podrían dar ciertas discrepancias entre lo que una y otras normas entienden como tal, pero lo cierto es que el legislador autonómico ha velado por mantener una definición y regulación homogénea²⁷.

El segundo supuesto, sería el de las CC.AA. que carecen de Ley de Fundaciones o que aun disponiendo de ella no definen ni regulan las del sector público. En este caso, si la Ley que regula la organización de la Administración y las finanzas autonómicas define a estas fundaciones²⁸, cuando estas normas prevean especialidades para las universidades, habría que plantearse si dichas

²⁵ Sería el caso de una fundación universitaria con vocación de operar en todo el territorio nacional que fuera constituida por una universidad pública de una comunidad autónoma que regule las fundaciones del sector público en su Ley de Fundaciones autonómica, la cual no le será de aplicación. Hay varios ejemplos de fundaciones universitarias con vocación de actuar principalmente en todo el territorio nacional, como la Fundación General de la Universidad de Valladolid.

²⁶ Artículo 2.1.f) LGP: «A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal... Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones».

²⁷ Como supuesto en el que no hay remisión a la Ley de Fundaciones pero se garantiza la coherencia entre una y otra v. gr., d.f. segunda de la Ley 2/2006, de 3 mayo, de Hacienda y Sector Público de Castilla y León que incorpora los apartados 2.º y 3.º al artículo 6 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León, precisamente unificando ese concepto de fundación del sector público y el requisito de la autorización previa.

²⁸ Como supuesto de definición de fundación del sector público en la legislación de Hacienda autonómica en Comunidades de carecen de Ley de Fundaciones autonómica,

especialidades no serían extensivas a las fundaciones por ellas creadas. Tratándose de entes instrumentales dependientes de una universidad matriz, puede carecer de lógica que estas fundaciones queden sometidas a mayores controles que la Administración Pública fundadora, pues generalmente esta solía gozar de determinados privilegios en lo que a control de sus finanzas se refiere en aplicación del principio de autonomía universitaria.

Conviene subrayar también que las normas de finanzas y organización de la Administración autonómica, aunque no sean aplicables a las universidades Públicas o lo sean con ciertas especialidades, definen su ámbito de aplicación de forma radicalmente distinta a las leyes autonómicas de fundaciones, que se refieren al ámbito territorial principal de actuación de la fundación. Habitualmente, aquellas aluden de forma directa a las entidades que integran el sector público autonómico, en muchos casos definiéndolas y estableciendo los requisitos que estas han de cumplir para considerarse incorporadas en el sector público autonómico. Esta forma de establecer su ámbito de aplicación supondrá que, a diferencia de lo que ocurría en el caso de las leyes de fundaciones, la legislación de finanzas y de organización de la Administración autonómica si será de aplicación a las fundaciones que cumplan los requisitos para ser consideradas como fundaciones del sector público autonómico, aunque no resulte de aplicación la correspondiente Ley autonómica de fundaciones por orientar su actividad a un ámbito territorial superior al de la respectiva comunidad autónoma.

Por último, en relación con el tercer bloque normativo al que se apuntó, integrado por las leyes administrativas de aplicación básica en todo el territorio del Estado, es constatable que en estos casos se simplifica sobremedida la forma de aplicación de las mismas a las fundaciones cuando son consideradas del sector público, y ello por dos razones: la primera, porque es la propia norma la que las define a los efectos de su ámbito de aplicación. La segunda, porque son de aplicación general a todas las fundaciones, independientemente de su ámbito territorial de actuación y del tipo de entidad del sector público que las crea, siendo por tanto de aplicación directa a las fundaciones universitarias en las que se cumplan los requisitos que prevén.

Una vez diferenciada la distinta forma en que incide la aplicación de cada tipo de norma a las fundaciones, conviene plantear las siguientes consideraciones referidas en concreto a las fundaciones universitarias, como recapitulación de lo tratado:

sirva como ejemplo el artículo 2.1.g) de la Ley 5/2007, de 19 abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

—Las universidades públicas pueden constituir fundaciones privadas de régimen general, y también fundaciones privadas del sector público estatal o autonómico, y por ello, las fundaciones universitarias preexistentes serán consideradas del sector público estatal o autonómico de forma sobrevenida si cumplen los requisitos que las definen en las distintas normas de fundaciones o de organización que las regulan.

—Las fundaciones universitarias quedarán encuadradas en el sector público a efectos de contratación, de forma automática y sobrevenida, cuando se cumplan los requisitos previstos en la LCSP a la vista de la forma en que se definen y su ámbito de aplicación. Asimismo, quedarán encuadradas en el sector público en relación con su actividad subvencional cuando se cumplan los requisitos previstos en la disposición adicional decimosexta de la LGS, por constituir legislación básica del Estado.

—El ámbito territorial principal de actuación de la fundación universitaria será el previsto en sus estatutos y el que determine si le resulta de aplicación la LF o la correspondiente Ley de Fundaciones autonómica, teniendo en cuenta que actualmente son diez las CC.AA. que disponen de una Ley sustantiva que regule las fundaciones: Navarra, Cataluña, País Vasco, Galicia, Madrid, Canarias, Valencia, Andalucía, La Rioja y Castilla y León.

—A nivel autonómico, solo algunas leyes de fundaciones, de organización de la Administración o de finanzas contienen una regulación específica de las fundaciones del sector público (a veces denominadas «fundaciones públicas») por lo que será crucial averiguar, caso por caso, si cada fundación universitaria cumple los requisitos para considerarse fundación del sector público autonómico por las implicaciones que de ello se derivan.

—La LF, el resto de leyes de fundaciones autonómicas y las leyes de organización de la Administración y Hacienda autonómica, no solo tienen distinta incidencia en el régimen jurídico de las fundaciones constituidas por la universidad pública, sino que además, dichas normas pueden utilizar criterios distintos para caracterizar a las fundaciones del sector público. Por ello, la consideración como tal de las fundaciones universitarias no seguirá unos parámetros homogéneos, debiendo atender en cada caso a la Ley autonómica que las regule y al tipo de norma de que se trate.

—Las fundaciones universitarias constituidas de forma mayoritaria²⁹ por una universidad pública autonómica que desarrollen principalmente sus ac-

²⁹ Y nos referimos a cualquiera de los criterios mencionados relativos a la aportación o dotación, al patrimonio o a la composición del órgano de gobierno.

tividades en el ámbito de más de una comunidad autónoma quedan sujetas a la LF, pero no podrán ser consideradas fundación del sector público estatal en ningún caso, precisamente por no estar constituida por entidades del sector público estatal, no siéndoles en ningún caso de aplicación el Capítulo XI de esta Ley.

Estas consideraciones facilitarán la tarea de acercarnos al concepto de fundación del sector público en las distintas leyes estatales y autonómicas que inciden en su regulación.

1. Fundaciones del sector público estatal

La LF aporta el concepto de fundación del sector público estatal en su artículo 44 en los siguientes términos:

«A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».

Lo primero que destaca de esta definición es que se refiere exclusivamente a las fundaciones del sector público estatal, las cuales regula la LF en su Capítulo XI que, por su carácter no básico y estar referido además al sector público del Estado, solo será de aplicación a las fundaciones estatales³⁰. Por lo tanto, habrá que estar a lo que dispongan las distintas leyes autonómicas que contienen una regulación específica de las fundaciones del sector público autonómico.

A la vista de este artículo y según se advirtió en líneas anteriores, si se cumple cualquiera de los supuestos contemplados en el precepto transcrito, la fundación se considerará fundación del sector público estatal y será precep-

³⁰ El profesor GARCÍA ANDRADE refiere la oportunidad que perdió el legislador de la LF de haber establecido una regulación más amplia y común a las fundaciones dependientes de cualquier Administración pública, evitando así la heterogeneidad de regímenes aplicables a las fundaciones del sector público que actualmente se padece, y asocia esta limitación a las fundaciones del sector público estatal al origen presupuestario del concepto que de estas fundaciones acoge la LF. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. CRUZ AMORÓS, M. DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, p. 674.

tivo observar el régimen específico que para las mismas prevé, y ello independientemente de que la fundación fuera constituida con anterioridad a la entrada en vigor de la LF.

A los efectos de nuestro estudio, lo primero a verificar será si las universidades de competencia estatal pueden constituir fundaciones de este tipo, y la respuesta es afirmativa, porque la LF se refiere a las aportaciones de la «*Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal*». Entre estas últimas entidades se incluye la UNED, y como organismo público computa a estos efectos la UIMP, por mantener su carácter de organismo autónomo³¹.

Aclarado lo anterior, e independientemente de las matizaciones que se realizarán en relación con la aplicación a las fundaciones universitarias del régimen jurídico que para las fundaciones del sector público prevé la LF, conviene analizar los distintos supuestos que contempla el mencionado artículo 44 LF a efectos de considerar si una fundación es o no del sector público.

El primero, relativo a la aportación, aun siendo el más claro requiere no obstante ser puntualizado, porque la fundación creada por una universidad pública de competencia estatal no solo será del sector público cuando sea mayoritaria la aportación inicial de esta. También lo será cuando la universidad cree su fundación en colaboración con otros organismos o entidades del sector público estatal, si estos realizan aportaciones en el acto constitutivo que, sumadas a las que realiza la universidad, supongan más del cincuenta por ciento de las aportaciones iniciales totales.

El segundo de los supuestos se refiere a los bienes y derechos que integran el patrimonio, que se compone de una parte generalmente estática, la dotación, y otra más dinámica integrada por los bienes y derechos inventariados y los destinados a reservas. A diferencia del primero de los supuestos, en este caso la fundación creada por la universidad pública puede serlo con una aportación minoritaria de esta y del resto de entidades que integran el sector público estatal, y cumplirse este requisito para ser considerada del sector público de forma sobrevenida, debido a aportaciones posteriores que se integren en su patrimonio realizadas por la universidad o por el resto de entidades

³¹ D. a. tercera LOU: «2. En atención a sus especiales características y ámbito de sus actividades, la Universidad Internacional Menéndez Pelayo mantendrá su carácter de Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y plena capacidad para realizar todo género de actos de gestión y disposición para el cumplimiento de sus fines, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes».

estatales mencionadas. La dificultad en este caso estriba en que no siempre será sencillo seguir la trazabilidad de estas aportaciones e identificar los bienes y derechos integrantes del patrimonio que hayan sido aportados o cedidos por dichas entidades.

En la práctica, la aplicación de esta normativa a las fundaciones creadas por las universidades públicas de competencia estatal (UNED y UIMP) ha sido dispar, pues aun habiendo creado cada una de ellas su fundación y ante supuestos de hecho similares (aportación mayoritaria y patrimonio integrado por bienes y derechos cedidos en más de un 50 por 100 por la universidad fundadora y otras entidades del sector público estatal) la forma de gestión de cada una de ellas fue distinta, aunque actualmente ambas son fundaciones del sector público estatal³². La UNED creó una fundación de régimen general que de forma sobrevenida se ha incorporado al sector público estatal, mientras que la UIMP constituyó en el año 2008 una fundación del sector público estatal, siguiendo el procedimiento de autorización previa previsto en la LF, porque expresamente se prevé su carácter de organismo público y por tanto su sometimiento a las normas de organización del sector público³³.

2. Fundaciones del sector público en la legislación autonómica

Anteriormente se apuntó que la definición y régimen de las fundaciones del sector público a nivel autonómico la aportan tanto las distintas leyes de fundaciones como las que disciplinan la organización de la Administración autonómica. Es por ello que el presente análisis se realiza en atención a los distintos parámetros utilizados para encuadrar a las fundaciones en el sector público, y se llevará a cabo atendiendo a estos dos tipos de norma. Además, será preciso analizar, en ocasiones, las leyes que regulan las finanzas y la Hacienda autonómica, así como las Leyes de presupuestos que cada año apruebe la comunidad, pues probablemente contengan disposiciones que afecten a las fundaciones del sector público.

No se persigue realizar un completo y exhaustivo análisis comparativo del régimen jurídico de las fundaciones en cada una de las CC.AA., tarea que excede del objeto del presente estudio y que recientemente han realizado

³² Ambas fundaciones se incorporan al inventario de entes del sector público estatal. <http://www.igae.pap.meh.es/sitios/igae/es-ES/ClnInvespe/Paginas/invespe.aspx> (abril 2015).

³³ D. a. tercera LOU, apartado cuarto: «La Universidad Internacional Menéndez Pelayo se regirá por la normativa propia de los Organismos autónomos a que se refiere el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, por las disposiciones de esta Ley que le resulten aplicables y por el correspondiente Estatuto».

algunos de los autores con mayor renombre en el sector de las fundaciones³⁴. Se persigue un objetivo menos ambicioso, como es destacar la pluralidad de normas que inciden en esta materia, los distintos criterios que utilizan para definir a las fundaciones del sector público y el distinto régimen que les imponen. Se identificarán por tanto las distintas leyes autonómicas que será preciso atender para verificar el encuadramiento de las fundaciones universitarias creadas por las distintas universidades públicas en el concepto no unívoco de fundación del sector público autonómico, y en última instancia las consecuencias que de ello se derivan, y ello con un doble objetivo; verificar la heterogeneidad de criterios utilizados para definir las, fijándonos especialmente en la forma de referirse a los fundadores públicos (Administración autonómica, sus organismos públicos, sector público autonómico...) así como destacar la pluralidad de leyes a las que es preciso atender para dilucidar cuándo las fundaciones universitarias deben considerarse fundación del sector público autonómico. Este análisis se realiza agrupando a las CC.AA. en función del tipo de norma en las que se definen y regulan las fundaciones del sector público autonómico.

Puesto que se analizarán leyes de organización de la Administración, conviene recordar las cautelas precisas en relación con la aplicación de las leyes de organización del sector público a las fundaciones universitarias, así como las especialidades que las leyes autonómicas que disciplinan las finanzas públicas prevén no solo para las universidades públicas en atención a su autonomía económica y financiera³⁵, sino las obligaciones que en determinados casos también prevén para las entidades y fundaciones por ellas creadas o participadas³⁶.

³⁴ Destacamos por su vigencia el «Régimen jurídico de las fundaciones en las CC.AA.», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Anuario de Derecho de fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 177 y ss. y DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs.) *Tratado... op. cit.*, pp. 375 y ss. Especialmente interesante es el «Cuadro comparativo resumen de las distintas soluciones autonómicas» que aporta NAVAS VALLTERRA, D. pp. 659, y ss.

³⁵ A ese respecto a la autonomía universitaria se refiere el artículo 2.4 Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura 2007 en los siguientes términos: «En el marco de la autonomía económica y financiera de la Universidad de Extremadura, será de aplicación a la misma el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y control establecido en la presente Ley».

³⁶ Como ejemplo de estas obligaciones específicas, se puede citar la Ley, de 3 mayo, de Hacienda y sector público de Castilla y León, cuyo artículo 238 dispone que «*Están obligados a proporcionar información en cumplimiento de la normativa sobre estabilidad presupuestaria los siguientes órganos y entidades... 2. Las entidades en las que participe alguna de las universidades públicas de Castilla y León*».

A) *Leyes autonómicas de fundaciones*

Seis son las CC.AA. cuya Ley de fundaciones define y regula con mayor o menor intensidad las fundaciones del sector público autonómico: Andalucía, Canarias, Castilla y León, Galicia, País Vasco y Valencia. Unas se limitan a definir lo que haya de entenderse por fundación del sector público autonómico incorporando ciertas especialidades relativas a cuestiones de control presupuestario o formas de creación, mientras que otras, siguen un esquema similar al de la LF, dedicando un título específico a la definición y regulación de estas fundaciones.

Con ánimo de simplificar y no proceder a un análisis comparativo sobre las diferencias en la regulación de este tipo de fundación en cada comunidad, nos centraremos en destacar las posibles peculiaridades o fórmulas diferentes al aportar el concepto de fundación del sector público autonómico. Dichas diferencias y la referencia a la Administración, al Gobierno autonómico o al sector público autonómico, podrían conllevar que, en puridad, en unas comunidades las fundaciones universitarias fueran del sector público autonómico y en otras no.

—*Andalucía.*

La Ley de Fundaciones Andaluza³⁷ dedica su Capítulo X a regular las «Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía», y es destacable del concepto que aporta en su artículo 55 que, además de los criterios generales de encuadramiento aportados en la LF y el resto de leyes de fundaciones autonómicas, incorpora en su apartado segundo uno nuevo: la representación mayoritaria de la Junta de Andalucía en los órganos de Administración, dirección o vigilancia de la fundación, matizando en el siguiente párrafo qué hay que entender por representación mayoritaria. Dicha representación mayoritaria no se configura por tanto como una consecuencia de la consideración de una fundación como del sector público³⁸, sino como uno más de los criterios que originan tal caracterización.

³⁷ Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en adelante LFA.

³⁸ Como una consecuencia de tal encuadramiento se considera la representación mayoritaria en el patronato en la LF, cuyo artículo 45 dispone que deberá quedar «asegurada la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato», siendo dicha designación consecuencia de la caracterización de la fundación como del sector público y la forma de garantizar el control efectivo de la entidad por parte de la Administración matriz.

La segunda cuestión destacable es que el legislador andaluz se aparta de la redacción que de forma generalizada se encuentra en el resto de normas que definen las fundaciones del sector público, pues no se refiere a las creadas por entidades del sector público autonómico, sino expresamente a las constituidas o participadas por «la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía». Y esa redacción puede dificultar que se otorgue el carácter de fundación del sector público andaluz a las que han sido creadas por las universidades públicas andaluzas, porque si bien consideramos que estas se integran en el sector público andaluz, más complicado resulta considerarlas encuadradas en la «Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía».

— *Canarias.*

La Ley de Fundaciones de Canarias³⁹ dedica su Capítulo VI a las que denomina «Fundaciones Públicas», destacando de la definición que aporta en su artículo 41 que no se refiere a la aportación con la que se constituya, sino a la dotación, lo cual es de agradecer por la seguridad jurídica que aporta.

— *Castilla y León.*

La Ley de Fundaciones de Castilla y León⁴⁰ no dedica un capítulo específico a las fundaciones del sector público autonómico, sino que se refiere a determinados aspectos de las mismas en su artículo 6 dedicado a la capacidad para fundar. La definición de las «fundaciones públicas» la aporta su apartado tercero al disponer que «Se consideran fundaciones públicas de la Comunidad a efectos de esta Ley aquellas en cuya dotación participen en más del cincuenta por ciento, directa o indirectamente, la Administración General de la Comunidad o las demás entidades del sector público autonómico».

En la definición de estas fundaciones se sigue por tanto el criterio de la composición mayoritaria de la dotación, directa o indirecta, sin tener en cuenta la composición del patrimonio a efectos de su encuadramiento en el concepto de fundación del sector público.

No obstante, lo más destacable de esta Ley es que incorpora una importante excepción relativa a la autorización de la Junta de Castilla y León para el caso de que el ente público fundador sea una universidad pública. En efecto, el artículo 6.2 dispone:

³⁹ Ley 2/1998, de 6 abril, de Fundaciones de Canarias, en adelante LFCAN.

⁴⁰ Ley 13/2002, de 15 julio, de Fundaciones de Castilla y León, en adelante LFCL.

«El ejercicio de esta competencia por la Administración de Castilla y León, o entidades del sector público autonómico, deberá ser autorizado por la Junta de Castilla y León, excepto cuando sean constituidas por las universidades públicas de acuerdo con su normativa específica y no participe en la dotación fundacional en más del cincuenta por ciento ninguna otra entidad del sector público. El acuerdo de la Junta de Castilla y León determinará las condiciones y limitaciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional».

De la lectura del precepto cabe colegir que las universidades públicas de Castilla y León forman parte del sector público autonómico, por lo que las fundaciones que constituyan serán fundaciones del sector público. Y al incorporar dicha excepción lo que hace el legislador es tener en consideración la especial naturaleza de la universidad pública derivada del principio de autonomía universitaria, de forma que prevalezca el máximo respeto a dicha autonomía sobre el requisito de la autorización previa y el control de oportunidad a ejercer por el Consejo de Gobierno.

Y de forma coherente con ese tratamiento respetuoso hacia la universidad, el legislador autonómico vuelve a exceptuar la aplicación de ciertas normas sobre las finanzas autonómicas a las que se sujetan las fundaciones del sector público autonómico cuando se trata de fundaciones creadas por las universidades públicas, al disponer el artículo 135.1 de la Ley reguladora de la Hacienda y el sector público de Castilla y León⁴¹ lo siguiente:

«Las empresas públicas de la Comunidad y las fundaciones públicas, excepto cuando hayan sido constituidas por las universidades públicas de acuerdo con su normativa específica y no participe en la dotación fundacional en más del cincuenta por ciento ninguna otra entidad del sector público autonómico, elaborarán anualmente un presupuesto de explotación, que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes, y un presupuesto de capital con el mismo detalle. Estos presupuestos se integrarán en los presupuestos generales de la Comunidad».

La expresa mención a las fundaciones creadas de forma mayoritaria por las universidades públicas es de agradecer por la seguridad que aporta.

— *Galicia.*

La Ley de Fundaciones de Galicia⁴² dedica a las «Fundaciones del sector público de Galicia» el Capítulo X, y las define en su artículo 58 de manera singular, distanciándose parcialmente de los criterios generalizados que aportaba la LF al hacerlo del siguiente tenor:

⁴¹ Ley 2/2006, de 3 mayo, de Hacienda y sector público de Castilla y León, en adelante LHSPCL.

⁴² Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Galicia, en adelante LFG.

«Se entiende por fundaciones del sector público de Galicia aquellas fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos públicos y demás entidades o empresas del sector público autonómico o aquellas cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección».

Esta definición mantiene el parámetro de la aportación inicial mayoritaria pero sustituye el criterio de composición mayoritaria del patrimonio de forma permanente, por el de los ingresos mayoritarios procedentes de subvenciones de la Comunidad de Galicia, exigiendo que, en este caso, esta ostente representación en el órgano de gobierno o dirección, entendiendo nuevamente que se refiere al patronato.

Atendiendo a esta regulación y en relación a las fundaciones universitarias de Galicia, estas deberían considerarse del sector público autonómico cuando se cumpla el requisito de la aportación inicial en los términos ya comentados al estudiar la LEF, pero además cuando la fundación se financie mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la comunidad.

Se advierte nuevamente la incorporación un criterio que parece de difícil aplicación por diversos motivos: el primero y más evidente, es que no se requiere que la financiación mayoritaria procedente de subvenciones de origen autonómico se cumpla de forma permanente, pudiendo darse el supuesto de que en determinados ejercicios económicos se cumpla y en otros no; la fundación podría ser del sector público solo determinados ejercicios.

En segundo lugar, y siguiendo la literalidad del precepto, habrá que atender exclusivamente a las subvenciones, y no a otro tipo de ingresos públicos autonómicos derivados de contrataciones, convenios, encomiendas o encargos, apartándose del criterio de la financiación mayoritaria que, como veremos en el siguiente epígrafe, es el que sigue la LCSP para considerar a las fundaciones como integrantes del sector público a efectos de contratación. Por tanto, solo se tendrán en cuenta a estos efectos los ingresos derivados de disposiciones dinerarias realizadas por las Administraciones Públicas que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 2.1 de la LGS.

—País Vasco.

Menos clarificadora es la Ley de Fundaciones del País Vasco⁴³, que no aporta el concepto de fundación del sector público vasco, limitándose en su

⁴³ Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, en adelante LFPV.

disposición adicional cuarta a reconocer la capacidad para fundar de las personas jurídico-públicas (entendemos que las del País Vasco) incorporando una serie de limitaciones para su creación al prever que «*La constitución de fundaciones por parte de las personas jurídicas públicas deberá ser autorizada por el órgano de gobierno que resulte competente, con carácter previo a la adopción del correspondiente acuerdo, previos informes favorables de los órganos competentes en materia de hacienda y régimen jurídico de cada institución*».

Esta norma no contiene referencia alguna a que la participación o representación de las «personas jurídicas públicas», entre las que obviamente están las universidades públicas del País Vasco, deba ser mayoritaria, aunque cabe colegir que así ha de entenderse, como opina en este sentido COBREROS NENDAZONA⁴⁴.

Otra cuestión destacable es que será el Consejo Social de cada universidad el que deba autorizar, con carácter previo al acuerdo de creación, la constitución de la fundación, por ser el «órgano de gobierno que resulte competente» ex artículo 84 LOU.

—*Valencia.*

La Ley de Fundaciones de Valencia⁴⁵ dedica el Título III a la regulación de las «Fundaciones del sector público de la Generalitat» y las define de forma casi idéntica a la LF por lo que no hay en este sentido aspectos destacables.

Si es interesante referir que la LFV expresamente menciona la confusión terminológica que puede producirse entre las denominaciones «fundaciones públicas» y «fundaciones del sector público», al disponer en su disposición transitoria quinta que «*En tanto coexistan ambas denominaciones, las fundaciones que el artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat, aprobado por el Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991, denomina como “fundaciones públicas de la Generalitat Valenciana” son las mismas a las que se refiere el título III de la presente Ley como “del sector público de la Generalitat”*».

Dicha norma, reguladora de la Hacienda Pública valenciana, incorpora en su artículo 6.3 la siguiente definición de fundación del sector público autonómico:

«*Tendrán la consideración de Fundaciones públicas de la Generalitat Valenciana, a los efectos de esta ley, las Fundaciones en cuya dotación participen mayoritaria-*

⁴⁴ COBREROS NENDAZONA, E., «La legislación de fundaciones en la Comunidad Autónoma Vasca» en MUÑOZ MACHADO S. (dir.), *Anuario...*, op. cit., p. 190.

⁴⁵ Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en adelante LFV.

mente, directa o indirectamente, la Generalitat Valenciana, sus entidades autónomas, o demás entidades que conforman su sector público. Su creación requerirá en todo caso autorización previa del Gobierno Valenciano».

De su lectura se desprende que no solo difiere la denominación que se otorga a estas fundaciones, sino que de la forma de definir las se pueden derivar asimismo diferencias, al referirse solo a la dotación y no a la aportación inicial como hace la LFV.

B) *Leyes autonómicas de organización de la Administración*

Se trata de CC.AA. que, aunque en algunos casos disponen de su propia Ley de fundaciones autonómica, han regulado las fundaciones del sector público autonómico en las normas que disciplinan la organización de la Administración o del sector público, como aconsejaba parte de la doctrina⁴⁶.

—Aragón.

La Comunidad Autónoma de Aragón no dispone de norma sustantiva de fundaciones, aunque ha recogido en el artículo 71.40 de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva sobre fundaciones y asociaciones⁴⁷. No obstante y como respuesta a la proliferación de fundaciones de iniciativa pública que se produjo a finales del pasado siglo, el artículo 2 de la Ley 12/1998, de 22 de diciembre, de Medidas tributarias, financieras y administrativas actualmente incorporado al artículo 8 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón⁴⁸, preveía el sometimiento de las fundaciones privadas constituidas por entidades públicas de la comunidad autónoma a las normas de control financiero y formación del presupuesto.

La regulación de las que denomina «fundaciones privadas de iniciativa pública» la recoge la disposición adicional octava del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón⁴⁹, previen-

⁴⁶ Vid, entre otros, *Vid.* CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones y Administración Pública*, Aletier, Barcelona, 2009, pp. 60 y ss.

⁴⁷ Dicha competencia ha sido asumida en términos que podrían resultar discutibles según observa BERMEJO LATRE, J. L., «Legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Anuario...*, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁸ Texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto legislativo 1/2000, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón, en adelante LHA.

⁴⁹ Texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, en adelante LACAA.

do su composición, la autorización para su constitución, el régimen laboral de su personal y el sometimiento de su actividad financiera a las normas de Hacienda de la Comunidad.

Sin embargo, dicha norma no aporta la concreta definición de lo que se deba entender por «fundaciones privadas de iniciativa pública», y la literalidad del precepto puede conducir a una interpretación bastante singular. En primer término, se desconoce la intensidad de la participación de la comunidad autónoma que es precisa para que a la fundación en cuestión se le aplique el régimen específico que prevé. En segundo término, porque se puede interpretar que solo se requeriría autorización para su constitución cuando la iniciativa de fundar surja de «La Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos», y no cuando esta participe en la creación de una fundación de iniciativa privada, independientemente de cuál sea la intensidad (mayoritaria o minoritaria) de dicha participación.

Destaca asimismo la prohibición de «encomendar el desempeño de servicios públicos cuya prestación en régimen de fundación no se halle legalmente prevista» y que, en ausencia de mayores aclaraciones, podría equipararse a la prohibición de ejercer potestades públicas que generalmente se prevé para estas fundaciones aunque ambas limitaciones no tienen el mismo alcance aun disponiendo de una zona común.

— *Islas Baleares.*

Esta comunidad tampoco ha promulgado una Ley autonómica de fundaciones, y para encontrar alguna referencia a las fundaciones del sector público balear, aunque tan solo fuera a efectos de control presupuestario, era preciso acudir al Decreto 61/2007, de 18 de mayo, que regula el Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y la organización del ejercicio del protectorado. En su disposición adicional cuarta dicho Decreto establece:

«Las fundaciones del sector público autonómico, a que se refiere el artículo 1.3.e del Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas, se registrarán por lo establecido en este Decreto, sin perjuicio de las normas específicas que les sean de aplicación en virtud del mencionado Texto Refundido y de su normativa reglamentaria de desarrollo».

Dicha Ley de Finanzas autonómica aportaba el concepto de fundación del sector público autonómico en su artículo 1.3, hasta la promulgación de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, cuyo artículo 55.1 las define como «las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de

la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears o sus entes instrumentales, y también aquellas otras cuyo patrimonio fundacional, con carácter permanente, está integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico».

El apartado segundo de este artículo dispone que estas fundaciones «*se rigen por el ordenamiento jurídico privado, excepto en los aspectos a que se refiere esta ley y demás normativa de derecho público que les sea de aplicación*», contemplando en el artículo siguiente el régimen de creación y modificación previo acuerdo del Consejo de Gobierno, y en el resto del articulado un conjunto de disposiciones aplicables a estas fundaciones que inciden en numerosos controles relativos al presupuesto, tesorería, endeudamiento, contratación de personal, auditoría, etc. Es constatable que estamos ante una norma relativa a la organización del sector público más evolucionada, con la que se trata de dar, en expresión de Blázquez Lidoy, «*una vuelta de tuerca para cerrar los huecos de esa huida del Derecho administrativo y someter al máximo control a las entidades instrumentales*»⁵⁰.

—*La Rioja.*

Otra de las leyes autonómicas de fundaciones que se refieren a la capacidad para fundar de las entidades del sector público autonómico, pero no regulan las fundaciones por estas creadas, es la Ley de Fundaciones de la Rioja⁵¹, cuyo artículo 7.2 remite a la Ley de Organización del Sector Público de la Rioja⁵². Esta se refiere a las «fundaciones públicas», aunque se trate de lo que venimos entendiendo como fundaciones privadas del sector público, pues la propia norma reconoce la aplicación de normas de Derecho privado. Dichas fundaciones se regulan en los arts. 53 a 56 de la LOSPR y se definen como aquellas en «*cuya dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, el Gobierno de La Rioja*».

En este caso, aun refiriéndose a las fundaciones en cuya dotación tenga participación mayoritaria el *Gobierno de la Rioja*, se puede colegir que su regulación también se extiende a las fundaciones constituidas por las entidades de integran el sector público autonómico, y por tanto a las constituidas por la universidad pública de esta comunidad, cuando de forma individual o

⁵⁰ Cfr. DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO G., T. (dirs.) *Tratado...* *op. cit.*, p. 337.

⁵¹ Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, en adelante LFR.

⁵² Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en adelante LOSPR.

en colaboración con otras entidades del sector público autonómico, aporte más del cincuenta por ciento de la dotación de la fundación. Y tal interpretación sería posible porque así lo refiere expresamente el artículo 7.2 LFR transcrito al referirse a «*la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja o entidades integrantes del sector público autonómico*».

—*Murcia.*

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tampoco dispone de Ley de Fundaciones, y para hallar alguna disposición relativa a las fundaciones de iniciativa autonómica es preciso acudir la Ley de Organización de la Administración de Murcia⁵³, cuya disposición adicional primera, bajo el epígrafe «Fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma» dispone:

«1. *Las fundaciones constituidas, mayoritariamente o en su totalidad, por aportaciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se rigen por el Derecho privado y por la normativa específica que les resulta de aplicación.*

2. *El Consejo de Gobierno aprobará la constitución de las fundaciones a que se refiere el apartado anterior, su dotación económica, los estatutos, y la designación de los miembros que, en representación de la Comunidad Autónoma, vayan a formar parte de su patronato.*

Y estas «*fundaciones constituidas, mayoritariamente o en su totalidad, por aportaciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*» serán las «*fundaciones del sector público autonómico*» a las que nos venimos refiriendo, y que en este caso se definen por la aportación mayoritaria de la Administración autonómica, que de nuevo se podría entender extensiva a la totalidad de entidades vinculadas o dependientes de la comunidad autónoma, entre las que estarían las universidades.

—*Navarra.*

En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, fundamentalmente son tres las leyes que contienen regulación de fundaciones. Destaca en primer lugar la Ley 1/1973, de 1 marzo, del Fuero Nuevo de Navarra, por la que se aprueba la compilación de Derecho Civil foral de Navarra, y que aporta la regulación civil de aplicación general a las fundaciones (Leyes 44 a 47).

⁵³ Ley 7/2004, de 28 diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en adelante LORJM.

En segundo lugar, la Ley Foral de la Administración de Navarra⁵⁴, cuyo artículo 125 define a las «Fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos públicos» considerando como fundaciones públicas (las que venimos considerando como del sector público) a las creadas tanto por la Administración de la Comunidad Foral como por sus organismos públicos, entre los que cabría considerar incluidas a las universidades públicas a estos efectos, y sigue exclusivamente el criterio de la aportación inicial, directa o indirecta, del fundador público, omitiendo referencia alguna a que dicha composición mayoritaria del patrimonio se alcance de forma sobrevenida.

También es preciso citar la Ley Foral de la Hacienda Pública de Navarra⁵⁵, cuyo artículo 2.g) incorpora en su ámbito de aplicación a estas fundaciones, dedicando al presupuesto, endeudamiento y tesorería de las mismas sendos capítulos⁵⁶ e incorporando en el resto del articulado normas específicas relativas al control de su actividad, cuentas y presupuestos⁵⁷.

C) *Normativa autonómica de control e integración del presupuesto*

Se trata de CC.AA. que no disponen de una regulación sustantiva de este tipo de fundación, por lo que para ellas solo se prevé la aplicación de normas de carácter financiero, y no de esos principios generales relativos a la contratación, selección de personal, control del protectorado, etc. que son el denominador común de la regulación tanto estatal como autonómica de las fundaciones del sector público.

— *Cantabria.*

Se trata de una comunidad en cuya normativa solo se encuentran referencias a las fundaciones del sector público autonómico, a efectos de su control financiero, en la Ley de Finanzas de Cantabria⁵⁸, que las define en su artículo 2.f) en términos similares a la ya comentada LFA, incorporando además de

⁵⁴ Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de Navarra, en adelante LFAN, modificada por Ley de la Comunidad Autónoma de Navarra 7/2008, de 19 de mayo, de modificación de las Leyes Forales 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, y 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

⁵⁵ Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de Hacienda Pública de Navarra, en adelante LHPN.

⁵⁶ *Vid.* Capítulo II del Título II, Capítulo III del Título III y Capítulo II del Título IV de la LHPN.

⁵⁷ *Vid.* arts. 27.g, 34.3, 46.2.a) y 129, todos de la LHPN.

⁵⁸ Ley 14/2006, de 24 octubre, de Finanzas de Cantabria, en adelante LFINC, modificada por Ley autonómica 5/2011, de 29 de diciembre, por Ley autonómica 6/2009, de 28

los criterios típicos de dotación y patrimonio, el relativo a «Que la mayoría de los miembros de su patronato sean representantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria o entidades pertenecientes al mismo».

—Extremadura.

En esta comunidad hay que acudir a la Ley reguladora de la Hacienda Pública de Extremadura⁵⁹ para hallar la definición de las fundaciones del sector público extremeño a efectos de elaboración y control del presupuesto, cuyo artículo 2.1.g) las define en relación a la aportación inicial mayoritaria o la composición permanente de su patrimonio.

D) *Otras carentes de regulación*

Por último, es preciso citar las comunidades autónomas que carecen de una regulación *ad hoc* de las que serían sus fundaciones del sector público, entre las que se pueden citar la Comunidad de Madrid o el Principado de Asturias.

En el caso de Madrid esta ausencia de regulación es más llamativa, pues se trata de una comunidad que reconoce la existencia de fundaciones del sector público autonómico⁶⁰ y que dispone de su Ley de Fundaciones. Sin embargo, la LFM es una de las normas menos clarificadoras respecto de la definición y régimen de las fundaciones del sector público, pues al referirse a la capacidad para fundar de las personas jurídico-públicas se remite a las normas de aplicación general de la LF. El artículo 9.2 LFM dispone que «*El ejercicio de esta competencia por la Comunidad de Madrid deberá ser autorizada por Decreto del Consejo de Gobierno, que determinará las condiciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional*».

En el caso de estas comunidades, la ausencia de regulación de las fundaciones del sector público autonómico parece poco justificada, y algún autor

de diciembre, por Ley autonómica 8/2008, de 26 de diciembre, por Ley autonómica 2/2008, de 11 de julio y por Ley autonómica 6/2007, de 27 de diciembre.

⁵⁹ Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura en adelante LGHPE, modificada por Ley autonómica 20/2010, de 28 de diciembre.

⁶⁰ Como ya se apuntó, en todos los casos es preciso atender a Leyes de presupuestos que cada año apruebe la comunidad, y en el caso de Madrid es en dicha norma donde encontramos una definición de las fundaciones del sector público de esta comunidad, aunque realizada exclusivamente a los efectos de dicha Ley. El artículo 19.6 de la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, aporta la definición de las fundaciones del sector público de la Comunidad de Madrid en términos idénticos a los utilizados en el artículo 44 LF para definir las fundaciones del sector público estatal.

sostiene que, en estos casos, será preciso realizar una interpretación extensiva del régimen aplicable a las fundaciones del sector público estatal previsto en la LF, sometidas por tanto a las normas dictadas para garantizar determinados controles y una forma de operar respetuosa con los principios rectores de la actuación de la Administración⁶¹.

E) *Conclusiones derivadas de la pluralidad de regulaciones autonómicas*

Del análisis de la normativa autonómica realizado, se pueden extraer una serie de conclusiones que serán de interés al objeto del presente trabajo.

La primera y más evidente es que, como ya se advirtiera, es preciso atender a una pluralidad de normas autonómicas para aprehender el régimen jurídico específico aplicable a las fundaciones del sector público autonómico, que no solo difiere al definir las fundaciones del sector público, sino también en lo relativo a las especialidades que incorpora.

La segunda, y quizás la más significativa, es que las normas examinadas aportan conceptos y definiciones que, si bien son muy similares, no son idénticos, y ello supone que, con carácter general, las fundaciones universitarias puedan ser fácilmente encuadrables en el concepto de fundación del sector público autonómico en determinadas comunidades y en otras no. En el caso de Castilla León, parece evidente que la regulación que aporta la LFCL considera a las fundaciones universitarias con un substrato mayoritario de la universidad pública castellanoleonesa como fundaciones del sector público autonómico, mientras que en el caso de La Rioja, es más complejo sostener tal afirmación, pues la definición que aporta la LOSPR se refiere a las fundaciones con una dotación aportada mayoritariamente por el Gobierno de la Rioja, en el que es difícilmente encuadrable una universidad pública de la Rioja.

La tercera, que se pueda dar el caso de fundaciones universitarias con una composición y características comunes que puedan ser consideradas fundaciones del sector público autonómico en unas comunidades mientras que en otras no. Sería el caso de fundaciones universitarias de régimen general que se nutran principalmente de fondos provenientes de subvenciones de carácter autonómico, que en caso de Galicia serían consideradas fundaciones del sector público autonómico y en el resto de las comunidades no.

Por último, hay que destacar nuevamente la distinta forma de definir su ámbito subjetivo de aplicación que aportan las leyes de fundaciones y las que

⁶¹ Cfr. CARBALLEIRA RIVERA, M.T., *Fundaciones... op. cit.*, 2009, p. 113.

disciplinan la organización de la Administración. La Ley de Fundaciones autonómica no será de aplicación a una fundación universitaria cuyo ámbito territorial de actuación, previsto en sus estatutos, supere el de la comunidad autónoma a la que se adscribe la universidad fundadora. Por el contrario, la regulación contenida en la Ley de organización autonómica si puede ser parcialmente aplicable a la fundación universitaria creada por una universidad de carácter autonómico, independientemente de su ámbito territorial de actuación.

En cualquier caso, como ya se ha apuntado, la regulación específica para las fundaciones del sector público autonómico contenida en las normas analizadas, y referidas fundamentalmente al ámbito de la contratación, el control presupuestario, las ayudas dinerarias sin contraprestación o la contratación de personal, generalmente han sido superadas por la regulación específica de dichos ámbitos tras la promulgación y modificación de las leyes estatales de aplicación básica que a continuación se analizarán.

3. *Legislación básica para las fundaciones del sector público*

En este apartado se presentan una serie de disposiciones que se configuran como normas de aplicación básica a las fundaciones que se encuadren en la definición de fundación del sector público que incorporan, cuyo denominador común es que, independientemente de la filiación de las entidades públicas fundadoras (sector público estatal, autonómico o local), aportan un régimen jurídico específico y sectorial. Ello tendrá como consecuencia que puedan ser aplicables a fundaciones que no son del sector público estatal ni autonómico conforme a la definición que aportan el conjunto de normas anteriormente analizadas (leyes de fundaciones y de organización de la Administración).

A) *Ley General de Subvenciones*

La LGS encuadra a las fundaciones en el sector público a efectos de la aplicación de régimen específico que incorpora en su disposición adicional decimosexta de las dos formas que de manera generalizada se están poniendo de manifiesto en las normas ya analizadas; siguiendo el criterio de la composición del patrimonio y el del porcentaje en la aportación inicial. No obstante, como decíamos, hay una diferencia crucial, y es que su ámbito de aplicación se extiende a todas las Administraciones Públicas y no solo a la Administración General del Estado o la Administración autonómica, y en consecuencia las fundaciones del sector público se definen por su vinculación

a cualquiera de «*las Administraciones Públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público*». Y en este conjunto, sin duda, se integran las universidades públicas.

A la vista de esta definición «extensa» de fundación del sector público será preciso, además, conocer el resto de entidades que se deban considerar las «*demás entidades del sector público*», para verificar qué entes fundadores o financiadores quedan encuadrados en ese conjunto, y cuya participación mayoritaria en la fundación otorgará a esta el carácter de fundación del sector público a los efectos de la LGS. Desgraciadamente, esta Ley no contiene una relación de los organismos y entidades que forman parte del sector público, sino que únicamente define lo que haya de entenderse por Administración para acotar en el artículo 3 su ámbito subjetivo de aplicación.

Una opción para averiguar las entidades que a estos efectos integran el sector público podría ser acudir a la Ley de Organización de la Administración del Estado⁶², a las distintas leyes de organización de la Administración autonómica, a las leyes de finanzas y a la legislación del régimen local. Sin embargo, tratándose de normas con un origen y alcance no homogéneo y que pueden contener criterios distintos para encuadrar a las entidades en el sector público estatal, autonómico o local, podría darse el supuesto de considerar de forma distinta (integradas o no en el sector público) a fundaciones con una composición similar, a las que se aplicaría o no la LGS en función de la forma en que las mencionadas leyes caractericen a las distintas entidades que participen en la fundación o la financien.

Sobre la base de lo anterior, hay razones para considerar más adecuado utilizar la relación y definición de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público que aporta la LCSP en su artículo 3, y ello aun conscientes que dicha definición no es extrapolable al resto del Ordenamiento. La primera razón para utilizar como referente la definición de sector público que aporta la LCSP se debe a que, como sucede con la LGS, se trata de una Ley de carácter estatal, y parece más conveniente y coherente utilizar a estos efectos el criterio del legislador estatal⁶³. En segundo lugar, porque se trata de la definición de las entidades del sector público más completa de la que disponemos, y que incluye a todas las entidades en las que se

⁶² Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en adelante LOFAGE.

⁶³ En determinados aspectos, la LGS y la LCSP tienen ciertos paralelismos que pueden servir para argumentar la conveniencia de utilizar el concepto de sector público que aporta esta para cubrir las lagunas que puedan producirse en aplicación de aquella.

da un substrato mayoritariamente público⁶⁴, lo que aportaría mayores garantías en los procedimientos de concesión de subvenciones, que es precisamente lo que persigue la LGS al referirse a las fundaciones del sector público en su disposición adicional decimosexta.

La fórmula que utiliza la LGS para definir a las fundaciones del sector público por un lado garantiza la aplicación general de la LGS a las fundaciones del sector público así caracterizadas por la LF, por el resto de leyes de fundaciones y por la normativa reguladora de las finanzas y el sector público autonómico; por otro, amplía significativamente el conjunto de fundaciones a las que se aplicará la LGS por computar a estos efectos todo el substrato público (estatal, autonómico o local) en su dotación o patrimonio.

B) *Ley de Contratos del Sector Público*

La LCSP aporta una definición de su ámbito subjetivo de aplicación que, en cierto sentido, no es todo lo nítida que debería y que no está exenta de interrogantes y dudas interpretativas⁶⁵. No obstante, el siguiente análisis se centrará fundamentalmente en el caso concreto de las fundaciones, y en la verificación de que la LCSP utiliza los tres principales criterios que se han analizado para encuadrar a las fundaciones en el sector público a efectos de contratación; los dos más generalizados de la composición del patrimonio y la aportación a la dotación así como el de la representación mayoritaria prevista en la LFA y la LFINC. Los criterios de la composición del patrimonio y de la aportación inicial se contemplan de formas directas y referidas en exclusiva a las fundaciones.

El artículo 3.1.f) LCSP considera a los efectos de esta Ley como integrantes del sector público a «*Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*».

⁶⁴ En efecto, la relación contenida en el artículo 3 LCSP integra a todas las entidades y organismos que componen la «familia» de lo público y cuyo árbol genealógico describe muy REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, pp. 362 y ss.

⁶⁵ Sobre las dificultades para delimitar el ámbito subjetivo de la LCSP, véanse, entre otros, GIMENO FELIU, J. M., «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP; luces y sombras», *RAP*, n.º 176, 2008, pp. 9-54. DEL SAZ CORDERO, S., «La nueva LCSP ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP*, n.º 174, 2007, pp. 335-366. GARCÍA-TREVIJANO CARNICA, J. A., «Paradojas y sorpresas de la LCSP», *REDA*, n.º 142, 2009, pp. 289-300.

El precepto transcrito hace referencia directa a las fundaciones que hayan de considerarse integradas en el sector público a efectos de contratación, utilizando criterios similares para el encuadramiento de las fundaciones en el sector público a los que aporta el artículo 44 LF, pero con la importante matización de no referirse a la participación en la aportación o el patrimonio de entidades pertenecientes al sector público estatal, sino a las incardinadas en el sector público en general, incluyendo por tanto a cualquiera de las entidades integrantes del sector público a los efectos de esta Ley según la relación y criterios contenidos en el artículo 3.1 LCSP, entre las cuales ya referimos que expresamente contemplaba a las universidades públicas.

El encuadramiento de las fundaciones en el sector público a efectos de contratación siguiendo estos criterios tendrá por tanto dos consecuencias importantes: la primera es que a todas las fundaciones del sector público estatal o autonómico así caracterizadas por la LF o por las distintas leyes autonómicas tanto de fundaciones como de organización de la Administración o de finanzas les será de aplicación la LCSP, pues los criterios definitorios que utilizan para dicha caracterización de alguna u otra forma incluyen los previstos en el artículo 3.1.f) LCSP.

La segunda, que el ámbito de aplicación de la LCSP no se limitará a las fundaciones del sector público así definidas en la LF o en las leyes autonómicas mencionadas, siendo muchísimo más amplio, pues a los efectos de considerar a las fundaciones como entidades del sector público la LCSP computa todo el substrato de participación pública, no solo el estatal o el autonómico, sino la suma de ambos así como de la Administración local y de todas aquellas entidades, organismos o empresas dependientes o con determinado grado de vinculación a la Administración estatal, autonómica o local.

Esta forma de incardinar a las fundaciones en el sector público amplía notablemente el horizonte con el que se venía trabajando en los epígrafes anteriores, presentando un nuevo y vasto escenario relativo a la contratación pública en el que se multiplican las fundaciones a las que afecta, pues la LCSP no diferencia entre el tipo de entidad del sector público que de forma directa o indirecta participa en la fundación.

El resultado de esta segunda apreciación es que numerosas fundaciones universitarias privadas de régimen general, atendiendo a la composición de su dotación y su patronato, serán consideradas fundaciones encuadradas en el sector público a efectos de la LCSP⁶⁶. Por tanto, será prioritaria la tarea de

⁶⁶ En la composición del patronato de las fundaciones universitarias no falta la representación de ayuntamientos de su provincia o comarca, de empresas públicas, diputaciones pro-

determinar el porcentaje de aportación inicial, generalmente en la dotación fundacional, o de participación en el patrimonio, para dilucidar en cada caso si la fundación en cuestión se somete al régimen de contratación previsto en la LCSP. Y esta tarea no será tan sencilla como en principio pudiera parecer⁶⁷, precisamente porque la caracterización como entidades del sector público de los fundadores y colaboradores, en determinadas ocasiones, conlleva una labor previa de análisis e interpretación para verificar que realmente son entidades del sector público a efectos de la LCSP.

Sobre la base de lo anterior, es evidente que al menos a efectos de verificar si a cada fundación universitaria se le aplica o no la LCSP por encuadrarse en el concepto que aporta su artículo 3.1.f), será importante ampliar la perspectiva con la que examine la composición de su dotación o su patrimonio, lo que requiere una tarea y esfuerzo adicional, pero al menos manteniendo los criterios que ya se utilizaron para verificar cuándo la fundación podía ser considerada del sector público desde la perspectiva de la legislación de fundaciones o la normativa autonómica de organización de la Administración. Sin embargo, las novedades que incorporó la LCSP en relación al encuadramiento de las fundaciones en el sector público, lejos de terminar aquí, se puede afirmar que no hicieron más que comenzar.

En efecto, el artículo 3.1.h) LCSP se refiere a otras entidades que se consideran incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, utilizando una fórmula importada de las Directivas comunitarias de contratación pública para definir a los «organismos de Derecho público», y lo hace en los términos siguientes:

«Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de Administración, dirección o vigilancia».

vinciales o mancomunidades de municipios. Cada una de estas entidades no computarán a los efectos de considerar a la fundación en la que participan como fundación del sector público desde la perspectiva de la legislación de fundaciones o de la normativa autonómica de organización de la Administración, pero si lo hará a los efectos de encuadrarla en el sector público desde la perspectiva de la LCSP.

⁶⁷ Piénsese en el típico caso de fundaciones universitarias participadas por otras fundaciones o por empresas con participación pública, en cuyo caso será preciso determinar previamente si estas entidades fundadoras o financiadoras son o no del sector público.

Las fundaciones son entidades con personalidad jurídica propia creadas para satisfacer necesidades de interés general y que no tienen carácter mercantil o industrial, aun en el caso de desarrollar actividades económicas⁶⁸ mediante las cuales participan en el mercado⁶⁹. Por ello, en la definición que aporta este precepto, se incluirán las fundaciones que de forma acumulativa cumplan esos tres requisitos⁷⁰, y en las que además se cumpla la circunstancia de que «*uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de Administración, dirección o vigilancia*».

Será por tanto de vital importancia determinar, en el caso de las fundaciones en general y de las universitarias en particular, qué haya de entenderse por financiación mayoritaria, control de la gestión u órgano de Administración, dirección o vigilancia, para verificar si entre la fundación de que se trate y la universidad existe esa «estrecha dependencia»⁷¹ que desde la perspectiva de las Directivas comunitarias definen al ente como «organismo de Derecho público» y justifican la aplicación de las normas de contratación pública.

Y es preciso acudir a la Jurisprudencia del TJCE para aprehender el alcance de estos conceptos y la forma de interpretarlos, pues de ello dependerá el sometimiento de las fundaciones a la LCSP⁷². Dicho encuadramiento no alterará la naturaleza privada de la fundación pues el «organismo de Derecho público» o la «empresa pública» no son un nuevo tipo de sujeto de Derecho sino «*un concepto funcional de la calificación/tipificación/determinación de*

⁶⁸ La posibilidad de desarrollar actividades económicas se recoge expresamente en el artículo 24 LF y normas concordantes de la legislación autonómica de fundaciones, si bien con la limitación de que estén relacionadas con los fines fundacionales, por lo que difícilmente la realización de las mismas puedan excluir de la aplicación de la LCSP a las fundaciones esgrimiendo su carácter industrial o mercantil.

⁶⁹ Sobre la prevalencia del interés general de los organismos de Derecho público que desarrollan actividades de carácter industrial o mercantil y que no pierden tal carácter por desarrollar dichas actividades, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación a sociedades mercantiles. Entre otras, véase la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99 *Universale Bau AG* así como la STJCE de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01 *Korhonen*.

⁷⁰ Al carácter acumulativo de estos tres requisitos se refiere expresamente la STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, *Mannesmann*.

⁷¹ A la importancia de esa estrecha dependencia se refiere la STJCE de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99.

⁷² Sobre la aplicación e interpretación de estos conceptos, aún con anterioridad a la transposición que de los mismos realizó la LCSP, véase GARCÍA ANDRADE, J., «Fundaciones de la Administración pública», en MUÑOZ MACHADO S., CRUZ AMORÓS M., DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, op. cit., pp. 727 y ss.

la naturaleza jurídica de figuras jurídicas subjetivas a fin de que las así consideradas sean sometidas a la aplicación de una cierta disciplina proveniente del Derecho comunitario»⁷³.

—*La financiación mayoritaria de la actividad.*

Lo primero a destacar de esta especial forma de vinculación de la fundación a otros sujetos integrantes del sector público es que no es preciso que se dé con carácter de permanencia, refiriéndose a los ingresos provenientes del conjunto de entidades del sector público con que la fundación se relaciona, siendo una característica que se puede considerar dinámica y habrá de estar referida por tanto a cada ejercicio económico, surgiendo nuevamente la dificultad práctica de examinar la procedencia mayoritaria de los ingresos de la fundación anualmente.

La segunda cuestión que conviene precisar es si, a estos efectos, se han de computar todos los ingresos procedentes de las entidades del sector público, únicamente aquellos que sean recibidos con determinada finalidad o aquellos negocios jurídicos que realmente impliquen una relación de subordinación o dependencia respecto de los poderes públicos. En este sentido la STJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-380/98, Universidad de Cambridge, contiene ciertas aclaraciones sobre las distintas formas de financiación que es preciso que concurren para considerar a una entidad como organismo de Derecho público o, en el caso que nos ocupa, a una fundación como integrante del sector público a efectos de aplicación de la LCSP. Dichas aclaraciones se pueden sintetizar de la forma siguiente:

—Debe tratarse de ingresos realizados por entidades del sector público sin contraprestación, excluyéndose por tanto los contratos sinalagmáticos.

—No computan a estos efectos los ingresos derivados de la ejecución de contratos libremente negociados.

—El cómputo para considerar la financiación mayoritaria debe superar el cincuenta por ciento de los ingresos totales obtenidos por la entidad, incluidos los derivados de su actividad mercantil.

Trasladando estas consideraciones a las fundaciones universitarias, para averiguar si su financiación es mayoritariamente pública habrá que estar al porcentaje, en relación al total de sus ingresos anuales, de aquellos ingresos derivados de aportaciones, ayudas, subvenciones, abonos por encargos y en

⁷³ CHITI MARIO, P., «El organismo de Derecho público y el concepto comunitario de Administración pública», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 11, 2001, p. 34.

definitiva ingresos no provenientes de la ejecución de contratos sinalagmáticos.

Varias son las dudas que surgen para aplicar esta fórmula en el caso de los ingresos que la fundación universitaria recibe como consecuencia de su colaboración con la universidad. La primera, quizás reticente, es la consideración que haya de darse a los ingresos derivados de los encargos o encomiendas de gestión que la universidad realiza a su fundación. Y se puede calificar de reticente en el sentido de que oculta algo que debiera decirse, pues desde la entrada en vigor de la LCSP ha quedado patente la imposibilidad de que los poderes adjudicadores, como son las universidades públicas⁷⁴, realicen encargos o encomiendas de ejecución obligatoria a favor de entidades privadas no integradas en el sector público a efectos de contratación. Así se desprende del artículo 24.6⁷⁵ en relación con el artículo 4.1.n)⁷⁶ ambos de la LCSP. Por lo tanto, si la universidad encomienda la gestión de un servicio a su fundación es porque esta es, formalmente y con carácter previo, medio propio instrumental de la universidad.

El concepto de medio propio lo aporta como novedad en nuestro Ordenamiento⁷⁷ el artículo 24.6 LCSP, definiéndolo como los entes, organismos y entidades del sector público que prestan principalmente sus servicios a poderes adjudicadores respecto de los que estos ejercen un control análogo al que ostentan sobre sus propios servicios, aclarando en el párrafo segundo que se entenderá que disponen de dicho control análogo siempre que puedan conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria. Y si la universidad ostenta sobre la fundación un *«control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios»* será porque dispone de la capacidad de designar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno de la fundación, cumpliéndose por tanto el último de los criterios que aporta el artículo 3.1.h) LCSP para que la fundación se considere integrada en el sector público a

⁷⁴ Véase artículo 3.3.a) en relación al 3.2.c) ambos de la LCSP.

⁷⁵ Artículo 24.6 LCSP: *«A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».*

⁷⁶ El artículo 24.1.n) LCSP excluye de su ámbito de aplicación *«Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación».*

⁷⁷ Un concepto similar aportaba no obstante la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en sus arts. 152 y 194, referidos respectivamente a la ejecución de obras y fabricación de muebles por la Administración *«por los propios servicios de la misma mediante (a través de) sus medios personales o reales».*

efectos de contratación. Por lo tanto no sería preciso llegar al punto de determinar si hay o no financiación mayoritaria para averiguar si la fundación se integra en el sector público, pues obligatoriamente habrá de tener tal consideración con carácter previo a que la universidad pueda realizarle encargos de esta forma.

No obstante y aclarado lo anterior, es constatable que en la práctica, algunas universidades encomiendan, encargan o acuerdan con su fundación la gestión de determinados servicios sin cumplir con las previsiones de la LCSP, por no contemplar los procedimientos de concurrencia pública y ello aun tratándose de fundaciones privadas de régimen general que no son medio propio instrumental de la universidad. Y aquí se plantea la segunda duda. En estos casos, aunque partiendo de una premisa que implica una forma de operar cuanto menos irregular, se deben considerar dos posibilidades derivadas de esta práctica a efectos de verificar si existe o no financiación mayoritaria:

—Ingresos directos de la universidad. En este caso, cuando la universidad ingresa a la fundación determinadas cantidades para compensar los gastos derivados de la gestión de programas y actividades por ella encomendados, es evidente que estos ingresos computarán a efectos del cálculo de la financiación mayoritaria, junto con el resto de ingresos provenientes de entidades del sector público y que no respondan a la ejecución de contratos sinalagmáticos.

—Ingresos procedentes de los usuarios de los servicios encomendados por la universidad y que presta la fundación. Este supuesto plantea más dudas, y es que habrá que determinar hasta qué punto los ingresos así obtenidos computan como financiación pública o no. A diferencia de lo que sucede con la aportación inicial que expresamente se prevé compute a efectos de cálculo de la aportación mayoritaria ya sea esta «directa o indirecta», en el caso de la financiación mayoritaria se puede interpretar que esta debe ser directa, procedente por tanto de los presupuestos de las entidades del sector público, que en el caso de las fundaciones universitarias procedería fundamentalmente la universidad. Si esta fuera la interpretación, se excluirían los ingresos de los usuarios de los servicios y programas universitarios gestionados por la fundación aunque su titularidad corresponda a la universidad y esta las haya encomendado a la fundación. En este sentido es destacable que la jurisprudencia del TSJCE se ha pronunciado sobre la interpretación funcional que debe darse al concepto de financiación pública, incluyendo los cánones que los ciudadanos ingresen a la entidad y que no respondan a una

transacción contractual derivada de los servicios recibidos de la entidad de que se trate⁷⁸.

— *El control de la gestión. Algunas consideraciones sobre las funciones del protectorado y el sometimiento de las fundaciones a la LCSP.*

Este criterio no plantea mayores dificultades en el caso de las fundaciones del sector público así caracterizadas por la normativa de fundaciones o de organización del sector público pues, como más adelante se pondrá de manifiesto, el régimen jurídico específico que se les aplica prevé el sometimiento de las mismas al control de los poderes públicos en distintos aspectos, entre los que destaca la previsión de que sean auditadas por la intervención pública que incorporan tanto la LF⁷⁹ como las normas concordantes de la legislación autonómica⁸⁰. Precisamente este era uno de los aspectos que la STJCE de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99⁸¹, destacó como una facultad de los poderes públicos que implica la existencia de esa estrecha dependencia que se mencionó, por suponer un claro control de la gestión de la entidad.

Se trata por tanto de otra situación en la que las fundaciones del sector público así caracterizadas por la normativa de fundaciones quedan integradas en el sector público a efectos de contratación, independientemente de cumplirse los requisitos del artículo 3.1.f) ya comentado.

Sin embargo, a la vista del artículo 3.1.h) transcrito, de la STJCE del año 2001 citada y de la regulación de las funciones del protectorado contenida en la normativa de fundaciones, cabría plantear si a efectos de contratación no podrá considerarse que todas las fundaciones deberían someter su actividad contractual a la LCSP, precisamente por ser «*entidades con personalidad jurídica propia... creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*», cuya gestión controlan sujetos del sector público.

Aun excediendo del objeto del presente trabajo parece interesante plantear la posibilidad de esta interpretación extensiva. No cabe duda que el ejercicio

⁷⁸ Vid. STSJCE de 13 de diciembre de 2007, asunto C-337/06, Bayerischer Rundfunk.

⁷⁹ Artículo 46.3 LF: «*En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables del texto refundido de la Ley General Presupuestaria... En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurran las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la presente Ley, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado*».

⁸⁰ V. gr., artículo 60.4 LFG, artículo 57.3 LFA, artículo 35.3 LFV o artículo 43.2 LFCAN.

⁸¹ Asunto referido a sociedades anónimas para la gestión de viviendas en alquiler moderado.

del protectorado sobre todo tipo de fundación corresponde a sujetos del sector público, en concreto a la Administración General del Estado en el caso de las fundaciones de competencia estatal⁸², y a la Administración de las CC.AA. en el caso de fundaciones con tal ámbito principal de actuación⁸³. Será preciso por tanto verificar hasta qué punto las funciones del protectorado se pueden considerar como funciones que efectivamente someten la gestión de la fundación a un control público.

La jurisprudencia europea arroja varios criterios para determinar cuándo el control de los poderes públicos supone una relación de estrecha dependencia, que en el caso que nos ocupa conducirá a considerar si una fundación se integra en el sector público a efectos de contratación. De la ya citada STJCE de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99, se desprende que cuando la Administración dispone de ciertas facultades, entre otras ordenar la disolución de los órganos directivos y nombrar un administrador provisional, existe ese control. Por su parte, en la STJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/00, Adolf Truley GmbH, el Tribunal consideró que no existe esa estrecha dependencia cuando la Administración solo ejerce un control a posteriori, por lo que a sensu contrario, si podrá haberlo cuando dicho control sea ejercido a priori.

Entre las funciones y potestades del protectorado que se tratarán en profundidad en el siguiente capítulo destacan las que pueden implicar un control efectivo sobre la fundación y el control previo de sus actuaciones, entre otras las siguientes:

—El régimen de autorizaciones previas para la formalización de ciertos contratos (autocontratación), la enajenación de determinados bienes o la aceptación de herencias y legados.

—El ejercicio provisional por parte del protectorado de las funciones del patronato.

—La designación de patronos por el protectorado en determinados supuestos.

—Velar por el cumplimiento de los fines fundacionales.

⁸² Artículo 34.2 LF: «El protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal».

⁸³ Entre otros, véanse los artículos 28.3 LFM, artículo 41.2 LFR, artículo 35 LFCAN, artículo 47.1 LFCAT, artículo 28 LFV, artículo 44.2 LFA, artículo 36.3 LFPV, artículo 47.2 LFG, artículo 32.2 LFCL.

Estas facultades de control sobre el funcionamiento ordinario de las fundaciones (sean o no del sector público) de que disponen los protectorados, la previsión del artículo 3.1.h) de la LCSP transcrito y la visión de los principios de la contratación pública como una forma de «asegurar una eficiente utilización de los fondos»⁸⁴ que redunde en una mayor eficacia para el logro de los fines de interés general (que recordemos persiguen tanto la Administración como las fundaciones), es lo conduce a plantear el siguiente interrogante ¿sería conveniente la aplicación de la normativa de contratación pública a todas las fundaciones en los términos previstos exclusivamente para las fundaciones del sector público?

—*Los órganos de Administración, dirección o vigilancia.*

Como se argumentará en el apartado dedicado a «los otros órganos de gobierno de la fundación», el órgano de «*Administración, dirección o vigilancia*» de la fundación se puede identificar con el patronato, por lo que el requisito de la capacidad para nombrar a más de la mitad de sus miembros contenido en el artículo 3.1.h) LCSP se cumplirá cuando más de la mitad de los patronos de la fundación sean representantes de entidades del sector público o sean designados por estas.

Analizados los tres criterios para el encuadramiento de las fundaciones en el sector público a efectos de la LCSP, habrá que reflexionar acerca de cómo afecta ese encuadramiento a la relación de instrumentalidad entre universidad y fundación. Y es que aun siendo evidente que habrá fundaciones universitarias de régimen general que deban someter su actividad contractual a la LCSP, también será preciso verificar si es posible que una fundación de este tipo pueda ser considerada medio propio instrumental de la universidad fundadora en los términos y con la funcionalidad que para estos prevé la LCSP.

En el caso de las fundaciones del sector público estatal o autonómico así caracterizadas conforme a las leyes de fundaciones estatal o autonómicas, sí es evidente que están llamadas a servir a la administración o entidad del sector público creadora, configurándose claramente como ente instrumental de la misma desde su creación o transformación, «*debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas*»⁸⁵. En estos casos, por la simple exigencia de la representación mayoritaria de la entidad pública fundadora en el patronato de

⁸⁴ La eficiencia del gasto se plantea como uno de los objetivos de la LCSP en su artículo 1: «... asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos...»

⁸⁵ Vid. artículo 46.1.b) LF y normas autonómicas concordantes.

la fundación⁸⁶, se cumple uno de los requisitos que a la postre ha incorporado la LCSP como definitorio y habilitante para que pueda considerarse a una entidad medio propio instrumental de un poder adjudicador, porque la universidad tendrá sobre la fundación un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios al disponer de mayoría en el órgano de gobierno.

Sin embargo, el panorama es bien distinto al descrito cuando de fundaciones universitarias de régimen general se trata. Es cierto que la finalidad instrumental de su constitución coincide con la que se persigue en el caso de las fundaciones del sector público. Solo hay que verificar este extremo en los estatutos de las fundaciones universitarias. Y ello queda igualmente patente en la normativa universitaria, pues la Exposición de motivos de la LOU se refiere a la creación de fundaciones «*para perseguir los objetivos propios de la universidad con mayor agilidad*», y su artículo 83 las concibe «*Para la promoción y desarrollo de sus fines*». Sin duda estaban llamadas a actuar como entes instrumentales.

Pero a diferencia de las leyes de fundaciones, nada prevé la LOU respecto de la vinculación de la fundación a la universidad, de la relación de dependencia, de la representación mayoritaria en el patronato o de su financiación⁸⁷. En suma, la LOU no alude de forma alguna a las previsiones y requisitos relativos a las fundaciones del sector público que la normativa de fundaciones incorporaría tan solo un año después de su promulgación. Y tampoco se refiere, obviamente, a los criterios y requisitos para que un ente sea considerado medio propio instrumental que se han importado de la normativa comunitaria de contratación, y que han sido traspuestos a la normativa nacional, incorporando la LCSP unas disposiciones con mayor claridad en lo que se refiere a las relaciones de instrumentalidad de estas entidades.

Y el resultado de esa falta de previsión del legislador universitario no es otro que la situación de «fuera de juego» en la que quedaron muchas fundaciones universitarias, que actúan como pretendidos entes instrumentales de «su» universidad sin cumplir los requisitos de fondo y forma que de manera sobrevenida se han exigido para que un ente pueda ser considerado medio propio instrumental del poder adjudicador al que se adscriben.⁸⁸

⁸⁶ Recordemos que esta exigencia se prevé en el artículo 45.1 LE, artículo 55.2 LFA, 42.2 LCFAN y artículo 34.3 LFV.

⁸⁷ Desde la modificación del artículo 84 LOU operada por la Ley de la Ciencia, se incorpora el control de las cuentas de las fundaciones universitarias cuando se cumplan los requisitos de participación mayoritaria en la dotación.

⁸⁸ La complejidad de la situación que se produjo, y en ocasiones se mantiene, y la extensión precisa para exponer la forma de superarla, las posibilidades que se abren y sus con-

C) *Ley de Incompatibilidades y Estatuto Básico del Empleado Público*

En relación con el personal al servicio de las fundaciones del sector público y a determinados principios rectores de su contratación, es preciso hacer referencia a estas dos leyes, si bien sólo la primera será de aplicación a las fundaciones en las que se cumplan los requisitos que aporta al definir su ámbito subjetivo de aplicación.

El artículo 2.1.g) de la Ley de Incompatibilidades⁸⁹, incorporado por el Estatuto Básico del Empleado Público⁹⁰, dispone que será de aplicación al «personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50% con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas».

Esta forma de definir su ámbito de aplicación y de referirse a las fundaciones a cuyo personal se aplicará la LIPSAP, se aparta de la forma en la que hemos visto que el resto de disposiciones definen a las fundaciones del sector público. Ello implica que, con carácter general, será aplicable a las fundaciones del sector público estatal o autonómico y a aquellas que aun no siéndolo queden sujetas a la LCSP y a la LGS por disponer de un sustrato público mayoritario y financiarse, generalmente, mediante transferencias de la Administración matriz. Sin embargo, se puede dar el caso de que no se aplique a estas cuando se nutran mayoritariamente de ingresos de los destinatarios. Y también puede darse el supuesto contrario; que esta Ley de incompatibilidades se aplique al personal al servicio de fundaciones privadas de régimen general no participadas mayoritariamente por entidades del sector público, cuando su presupuesto se nutra en más de un 50 por 100 de fondos públicos, ya sea vía subvenciones o a través de contratos administrativos adjudicados.

Además de estas dificultades, a las que se suma la necesidad de considerar cada ejercicio, a la vista del presupuesto, si ese año concreto la fundación está o no sujeta a la LIPSAP⁹¹, el profesor Blázquez Lidoy plantea el problema relativo al procedimiento para solicitar la compatibilidad y los efectos de su incumplimiento, pues el régimen sancionador de la LEBEP,

secuencias, no hacen posible profundizar en estos aspectos en el presente trabajo.

⁸⁹ Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Pública, en adelante LIPSAP.

⁹⁰ Ley 7/2007, de 13 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante LEBEP.

⁹¹ Dificultades similares se pusieron de manifiesto al analizar la definición de las fundaciones del sector público gallego que aportaba la LFG.

en ningún caso, puede ser aplicable al personal de una fundación, sea o no del sector público⁹².

En efecto, y centrados ya en la LEBEP, esta afecta de forma muy distinta a las fundaciones, pues a la vista de su artículo 2, no se incorporan en su ámbito subjetivo de aplicación. Sin embargo, su d.a. primera, bajo la rúbrica «ámbito específico de aplicación», dispone que «*Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica*».

A la vista del precepto transcrito, resulta evidente que dichos artículos serán aplicables a las fundaciones del sector público estatal y autonómico, ya sean caracterizadas como tales por las leyes de fundaciones o por las de organización de la Administración, porque en ambos casos quedan integradas en el sector público estatal o autonómico por la normativa específica que las regula. Sin embargo, ya se apuntó que hay CC.AA., como Madrid o Asturias, que no definen ni regulan las fundaciones del sector público, por lo que en esos casos no será aplicable. Ni tampoco a las fundaciones con participación pública mayoritaria pero que no sean del sector público estatal o autonómico, como son muchas de las fundaciones universidad-empresa en las que ninguna Administración dispone de mayoría en la dotación o en el patronato, pero que quedan sujetas a la LGS y la LCSP por tener un substrato público mayoritario.

Respecto de los principios contenidos en los artículos citados en la disposición adicional transcrita, los arts. 52 a 54 se refieren a los deberes de los empleados públicos y a los principios éticos y de conducta, y el artículo 59 a los cupos que deben reservarse a personas con discapacidad. En aplicación del artículo 55, las fundaciones del sector público deberán seleccionar a su personal «*de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad... mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación*»:

- a) *Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- b) *Transparencia.*
- c) *Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*

⁹² Cfr. BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», en DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs.) *Tratado... op. cit.*, pp. 345 y ss.

- d) *Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) *Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) *Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección».*

4. Recapitulación: una pluralidad de conceptos y regímenes

Conviene recapitular sobre los distintos aspectos, definiciones y normas tratadas para clarificar varias cuestiones: en primer lugar, que no se dispone en la actualidad de un concepto unívoco de las fundaciones del sector público sino de varios. En segundo término, que no hay un régimen jurídico único aplicable a las mismas, sino una pluralidad de ellos en atención al ámbito de proyección de las distintas normas que han venido a regularlas. Y por último, que dichas normas son de distinta naturaleza, y no todas son directamente aplicables a las universidades públicas como entidades fundadoras, y por extensión, podría discutirse su aplicación directa a las fundaciones por ellas creadas.

Estas consideraciones justifican que para afrontar el estudio del régimen jurídico de las fundaciones del sector público o en él incardinadas sea preciso hacerlo desde distintas perspectivas, atendiendo a las diferentes normas que modulan su forma de actuar.

Parece oportuno traer a colación las reflexiones premonitorias que realizaron algunos de los grandes maestros, tanto del Derecho administrativo como del sector de las fundaciones, relativas a la problemática que a la postre se ha constatado y que es parte del objeto del presente estudio. Según profetizaba Cabra de Luna⁹³, tanto la LF como alguna de las leyes autonómicas de fundaciones han articulado un régimen especial para las fundaciones del sector público que ha producido la fragmentación del régimen jurídico unitario, a

⁹³ En 1999, CABRA DE LUNA advertía que *«hay que señalar que la extensión de este tipo de fundaciones a medio y largo plazo supondrá que la Administración Pública ampliará el control sobre las mismas en materia de personal, de contratación y de fiscalización económica. Este hecho desbordará el marco jurídico aplicable, pudiéndose llegar a producir una fragmentación del régimen jurídico vigente, que hoy es unitario. Así ha ocurrido en Galicia con la Ley 10/1996, de 5 de noviembre. Probablemente eso es lo mejor que puede pasar, si se quieren evitar situaciones de abuso no deseadas, de tal forma que parece conveniente se articule un régimen especial para estas fundaciones privadas de origen público».* Sobre las previsiones y perspectivas relativas a la evolución de las fundaciones, véase CABRA DE LUNA, M. A., *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*, Escuela libre editorial, Madrid, 1999.

lo que hay que añadir los problemas que plantea el ámbito de aplicación de estas leyes, la diferente forma de definir las y la parquedad de la regulación específica que para las mismas prevén. Por otro lado, como advertía García de Enterría⁹⁴, a ello se añade un conjunto de normas jurídico públicas que se superponen al estatuto jurídico-privado de Derecho común de las fundaciones cuando estas son utilizadas por la Administración y se cumplen ciertos criterios que delatan una especial vinculación entre una y otra, sin que hoy por hoy sea posible identificar un *tipo común* de fundación del sector público.

Y estas afirmaciones, que compartimos, conducen a destacar que no se dispone aún de un tipo único de fundación del sector público, ni tan siquiera en la legislación de fundaciones; que son muchas las normas administrativas autonómicas que definen a las fundaciones del sector público autonómico y regulan parcialmente la forma en que operan, y que tanto la LGS como la LCSP y el resto de normas estatales de aplicación básica serán aplicables a las fundaciones que, aun siendo de régimen general, cumplan los requisitos en ellas previstos para ser consideradas fundaciones integradas en el sector público a los efectos de su ámbito de proyección. Por todo ello, se hace preciso proceder al estudio de la regulación de las fundaciones del sector público desde la perspectiva de un conjunto de normas de carácter administrativo que se superponen al estatuto jurídico general previsto para las fundaciones.

Tras analizar los diversos conceptos de fundación del sector público y la distinta utilización que de los mismos se realiza por cada tipo de norma para integrar en su ámbito de aplicación a estas entidades, se advierte que las modulaciones que incorporan al régimen jurídico general previsto para las fundaciones afectarán de forma distinta a entidades con diferente composición dotacional y patrimonial⁹⁵.

Ya se apuntaron varios factores como causantes de esa dispersión terminológica y de regímenes que favorecen la situación de inseguridad jurídica descrita: la forma en que la LF que se limitó a regular en su Capítulo XI a

⁹⁴ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA se refería a esta diversidad de realidades subsumidas en el concepto de fundación creada por la Administración o ligadas al ámbito de lo público, previendo la extrema dificultad de incluirlas en «un tipo común que englobe todos los supuestos aludidos en un estatuto general», juzgando «más simple explicar sus peculiaridades como un conjunto de normas jurídico-públicas particulares que se superponen al fondo jurídico-privado del Derecho común de fundaciones, que es simplemente utilizado por la Administración». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I. Civitas, Madrid, 1999, p. 378.

⁹⁵ Hay otros autores que se refieren a esta pluralidad y dispersión de normas, entre los que destaca GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración pública», MUÑOZ MACHADO S. CRUZ AMORÓS M. DE LORENZO GARCÍA, R. (Dirs.), *Comentarios...*, op. cit., p. 670.

las fundaciones de la Administración General del Estado; lo inapropiado de incorporar esta regulación de carácter administrativo en leyes de fundaciones de corte civilista; la utilización de las fundaciones como entes instrumentales de la Administración; la huida del Derecho administrativo (fundamentalmente presupuestario y de contratación) articulada con esta práctica y la *vis expansiva* del Derecho administrativo precisamente como reacción para capturar a estas entidades huidas.

En relación con el estudio concreto de las fundaciones universitarias conviene recapitular sobre las consecuencias de esa dispersión y la forma en que se debe afrontar el análisis de esa panoplia de normas de distinta naturaleza y alcance para disponer de una visión de conjunto, y ello con un doble cometido: verificar si la figura jurídica fundación conserva el potencial que presentaba como entidad apta para coadyuvar a la universidad en el logro de sus fines y, caso de ser así, disponer de los conocimientos precisos para obtener el máximo rendimiento de estas entidades. Para ello conviene recordar de forma sintética algunas cuestiones:

—El régimen jurídico general de las fundaciones universitarias se encuentra en las leyes de fundaciones (la estatal o las autonómicas), y será de aplicación supletoria a las fundaciones universitarias del sector público así caracterizadas por la normativa de fundaciones.

—Dicho régimen sufre ciertas tensiones al ser aplicado a determinadas fundaciones por razón de la naturaleza pública de la entidad fundadora.

—Las fundaciones universitarias encuadradas en el sector público estatal o autonómico desde la perspectiva de las leyes de fundaciones y de organización, quedan sometidas a un régimen específico caracterizado por las siguientes notas⁹⁶:

- a) Sometimiento a ciertas limitaciones en su actividad.
- b) Especialidades relativas al control financiero, contable y presupuestario.
- c) Publicidad y garantías en la selección de personal.
- d) Sometimiento a los principios de contratación pública.

⁹⁶ Hay autores que difieren en este sentido, afirmando que «las únicas normas aplicables a las fundaciones universitarias son las establecidas por el artículo 84 LOU y las propias de las fundaciones privadas, sin perjuicio de las que puedan derivarse de las reglas de Derecho administrativo aplicables en todo caso a las universidades públicas». Cfr. DEL SAZ CORDERO, S., «Las fundaciones de las Universidades públicas», GONZÁLEZ GARCÍA J.V. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica de Universidades*, Cívitas, Madrid, 2009, p. 1345.

e) Sometimiento a determinados principios relativos a las ayudas dinerarias sin contraprestación.

—Las leyes administrativas sectoriales se han encargado de regular de forma clara el tímido régimen de contratación y otorgamiento de subvenciones al que apuntaban las leyes de fundaciones mediante la fórmula consistente en aplicar principios rectores, asumiendo el legislador administrativo el papel que de alguna forma le usurpó el legislador de fundaciones. Por lo tanto, la LGS y la LCSP se aplicarán a las fundaciones que dichas normas incardinan a esos efectos en el sector público, y no solo a las fundaciones caracterizadas por la legislación de fundaciones o de organización de la Administración como fundaciones del sector público estatal o autonómico.

—Es preciso atender asimismo a las leyes que disciplinan la organización de la Administración autonómica, pues en ellas también se definen y regulan las fundaciones del sector público. Aunque como se apuntó, son precisas ciertas cautelas al aplicar dichas normas a las fundaciones universitarias, la forma de crearlas y de relacionarse con la universidad matriz en aquellos aspectos que puedan confrontar con el «bloque normativo» previsto en el artículo 6 de la LOU y con el principio de autonomía universitaria.

—Habrá que atender especialmente a las leyes que disciplinan las finanzas y la Hacienda pública autonómica, pues la legislación universitaria prevé una serie de controles específicos para las personas jurídicas creadas por la universidad que, en ciertos casos, habrán de conciliarse y/o complementarse con las previsiones generales contenidas en la normativa reguladora de las finanzas para las fundaciones del sector público.

Las leyes administrativas mencionadas no hacen más que profundizar en la incipiente regulación de las fundaciones del sector público que incorporaron las leyes de fundaciones, afectando a las cuestiones que estas prevén y regulan tímidamente y advirtiéndose un total paralelismo entre las notas arriba relacionadas y los tipos de normas administrativas que ahora son de aplicación directa:

- a) Normas de organización administrativa e institucional (con matizaciones en el caso de las fundaciones universitarias).
- b) Normas de finanzas, presupuestarias y de hacienda autonómica.
- c) Legislación de subvenciones.
- d) Legislación de contratación del sector público.
- e) Leyes sobre incompatibilidades y empleo público.

Esta pluralidad de conceptos y regímenes cuyo denominador común gira en torno al substrato público que en las fundaciones subyace, apunta a la conveniencia de intentar diseñar una clasificación de las fundaciones universitarias en atención al grado de vinculación con la universidad pública fundadora en particular, y con otras entidades del sector público en general. Sobre la base de esa vinculación se podrá discernir acerca del régimen jurídico *ad hoc* que será preciso «construir» para cada tipo, incorporando las peculiaridades, matizaciones y limitaciones que cada una de las categorías de normas estudiadas aporta, de manera que se pueda personalizar el mosaico de normas en el que vislumbrar el régimen jurídico integrado aplicable a cada tipo de fundación.

III. Perspectivas de futuro y conclusiones

En los epígrafes anteriores se ha referido tanto el proceso de creación de las fundaciones universitarias como la fragmentación del régimen jurídico aplicable a las mismas en función del substrato público que se diera en cada una de ellas. Asimismo, de forma somera dada la extensión del presente trabajo, nos hemos esforzado examinar el marco normativo de aplicación y apuntar las restricciones incorporadas a su régimen de actuación, destacando las luces y sombras que aún se mantienen en su regulación.

Conocedores de la compleja etapa que atravesamos en relación con la financiación y el mantenimiento de la calidad de determinados servicios públicos, fundamentales para el futuro de la Sociedad, como es la educación superior, y a la vista de las tendencias que parecen marcar la futura evolución tanto del sistema universitario como del tercer sector, corresponde ahora plantearse la utilidad de estas fundaciones para seguir coadyuvando al desarrollo de aquéllas y a fomentar su conexión con el entorno. Se trata de reflexionar, a la vista del inquietante horizonte que se vislumbra, tanto respecto de la justificación de las fundaciones universitarias en la actualidad, como acerca del importante papel que pueden jugar para que la universidad mantenga el conjunto de actividades que desarrolla, colaborando asimismo en su financiación para ayudar a mantener el elevado nivel de servicios que en la actualidad prestan.

Teniendo en consideración los elementos que caracterizan a las fundaciones, y la zona común que comparten con la Administración en el logro de los fines de interés general que han de marcar la actuación de ésta, se ha puesto de manifiesto que la consolidación y mantenimiento del Estado social de Derecho que nuestra Constitución propugna, no sólo compete a los po-

deres públicos, sino que la sociedad ha de contribuir a ello, coadyuvando al afianzamiento del Estado del bienestar que entre todos hemos logrado, velando por preservarlo⁹⁷.

También se ha afirmado que hay determinados servicios universitarios que al estar caracterizados por ciertas especialidades (carácter accesorio, incipiente, orientación a la demanda externa o financiación privada por sus destinatarios) parecían los idóneos para ser prestados por las fundaciones universitarias. A lo que hay que añadir la capacidad que actualmente tienen reconocida las fundaciones para desarrollar actividades empresariales relacionadas con los fines de interés general que persiguen.

En el escenario actual, marcado por la percepción de que lo público se ha extendido tanto que no es posible mantenerlo sufragando sus costes, y que la prestación de servicios por el sector público es económicamente insostenible, parece imprescindible la potenciación del papel complementario de las fundaciones y otras entidades del tercer sector para ayudar a su sostenimiento⁹⁸. No parece precisamente el momento de abogar por la transformación de las fundaciones universitarias existentes en fundaciones del sector público, o su simple consideración como tal con la concepción que de las mismas se está consolidando (entes instrumentales con financiación pública mayoritaria cuando no exclusiva), que poco aportan para aliviar los costes del sector público, pues mayoritariamente, y no precisamente las fundaciones universitarias, se han configurado como servicios administrativos paralelos dotados de financiación pública.

En este sentido, parece apremiante contemplar y regular *de lege ferenda* una categoría de fundación de iniciativa pública que pueda estar promovida y constituida por entidades del sector público, pero llamada a potenciar la colaboración privada y a financiarse igualmente de forma privada o público-privada. Una fundación que persiga los fines de interés general que establezca la Administración promotora, pero que pueda explorar las fórmulas de partenariado público-privado tan precisas actualmente. Un modelo de fundación en el que la participación pública en la dotación no sea determinante para

⁹⁷ En este sentido se pronunciaba el tribunal Constitucional en la Sentencia 18/1984 de 7 de febrero, al afirmar que «*La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica*».

⁹⁸ Cfr. CRUZ AMORÓS, M., «Introducción a la fiscalidad de las fundaciones en España», DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs.) *Tratado de fundaciones...* Op. cit., p. 740.

su caracterización como fundación del sector público, que al no estar financiada con fondos públicos no se integre en el sector público a todos los efectos, como actualmente sucede con muchas de las fundaciones universitarias que se concibieron como lugar de encuentro de las universidades con su entorno, como gestoras de los programas de interrelación propios de ese ámbito y como entidades llamadas a autofinanciarse.⁹⁹

Quizás la fundación del sector público, en mano pública o adscrita a la Administración debe reinventarse, y para ello nada como mirar atrás, partir del concepto de fundación, sus elementos esenciales y el potencial que presenta el modelo caracterizado por el partenariado, la conjunción del sector público y el sector privado que confluye en el denominado tercer sector, del que las fundaciones son el máximo exponente como entidades dinamizadoras de los intereses generales, contando para ello con la colaboración, implicación y financiación del sector privado. La Administración apoltronada y acomodada incluso en el recurso a entidades instrumentales, también acomodadas, con un presupuesto mayoritariamente público, integradas en los PPGG del Estado y/o autonómicos, no aporta valor añadido, solo instrumentalidad fácil, basada en la financiación pública, mal entendida, no sostenible y sin esfuerzo ni efecto multiplicador y dinamizador de lo público.

Y quizás también, esta concepción de fundación privada de iniciativa pública que promueve la colaboración público-privada que defendemos, fue la Universidad la primera en concebirla al promover las fundaciones universitarias. No obstante, ha visto cómo las fundaciones por ella creadas, participadas por entidades privadas y que mayoritariamente se autofinancian, se ven avocadas a encuadrarse en el concepto de fundación del sector público, quedando por tanto sometidas a ciertas limitaciones y controles que, en lo relativo a selección de personal o contratación son beneficiosos, según se apuntó, pero en lo relativo al control presupuestario e integración de sus cuentas en un presupuesto público no tiene sentido ni beneficio alguno.

Llevamos años asistiendo a un cierto debilitamiento del Estado del bienestar derivado de la imposibilidad de que los Poderes Públicos mantengan el nivel de asunción de prestaciones alcanzado, lo cual favorecerá un nuevo fortalecimiento del Tercer sector como forma de encontrar fórmulas de colaboración público/privada (a nivel financiero, organizativo, de gestión...) para mantener esos niveles de bienestar.

⁹⁹ Respecto de la necesidad de precisar y unificar el concepto de fundación del sector público, así como de desvincularlo de la participación mayoritariamente pública en la dotación, véanse las «Reflexiones finales y propuestas de futuro», DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs.) *Tratado de fundaciones...* Op. cit., pp. 1.077 y ss.

La actual política de austeridad y la tendencia a recortar ostensiblemente el gasto público e incrementar moderadamente los ingresos se ha trasladado al sistema universitario español, a cada universidad en particular, sin bien con dos diferencias en relación con las administraciones territoriales. La primera, que dichos recortes le vienen impuestos, porque su autonomía financiera quizás sea el máximo exponente de que la autonomía universitaria en la actualidad es *un mito que confiere poder*¹⁰⁰. La segunda, que a efectos de incrementar sus ingresos, la universidad no dispone, como sucede con las Administraciones territoriales, de la facultad de negociar o retocar tipos o tramos en determinadas figuras impositivas, ni de total libertad para incrementar los precios públicos de los servicios académicos que presta, por lo que la forma de engrosar sus arcas indudablemente pasa por fomentar los ingresos extraordinarios, para lo cual, la eficacia de las fundaciones universitarias ha sido y sigue siendo innegable.

Procede ahora por tanto mirar hacia adelante, analizando la tendencia del Sistema Universitario Español en su conjunto y la senda común que se pretende señalar a cada una de la universidades públicas españolas, para que por ella transiten hacia el futuro dibujado en la Estrategia Universidad 2015 y que ya está aquí, un futuro en el que *«estén académicamente más preparadas, sean más eficientes y estén más internacionalizadas para afrontar el futuro; unas universidades que presten mayor atención a la colaboración interuniversitaria, a la agregación estratégica con otras instituciones y agentes; unas universidades más reconocidas socialmente y más valoradas y mejor financiadas por las correspondientes administraciones y por la sociedad. Todo ello sin olvidar el contexto necesario de austeridad, que debe guiar su actividad en el momento presente y sin perder de vista la búsqueda de la máxima eficiencia y su objetivo último: preparar y formar a las nuevas generaciones de jóvenes a afrontar una nueva etapa histórica»*.¹⁰¹

Conscientes de la necesidad de un cambio de orientación respecto de la normativa reguladora de las fundaciones de iniciativa pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones finales sobre el modelo de fundación que, sobre la base de la vigente normativa, parece más apropiada para el desarrollo de las actuaciones precisas para coadyuvar a la universidad al logro de sus fines. Ya advertíamos de la incongruencia que supone que una misma habilitación legal para fundar entes instrumentales por parte una Administración atípica como es la universidad pública, genere una pluralidad de tipos de fundaciones. Y a la vista de los problemas planteados, aparentemente, la

¹⁰⁰ SOSA VAGNER, F., «La autonomía universitaria (un mito que confiere poder)», GONZÁLEZ GARCÍA J. V. (COORD.), *Comentarios...*, op. cit., pp. 103 y ss.

¹⁰¹ www.mecd.gob.es/dctm/universidad2015/documentos/estrategiauniversidad2015.pdf

consolidación y el éxito futuro de las fundaciones universitarias, y por tanto su supervivencia, está indisolublemente ligada a la posibilidad de que se genere un modelo estandarizado de gestión universitaria externa conforme al marco jurídico vigente. Es por ello que lo que se plantea es precisamente corregir esa dispersión mediante un proceso tendente a la unificación hacia un modelo de fundación universitaria eficiente y resolutive para la universidad. Ello es necesario para hacer realidad la potestad de autoorganización derivada del principio de autonomía universitaria y posibilitar que estas entidades operen de forma homogénea, coordinada si es necesario, y sobre todo con una mayor seguridad jurídica derivada de esa regulación unitaria.

Antes de presentar ese modelo de fundación universitaria, conviene recordar los elementos comunes o más generalizados detectados en las fundaciones universitarias analizadas, pues servirán como punto de partida para justificar el tipo de fundación que interesa a la universidad. Dichas características comunes se pueden sintetizar en las siguientes:

—Se trata de fundaciones de ámbito de actuación autonómico y con apariencia de fundaciones régimen general.

—Persiguen las categorías de fines y objetivos típicos ya señalados.

—En su constitución participaron una pluralidad de fundadores, mayoritariamente de entidades encuadrables en el sector público por la LCSP.

—En su dotación y patrimonio la participación de la universidad puede ser mayoritaria o no.

—En su dotación y patrimonio no suele haber participación mayoritaria del sector público autonómico, salvo cuando la hay de la universidad.

—La representación de la universidad en el patronato no es proporcional a su participación en la dotación, pero aun estando reforzada, aquella no siempre dispone de mayoría.

—En el patronato hay representación mayoritariamente pública, pero no en representación del sector público autonómico.

—Se financian fundamentalmente de las actividades económicas que realizan, si bien estas son generalmente encomendadas por la universidad.

—Obtienen ingresos directos de la universidad, pero con carácter minoritario.

—Se relacionan con la universidad matriz mediante encargos y convenios de encomienda de gestión.

—Están capacitadas para concurrir a licitaciones y subvenciones públicas, y suelen hacerlo aunque no respecto de concursos convocados por la universidad.

—Las actividades que comúnmente desarrollan al servicio de la universidad se concretan en las siguientes:

- a) Gestión del programa de cursos de formación continua y formación a medida de la universidad.
- b) Gestión de contratos de investigación.
- c) Gestión de proyectos nacionales e internacionales en los que participa la universidad.
- d) Gestión de programas de prácticas en empresas de alumnos y egresados.
- e) Gestión de programas de empleo dirigidos a titulados universitarios con financiación externa a la universidad.
- f) Gestión de Colegios Mayores y residencias universitarias.
- g) Gestión de servicios que la universidad presta a destinatarios externos a la comunidad universitaria (clínicas, hospitales...)
- h) Gestión de servicios de carácter social que la universidad presta a la comunidad universitaria (comedores, guarderías, ludotecas, residencias de verano para personal de la universidad, etc.)

Como advertíamos, ninguna fundación universitaria presentará todas estas características, pero muchas de estas son predicables de todas y cada una de aquellas, y de forma generalizada prestan muchos de los servicios descritos.

Para lograr la mayor agilidad y eficiencia en la gestión externa de servicios universitarios, a la vista de esta relación de elementos comunes y sobre la base de la normativa vigente (que insistimos, no se considera adecuada) el modelo de fundación óptimo se caracterizaría por ser una fundación universitaria de régimen general, con participación minoritaria de la universidad en su dotación y su patrimonio, pero con representación mayoritaria de aquella en el patronato para que disponga del control efectivo sobre la gestión que realiza. Una fundación en cuyos estatutos debería reconocerse su carácter de medio propio instrumental de la universidad, sujeta por tanto a la LCSP (o bien que no ostente tal condición pero que solo desarrolle actividades excluidas, no encuadrables en su ámbito objetivo de aplicación pero) no al régimen específico previsto para las fundaciones del sector público estatal o autonómico. Una fundación que, en definitiva, podría ser destinataria de

encargos y encomiendas por parte de la universidad sin que sea precisa la dotación de su presupuesto por parte de ésta, sino que mayoritariamente se autofinancie con los ingresos derivados de las actividades que desarrolla, no siendo un lastre económico para la universidad sino un instrumento de captación de recursos adicionales que promueva la participación privada y dinamice el tejido empresarial de su entorno.

Y serán muchas las dificultades para lograr que cada una de las fundaciones universitarias existentes se transforme en ese modelo de fundación, para que puedan operar de forma que mantengan la utilidad que inicialmente ofrecían a las universidades, logrando unos fines de gran amplitud mediante la realización de actividades diversas con diferentes destinatarios y distintas fórmulas de financiación¹⁰². Y esas dificultades dependen nuevamente de cuestiones de legalidad y de oportunidad.

Entre las primeras, cabe destacar la heterogeneidad de normas que inciden en su régimen y las diferencias que se producen en cada una de las comunidades autónomas, que habrán de tenerse en cuenta para que esas transformaciones no conduzcan a que la fundación se integre en el concepto de fundación del sector público autonómico.

Respecto de las cuestiones de oportunidad que pueden dificultar la modificación de la fundación, hay que referir nuevamente el papel a jugar por el resto de patronos de la fundación distintos a la universidad y que no son por ésta designados, que durante años han participado de la fundación y han colaborado en su gestión de la mano de la universidad, pero que no por ello necesariamente aceptarán los cambios precisos para que la fundación se convierta en medio propio de la universidad, adaptando su composición y estructura a los nuevos requerimientos normativos.

Ha llegado el momento de finalizar y presentar, de forma sucinta, las principales conclusiones que se pueden extraer tras analizar la situación actual

¹⁰² La dificultad de lograr objetivos diversos con un solo tipo de ente instrumental ya se planteaba en BRICALL, M. (coord.), *Informe...*, *op. cit.*, ap.VIII-43: «También parece evidente la relación existente entre la forma jurídica adoptada y el peso relativo del experto o del mercado —según los casos— en la definición de los servicios. Cuando sea importante la demanda privada en la definición de ciertos servicios podría pensarse en acudir a formas de coordinación de los procesos académicos típicas del derecho privado. Cuanto más importante sea el papel del experto universitario en la definición del servicio parece más adecuada una forma o ente de coordinación propiamente interna.

Así, por ejemplo, la Universidad de Aveiro... ha constituido tres organismos de carácter privado: una Fundación para la formación continuada, una Asociación para la cooperación con la sociedad y una Empresa para las actividades de transferencia de tecnología».

de las fundaciones universitarias, los diferentes regímenes que las regulan y el potencial que conservan:

—*Primera.* En los últimos diez años se ha producido la ruptura del régimen unitario que anteriormente regulaba la actuación de todas las fundaciones, incorporándose a nuestro Ordenamiento una nueva categoría de fundación: la fundación del sector público. Este tipo de fundación, también denominada en ocasiones fundación pública, se caracteriza por la participación mayoritaria de entes del sector público en su constitución, en sus órganos de gobierno o en su financiación. La escasa regulación específica de esta nueva categoría de fundación que se preveía inicialmente en las leyes de fundaciones, resultó claramente insuficiente, protagonizando estas entidades la «segunda huida del Derecho administrativo», ante la cual reaccionó el legislador desde distintos ámbitos normativos.

—*Segunda.* El resultado de esta dualidad de categorías de fundaciones derivada del reconocimiento a las entidades públicas de la capacidad para fundar, es que se ha producido una superposición de normas de carácter administrativo a otras de Derecho común, las cuales son aplicables de forma conjunta a las fundaciones creadas o participadas por las distintas administraciones u otras entidades del sector público. Es por ello que actualmente hay que atender a multitud de normas, de distinta naturaleza y alcance, para construir el régimen jurídico que disciplina el funcionamiento de las fundaciones con un substrato público mayoritario, reduciendo la seguridad jurídica que la LF pareció aportar al régimen de actuación de las fundaciones.

—*Tercera.* Se ha puesto de manifiesto que cuando las administraciones recurren a la utilización de instituciones de Derecho privado, inevitablemente se producen tensiones que, en el caso de las fundaciones, han sido parcialmente superadas por esa regulación administrativa que se ha adicionado al régimen general civil que las regula. Sin embargo, dicho régimen general civil, que es de aplicación íntegra y directa a las fundaciones participadas de forma minoritaria por la Administración y de aplicación supletoria a las fundaciones del sector público estatal o autonómico, contiene disposiciones cuya aplicación a las fundaciones participadas por la Administración sigue generando distorsiones y dificultades. Estas distorsiones hay que destacarlas en el caso de las fundaciones universitarias, debido a las duplicidades que se producen en los controles a los que se someten, a los distintos ámbitos y regímenes de rendición de cuentas o las diferentes exigencias y autorizaciones precisas para transformar la fundación.

—*Cuarta.* Es constatable que la reacción ante la huida del Derecho administrativo de las fundaciones en mano pública se ha materializado median-

te la producción de normas administrativas que afectan fundamentalmente a dos aspectos; la organización del sector público y la forma de operar de estas fundaciones. Dichas disposiciones se han incorporado a nuestro Ordenamiento de forma desordenada, pues la regulación inicial de las fundaciones del sector público estatal o autonómico, normas que consideramos de carecer administrativo, se incorporaron inicialmente en las leyes de fundaciones, normas típicamente de Derecho privado, en las que se preveían disposiciones relativas a la organización del sector público, a la contratación pública, a la selección del personal, al control presupuestario y a la actividad subvencional de estas fundaciones. No obstante, esta incipiente regulación ha sido ampliamente superada por las leyes de carácter básico que afectan a la contratación, a las subvenciones y a la selección del personal. El resto de materias en las que existen especialidades para este tipo de fundación, relativas fundamentalmente al control, fiscalización y supervisión de su creación, su funcionamiento, el control financiero y los límites de su actuación, se han regulado indistintamente en leyes de organización de la Administración y en las leyes de finanzas y Hacienda pública autonómica.

— *Quinta*. El distinto origen y naturaleza de las normas reguladoras de las fundaciones del sector público descrito en el apartado anterior, ha derivado en un caos normativo en el que la falta de coherencia y conexión entre las normas que disciplinan estas fundaciones es, en ocasiones, su principal denominador común. Es destacable que este conjunto de disposiciones ni siquiera utiliza una definición común de lo que haya de entenderse por fundación del sector público. Y también lo es que, tratándose de normas que persiguen garantizar el respeto a los principios constitucionales que han de regir la actividad de la Administración, de todas las administraciones, no contienen la regulación común que cabría esperar atendiendo a dicha finalidad.

— *Sexta*. La diversidad de normas que regulan las fundaciones del sector público no han tenido en cuenta la especial naturaleza de las fundaciones, y más aún las universitarias, caracterizadas por ser organizaciones nacidas y utilizadas tradicionalmente como cauce de participación del sector privado en actividades que persigan fines de interés general, los cuales se pueden considerar como aquellos valores definitorios del Estado Social constitucionalmente consagrados, a los que igualmente ha de servir la Administración. Por ello, en atención a esta concepción de las fundaciones, estas son el máximo exponente del tercer sector, entendido como concepto intermedio pero también contrapuesto al sector público y al sector privado. Sin embargo, la regulación de las fundaciones del sector público se ha realizado desde una perspectiva exclusivamente utilitarista, considerándolas tan solo como medios

instrumentales de la entidad pública matriz que la constituye, gobierna y financia, integradas por tanto en el sector público prácticamente a todos los efectos cuando, indistintamente, se cumplen los criterios de participación o financiación mayoritaria y control de la gestión.

—*Séptima.* Hasta el momento, a nivel normativo, se ha desperdiciado la oportunidad de contemplar y regular otras fundaciones de iniciativa pública, que se dicten para potenciar las fundaciones llamadas a desarrollar el partenariado público-privado tan necesario actualmente y que animen a la constitución de fundaciones creadas o promovidas por las administraciones y entidades del sector público en colaboración con el sector privado para el logro de fines de interés general comunes, pero que no se financien exclusiva ni mayoritariamente con fondos públicos. Fundaciones que sirvan al sector público y al privado por la concurrencia de intereses, y que aun pudiendo actuar como medio propio de los entes públicos fundadores, en el sentido que prevé la normativa comunitaria de contratación y la LCSP, no se integren a todos los efectos en el sector público. El paradigma de estas fundaciones podrían ser las fundaciones universitarias, financiadas mayoritariamente con los ingresos derivados de las actividades que desarrollan, y participadas por otras entidades distintas de la universidad fundadora, la cual, además, está directamente participada por la Sociedad a la que ha de rendir cuentas a través de su Consejo Social.

—*Octava.* Por el contrario, las fundaciones universitarias constituidas y financiadas de forma mayoritaria por la universidad pública matriz, debido a la particular vinculación de esta al Estado o a las CC.AA. y su integración en el sector público estatal o autonómico a determinados efectos, deberían considerarse fundaciones del sector público estatal o autonómico. Para ello es precisa la redefinición del concepto de fundación del sector público que aportan algunas leyes de fundaciones, de organización del sector público y de finanzas, en el que actualmente no cabe considerar incorporadas a algunas fundaciones universitarias, aunque en ellas se cumplan los parámetros de participación y financiación mayoritaria de la universidad fundadora.

—*Novena.* Se puede afirmar que el necesario y tortuoso proceso de normación de las fundaciones del sector público con el fin de equiparar su régimen de actuación al del resto de entidades del sector público, está bastante avanzado, aunque desarrollado de forma muy poco afortunada. Parece apremiante que se produzca una regulación homogénea y específica de estas fundaciones, realizada a través de normas de Derecho público incorporadas a las leyes que disciplinan la organización del sector público. De esta forma, mediante una propuesta de *lege ferenda*, se unificarían los conceptos que ac-

tualmente no son unívocos, se evitarían las lagunas y duplicidades que se producen, y se podrían contemplar las especialidades derivadas de la especial naturaleza del ente público fundador cuando se trate de administraciones dotadas de especial autonomía.

—*Décima*. El proceso de normación descrito mediante el que se ha ido construyendo el régimen aplicable a las fundaciones del sector público, responde a una sucesión deslavazada de reacciones del legislador al uso meramente instrumental que se ha hecho de las fundaciones creadas por la Administración. A la vista del régimen jurídico resultante de la superposición de normas que actualmente disciplinan su forma de operar y de la finalidad que en la mayoría de los casos animó a constituir este tipo de fundación, se puede afirmar la dudosa utilidad del modelo actual de fundación del sector público, porque aun conservando su naturaleza privada, su régimen de actuación se ha equiparado al de los entes públicos, quedando en una dudosa posición entre los entes de naturaleza pública y los de carácter privado.

—*Undécima*. Atendiendo al conjunto de normas aplicables a las fundaciones universitarias, es criticable que puedan subsumirse en un tipo común si se atiende a los fines que persiguen y a las actividades que realizan, mientras que, por el contrario, no es posible identificar un régimen jurídico único e integrado aplicable a todas ellas. Esta circunstancia resulta llamativa teniendo en cuenta que la LOU contempló la creación de fundaciones para el mejor logro de los fines de la universidad; siendo ésta un tipo único de Administración, carece de sentido que las fundaciones que han constituido sean consideradas, de forma sobrevenida, entidades de distinta naturaleza y con un régimen jurídico dispar. Constatada esta circunstancia e identificados los distintos tipos de fundación universitaria atendiendo al marco normativo prevalente que las disciplina, se verifica que si bien todos los tipos de fundación universitaria persiguen fines de interés general similares, no es cabalmente sostenible que para lograrlos puedan realizar todas sus actividades y relacionarse con la universidad matriz de igual forma.

—*Duodécima*. El encuadramiento sobrevenido de algunas fundaciones universitarias en el concepto de fundación del sector público aportado por alguna de las leyes de aplicación básica que inciden en su regulación, aconseja revisar la forma en que realizan sus actividades y se relacionan con la universidad matriz y con terceros, pues se ha constatado que hay determinadas parcelas de la actividad que típicamente desarrollan que han quedado extramuros del complejo y poliédrico marco normativo vigente. Se puede afirmar que muchas de las fundaciones universitarias examinadas deben realizar ciertos cambios, no solo formales, sino que afecten a su estructura, na-

turalidad, actividades y forma de realizarlas, para así recuperar la coherencia entre el tipo de entidad de que se trata, la forma de relacionarse con la universidad y la manera de actuar y operar en el mercado.

—*Decimotercera*. El conjunto de normas que integran el marco normativo aplicable a las fundaciones del sector público no contempla las especialidades de las entidades públicas fundadoras. Ello se traduce en la existencia de lagunas, contradicciones y duplicidades en la regulación de las fundaciones universitarias, que afectan fundamentalmente al proceso de constitución, al control del protectorado y a la rendición y fiscalización de sus cuentas.

—*Decimocuarta*. Esta duplicidad se hace más patente en el control financiero de las fundaciones universitarias encuadradas en el sector público, pues el bloque normativo universitario, incluidos los estatutos de cada universidad, prevén especialidades para estas fundaciones que, sin embargo, no se contemplan en la normativa presupuestaria general a la que algunas quedan sujetas debido a su condición de fundación del sector público. En relación a las lagunas, baste recordar que en el ámbito de la contratación pública se prevén exenciones formales y económicas para las universidades (clasificación, garantías) que habrá que interpretar si son extensivas o no a las fundaciones universitarias, a través de las cuales actúa la universidad como prestadora de servicios. Estas dificultades podrían solventarse, en el caso de las fundaciones universitarias, incorporando en las leyes sustantivas reguladoras de las universidades ese régimen jurídico peculiar que precisan los entes por ellas creados, y que se pone de manifiesto en el presente trabajo.

—*Decimoquinta*. Se ha puesto en duda la necesidad y conveniencia del modelo de fundación del sector público que hoy cocemos, así como la razón de ser de las fundaciones universitarias integradas en el sector público. A ello hay que añadir que los regímenes aplicables a las universidades públicas y a las fundaciones por ellas creadas han sufrido en la última década un considerable acercamiento en lo referido a múltiples materias, como la fiscalidad, ciertos aspectos de la contratación con terceros, los incentivos fiscales, el control del presupuesto o la actividad subvencional. La diferencia de regímenes que anteriormente afectaban a estas cuestiones sirvieron como justificación adicional para la creación de las fundaciones universitarias, por lo que, lógicamente, habrá que plantear si, salvo que se barajen otros parámetros, en la actualidad se justifica que las universidades dispongan de estas fundaciones y actúen a través de ellas.

—*Decimosexta*. Sobre la base de lo anterior, la razón de ser de las fundaciones universitarias en el presente no es posible buscarla en las fórmulas para evitar la vigencia de los principios rectores de la actuación de la Administración reconocidos en nuestra Constitución, sino en la posibilidad de que la

universidad logre a través de su fundación un mayor acercamiento a su entorno, una mayor vinculación con el tejido empresarial, una financiación extraordinaria y una gestión más ágil y eficiente de los servicios que presta a la Sociedad. Dicha financiación cada vez será más necesaria a la vista de los recortes en los presupuestos públicos que han afectado de forma directa a las universidades públicas.

—*Decimoséptima.* La justificación actual de la existencia de una fundación universitaria hay que buscarla en la colaboración entre la universidad y su entorno social, económico, profesional e institucional, persiguiendo un doble cometido: por un lado, el acercamiento de la universidad a la realidad en la que desarrolla su actividad, facilitando el cumplimiento de su labor motriz de desarrollo y generación de conocimiento y riqueza. Por otro, la implicación de su entorno con los fines de la universidad, consiguiendo que su profesorado y sus alumnos puedan realizar más actividades externas a la universidad, y que los profesionales puedan revertir en aquélla sus experiencias, coadyuvando además a la cofinanciación de determinados servicios que cada vez parece más necesaria.

—*Decimoctava.* El modelo de fundación universitaria idóneo para el logro de los cometidos expuestos en el punto anterior, debería caracterizarse por ser una fundación privada, de régimen general. Con una dotación aportada minoritariamente por la universidad promotora y mayoritariamente por entidades privadas de su entorno. Con un patronato en el que la universidad ostente la mayoría, de forma que esta pueda diseñar y ejecutar las líneas de actuación de la fundación que sirvan al cumplimiento de las directrices del equipo de Gobierno. Una fundación que pueda actuar como medio propio de la universidad (o bien que sólo desarrolle actividades excluidas, no encuadrables en su ámbito objetivo de aplicación) pero que no sea financiada por esta, sino que se autofinancie con los ingresos derivados de las actividades y proyectos que desarrolle a su iniciativa o que aquella le encomiende. Una fundación que, en definitiva, no suponga una carga financiera a la universidad ni un servicio administrativo accesorio y paralelo a los servicios internos de la universidad, sino que se configure como un agente dinamizador de los fines universitarios en su entorno, y que logre ingresos adicionales a la universidad fundadora.