

Las fundaciones en Asturias

Alejandro Huergo Lora

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Javier García Luengo

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES: 1. *El caso FASAD, la condición de medio propio de una fundación pública*. 2. *El caso FUSBA. La aplicación de los límites a la masa salarial establecidos en las Leyes de Presupuestos a fundaciones del sector público*.—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

I. Introducción

Durante el año 2013 no se ha avanzado en absoluto en la regulación del Derecho de fundaciones en el Principado de Asturias a pesar de los constantes esfuerzos por parte del Consejo de Fundaciones de Asturias por promover la propuesta Ley de Fundaciones del Principado de Asturias que analizamos en la edición del año 2011 de este Anuario y conseguir una gestión más ágil del día a día de las fundaciones en Asturias. Las perspectivas de que se dé un paso en firme hacia esa regulación autonómica no parecen muy halagüeñas toda vez que el Gobierno del Principado no cuenta con el suficiente respaldo parlamentario para que sus proyectos de Ley fructifiquen, lo que viene a agravar la ya tradicional apatía del legislador asturiano que se extiende a numerosos sectores, careciendo la comunidad de normas tan básicas como las que desarrollan el régimen local, o las que disciplinan las licencias ambientales.

Como veremos a continuación, el protagonismo jurídico ha estado más en el sector público que en el privado, paradójicamente. La Ley 1/2013, de 24 de mayo, de Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico, que se ha saldado con una tímida poda de entidades instrumentales, no ha afectado a ninguna de las fundaciones del sector público.

II. Novedades Jurisprudenciales

1. *El caso FASAD, la condición de medio propio de una fundación pública*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de julio de 2010, en el recurso contencioso-administrativo 991/2010, aborda un problema de especial relevancia para las fundaciones pertenecientes al sector público como es la posibilidad de recibir encomiendas de gestión de conformidad con el artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹ (en lo sucesivo TRLCSP).

Recordemos que el citado precepto se hace eco de las exigencias establecidas por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para admitir los contratos denominados «*in house*» que realizan las Administraciones con sus entes instrumentales. Al final de un largo camino, el Tribunal de Justicia reconoció que los poderes adjudicadores pueden adjudicar encargos directamente, sin licitación, a entes sobre los que dispongan del mismo control que ostentan sobre sus propios servicios siempre que dichos entes desempeñen el grueso de su actividad para ese poder adjudicador. Ello excluye la posibilidad de efectuar encargos directos a empresas mixtas (aunque el accionista privado tenga una participación mínima), y a la vez (Sentencia TRAGSA) permite que los poderes adjudicadores efectúen encargos directos a entes instrumentales de otras Administraciones, no necesariamente de ellos mismos, siempre que estén dotados de una normativa que les obligue a aceptar los encargos que reciban de esos poderes adjudicadores. Es lo que sucede

¹ El artículo 24.6 del TRLCSP establece que «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.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

con TRAGSA, que pertenece al sector público estatal pero puede recibir adjudicaciones directas de las Comunidades Autónomas.² El artículo 24.6 del TRLCSP recoge el resultado de esta Jurisprudencia y a partir de él se han modificado los estatutos o normas de creación de numerosos entes para hacer mención a su condición de medios propios, indicando las Administraciones o poderes adjudicadores en relación con las que puede asumir dicha condición y el régimen de las encomiendas que se encuentra obligado a atender.

El caso resuelto por esa Sentencia (que no es firme) se refiere a la encomienda de gestión efectuada por Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, a favor de la Fundación Asturiana de Atención y Protección a Personas con Discapacidades o Dependencias (FASAD) en virtud de la cual la misma debía realizar *«el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informe sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental a que se refiere la Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se desarrollan los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias»*.

La fundación FASAD ha sido creada por la Administración del Principado de Asturias, que efectuó, como dice la Sentencia, la «aportación económica para su funcionamiento», y está sometida al control de la Administración autonómica, que es quien designa a sus administradores. De todas formas, lo cierto es que en este caso la resolución administrativa impugnada no invocaba la legislación de contratos ni la condición de medio propio de la fundación FASAD, sino exclusivamente el artículo 15 de la LPC, que regula la encomienda de gestión dentro de los procedimientos administrativos. Nos encontramos, además, ante una actuación no remunerada, lo que constituye una razón más para aplicar la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y no la de contratos (art. 2.1 TRLCSP: «contratos onerosos»), máxime cuando la actuación objeto de la encomienda se ajusta perfectamente al artículo 15 LPC en la medida en que consiste en valorar las solicitudes de «acreditación», que es un reconocimiento oficial —median-

² Al desarrollo (no siempre coherente) de esta doctrina Jurisprudencial se dedican los trabajos de A. HUERGO LORA, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas», *RAP*, núm. 154 (2001), pp. 129-174, y el comentario a la Jurisprudencia del TS en materia de contratos publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18 (2008), en el que se analiza la Sentencia del TS que cerró el asunto TRAGSA.

te acto administrativo dictado por la Consejería— en el que se certifica que un determinado centro de atención a ancianos o personas dependientes reúne los requisitos exigidos para participar en la prestación de los servicios cubiertos por la Ley de la Dependencia (Ley 39/2006).

Situados en esta perspectiva (la del art. 15 LPC), es evidente que dicho precepto no admite las encomiendas de gestión a fundaciones, puesto que prohíbe expresamente las encomiendas de gestión «sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado», entre las que se encuentran las fundaciones.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso entendiendo que la Fundación estaría dentro del sector público, a efectos de la aplicación del TRLCSP por cumplirse lo dispuesto en el artículo 3.1.f) de la citada norma, que establece que forman parte de dicho sector «*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*». Sin embargo, el artículo 15 de la LPC no acepta las encomiendas de gestión a favor de cualesquiera entes «del sector público», sino que exige que se trate de entes «de Derecho público», y una fundación no lo es en ningún caso. En este sentido cabe citar la Sentencia de 30 de octubre de 2000 (recurso 188/1998) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, que anuló una encomienda de gestión porque se efectuaba a favor de una Sociedad Mercantil, aunque perteneciente íntegramente a una Administración pública.

Más problemático resulta, sin embargo, un asunto en el que la Sentencia no entra y es el cumplimiento del requisito de que la mayor parte de la actividad del ente instrumental se realice para la Administración matriz. Este requisito viene a evitar que el ente instrumental distorsione el mercado actuando unas veces como medio propio y otras de forma autónoma con el beneficio competitivo de que parte de su actividad estaría asegurada por asignaciones de trabajo del ente matriz.

En este sentido los estatutos de FASAD en su artículo 7, la conciben como un ente destinado a proporcionar una amplia serie de servicios a las personas con discapacidad que van desde la Creación, y sostenimiento de centros, recursos y servicios de atención a personas con discapacidades o dependencias de tipo físico, psíquico o sensorial, hasta incluso, ejercitar las funciones de tutela, curatela y otras figuras de guarda conforme a ley.

La asunción por un ente destinado a una labor asistencial a terceros en el marco del servicio público de encomiendas para la Administración de la que depende es bastante problemática y el mero hecho de que la Fundación esté obligada a cumplir el encargo realizado por la Administración no evita que se pueda hablar de una prestación contractual como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007 en el asunto 220/06 (correos).

En cuanto al fondo de las actividades encomendadas el Tribunal Superior de Justicia de Asturias no duda en calificarlas como un encargo meramente técnico *«consistente en el mero análisis de documentación relativa a la acreditación de centros de servicios sociales, sin que de ello se derive consecuencia alguna con efectos para terceros»*.

No obstante, la lectura del propio texto de la encomienda arriba reproducido nos aproxima a una labor de calificación jurídica de las solicitudes presentadas por los centros privados que culmina con un informe sobre su adecuación a la legislación correspondiente. En definitiva la Fundación elevaría a la Administración *de facto* una propuesta de resolución, con lo que el funcionario que la asuma ve vaciada de contenido su actuación en el procedimiento (de hecho la encomienda se justifica para evitar que la carga de trabajo lleve a estimaciones por silencio).

En este contexto debe plantearse si la actuación de la Administración es conforme con el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto reserva a funcionarios públicos *«el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas...»*. Difícilmente se puede discutir que aquí estamos ante una potestad pública que implica ejercicio de autoridad y sin embargo la participación del funcionario se diluye mediante una «externalización» en un medio propio que reduce la carga administrativa.

En este sentido, la Sentencia del TS de 22 de enero de 2013 (recurso 1626/2011) declaró contraria a Derecho una encomienda de gestión efectuada a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, para la tramitación de las solicitudes de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la construcción, al entender que, aunque la resolución final la dicte la Administración, en la tramitación se adoptan actos de trámite que deben ser dictados por funcionarios.

El caso tiene también un planteamiento similar al que enjuició la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla) de 15

de mayo de 2008 en el recurso 597/2008 y que llevó a la anulación de la encomienda a favor de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo para el seguimiento de las acciones formativas realizadas mediante contratos programa para la formación continua en la Comunidad Autónoma de Andalucía, realizada por Orden del Servicio Andaluz de Empleo de 4 de septiembre de 2008. Si bien el Tribunal Superior de Justicia andaluz decidió la anulación de la citada encomienda, decisión en la que pesó la motivación de la misma en la necesidad de aliviar la carga de trabajo del Servicio, aunque principalmente el hecho de que para la eficacia de estas labores es necesaria la presencia de las potestades de autoridad.

La labor de conexión de la funciones encomendadas con las potestades públicas que aseguran su eficacia que hizo el Tribunal andaluz no se llevó a cabo por su homólogo asturiano y justifica en parte la disparidad de los fallos.

En cualquier caso el uso de una fundación asistencial como refuerzo de la Administración para evitar el silencio administrativo no parece adecuado a Derecho e implica una desnaturalización tanto del propio medio empleado, como de la propia función pública «encomendada» que tiene una sustancia material de valoración jurídica y control de la legalidad que necesariamente tiene que hacerse con las garantías que ofrece el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

2. *El caso FUSBA. La aplicación de los límites a la masa salarial establecidos en las Leyes de Presupuestos a fundaciones del sector público*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2012 de la Sala de lo Social, aborda una controvertida cuestión como es la aplicación de la rebaja salarial establecida por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo a una fundación del sector público como la Fundación Laboral de Minusválidos Santa Bárbara (FUSBA).

La citada Fundación que mantiene en Asturias dos centros especiales de empleo dedicados a la fabricación de vestuario laboral venían aplicando a los trabajadores las tablas salariales y los incrementos retributivos propios del Convenio Colectivo de Trabajo para la Industria Textil desde, al menos, el año 1984. Como consecuencia de esta práctica la empresa no ajustó la subida salarial del año 2010 a lo dispuesto por la Ley de Presupuestos del Estado para el Sector Público ni, posteriormente, procedió a la aplicación de la rebaja salarial impuesta para dicho sector por el Real Decreto Ley 8/2010. Detectada esta irregularidad por la Intervención General del Estado en una auditoria, la empresa adopta en noviembre de 2011 una decisión por la que

partiendo de las tablas salariales del convenio para 2009 aplica la subida autorizada para 2010 y la rebaja obligada por el citado Real Decreto Ley retroactivamente ajustando los salarios hasta enero del 2010.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias estima parcialmente una demanda de los sindicatos que representan a los trabajadores de la fundación y declara ilegal la exigencia de los salarios más allá del año anterior a la resolución de la fundación por estar prescrito el derecho a su reclamación, pero mantiene la posibilidad de ajustar los salarios a lo prescrito por la LPGE y el citado Real Decreto Ley ya que *«si la empresa no aplicó después de un año la ley que estaba obligado a aplicar, no ha perdido el derecho a hacerlo, pues sigue siendo obligación legal. Lo que ha perdido, si se le opone la excepción de prescripción (y este es el caso), es el derecho a reclamar a los trabajadores las cantidades que les abonó y, en virtud de esa ley, no tenía que haber pagado»*.

La Sentencia supone una aplicación ciertamente rigurosa del régimen salarial del sector público a una fundación que sólo entendemos justificada racionalmente en la medida en que las fundaciones públicas más que un patrimonio destinado a la satisfacción de un fin son entes institucionales constantemente alimentados por fondos públicos. En cuanto a la aplicación de las reglas sobre prescripción de los salarios ya cobrados entendemos que más allá del plazo de un año previsto en el Estatuto de los Trabajadores se podría haber considerado la confianza suscitada en los empleados por el salario indebidamente cobrado, especialmente dadas las características de un centro especial de empleo y la inercia en la práctica seguida por la empresa.

III. Práctica administrativa de los Registros de Fundaciones

Desde el 1 de diciembre de 2012 al 1 de noviembre de 2013 la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias parece haber acusado los efectos de la actual crisis económica y ha disminuido considerablemente respecto a los ejercicios precedentes pudiendo citarse las siguientes incorporaciones.

En el Registro de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias, se ha ordenado la inscripción de las siguientes fundaciones.

A) Por Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, de 23 de enero de 2013, la Fundación Protectora de Animales del Principado de Asturias, clasificada como cultural.

B) Por Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, de 24 de septiembre de 2013, la Fundación de Ingenieros Técnicos y Graduados de Minas y Energía, clasificada como docente.

En el Registro de fundaciones asistenciales de interés general del Principado de Asturias, se ha ordenado por Resolución de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad, de 19 de febrero de 2013, la inscripción de la fundación Cerro Verde, clasificada como asistencial.