

Fundaciones del sector público estatal

Fundaciones del sector público estatal

López-Nieto y Mallo, Francisco

Esta doctrina forma parte del libro "*La ordenación legal de las fundaciones*", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Enero 2006.

LA LEY 40053/2008

1. Concepto y naturaleza

Según la Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.º** Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos o demás entidades del sector público estatal.
- 2.º** 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 (art. 44 LF).

Muy parecido contenido alberga el texto de la Ley General de Subvenciones, aunque referido al sector público en general y no sólo al del Estado (ver disp. ad. 16.^a).

Se trata de una importante novedad de la Ley de Fundaciones vigente, ya que la anterior no contenía ninguna regulación específica al respecto, y que ha dado origen a la creación de buen número de fundaciones constituidas por entidades integrantes del sector público estatal, en un intento de eludir la rigidez administrativa del control riguroso a que están sometidas las Administraciones Públicas, lo que obviamente ha sido criticado y censurado por la doctrina (1).

Las fundaciones del sector público estatal cuentan con un título legal que autoriza su creación, por lo que no sólo resultan legales, sino también legítimas. Pero cosa distinta es que sean convenientes, ya que en la mayoría de los casos no son necesarias y si sólo creadas para eludir, como hemos dicho, controles necesarios, pues estas fundaciones vienen realizando funciones que hasta su creación correspondían a la Administración fundadora. Su creación sujeta a determinadas actividades desarrolladas por los poderes públicos al derecho común o privado, tratándose, por tanto, de una privatización formal conseguida a través de verdaderas modificaciones organizativas de la Administración (2). Y que tiene otra consecuencia añadida respecto al control jurisdiccional, que pasa del orden contencioso-administrativo al civil.

Como se ha visto al principio, el precepto legal que define esta clase de fundaciones prevé dos posibles supuestos. En el primero se atiende al momento inicial de constitución de la fundación, criterio que inspiró también la Ley General Presupuestaria, en su redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre. En el segundo se atiende a la posibilidad de que el patrimonio fundacional pueda modificarse con el transcurso del tiempo. Es decir, que se incluyen en el concepto de fundaciones los casos en que la Administración creadora no participe de forma mayoritaria en la dotación fundacional, pero que después son mantenidas por el sector público a través de la aportación o cesión de bienes para su funcionamiento, de tal manera que computen un valor superior a la mitad de su patrimonio.

Respecto a este segundo supuesto, debe tenerse también en cuenta que en la Ley General de Subvenciones se dispone que las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las

fundaciones del sector público se registrarán por el Derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en la propia Ley y los de información a que hace referencia la misma (ver art. 20). En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos.

2. Regulación legal

Las fundaciones que estamos estudiando aparecen previstas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre (LA LEY 1789/2002), que les dedica el capítulo XI íntegramente, aunque les serán aplicables las demás disposiciones legales que lo sean a las fundaciones. Pero en nuestro caso les son de aplicación, además, diversos preceptos de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (LA LEY 1781/2003), General Presupuestaria, algún precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio (LA LEY 2206/2000) (art. 11.1 y disp. ad. 6.^a), así como la Ley 38/2003, de 17 de noviembre (LA LEY 1730/2003), General de Subvenciones (disp. ad. 16.^a).

Vemos, pues, que para conocer el régimen jurídico al que quedan sujetas estas fundaciones, deben ser tenidas en cuenta preceptos de Leyes muy diversas e importantes.

3. Procedimiento de creación

La creación de fundaciones del sector público estatal deberá ser autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros (art. 45.1 LF). Ello significa que la iniciativa de la creación corresponderá al órgano de la Administración del Estado competente para elevar al Consejo su decisión.

Ante el silencio de la Ley a este respecto, debemos acudir a las normas de Derecho administrativo que regulan el procedimiento de formación de la voluntad de los órganos, así como la forma de declarar y manifestar la misma.

La autorización del Consejo de Ministros requerida por la Ley ya apareció en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, modificadora de la Ley General Presupuestaria. Y naturalmente esa autorización es un trámite previo a la creación o constitución de la fundación que estudiamos. Y será exigible para todas las fundaciones del sector público estatal, es decir, que afectará también a las constituidas por los Organismos autónomos, por las sociedades mercantiles o incluso por otras fundaciones del sector público estatal (3) .

El procedimiento se iniciará con el acuerdo previo de la entidad fundadora, concretamente del órgano que tenga competencia para disponer gratuitamente de sus bienes o de su Patronato, respectivamente.

Una vez obtenido el acuerdo, el órgano que tramita el procedimiento deberá confeccionar los documentos siguientes:

- 1.º** Una memoria, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente (art. 45.2 LF).
- 2.º** Informe del Ministerio de Administraciones Públicas sobre el contenido de la memoria anterior (art. 45.2 LF). Como observa GONZÁLEZ CUETO, en el fondo nos encontramos ante un problema organizativo, entendido como vinculación de la organización a la más eficaz y eficiente persecución y cumplimiento de fines de interés general. Se trata de una adaptación a este caso peculiar de las previsiones recogidas en la LOFAGE sobre estructura de los órganos estatales y las competencias en esta materia (ver arts. 67.4 y 66.1 LOFAGE) (4) .
- 3.º** Una memoria económica que, en el caso de creación de fundaciones, justificará la suficiencia

de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad (art. 45.3). Esta memoria previa, y relativa a la creación de una de esas fundaciones, debe justificar la viabilidad económica y financiera de la fundación en un primer momento y para el futuro, desglosando los compromisos futuros que el ente fundador asuma (5).

4.º Informe del Ministerio de Hacienda sobre la memoria económica anterior (art. 45.3 LF). Se trata de un informe preceptivo y vinculante, y supone una adaptación suavizada de las previsiones contenidas en la LOFAGE (art. 66.2).

A la vista de lo actuado, el órgano tramitador del procedimiento hará la oportuna propuesta de resolución al Ministro que deba incluirla en la orden del día del Consejo de Ministros. El procedimiento termina con el Acuerdo del Consejo.

El mismo procedimiento se seguirá para someter también a la autorización del Consejo de Ministros otros actos previstos en la Ley: las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de aquéllas, concurra en ella la circunstancia de que el patrimonio fundacional esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las entidades del sector público (arts. 44 y 45.1 LF).

4. Régimen jurídico

Señala la Ley de Fundaciones que, en los aspectos no regulados especialmente en el capítulo dedicado a estas fundaciones, éstas se registrarán, con carácter general, por lo dispuesto en aquélla (art. 46.7). Es éste un apartado residual que se limita a recordar que la legislación general sobre fundaciones será aplicable aquí también, salvo lo dispuesto para las del sector público estatal de manera específica. Por tanto, serán muchos los preceptos de la Ley de Fundaciones que se aplicarán a estas fundaciones sin ningún matiz diferenciador.

Pero nada dice la Ley sobre las causas de extinción de la fundación del sector público estatal, ni nada del destino de sus bienes en caso de disolución. Con relación al primer extremo, estas fundaciones se extinguirán en los supuestos del artículo 31 de la Ley, ya analizado. No bastará, pues, con la voluntad del Patronato, ni siquiera con la voluntad del fundador, es decir, de la Administración, si así no se manifestó en el acto constitutivo o en los estatutos. Ello obedece a que, aunque la Administración cree una fundación, ésta no es de su propiedad, no es de su titularidad, sino que tiene personalidad absoluta y diferenciada y sólo se extingue en los casos previstos en la Ley.

Con relación al destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación, podrían ser destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general (art. 35.3 LF). Por tanto, la entidad pública fundadora, si es persona jurídico-pública, podrá prever la reversión en su favor de los bienes y derechos resultantes de la liquidación.

Por lo demás, las especialidades de su régimen jurídico son las siguientes:

1.º No podrán ejercer potestades públicas. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa (art. 46.1 LF).

La prohibición parece lógica, pues las fundaciones del sector público estatal son entidades o personas jurídicas de Derecho privado en las que, por consiguiente, no concurren las condiciones necesarias para ser titulares de potestades públicas. Tampoco la fundación asumirá competencias propias del fundador, salvo que una norma con rango de Ley así lo prevea.

2.º El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de

actuación de las mismas, por la Administración General del Estado (art. 46.2).

Prescindiendo de problemas competenciales, el precepto plantea la cuestión de cuál será el órgano idóneo dentro de la Administración general del Estado para ejercer el Protectorado de estas fundaciones. La cuestión quedará resuelta con la existencia de un Protectorado único, previsto pero que no existe, por lo que hoy es posible que el ministerio fundador designe a los miembros del Patronato, que pueden ser altos cargos del Departamento, otorgue subvenciones a la fundación y, además, ejerza el Protectorado sobre la misma. En estos casos se producirá una incompatibilidad clara entre el desarrollo de las actividades de la fundación y su control.

3.º 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de diciembre. En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la Ley, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado (art. 46.3).

En este precepto se incluyen tres conceptos distintos generadores de obligaciones: los presupuestos, la contabilidad y la auditoría de cuentas. En cuanto a los presupuestos, está claro que, según la LGP, los de estas fundaciones integran los Presupuestos Generales del Estado (art. 50). Es decir que, aunque suprimido el presupuesto para las demás fundaciones, las que aquí nos ocupan deberán seguir elaborando su presupuesto anual. En cuanto a la contabilidad, también la LGP es clara: las fundaciones estatales formarán y rendirán cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que lo desarrollen (art. 123.3) (6) . Las cuentas de estas fundaciones no se rinden sólo al Protectorado, sino también a la Intervención General de la Administración del Estado y, por su conducto, al Tribunal de Cuentas. Una diferencia de régimen muy importante en relación con el resto de las fundaciones, cuyas cuentas anuales deben aprobarse en el plazo mínimo de seis meses desde el cierre del ejercicio, presentándose a continuación en el Protectorado dentro de los diez días siguientes a su aprobación (art. 25.2 y 7 LF). La LGP es más exigente, apremiando a las fundaciones del sector público estatal a una rápida aprobación y rendición de cuentas. Y finalmente, para evitar duplicidad en las auditorías y, en consecuencia, gastos inútiles, la Ley prevé que la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal, en las que concurren las circunstancias previstas en el art. 25.5, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado.

4.º La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria (art. 46.4).

Debe señalarse que el personal de estas fundaciones, por ser éstas personas jurídicas de Derecho privado, que no pueden ejercer potestades públicas, estará ligado a las mismas por una relación de carácter laboral, afirmación lógica que hoy día no siempre se cumple. Pero está fuera de duda que, cuando estas fundaciones deben seleccionar personal, han de actuar de acuerdo con los principios constitucionales relevantes: dar publicidad a la convocatoria mediante su inserción en los medios de comunicación pertinentes; objetivar en la medida de lo posible los criterios determinantes de la selección, atendiendo a la capacidad y méritos, y sin que se produzca discriminación.

5.º Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (art. 46.5).

Esta norma es nueva, ya que lo anterior había llevado a muchas fundaciones del sector público a contratar personal sin sujeción a los principios que rigen la contratación pública. Hoy se exige,

pues, el cumplimiento de lo dispuesto en el Texto Refundido vigente (ver art. 11.1). El control de la adecuación de la actividad contractual a estos principios por parte de las fundaciones corresponderá al orden jurisdiccional civil y no al contencioso administrativo, más familiarizado con tales cuestiones (7) .

6.º Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal (art. 46.6).

En opinión de GONZÁLEZ CUETO, nos encontramos ante el supuesto o ejemplo de máxima perversión del sistema. Sería un ejemplo de lo que suelen denominarse fundaciones de financiación o distribución, tipo, según el autor, muy generalizado. Actividad legítima cuando de las fundaciones creadas por personas físicas o jurídicas de Derecho privado se trata, pero que ofrece dudas cuando del sector público hablamos. La figura prevista en el precepto altera todo el sistema porque convierte fondos públicos en privados, con importantes consecuencias. Porque, cuando la Administración entrega dinero a fondo perdido, no sólo existen condiciones rigurosas y controles al seleccionar los beneficiarios, sino también después para comprobar la debida aplicación de los fondos, a fin de que no exista un enriquecimiento injusto del particular y un fraude a la Hacienda Pública. Nada de esto sucede si la entidad conceden-te es una fundación. Además, como ya hemos advertido, se altera la jurisdicción competente, que del orden contencioso-administrativo pasa al civil, generalmente menos experto y acostumbrado a aplicar reglas y principios del Derecho administrativo (8) .

En los aspectos no regulados específicamente en el capítulo XI, al principio mencionado, las fundaciones del sector público estatal se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la Ley de Fundaciones (art. 46.7).

Importa aquí referirse al artículo 33 de esta última Ley, que prevé, en su apartado tercero, que los bienes y derechos resultantes de la liquidación de cualquier fundación pueden ser destinados a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines, de interés general, siempre que así esté previsto en los Estatutos o cláusulas fundacionales de aquélla. Por eso la entidad pública fundadora, si es una persona jurídico-pública, podrá prever, al amparo del precepto, la reversión en su favor de los bienes y derechos resultantes de la liquidación, lo que parece lógico si tenemos en cuenta que la finalidad de la Administración es servir con objetividad los intereses generales.

- (1) Ver, p. ej., GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Navarra 2003, pág. 340. Comenta el autor, a quien sigo en el presente capítulo, que no es sino una manifestación más de la denominada «huida del Derecho administrativo», huida que, en muchas ocasiones, se produce con dirección hacia la nada o, lo que es peor, hacia la cárcel.
- (2) GONZÁLEZ CUETO, ob. cit., págs. 343 y 344.
- (3) GONZÁLEZ CUETO, ob. cit., págs. 349 y 350.
- (4) Ob. cit., pág. 351.
- (5) GONZÁLEZ CUETO, ob. cit., págs. 351 y 352.
- (6) Sobre rendición de cuentas no existen normas peculiares para estas fundaciones, debiendo atenerse a lo dispuesto en el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril (LA LEY 1884/1998), por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos.

- (7)** GONZÁLEZ CUETO, ob. cit., págs. 365 y 366.
- (8)** Ob. cit., págs. 367 y ss.