

Las fundaciones del sector público en Andalucía. En especial, las fundaciones públicas locales en la nueva Ley de Autonomía Local de Andalucía (*)

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. DESARROLLO DEL FENÓMENO FUNDACIONAL EN EL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ.—II. LA FUNDACIÓN COMO NUEVA FORMA DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LAS «FUNDACIONES PÚBLICAS LOCALES» EN ANDALUCÍA EN LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA.—III. NATURALEZA Y CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.—V. VALORACIÓN FINAL.

I. Desarrollo del fenómeno fundacional en el sector público andaluz

Una buena parte del sector público andaluz se encuentra definido por la presencia en él de entes que tienen naturaleza fundacional. Son las llamadas «fundaciones del sector público andaluz», de cuyo régimen jurídico dábamos cuenta en páginas de la anterior edición de este Anuario ¹. Lo cierto es que tanto antes como después de la aprobación de dicho régimen, el fenómeno ha experimentado un notable desarrollo en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, de modo que hoy se cuentan por decenas las fundaciones constituidas o controladas de alguna manera por la Administración de la Junta de Andalucía.

(*) Este trabajo se inscribe en el Grupo de Investigación SEJ-196 y en el seno del Proyecto de Investigación SEJ2007-66942 «La nueva intervención administrativa en la economía: OMC, UE, Estado y Comunidades Autónomas».

¹ *Vid.* M. REBOLLO PUIG y M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Derecho Andaluz de Fundaciones», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 267-269. Para una descripción de su régimen jurídico, ahora puede consultarse también M. MESA VILA, *Fundaciones del sector público andaluz. Régimen jurídico y gestión*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

Los fines de interés general a los que se encuentran ordenadas dichas fundaciones son muy diversos, y pueden reunirse en torno a cuatro grandes grupos:

— La investigación, con notable predominio del campo biosanitario. En este grupo pueden citarse los ejemplos de la «*Fundación Instituto Mediterráneo para el Avance de la Biotecnología y la Investigación Sanitaria (IMABIS)*»² o de la «*Fundación Centro de Estudios Andaluces (CENTRA)*»³.

— La asistencia social. Son los casos, entre otros, de la «*Fundación Andaluza para la Atención e Incorporación Social (FADAIS)*»⁴ o de la «*Fundación Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM)*»⁵.

— El fomento del desarrollo socio-económico, tanto en el ámbito regional como local. Ejemplos: la «*Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo*»⁶ o la «*Fundación Red Andalucía Emprende*»⁷.

² Fue constituida el 30 de enero de 1997 y su fin es la promoción de la investigación científica, biomédica y biotecnológica mediante la concesión de becas y ayudas al personal investigador, así como velar por el respeto a los principios éticos y deontológicos de la investigación. Puede consultarse su página web en www.imabis.org.

³ Constituida el 26 de marzo de 2001 con los objetivos de fomentar la investigación científica, la generación de conocimiento sobre la realidad social, económica y cultural de Andalucía y la difusión de sus resultados en beneficio de toda la sociedad. *Vid.* www.centrodeestudiosandaluces.es. Otras fundaciones en el ámbito de la investigación son la «*Fundación Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía*», la «*Fundación Hospital Reina Sofía-Cajasur*», la «*Fundación Hospital Clínico de Granada*», la «*Fundación para el Avance Tecnológico y el Entrenamiento Profesional (IIVANTE)*», la «*Fundación Parque Tecnológico de Ciencias de la Salud de Granada*», la «*Fundación Valme*», la «*Fundación para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental "Alejandro Otero" (FIBAO)*», la «*Fundación Reina Mercedes para la Investigación Sanitaria*» y la «*Fundación Rey Fahd Bin Abdulaziz*».

⁴ Constituida el 31 de marzo de 1998 para gestionar programas y centros que, con carácter general, presten atención a personas afectadas por las drogodependencias y adicciones y a otros colectivos desfavorecidos socialmente o en riesgo de exclusión social, el apoyo a su integración sociolaboral, así como la mejora de su calidad de vida. *Vid.* <http://www.juntadeandalucia.es/fundacionincorporacionsocial/fadais>.

⁵ Creada en diciembre de 1993 para la prevención de la marginación y la desadaptación de cualquier persona afectada por una enfermedad mental grave causante de una incapacidad personal y social, así como el apoyo a su integración social y laboral. *Vid.* www.faisem.es. Otras fundaciones de carácter asistencial son la «*Fundación Andaluza de Servicios Sociales*», la «*Fundación Hospital San Rafael*», la «*Fundación Juan Nepomuceno Rojas*» y la «*Fundación San Andrés y la Magdalena*».

⁶ Constituida el 22 de mayo de 2003 con el fin de impulsar el tejido productivo andaluz, a través del fomento y promoción preferentemente del sector industrial local. *Vid.* www.faffe.es.

⁷ Fue creada el 23 de noviembre de 1999 para fomentar el desarrollo de la actividad empresarial y el empleo en el marco de la economía social. *Vid.* www.andaluciaemprende.es. Otra fundación en este ámbito, aunque con un matiz medio ambiental que la hace diferente, es la «*Fundación para el Desarrollo Sostenible de Doñana y su Entorno-Doñana 21*», creada el 4 de abril

— La difusión de la cultura. Se trata, entre otros casos, de la «*Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusi*»⁸, en orden a la difusión del patrimonio cultural andaluz con especial referencia al período hispano-musulmán, o de la «*Fundación Tres Culturas del Mediterráneo*»⁹.

La mayoría de estas fundaciones han sido constituidas por órganos de la propia Junta de Andalucía, normalmente Consejerías del ramo correspondiente al ámbito de los fines de la fundación. En algún caso, sin embargo, el fundador es un ente instrumental del sector público andaluz con personalidad jurídica propia y diferente de la de la propia Junta. Es el caso, por ejemplo, de la «*Fundación Audiovisual de Andalucía*», promovida por la Agencia Pública Empresarial «*Radio y Televisión de Andalucía (RTVA)*» para el fomento del sector audiovisual en Andalucía y la formación continuada de los profesionales de ese ámbito de actividad¹⁰.

II. La fundación como nueva forma de gestión directa de los servicios públicos locales: las «fundaciones públicas locales» en Andalucía en la Ley de Autonomía Local de Andalucía

El relativo éxito alcanzado por la fundación en el sector público de la Comunidad Autónoma está comenzando a encontrar eco también en el sector público local andaluz. En este sentido, el Parlamento de Andalucía acaba de aprobar la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía¹¹ (en adelante, LALA). La Ley, tal y como figura en su artículo 1, tiene como objetivo desarrollar las previsiones estatutarias en materia de organización territorial de Andalucía, especialmente las contenidas en el artículo 60 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía¹². Y, desde el punto de vista de la legislación estatal, la citada

de 1997 para impulsar y promover actuaciones públicas y privadas encaminadas al desarrollo económico sostenible de Doñana y su entorno. *Vid.*, en este sentido, www.donana.es.

⁸ Constituida el 18 de febrero de 1996. *Vid.* www.legadoandalusi.es.

⁹ Constituida el 8 de marzo de 1999 con el objeto de propiciar el diálogo y el contacto entre Andalucía, Marruecos y otros pueblos árabes de la cuenca mediterránea. *Vid.* www.tresculturas.org. Otras fundaciones del campo cultural son la «*Fundación Barenboim-Said*», la «*Fundación Museo Picasso de Málaga*», la «*Fundación Francisco Ayala*», la «*Fundación Real Escuela Andaluza de Arte Escultora*» y la «*Fundación Gastronomía Andaluza*».

¹⁰ *Vid.* www.fundacionava.org.

¹¹ BOJA número 122, de 23 de junio de 2010.

¹² Establece el apartado 1 del citado artículo que corresponde «a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18.^a de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye:

Ley no deja de ser desarrollo de las bases aprobadas en su momento por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

Pero si traemos aquí esta Ley es porque en su articulado se incluyen varios preceptos destinados a prever y regular una figura novedosa en el Derecho público andaluz: la «fundación pública local», citada entre los posibles medios de «gestión propia o directa de los servicios públicos locales» (arts. 40-42 LALA). Así pues, el legislador andaluz sigue la estela de aquellas Comunidades Autónomas que, en virtud de sus respectivas legislaciones sobre régimen local, han acogido o previsto esta misma figura. Son los casos, al menos, de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; y la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración Local de La Rioja ¹³.

Por su parte, la LALA reproduce, a grandes rasgos y a escala local, el esquema previsto por la Ley andaluza 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de Andalucía (LFA), para las «fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía» (en el Capítulo X de la LFA), copia a su vez —a escala autonómica— del previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF) para las «fundaciones del sector público estatal» (en el Capítulo XI).

Ello no quiere decir, sin embargo, que hasta ahora las entidades locales andaluzas no hayan disfrutado de la capacidad de fundar, si damos por buena la interpretación según la cual los apartados 1 y 4 del artículo 8 LF (y antes de él,

a) Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales.

b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III.

c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.

d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos.

e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados».

¹³ Tanto una como otra Ley se limitan prácticamente a reconocer de forma lacónica la posibilidad de que las entidades locales constituyan fundaciones como un modo de gestión de los servicios públicos locales. Son los artículos 317-320 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón, los que desarrollan con mayor detalle el régimen de estos entes fundacionales locales. Las soluciones de dicho desarrollo son, por cierto, muy similares a las ofrecidas ahora por la Ley andaluza que comentamos.

los apartados 1 y 4 del art. 6 de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general) constituirían una cláusula general de habilitación para ello, sin necesidad de legislación administrativa recepticia que concretara dicha posibilidad caso por caso ¹⁴. Desde esta perspectiva, la regulación proyectada vendría a colmar un importante vacío, determinando algunos aspectos del régimen jurídico aplicable a estos entes en el ámbito de las Administraciones locales de Andalucía.

En este punto, la Ley trataría, pues, de hacer frente a las disfunciones creadas por la aplicación a estos entes, sin adaptación alguna, del régimen previsto para las fundaciones privadas ¹⁵. Precisamente, a esta carencia de normas adecuadas trató de responder la vigente LF de 2002 con su citado Capítulo XI, aplicable, sin embargo, y como también se ha señalado, únicamente a las fundaciones del sector público estatal y no, entre otras, a las de los sectores públicos locales. Lo mismo cabe decir del Capítulo X de la LFA, destinado exclusivamente a las fundaciones vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía y no a las Administraciones locales. Lo cual no quiere decir, por otra parte, y dada la similitud entre las previsiones de la LALA y las de esas normas estatales y autonómicas, que muchas de las cuestiones y soluciones formuladas al hilo de estas últimas normas no resulten útiles también para interpretar el alcance y significado de los preceptos dedicados ahora por la Ley andaluza a las fundaciones públicas locales andaluzas.

¹⁴ Así, por ejemplo, y específicamente en relación con el ámbito de la Administración local, E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005, p. 119; y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 107. En contra, en general para todo tipo de Administraciones territoriales, M.^a T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 76.

¹⁵ En efecto, no han faltado estudios doctrinales en los que se ponían de relieve los problemas —a veces insolubles— generados por aplicar el Derecho general (y, en buena medida, privado) de las fundaciones a las del sector público. *Vid.*, por ejemplo, J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho administrativo», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. SOSA WAGNER, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935 y ss.; y J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, 1998, pp. 37 y ss.

III. Naturaleza y concepto de función pública local

Antes de entrar en el concepto de fundación pública local, establecido en el artículo 40 LALA, es necesario aclarar que no estamos ante una reedición más o menos actualizada de las antiguas «fundaciones públicas del servicio» a las que aún se refieren los artículos 85-88 del Decreto de 17 de junio de 1955, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL). Y ello pese a la proximidad de denominación entre ambas figuras, e incluso de funciones, en la medida en que el artículo 67 RSCL cataloga también a las «fundaciones públicas del servicio» como una de las formas de gestión directa de los servicios locales. Hay más o menos unanimidad en considerar que las citadas «fundaciones públicas del servicio» no eran o no son en absoluto auténticas fundaciones, sino entidades de Derecho público más o menos asimilables a lo que en el ámbito de la Administración General del Estado luego se llamó organismo autónomo. De hecho —se dice— las «fundaciones públicas del servicio» del RSCL han sido en realidad sustituidas por los «organismos autónomos locales» a los que se refieren hoy los artículos 85 y 85 bis LRBRL¹⁶, también entre las formas de gestión directa de los servicios locales, y en los que se omite cualquier alusión a las «fundaciones públicas del servicio»¹⁷.

Por el contrario, las «fundaciones públicas locales» de la LALA responden, más bien, a la tipología de las fundaciones del sector público, reguladas por la LF y la LFA para la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma, respectivamente. Son, por tanto, auténticas fundaciones, entidades jurídico-privadas constituidas al amparo de los artículos 8 LF y 8 LFA, si bien con algunas modulaciones en cuanto al régimen jurídico que les resulta aplicable, cuestión a la que nos referiremos más adelante. A esta conclusión conduce, en primer lugar, el aludido mimetismo que existe entre el régimen previsto en la LALA para las fundaciones públicas locales y las normas establecidas para las

¹⁶ Vid. J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública...», cit., p. 939; F. SOSA WAGNER, «La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales», ambos en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. SOSA WAGNER, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1911; y J. M. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 88-89.

¹⁷ Desde este punto de vista, las antiguas «fundaciones públicas del servicio», ahora llamadas por la LRBRL «organismos autónomos», también están presentes en la LALA, si bien con otro nombre: el de «agencias públicas administrativas locales» (art. 34), trasunto de las «agencias administrativas» de la Ley andaluza 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía (arts. 65-67), y que son equivalentes, a su vez, a los organismos autónomos de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

fundaciones de los sectores públicos estatal y autonómico en la LF y en la LFA. Y a esa conclusión conduce, sobre todo, el hecho de que el artículo 42 LALA —titulado «Régimen jurídico de la fundación pública local»— se remita «con carácter general», en su apartado 3, a la «legislación sobre fundaciones» para todo lo no específicamente previsto en la Ley proyectada, lo que equivale a decir que para casi todo su régimen sustantivo.

Otra cuestión, al hilo también de la naturaleza jurídica de las nuevas fundaciones públicas locales de la Ley andaluza, es la de si estas organizaciones pueden considerarse o no «entes instrumentales». Se trata de una cuestión que ha sido debatida en relación con las fundaciones del sector público en general. Así, se suele negar la condición de entes instrumentales a las fundaciones del sector público¹⁸, sobre la base de considerar que las fundaciones son entidades con personalidad jurídica propia, que una vez constituidas inician su andadura de forma independiente respecto del fundador. Por nuestra parte no existe ningún problema en enumerarlas —como hace la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, en relación con las fundaciones del sector público autonómico— entre los entes instrumentales de las Administraciones territoriales locales¹⁹. En tales casos, los poderes de dirección y control de la Administración local matriz se encauzan fundamentalmente a través del nombramiento de los miembros del patronato de la fundación²⁰, sin perjuicio de las dificultades que se plantean en esta materia en relación con la figura del protectorado y a las que nos referiremos en su lugar.

Dispone el artículo 40 LALA que son fundaciones públicas locales:

«las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.*

¹⁸ Así parece hacerlo M.^a T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., pp. 150-151.

¹⁹ De «nueva técnica instrumental de personificación» habla para referirse a este fenómeno F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 7.^a ed., 2008, p. 106. Así parecía aceptarlo también J. M. SOCÍAS CAMACHO en relación con las fundaciones del sector público estatal. *Vid.* su trabajo «Breve comentario sobre las fundaciones del sector público en el nuevo proyecto de ley de fundaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 1, noviembre 2002, p. 8.

²⁰ *Vid.* L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 20.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 290.

2. *Aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas».*

Como puede apreciarse, la Ley utiliza, para conceptuar a las fundaciones públicas locales, los mismos criterios que emplea la LFA para las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma²¹: el origen público del patrimonio fundacional y la representación pública de la entidad local en los órganos de gobierno de la fundación. En cuanto a este segundo criterio, el artículo 42.2 LALA es más preciso, al aclarar que, en *«todo caso, corresponde a las entidades locales la designación de la mayoría de los miembros del patronato».*

Por otro lado, este concepto debe completarse con los límites establecidos en el artículo 42.1 LALA:

«Las fundaciones públicas locales no podrán ejercer potestades públicas. Sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de estas».

La prohibición relativa al ejercicio de potestades públicas es ya clásica en las normas que disciplinan entidades de este tipo²². El límite es razonable si se tiene en cuenta la personalidad jurídico-privada de que gozan estos entes. Y desde el punto de vista formal, el empleo de la expresión «potestades públicas» en lugar de «facultades que impliquen el ejercicio de autoridad», usada por la DA 12.^a de la LOFAGE en relación con las sociedades mercantiles, es particu-

²¹ En efecto, dispone el artículo 55 LFA:

«1. A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía tanto aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía, como aquellas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.»

2. Asimismo, serán consideradas fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía aquellas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la Junta de Andalucía, a través de cualquiera de sus instituciones, entidades, órganos, organismos autónomos o empresas.»

²² En efecto, dice el artículo 46.1 LF: *«Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones: a) No podrán ejercer potestades públicas...».* Lo mismo el artículo 57.1 LFA: *«Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas...»*

larmente acertado, en la medida en que soslaya la compleja discusión sobre lo que es ejercicio de autoridad y lo que no lo es ²³.

Por otra parte, la exigencia de que las actividades de estas fundaciones se circunscriban al ámbito competencial de las entidades locales fundadoras —sin que ello, además, suponga la asunción de titularidad de las competencias de tales entidades locales—, se encamina a evitar que por esta vía las entidades locales puedan ir más allá de sus propias competencias, invadiendo las que corresponden a otras Administraciones. Desde otro punto de vista, la nueva Ley andaluza no se refiere a la posibilidad hoy consagrada por el artículo 33 LFA: la de que las fundaciones realicen por sí mismas actividades económicas, con los numerosos límites que señala el citado precepto ²⁴. En principio, nada impide a las fundaciones públicas locales hacer uso de esta habilitación legal. Ahora bien, en el caso de que tal hagan, a los citados límites deben añadirse aquí los que del Derecho comunitario se derivan hoy en materia de libre concurrencia entre empresas públicas y privadas, incorporados al Derecho español por la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia financiera de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas. En particular, parece que las fundaciones públicas locales, en el caso de que desarrollen actividades económicas, reunirían las notas que el artículo 2.1 de la Ley 4/2007 utiliza para definir en términos amplios a las empresas públicas que son objeto de la Ley ²⁵.

IV. Régimen jurídico aplicable

En cuanto al régimen jurídico aplicable, dispone el artículo 42.3 LALA:

«En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones públicas locales se regirán, con carácter general, por la legislación sobre fundaciones, contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra que resulte de aplicación».

²³ En este sentido, M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo...*, cit., p. 105.

²⁴ Los límites señalados por el artículo 33 LFA a la iniciativa económica de las fundaciones privadas andaluzas —muy similares a los establecidos por el art. 24 LF en relación con las fundaciones de competencia estatal— son: que las actividades económicas estén relacionadas con el fin fundacional o sean necesarias para el sostenimiento de las actividades fundacionales; que se someta a las reglas de la competencia; y que el resultado neto de las actividades mercantiles se destine al cumplimiento de los fines de la fundación.

²⁵ Dispone el artículo 2.1 de la Ley 4/2007: *«Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen».*

Establece este precepto, que las fundaciones públicas locales se registrarán por el Capítulo I del Título II de la Ley, y supletoriamente —esto es, para todo lo no específicamente regulado en el citado Capítulo— por la legislación sobre fundaciones. Como se ha señalado, es esta remisión al Derecho general de fundaciones lo que permite entender incluidas a las fundaciones públicas locales entre las fundaciones constituidas al amparo del artículo 8 LF. Ello determina, en consecuencia, que las fundaciones públicas locales se sujeten, con el alcance indicado, a las prescripciones de la LF. Pero no sólo: también a la LFA (en todo lo no previsto por el citado Capítulo I del Título II de la Ley). En efecto, las fundaciones públicas locales deben respetar la exigencia del ya citado artículo 42.1 LALA, según el cual estas entidades «sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras». Ello quiere decir, entre otras cosas, que las fundaciones públicas locales han de desarrollar sus funciones principalmente en el ámbito propio de la Administración local de la que dependen. Es por eso por lo que estas fundaciones quedan también plenamente sujetas a la Ley andaluza de fundaciones: «Quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía» (art. 1.3 LFA). Y es también por esta razón, por ejemplo, por la que Sosa Wagner piensa que el registro de fundaciones competente para la inscripción de las fundaciones públicas locales es el de la Comunidad Autónoma correspondiente y no el del Estado ²⁶.

El procedimiento para la constitución, modificación y extinción de la fundación es también, en consecuencia, el previsto con carácter general por las leyes estatal y andaluza de fundaciones, si bien con las especialidades establecidas en el artículo 41 LALA:

«La creación y extinción de las fundaciones públicas locales, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, así como la modificación de sus fines fundacionales, requerirá acuerdo previo del pleno de la entidad. El acuerdo determinará las condiciones generales que deben cumplir todos estos actos y designará a la persona que haya de actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, a su representación en el patronato».

La escritura de constitución de la fundación deberá hacer referencia al acuerdo del Pleno de la entidad en el que se contiene la voluntad fundadora. En otro caso, la escritura de constitución carecerá de uno de sus elementos esenciales y su inscripción en el Registro resultará improcedente ²⁷. A la mis-

²⁶ Vid. *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 109.

²⁷ El artículo 28.a) del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, del Reglamento del Registro de Fundaciones de Andalucía (RRFA), establece que la solicitud de inscripción de la nueva fundación debe acompañarse de la escritura de constitución. A su vez, una de las funciones

ma conclusión ha de llegarse en lo relativo a la adquisición o pérdida de la representación mayoritaria y a la modificación de los fines fundacionales. Estos casos responden a una modificación de los estatutos, que como tal deberá formalizarse en escritura pública (art. 40.5 LFA). La extinción de la fundación, en cambio, obedece a varias causas. Se entiende que el acuerdo del Pleno de la entidad local será necesario sólo en los casos en que para ello se requiera acuerdo del Patronato de la fundación, es decir —según el art. 42 LFA— cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, cuando sea imposible la realización del fin fundacional y cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos. También cuando la fusión de la fundación pública local con otra fundación comporte la extinción de aquélla, supuesto al que se refiere el artículo 42.1.d) LFA. En cambio, cuando la extinción obedezca a la expiración del plazo por el que la fundación fue constituida, la extinción se producirá *ipso iure* o de «pleno derecho», como señala el artículo 42.2 LFA. En este caso no hay necesidad de que el Pleno de la corporación local acuerde expresamente la extinción, pues es posible entender implícito dicho acuerdo en el de constitución si en éste se preveía ya un plazo determinado de vida para la fundación. Si dicho plazo se introdujera con posterioridad vía reforma estatutaria, en tal supuesto dicha reforma requeriría previo acuerdo del Pleno por exigencia del artículo 41 LALA, pues lo que en el fondo se estaría decidiendo con ello es la extinción —si bien demorada en el tiempo— de la propia fundación.

Una vez extinguida la fundación, no hay ningún problema en que los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinen a la entidad local fundadora siempre y cuando así se haya previsto en los Estatutos de la fundación o así lo hubiere establecido el Pleno del ente local en el acuerdo de constitución ²⁸.

más importantes del Registro es la de calificar los actos y documentos inscribibles [art. 7.b) RFFA], realizando un juicio sobre la legalidad de la forma extrínseca de los documentos inscribibles, en este caso, de la escritura de constitución que, por exigencia del artículo 41 de la Ley proyectada, debe contener una clara referencia al acuerdo plenario de la corporación local. Y por lo que se refiere a este último, E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 125 y ss., postulan aplicar por analogía las normas locales de procedimiento previstas para la constitución de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles.

²⁸ En efecto, la LFA, al igual que la LF, establece en su artículo 43.4 que «las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas de naturaleza no fundacional, siempre que persigan fines de interés general». En el mismo sentido, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», cit., p. 56; y F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 116.

La legislación general en materia de fundaciones exige que el Patronato esté constituido por un mínimo de tres miembros. Lo normal en el caso de las fundaciones públicas locales será que la designación de al menos la mayoría de los patronos corresponda al Pleno de la corporación local. A este respecto debe precisarse que una cosa es la composición de los órganos de gobierno de la entidad local y otra la designación de sus representantes en otras entidades. De modo que no resulta aplicable para esto último el principio de proporcionalidad entre grupos de concejales; la decisión de la corporación local para la designación de sus representantes en la fundación pública se adoptará por la votación mayoritaria que corresponda, como los demás acuerdos plenarios ²⁹.

Por otro lado, uno de los aspectos en los que la aplicación a las fundaciones públicas locales del régimen general de las fundaciones se muestra más problemático es en lo que se refiere al Protectorado ³⁰, instrumento a través del cual las Administraciones públicas ejercen sobre las fundaciones una peculiar e intensa tutela. En el caso de las fundaciones públicas locales andaluzas, el Protectorado correspondería a la Administración de la Junta de Andalucía, en concreto a la «Consejería competente en materia de fundaciones» (art. 44.2 LFA), que a la sazón es la Consejería de Gobernación y Justicia (Decreto 132/2010, de 13 de abril). El problema es que las fundaciones públicas locales, concebidas como entes instrumentales de las Administraciones locales, no se constituyen —como sí las fundaciones privadas— para realizar cualquier fin de interés general. Se crean para gestionar servicios de la competencia local, es decir, actividades materialmente públicas y directamente conectadas no con cualquier interés general, sino con intereses locales cuya gestión se encomienda a las Administraciones locales y para lo cual éstas «gozan de autonomía» constitucionalmente garantizada (art. 137 CE). Obviamente, una tutela ejercida por la Comunidad Autónoma sobre la actividad de este tipo de fundaciones plantea un conflicto casi irresoluble entre protectorado autonómico y autonomía local ³¹ que algunos autores resuelven a favor de esta última, postulando además una interpretación forzada de la Ley en el sentido de que el protectorado sobre las fundaciones públicas locales debe entenderse atribuido *ope Constitutio-nis* —esto es, por la autonomía local— a la propia corporación ³². Ciertamen-

²⁹ Vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 117.

³⁰ Como en general en relación con todas las fundaciones del sector público. A este respecto, *vid.* las certeras reflexiones de M.ª T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., pp. 140-142.

³¹ Así lo subrayan E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 140-141.

³² F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 132, apunta al Alcalde (o al Presidente de la Diputación, si es el caso) como titular del Protectorado sobre estas funda-

te, con una interpretación así no sólo se salvaría la autonomía local, sino que al mismo tiempo saldrían reforzados los poderes de dirección y control que al ente local, como Administración matriz, le corresponden sobre sus entes instrumentales, en este caso de naturaleza fundacional.

Pero además de la legislación general de fundaciones, en algunos de sus extremos el funcionamiento de las fundaciones públicas locales se somete a normas de Derecho público que no son aplicables por lo común al resto de las fundaciones. A modo de ejemplo, el artículo 42.3 LALA cita en primer lugar la legislación sobre «*contratos del sector público*». Y, en efecto, las fundaciones del sector público —como puso de relieve el Prof. Muñoz Machado en páginas de este mismo Anuario³³— son «poder adjudicador» a los efectos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP). Por tanto, el sometimiento de las fundaciones públicas locales a las exigencias de preparación y adjudicación del contrato, contenidas en la LCSP, es total en lo que corresponda según se trate o no de un contrato sujeto a regulación armonizada³⁴.

Por otro lado, la alusión efectuada por la LALA a la legislación sobre «*haciendas locales*» está probablemente en la línea de aplicarles analógicamente a estas fundaciones determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, relativos a la inclusión de estas fundaciones en los presupuestos con sus correspondientes estados de ingresos y gastos y de previsión (arts. 164 y ss.), así como que los presupuestos de estas entidades cuenten con determinados documentos (art. 168: memoria, liquidación del presupuesto, anexo de personal, etc.), todo ello tal y como ha sugerido la doctrina³⁵.

Lo mismo cabe decir sobre la de «*patrimonio*». Por su estrecha relación con la entidad local fundadora, los bienes de que dispongan estas fundaciones pueden tener origen y naturaleza muy diferentes. Evidentemente, las entidades locales no pueden aportar, como integrantes de la dotación fundacional, la propiedad sobre bienes de dominio público, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Pero como la actividad de la fundación es la realización de un servicio público, ningún problema hay en que la entidad local aporte, a tí-

ciones, en la medida en que es él quien tiene atribuida la competencia de «dirigir, impulsar e inspeccionar los servicios y obras municipales» [art. 21.1.d) LRBRL].

³³ «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 153-176.

³⁴ En el mismo sentido, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 129; y E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 92 y 96.

³⁵ *Vid.* E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., p. 134.

tulo de mera «adscripción», bienes de esa naturaleza u otros derechos reales que no impliquen alteración de su titularidad y de su calificación demanial ³⁶. Salvo estas peculiaridades y algunas otras contenidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el régimen de los bienes de las fundaciones públicas locales será el propio de cualquier otra fundación.

Pero el sometimiento de las fundaciones públicas locales a peculiares normas de Derecho administrativo, distintas de la legislación general en materia de fundaciones, no se agota con las leyes sobre contratos, haciendas locales o patrimonio público. Así lo reconoce el artículo 42.3 LALA, al introducir la cláusula genérica «*u otra que resulte de aplicación*». Entre esas otras leyes se encuentra, por ejemplo, la Ley 38/2003, General de Subvenciones, cuya disposición adicional 16.^a establece:

«Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta Ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 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» ³⁷.

De manera semejante, tampoco podrán las fundaciones andaluzas del sector público local reclutar su personal de la misma forma en que lo hacen los empresarios privados. Sí es verdad que el personal al servicio de estas entidades fundacionales deberá ser laboral, no funcionario ³⁸. Pero la contratación de estos empleados —según exige la disposición adicional 1.^a de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)— deberá ajustarse a los consabidos principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de los oportunos procedimientos en los que se garanticen los citados principios más los enunciados en el artículo 55.2 EBEP: publicidad de convocatorias y bases, transparencia, profesionalidad e imparcialidad de los miembros de los órganos de selección, etc., además de reservarse los cupos previstos en el

³⁶ Vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 115.

³⁷ Sobre el particular puede verse G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley», en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, dir. por G. FERNÁNDEZ FARRERES, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 62-63.

³⁸ Así se desprende del tenor literal de las normas que rigen en la materia (art. 9 EBEP: «Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública...»), debiéndose reputar irregular la dotación de la fundación con personal funcional en situación activa en la Administración pública matriz. Sobre esta última conclusión, vid. J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 228-229.

artículo 59 de la misma Ley para las personas con discapacidad ³⁹. Además, este personal no queda sometido sólo a los deberes de los empleados públicos consagrados en los artículos 52-54 EBEP, sino también al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Así se deduce de la nueva redacción dada por la disposición final 3.^a del EBEP al artículo 2.1 de dicha Ley, que queda como sigue:

«La presente Ley será de aplicación a:

(...)

g) El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones».

Finalmente, nada se establece acerca del régimen aplicable en materia de responsabilidad patrimonial. Teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad desarrollada por estas entidades —la gestión de *servicios públicos* locales— y lo que establece el artículo 106.2 CE [«Los particulares (...) tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos (...) siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los *servicios públicos*»], lo más lógico es extenderles a estas fundaciones el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el Ordenamiento para las Administraciones públicas (arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), y normas concordantes ⁴⁰.

V. Valoración final

Tal y como se configuran en la nueva Ley de la Autonomía Local de Andalucía, las nuevas fundaciones públicas locales se revelan como un instrumento poco útil y atractivo para las Administraciones locales andaluzas. Por un lado, la pretendida «flexibilidad» de esta fórmula para la gestión de los servicios públicos locales queda desmentida desde el preciso instante en que estas nuevas entidades instrumentales de Derecho privado se rigen en gran parte por las normas de Derecho administrativo que son aplicables a las entidades de

³⁹ Establece la disposición adicional 1.^a del EBEP: «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».

⁴⁰ En este sentido, M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, cit., p. 109.

Derecho público. En esta situación, además, parece que el ente local no dispone, respecto de estas fundaciones, de los poderes de control y dirección típicos de la Administración matriz. Por el contrario, lo más parecido a dichos poderes corresponde en principio —por la vía del Protectorado— a la Comunidad Autónoma, lo cual no se compadece en absoluto con la autonomía local.