

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y FUNDACIÓN PRIVADA

Las complejas relaciones de las Administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional

ISABEL-CECILIA DEL CASTILLO VÁZQUEZ
Letrada de la Asesoría Jurídica
Universidad Complutense de Madrid

PRELIMINAR.—I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: a) *La «relativa» independencia de la fundación.* b) *Primera referencia a la legislación contractual administrativa.* b).1. Los devaneos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. b).2. Las fundaciones de iniciativa pública y el TRLCAP. Análisis parlamentario del artículo 3.1.—II. LA FUNDACIÓN DE INICIATIVA PÚBLICA: ¿SECTOR PÚBLICO O TERCER SECTOR?—III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LLEVADA A CABO POR LA FUNDACIÓN: SU INDEFINICIÓN LEGAL: a) *Segunda referencia a la legislación contractual administrativa.* b) *La posible aplicación analógica y tercera referencia al TRLCAP.* c) *La relación de subordinación.*—EPILOGO.

PRELIMINAR

No parece discutible la creciente presencia de las entidades instrumentales en el mundo administrativo. Ciertamente, el tráfico jurídico del último cuarto del siglo xx hizo germinar la necesidad de buscar un medio a través del cual las Administraciones públicas, atrapadas tras los muros del Derecho administrativo, pudieran actuar con la libertad que ofrece el Derecho privado. Comenzó, de este modo, un cierto coqueteo con las fundaciones. Y del coqueteo se pasó a una relación bastante más intensa cuando, en 1994, vio la luz la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General¹. Aquella Ley ponía punto y final a un vetusto régimen regulador de las fundaciones y, sobre la base del artículo 34 de la CE², les proporcionó una jovialidad que

¹ Ley 30/1994, de 24 de noviembre, comúnmente mal llamada «Ley de Mecenazgo», pues el patrocinio y el mecenazgo, aun moviéndose en el ámbito social, lo hacen siempre bajo un interés de mercado, mientras que el altruismo de las fundaciones las aleja, necesariamente, de cualquier interés económico.

² Ciertamente es que el emplazamiento sistemático del precepto constitucional en la Sección Segunda del Título Primero de nuestra Carta Magna, relativa a los derechos y deberes de los ciudadanos, configura el derecho de fundación como un derecho público de carácter subjetivo que sirve al interés general. Y ese carácter subjetivo es, en principio, predicable respecto de los ciudadanos, y no de los poderes públicos. Lo que no impide que las Administraciones públicas puedan crear fundaciones. Pero, entonces, esa facultad no deriva del reconocimiento constitucional hecho a favor de los ciudadanos, sino de la aptitud acuñada por el legislador en 1994. Se trata de una capacidad de los entes públicos para constituir. O, lo que es lo mismo: la capacidad para que dichos entes públicos puedan actuar como fundaciones, con-

iría atrayendo la voluntad del sector público, para atraparlo entre los hilos de su red, a partir de la posibilidad que le brindaba el artículo 6.4 de la LF, y cuyo carácter básico lo hacía aplicable al conjunto del Estado y a todas las personas jurídico-públicas.

En la actualidad, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), ha dotado a estos sujetos de Derecho privado de una lozanía verdaderamente envidiable³, de la que apenas pueden sustraerse las Administraciones públicas⁴. Y no es de extrañar. Pues, tal y como anuncia su Exposición de Motivos, la nueva Ley apuesta por la reducción de la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones; la flexibilidad de la actividad fundacional, a través de la simplificación de los trámites administrativos —principalmente, los de carácter económico y financiero—; y la promoción y el dinamismo del fenómeno fundacional, como cauce a través del cual la sociedad coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general. De esta forma, la LF liga a su concepto las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Entre estos fines, el artículo 3 de la LF menciona a título enunciativo valores sociales tales como los educativos, culturales, científicos, de cooperación para el desarrollo, de investigación científica y desarrollo tecnológico. Como complemento necesario, el legislador subraya que la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, no pudiendo tener, en ningún caso, como finalidad principal el destino de sus prestaciones al fundador o a los patronos o familiares. Pretende, en resumidas cuentas, fines directamente vinculados a los servicios públicos que prestan las Administraciones, e indirectamente sociales de interés general a largo alcance, propiciando el encuentro entre el sector público y la sociedad.

Con todo ello, el legislador no ha hecho sino anunciar la «Tierra Prometida» de las Administraciones públicas, que a través de la posibilidad que ofrece el artículo 8 de la LF introduce en los respectivos marcos de autonomía económica y financiera mecanismos de flexibilidad que facilitan, de acuerdo con la normativa autonómica correspondiente, la creación de fun-

forme al Derecho privado a través de las personas jurídico-públicas, celebración del negocio fundacional, salvo que sus normas estatutarias lo impidan expresamente. En este sentido, y para lo que sigue, M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 39 y ss.

³ Por utilizar el símil y la terminología del reconocido profesor F. SOSA WAGNER, que en su trabajo titulado «Cuando la máquina de legislar ruge (a propósito del Código de Fundaciones)», publicado en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 576, parte Opinión, Ed. Aranzadi, 2003, refiere el siguiente comentario: «Con la moderna fundación no se produce una simple “huida” del Derecho administrativo: más allá, todo permite pensar que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yacza en él, con la frecuencia que sus necesidades demandan, con el Derecho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el Derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante pero siempre fiel».

⁴ La vigente LF ya no considera el carácter básico del actual artículo 8, en el que se reconoce la capacidad fundacional de las personas jurídico-públicas. No obstante, incide en su aplicación general, dispuesta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista.

daciones o entidades jurídicas que permitan perseguir los objetivos propios de las Administraciones públicas con mayor agilidad. De esta forma, no es infrecuente que las distintas Administraciones refuercen en sus respectivos ámbitos la genérica atribución de capacidad fundacional que tienen arraigada en el artículo 8 de la LF. Y por no ser contrario a Derecho lo que la Ley permite, la fundación se convierte en un instrumento idóneo para la gestión de los servicios públicos que, construido con las piezas del Derecho civil, se hace más útil y práctico que el propio de la legislación administrativa. Por más decir, el formalismo administrativo aparece revestido de una estructura burocrática en donde confluyen una multiplicidad de órganos —colegiados y unipersonales— que, en muchas ocasiones, dificultan la toma de decisiones y, la mayoría de las veces, complican la gestión administrativa. Ante esta evidencia, no es de extrañar que las Administraciones públicas deriven una parcela de su actividad hacia los entes fundacionales, mucho más libres en sus decisiones e imaginativos en sus métodos de trabajo.

LINDE PANIAGUA⁵ nos recuerda aquellas palabras de CASSESE⁶: «*Il diritto amministrativo ha poco piú di un secolo... ed appare già moribondo*». No creo que el Derecho administrativo esté moribundo. Simplemente, la Administración está llamada a servir los intereses generales. Y si para conseguir sus fines debe organizarse conforme a las normas del Derecho privado y debe utilizar sus mecanismos, pues ¡bienvenido sea el Derecho civil! Esto, no obstante, no debe entenderse como un engaño al Derecho administrativo, ni puede ser utilizado para burlar el carácter público de la Administración. Como bien señala LINDE, la Constitución no predetermina el bloque normativo que debe regir la actividad de las Administraciones públicas. Únicamente somete su actuación a la ley y al Derecho, bajo la información de una serie de principios manifestados en el artículo 103. Cuando las técnicas burocráticas no funcionan, la búsqueda de la eficacia que persigue la Administración del *Estado del Bienestar* no puede pararse en barras ante la aplicación de determinadas fórmulas del Derecho privado. «Ni resulta evidente que la Constitución reserve u obligue a la Administración a utilizar el Derecho administrativo, ni en base a la Constitución puede sacralizarse un determinado Derecho administrativo, de modo que la mencionada huida, al margen de las utilizaciones fraudulentas del Derecho privado por la Administración, no es otra cosa que la legítima utilización por la Administración del Derecho privado»⁷. Y todo ello porque si bien es verdad que el derecho de fundación es expresión propia del principio individualista que presidió la codificación del siglo XIX y, en consecuencia, de la sumisión al viejo dogma de la autonomía de la voluntad, limitada externamente por el orden público y las buenas costumbres que proclaman los artículos 1255 y 1316 de nuestro Código civil, no es menos cierto que las Administraciones

⁵ E. LINDE PANIAGUA, «El Derecho administrativo como Derecho instrumental versus la huida del Derecho administrativo», *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, primer trimestre 1998, págs. 579-617.

⁶ S. CASSESE, *Cultura e Política del Diritto Amministrativo*, Bolonia, 1971, pág. 5.

⁷ Cfr. E. LINDE PANIAGUA, «El Derecho administrativo como Derecho instrumental...», *ob. cit.*

públicas, al contrario de lo que sucede con los sujetos de Derecho privado, no se rigen por el dogma de la autonomía de la voluntad como potestad suprema, sino por la heteronomía de las leyes y su vinculación positiva, en cuanto que la ley es la expresión suprema de la voluntad popular, única legitimada para el mando⁸. Lo que significa la aplicación preferente —y, por tanto, no exclusiva— del Derecho público sobre el Derecho privado, cuyo juego suele favorecerse desde el rincón de la supletoriedad, pero que en ocasiones se desarrolla desde la previsión expresa, e incluso implícita, de la norma administrativa. De este modo, tal y como indica VAQUER CABALLERÍA, el Derecho administrativo configura la entera capacidad de las Administraciones públicas, que bien puede ejercitarse desde su aptitud para ser sujeto de situaciones jurídicas exorbitantes propias del Derecho público como de las comunes a cualquier sujeto o persona de Derecho privado⁹.

En cualquier caso, tal y como advirtió el profesor BORRAJO INIESTA¹⁰, «la huida al Derecho privado es en cierta medida inútil, la Administración no puede dejar de ser quien es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos». De hecho, las responsabilidades que pudieran ser exigidas a la fundación alcanzan a la entidad fundadora en cuanto Administración matriz. Así lo entiende el TS cuando, en su Sentencia de 22 de septiembre de 1995 (RJ 1995\7495), aclara que la «autonomía funcional» de las fundaciones públicas¹¹ es sólo operativa o instrumental. Similar criterio mantiene la STC 52/1994, de 24 de febrero, al estimar indiferente que la actuación administrativa sea llevada a cabo a través de órganos y servicios encuadrados en su organización matriz o que, por el contrario, sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración correspondiente.

Una vez lavada la conciencia, estamos en disposición de afirmar que las fundaciones actúan como auténticos sujetos de Derecho a los que las Administraciones públicas confían actividades que bien podrían acometer en su marco jurídico institucional, pero que, como la doctrina se ha encargado de advertir¹², su utilidad aflora frente a la carencia de una estructura organizativa suficiente para llevar a cabo la gestión de los intereses sociales que tienen que ver con la empresa¹³. Desempeñan, por otra parte, la misión encomiable de lo que se ha denominado «*la estructura mediadora*» entre el individuo en su esfera privada y las instituciones complejas de la

⁸ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 396.

⁹ M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas...*, ob. cit., págs. 41 y 42.

¹⁰ I. BORRAJO INIESTA, «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 78, Civitas, 1993.

¹¹ Mención que podemos entender extensiva a las fundaciones en mano pública.

¹² Interesantes aportaciones sobre esto contienen las diversas páginas elaboradas por J. M. DEL VALLE PASCUAL, entre otros trabajos: «Las Fundaciones Universitarias (I)», *La Ley* (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía), año XX, núm. 4945, de 9 de diciembre de 1999.

¹³ «Lo fundamental en un servicio público es ofrecer un servicio de calidad en el propio territorio», que decía el señor Rodríguez Sánchez, del Grupo Parlamentario Mixto, en los debates suscitados en el Congreso de los Diputados el día 29 de mayo de 2001, en torno al Proyecto de Ley Orgánica de Universidades (LO 6/2001, de 21 de diciembre).

vida pública¹⁴. En última instancia, estas entidades instrumentales ofrecen una organización alternativa que, evitando molestos trámites, logra un soporte eficaz y flexible para la gestión de los servicios públicos que tienen encomendados las distintas Administraciones.

En suma, con esta cobertura legal las fundaciones nacen para cooperar al cumplimiento de los fines de interés social que persigue el sector público, y en esta misión son avaladas por el legislador.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

a) La «relativa» independencia de la fundación

No parece discutible el carácter esencial que el concepto de persona supone en la técnica jurídica, ya que, como indica PENA LÓPEZ, «no es posible concebir los derechos, los deberes y las responsabilidades, las relaciones jurídicas, los efectos del ordenamiento jurídico en general, sin un centro subjetivo de imputación que sea destinatario de éstos»¹⁵. La imputación, pues, de los efectos jurídicos sólo podrá ejercerse sobre las personas, bien sean físicas o jurídicas.

Y si en las personas físicas el nacimiento determina la personalidad¹⁶, en las personas jurídicas su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas¹⁷. Esta personalidad se entiende como la mera aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Y de ahí se deriva la identificación de la idea de personalidad con la de capacidad jurídica, tanto en nuestra doctrina como en la extranjera¹⁸. El efecto inmediato de la personificación del ente

¹⁴ Cfr. M. A. CABRA DE LUNA y R. DE LORENZO GARCÍA, «La constelación de las entidades no lucrativas: el tercer sector», trabajo incluido en la obra colectiva titulada *El sector no lucrativo en España*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993.

¹⁵ Cfr. J. M.^a PENA LÓPEZ, «Interpretación de los artículos 29 y 30 del Código civil desde el significado institucional de la persona», *Revista del Poder Judicial*, núm. 67, tercer trimestre 2002, págs. 79 a 128.

¹⁶ Artículo 29 del CC.

¹⁷ Artículo 35 del CC. El precepto, tras otorgar personalidad jurídica a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, ejerce su distinción frente a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales. Por su parte, el artículo 4 de la LF reconoce la personalidad jurídica de las fundaciones desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones.

¹⁸ Como así se ha encargado de hacer notar J. M.^a PENA LÓPEZ, «Interpretación de los artículos...», *ob. cit.* En nota al pie cita, al efecto, una gran lista de autores, y recuerda que, según puntualiza ALPA, la identidad entre personalidad y capacidad jurídica tiene su origen en la proposición de VULTEJUS: «*Servus enim homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civiles vocabulum*» —G. ALPA, «Le persone fisiche (arts. 1 a 10)», en *Il Codice civile (comentario)*, Giuffrè Editore, 1996, pág. 7—; para continuar aclarando que su arraigo se debe a la autoridad de los pandectistas, y concretamente a la de SAVIGNY, quien, al rechazar el plan de GAYO, «expulsa del Derecho positivo a la persona como objeto de otra propia esfera jurídica, con lo que así sólo se la considerará en la parte general, en cuanto interese para responder a la pregunta: ¿Quién puede ser sujeto de una relación jurídica?», con cita de F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, 6, edición facsímil, Civitas, 1991, pág. 15.

fundacional es el nacimiento de un haz de relaciones jurídicas en torno a este nuevo «sujeto», de modo que los miembros que se implican en el ente personificado lo hacen en atención al fin permanente y estable que determinó su fundador, para lo cual aplicó un patrimonio que quedará afectado a las responsabilidades generadas por la actividad de la fundación.

Pues bien, si haciendo uso de la normativa citada tenemos afincados los pilares sobre los que se ha de construir la fundación, una vez creada, su naturaleza jurídica parece indiscutible. De acuerdo con el Código civil, la fundación está dotada de personalidad jurídica propia y goza, por tanto, de plena capacidad jurídica y de obrar. Además, el grado de separación patrimonial de la fundación es completo, de forma que la autonomía patrimonial comunica la limitación de la responsabilidad respecto de los patrimonios personales de los patronos —que no es igual a la irresponsabilidad de los mismos ante la mala gestión y las deudas contraídas, que puede llegar a ser penal si incide en la tipificación de los delitos societarios regulados en los artículos 295 y siguientes del vigente Código penal¹⁹—; lo que refuerza, en cierto modo, la personalidad jurídica del ente fundacional para someterlo a un régimen excepcional. Se trata de una entidad privada a la que el legislador le otorga determinadas y concretas funciones públicas. Es, en definitiva, una persona diferenciada e independiente de la Administración que la creó, y que goza del reconocimiento legal de su capacidad de participar en el tráfico jurídico, y que está legitimada para entablar relaciones y actos jurídicos de la índole que sean, siempre —eso sí— bajo la perpetua vinculación de su patrimonio al interés general que persigue y que es auspiciado por los poderes públicos.

Esa independencia, de la que puede alardear sin complejos, marcará, no obstante, sus relaciones sucesivas con la propia Administración fundadora. Y es que, tratándose de dos personas independientes, toda relación jurídica que mantengan requerirá de un determinado instrumento que actúe como fuente de las obligaciones y cree un vínculo jurídico capaz de constreñir a ambas entidades a realizar una determinada prestación. Y ese instrumento deberá ir ligado a la idea de convención que, de hecho, está en la génesis de la mayoría de las relaciones obligatorias. En definitiva, la fuerza creadora de obligaciones es la voluntad concurrente de las partes, y es esta convención la que determina el objeto, la extensión y la modalidad de la obligación. Tal declaración de voluntad constituye el elemento característico que justifica la elaboración doctrinal del concepto de contrato como una categoría especial, en donde el único cometido de la ley es supervisar y sancionar mediante la presencia de la causa²⁰.

Muy provechosas son, por otra parte, las reflexiones de F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Colección Ciencias Jurídicas, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, especialmente las págs. 88 y ss.

¹⁹ Para concretar algo más, el artículo 297 del Código penal incluye a las fundaciones entre las entidades cuyos administradores pueden ser sujetos de delitos societarios.

²⁰ A quien busque un estudio completo y riguroso sobre el problema de la causa le resultará imprescindible la obra clásica del jurista F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, reimpresión de 1991.

Una vez que han sido trabados los andamios de la estructura contractual, el primer problema surge a la hora de conciliar las distintas naturalezas jurídicas de la Administración y de la fundación, pues mientras aquella es una persona jurídico-pública, esta última lo es privada. Pero, junto al carácter de «no pública» que ostenta, la fundación destaca por la ausencia de fines lucrativos. Lo que convierte a estas entidades en sujetos difíciles de definir en su marco jurídico y, en principio, las integra en un «Tercer Sector»²¹, ajeno tanto al «Sector Público» —formado por las Administraciones públicas, organismos autónomos y empresas públicas— como al «Sector Privado Mercantil» —comprendido por las entidades que desarrollan actividad con ánimo de lucro y, en último término, controladas por propietarios privados—. O, lo que es lo mismo, se trata de entidades que no son propiamente ni Estado ni Mercado, por lo que la problemática a la hora de determinar su régimen relacional es bastante más compleja de lo que a simple vista pudiera parecer. Por eso, al decir del TC en su Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, en esta dicotomía Derecho público-Derecho privado en la que se armoniza la actuación mutua Estado-Sociedad, se 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.

Si el panorama es espinoso para cualquier fundación, la complejidad llega a su máximo nivel cuando hablamos de una fundación de iniciativa pública. Elemento éste que no desvirtúa su naturaleza privada —en contra de lo que sucede con las sociedades estatales, reguladas en el Capítulo XI de la LF y que reciben la denominación de «fundaciones públicas»—, pero que, sin duda, condiciona su vida. Aun discurriendo con independencia —al menos, «jerárquica»— de su fundador²², ha sido constituida y dotada patrimonialmente por la Administración para colaborar en la gestión de sus servicios públicos y alcanzar así una mayor cota de eficiencia y eficacia. Y aun cuando su régimen jurídico *ad extra* es el propio del Derecho privado, sus directrices de actuación y su personal directivo pertenecen a la Administración creadora, de manera que el fundador acompañará y

²¹ Sobre esto, M. A. CABRA DE LUNA y R. DE LORENZO GARCÍA, «La constelación de las entidades no lucrativas...», *ob. cit.*, págs. 26 y ss.

²² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ hablan de «una suerte de relación de dependencia con su fundador», toda vez que es su voluntad la que determina la organización y el funcionamiento (así como el sostenimiento) de la institución. Y es sobre esta nota de la dependencia de las instituciones respecto de su fundador (ente matriz) donde se articula justamente la diferencia última entre las dos grandes especies de instituciones, las públicas y las privadas. En otro lugar, al hablar de la relación de los entes institucionales con sus entes matrices respectivos, aclaran, sin embargo, los autores que tal relación «puede ser genéricamente calificada de dependencia, pero para inmediatamente precisar que no se trata de la misma dependencia de jerarquía que liga a los órganos inferiores con los superiores en el seno de un mismo ente. (...) La doctrina italiana (...) ha hablado más certeramente de una relación de dirección (...), la cual se expresaría más que en órdenes singulares en “directivas”, en control, en la posibilidad de designar los titulares de los órganos superiores del ente final». *Curso...*, *ob. cit.*, págs. 374, 400 y 401. Motivos por los que, tal vez, sería preferible hablar de entidades vinculadas, en vez de dependientes de la Administración.

guiará a estas fundaciones a lo largo de su vida²³, formando un «complejo organizativo unitario»²⁴ que niega la verdadera autonomía de la voluntad por encima de la formal personación independiente. Pero todavía hay más, pues si hemos de concluir que el carácter público de la Administración fundadora no puede profanar el régimen jurídico de Derecho privado que corresponde a la fundación de acuerdo con su naturaleza, tampoco podemos olvidar que estamos hablando de un ente instrumental creado por la Administración como una prolongación específica para el auxilio en la gestión de sus servicios públicos, hasta el punto de carecer de intereses propios, ya que sus fines pertenecen a la entidad fundadora, produciéndose una suerte de subordinación del ente instrumental a la Administración²⁵. Lo que, sin duda, distancia a este tipo de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica de las fundaciones constituidas por particulares y, por supuesto, de las fundaciones públicas a que se refiere el Capítulo XI de la LF, y cuyo análisis queda fuera del objeto de este trabajo.

La aparente equiparación que la LF hace respecto a los dos primeros tipos de organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y afectas a un fin de interés general produce serios desajustes en el orden administrativo que, hasta la fecha, parecen haber sido ignorados por el legislador. De hecho, el artículo 8 de la LF se limita a ratificar la capacidad de las personas jurídico-públicas para crear fundaciones, pero, manteniéndose en la misma línea que la Ley de 1994, sigue sin establecer el régimen jurídico de estas fundaciones privadas creadas con capital público que, como señala BERMEJO LATRE, se hallan totalmente a merced de su fundador, sin contar con una regulación seria e integral, o con un *status* propio que delimite su papel, sus ámbitos de actuación, sus prerrogativas, sus funciones y su encaje en el organigrama jurídico-público²⁶.

En un afán de superar el vacío legal que atenaza el funcionamiento de estos entes instrumentales, la doctrina ha elaborado serios trabajos que involucran a las fundaciones promovidas por una entidad pública en el sector público. De ser así, este tipo de fundaciones se disgregaría del llamado «Tercer Sector», que quedaría integrado únicamente por las fundaciones constituidas por particulares. No es baladí la distinción, pues una cuestión cardinal se desprende con ocasión de este razonamiento: al margen de la sujeción al Derecho privado *ad extra* que es predicable a ambas clases de fundación, la incorporación de las fundaciones de iniciativa pública al sector público condiciona una porción no despreciable de su régimen jurídico.

²³ Sobre esto, y con carácter general, J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», trabajo publicado en la REDA, núm. 104, octubre-diciembre 999, parte Estudios, págs. 575 y ss.

²⁴ Expresión tomada de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, en *Curso...*, *ob. cit.*, pág. 400.

²⁵ J. L. ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 161.

²⁶ J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho administrativo», en el *Libro-homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coordinado por F. SOSA WAGNER, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 940 y 941.

b) *Primera referencia a la legislación contractual administrativa*

Con todo ello, hemos de partir de la base de que el contrato civil celebrado al margen de las normas del Derecho administrativo está vedado para la Administración pública, a no ser que cumpla ciertos requisitos señalados en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y en los que en ningún caso queda exceptuada la aplicación de las normas administrativas en cuanto a su preparación y adjudicación, con el triunfo de lo que la doctrina ha denominado «la teoría de los actos separables».

Por lo tanto, y en lo que a las Administraciones se refiere, a la hora de contratar, las normas del Derecho común habrán de informar la aplicación primordial del Derecho administrativo, al que han de sujetarse de forma ineludible todos los entes públicos y cuyas insuficiencias, como ha destacado GARCÍA OLEA, obligarían a acogerse sólo supletoriamente al Derecho civil de contratación²⁷. Consecuencia inmediata de esta reflexión es la necesidad de acudir al TRLCAP, como norma de cabecera del bloque que ha de regir toda la contratación administrativa. Y, en este campo legal, el artículo 3.1.d) excluye parcialmente de su ámbito objetivo los convenios de colaboración celebrados entre una Administración pública con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en dicho cuerpo legal o en normas administrativas especiales²⁸, siéndoles de aplicación supletoria los principios de la contratación administrativa.

b).1. *Los devaneos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.*

La interpretación del precepto no ha dado mucho juego a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, que de forma constante han venido informando sobre la necesidad perentoria de acudir a la normativa contractual administrativa siempre que el objeto esté comprendido en los contratos típicos o nominados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, de donde cabría colegir el carácter residual del precepto²⁹. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado manifestó una especial contundencia al respecto en su informe 42/1999, de 12 de diciembre, sobre unos criterios que fueron reitera-

²⁷ J. GARCÍA OLEA, «Conferencias y convenios para las relaciones con otras Administraciones e Instituciones académicas, culturales y científicas», trabajo incluido en la obra colectiva *Ponencias del I Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, editada por la Universidad de Castilla-La Mancha, 1995, pág. 512.

²⁸ Requisito inexistente en el artículo 3.1.c).

²⁹ Así, en J. COLMENAR LUIS y P. COLMENARES SOTO, *Contratos de las Administraciones Públicas*, Ley 13/1995, de 18 de mayo, 2.ª ed., Ed. Trivium, Madrid, pág. 29.

dos en el informe 18/2001, de 3 de julio, y que justificaban la necesidad de suscribir los oportunos contratos administrativos, incluso con entes y empresas públicos sujetos al Derecho privado, cuando su objeto esté comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP:

«La razón de esta limitación ha de situarse en la idea que venimos reseñando consistente en que el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración “huyan” de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo».

Otro informe destacable es el 46/1998, de 17 de marzo, pronunciado por la misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

«... partiendo del dato de la personalidad y de la distinción, en el ámbito público, de las entidades sujetas al Derecho público y al Derecho privado, la Junta Consultiva ha venido sosteniendo que mientras los Entes públicos sujetos del derecho público se relacionan con las Administraciones Públicas a través de los convenios excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 3.1.c), las entidades privadas, entre las que hay que incluir los entes o sociedades públicos sujetos en su actividad contractual al derecho privado, ..., pueden celebrar con las Administraciones Públicas convenios excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 3.1.d) de la misma, siempre que, en este caso, como dice literalmente el precepto, “su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”»³⁰.

En estos informes, la Junta Consultiva hace una lectura lisa y llana del precepto. Es más, diríase que, lejos de interpretar, se limita a aplicar la norma desde su perspectiva más formal. Incluso pasa por alto la dificultad de aplicación de la legislación contractual administrativa que defiende en varios de sus informes³¹ como criterio de exclusión básico que concurre con la personación jurídico-pública de las entidades contenidas explícitamente en el artículo 3.1.c). Asimismo, las previsiones legales contenidas en la siguiente letra d) respecto a las «personas físicas o jurídicas

³⁰ Así también en los informes 1/1989 y 6/1989, los dos de 4 de abril, y el informe 3/1993, de 15 de abril.

³¹ Baste mencionar, entre otros muchos, los informes 17/1997, de 20 de marzo, y 42/1999, de 12 de noviembre. En este último, por seguir con el ejemplo, la Junta Consultiva ratifica su criterio mantenido en torno al artículo 3.1.c), señalando que el convenio constituye el modo normal de relacionarse las Administraciones públicas, los organismos autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad al régimen del TRLCAP, dada «la dificultad de aplicar a la Administración, organismo o ente que haya de considerarse que actúa como contratista preceptos concretos de la Ley (solvencia, clasificación, garantías, etc.)».

sujetas a derecho privado» son asimiladas por la Junta Consultiva como razón fundamental que se acoge sobre la forma de personación, al margen de las relaciones administrativas que existan entre la Administración matriz y el ente instrumental. Así de axiomática se muestra en su informe 42/1999, de 12 de noviembre, donde afirma sin rubor que no puede cuestionarse que

«los entes públicos y empresas públicas están comprendidos en la expresión “personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado” por ser esta sujeción la razón de que no se les considere aplicable el apartado c) sino el apartado d) del citado artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Por ello, entiende este órgano administrativo que los convenios de colaboración a que alude el artículo 3.1.c) sólo pueden ser suscritos por entidades cuya forma de personación es jurídico-pública; mientras que las limitaciones contenidas en la letra d) del mismo precepto son extensibles a todas las personas físicas o jurídicas que sujetan su actividad al Derecho privado³², ya sean sujetos particulares o entidades instrumentales creadas por la Administración, en donde nada importarían las relaciones internas que ligan al ente personificado con su Administración matriz.

Queda por ver si el criterio mantenido de forma sostenida y a lo largo del tiempo por las Juntas Consultivas casa con el vigente Derecho positivo o si, por el contrario, procede una interpretación teleológica e integrada de las dos excepciones contenidas en sendas letras del artículo 3.1 del TRLCAP.

b).2. *Las fundaciones de iniciativa pública y el TRLCAP.
Análisis parlamentario del artículo 3.1.*

Por lo demás, el texto de la Ley omite cualquier referencia a las fundaciones de iniciativa pública, por lo que, dada su naturaleza privada —ya apuntamos que no es lo mismo una fundación pública que una fundación en mano pública, por utilizar la expresión sellada por VAQUER CABALLERÍA—, hemos de entender extensibles a estas entidades personificadas las previsiones que, con carácter general, se hacen en torno a las personas jurídicas sujetas al Derecho civil.

En este sentido, las enmiendas presentadas al artículo 3.1 del Proyecto de Ley para la modificación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) —causante inmediata del vigente TRLCAP—, formuladas por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) bien merecen un alto en el camino. Es interesante destacar la

³² Con independencia, pues, de su naturaleza pública o privada. Criterio que, a mi juicio, colisiona con el propio ámbito subjetivo del TRLCAP, respecto de las entidades de Derecho público que actúan conforme a las normas de Derecho privado.

enmienda núm. 20, que formuló el citado Grupo Parlamentario en el Congreso de los Diputados, y cuya defensa corrió a cargo del señor Zabalía Lezamiz. Dicha enmienda se pronunciaba en relación con ciertos aspectos de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas, y tenía por objeto clarificar y no distorsionar el marco jurídico de las relaciones entre las Administraciones públicas y las entidades y sociedades en las que tienen participación en el ámbito de la contratación. El portavoz del Grupo Parlamentario censuró los temores del Bloque Nacionalista Galego ante la incorporación de determinados criterios de actividad privada. «No hay que confundir —entendía el Grupo Parlamentario Vasco— lo que puede ser el concepto de titularidad o la responsabilidad pública en la contratación con métodos de gestión privada, que creo —decía Zabalía— que siempre es bueno que se establezcan dentro de todas las Administraciones públicas». Con estos datos, la referida enmienda núm. 20 se correspondía al artículo 3 de la LCAP (no modificado por el Proyecto), y su letra pretendía «introducir un nuevo caso de exclusión de la Ley para los contratos o convenios adjudicados a entidades vinculadas o dependientes, puesto que estos instrumentos públicos —los entes y las sociedades— han sido creados para que desarrollen sus funciones dentro del principio de la libre competencia. Por lo tanto —justificó el portavoz del Grupo Parlamentario Vasco— se trata de evitar la distorsión del marco jurídico aplicable a estas entidades». La enmienda no prosperó en el Congreso de los Diputados y quedó esperando una mejor ocasión en el Senado.

Ya en este foro, el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos presentó la enmienda núm. 34, por la que se proponía una vez más la adición de una nueva letra l) al artículo 3.1, y que rezaba de la siguiente manera:

«Artículo 3. Negocios y contratos excluidos.

l) Los contratos adjudicados a las Entidades vinculadas o dependientes, consideradas como medio instrumental o técnico de la Administración Pública respectiva.

Los contratos que dichas Entidades celebren con terceros para el desarrollo de las prestaciones acordadas al amparo de este apartado estarán sometidos al régimen establecido para los contratos de los entes de derecho público en el artículo 2 de esta Ley».

La justificación a la enmienda se presentó el día 19 de octubre de 1999, en los siguientes términos:

«Se pretende incorporar un nuevo supuesto en la relación de negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para clarificar el estatus de las relaciones que se pueden articular entre las Administraciones o entidades públicas y las sociedades por

ellas creadas, ya sea bajo denominaciones de contrato ya de convenio.

Dichas relaciones discurren al margen de las previsiones de la vigente Ley de Contratos, son bastante habituales y constituyen realmente un desarrollo del principio de tutela sobre un medio propio instrumental o técnico. Se trata, en definitiva, de que una vez creado el medio instrumental público no nos encontremos con la paradoja de que el desarrollo de las funciones encomendadas puede colisionar con el principio de libre concurrencia.

Con la propuesta se logra evitar que se distorsione el marco jurídico aplicable, conscientes de que esas relaciones no se suelen encuadrar pacíficamente en el supuesto de exclusión del artículo 3 sobre “convenios de colaboración”, y conscientes de que hace falta un planteamiento general de este tipo para disipar cualquier duda sobre la no aplicación de principios de publicidad y concurrencia para la contratación de las Administraciones con sus propias sociedades públicas instrumentales (así lo demuestran también los antecedentes del artículo 11 de la Directiva 93/38/CEE, artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, artículo 158 de la Ley 13/96, artículo 88.4 de la Ley 66/1997, y el propio artículo 155.2 de la vigente Ley 13/1995)».

De prosperar la enmienda, esta aportación bien hubiera despejado muchas de las incógnitas que suscita la materia, pues aunque la justificación se reduce a mencionar a las sociedades creadas por los poderes públicos, su alusión no parece identificarse exclusivamente con el concepto de sociedad mercantil. Mucho menos lo hace la letra del precepto propuesto en la enmienda, que se limita a hablar de entidades vinculadas o dependientes, consideradas como medio instrumental. Sin embargo, los intentos de modificación capitaneados por el Grupo Parlamentario Vasco no cuajaron y la Ley de modificación de la LCAP vio la luz pública sin operarse cambio alguno en el artículo 3. El vigente TRLCAP, heredero natural de la LCAP, mantiene el mismo silencio que caracterizó a su precedente legal³³.

Con todos estos elementos puestos sobre el mantel de la polémica, examinaremos si es posible encomendar directamente la gestión y la prestación de servicios administrativos a fundaciones creadas por un ente público y sujetas a Derecho privado, y en consecuencia si es posible encomendar la gestión o la prestación de aquellos servicios al margen de las normas de contratación administrativa, o si, por el contrario, es pre-

³³ Debo puntualizar que, ya en la elaboración primigenia del texto de la LCAP, la determinación de su ámbito subjetivo fue uno de los caballos de batalla de la tramitación parlamentaria, en una pugna que abanderaba la doctrina de la «huida del Derecho administrativo», y que acabó por excluir *a priori* del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley a las distintas entidades de Derecho privado que orbitan en torno a las Administraciones públicas.

ceptiva la aplicación de las reglas contenidas en el TRLCAP, aun cuando estas entidades caracterizadas por su ausencia de ánimo de lucro sean de dotación pública. La respuesta a la incógnita dependerá de la identificación de estas fundaciones en el sector público o en el tercer sector.

II. LA FUNDACIÓN DE INICIATIVA PÚBLICA: ¿SECTOR PÚBLICO O TERCER SECTOR?

La satisfacción del interés colectivo justifica, sin duda, la reserva de ciertas actividades económicas que son sustraídas de la libre concurrencia para entregarlas de forma exclusiva a la Administración pública, que, en pro del interés general y dentro del sistema económico, garantiza su necesaria cobertura. De este modo, aun cuando no está del todo claro el significado de «servicio público»³⁴, lo que no parece discutible es la vinculación del interés general a la prestación de un servicio cuyos únicos beneficiarios son los particulares, como expresión máxima del progreso y el bienestar social en busca del mayor nivel posible de calidad de vida; consideración que hace la jurisprudencia en su más amplio sentido de función o actividad administrativa, como sinónimo de todo lo que hace ordinariamente la Administración, comprendiendo, por consiguiente, la actividad de servicio público en sentido estricto o prestacional, o meramente funcional, como sinónimo de «actividad administrativa», de «giro o tráfico administrativo», de «gestión, actividad o quehacer administrativos» (STS de 10 de octubre de 2000 [RJ 2000/9370]).

Con la finalidad de lograr estos objetivos, las Administraciones públicas buscan el auxilio de personificaciones instrumentales de naturaleza fundacional, que son creadas por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, de acuerdo con la legislación general aplicable. La dotación fundacional con cargo a los presupuestos de la Administración pública de referencia quedará sometida a las normas que, a tal fin, establezca la Comunidad Autónoma.

Pues bien, es claro que estas fundaciones son constituidas y financiadas total o parcialmente por la Administración fundadora para su utilización instrumental en la gestión de determinados servicios públicos que tienen encomendados. En ocasiones, incluso, la prestación que se requiere a estos entes instrumentales responde a distintos matices encuadrados —tal vez— en los *servicios de interés económico general*, referidos a actividades de servicio comercial e industrial que cumplen misiones de interés general y que, por ello, dice ÁVILA ORIVE, desempeñan obligaciones específicas de servicio público³⁵. De modo que, más allá de la finalidad social a la que alude la LF en sus artículos 2 y 3, se trata de estructuras organizativas que, bajo el apelativo de «fundación», ejercen ciertas actividades administrati-

³⁴ El TC, en su Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, advierte que «... no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica —con detractores y valedores— sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas».

³⁵ J. L. ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración...*, ob. cit., pág. 189.

vas que, por su propia esencia, persiguen ineludiblemente el interés general. No son, entonces, las fundaciones de iniciativa pública manifestación de la autonomía de la voluntad que, por regla general, preside el negocio fundacional, sino expresión del mandato legal referido a la prestación del servicio público que realiza cada Administración. Por lo demás, poco tienen que ver estas fundaciones de iniciativa pública con las entidades personificadas sin ánimo de lucro que son creadas por sujetos de Derecho privado. ¿Significa esto, acaso, que aquellas fundaciones instrumentales se incorporan a la vida jurídica como agentes del sector público? La vaguedad que aqueja al concepto no favorece en nada la respuesta.

De un lado, porque la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, considera que el sector público está integrado por las Administraciones territoriales, las entidades gestoras de la Seguridad Social, los organismos autónomos y las sociedades estatales y demás empresas públicas, al tiempo que el artículo 34 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, somete a todas las entidades integrantes del sector público enumeradas en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982 a la obligación de rendir al Tribunal las cuentas legalmente establecidas de sus operaciones, con arreglo a su respectivo régimen de contabilidad. Ciertamente, este tipo de fundaciones privadas no están incluidas en estos grupos de agentes, pues ni son empresas públicas ni son sociedades mercantiles.

Es así que, tras muchos devaneos legislativos, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), pudo haber puesto freno a las dudas que plantea la integración de estas entidades en el sector público. Sin embargo, y como ya nos tiene acostumbrado nuestro legislador, una vez más, un texto legal calla en torno a las fundaciones privadas constituidas bajo iniciativa pública. En efecto, el artículo 2 de la LGP enumera de manera completa las entidades que han de considerarse incluidas en el sector público estatal, atendiendo a los criterios de financiación mayoritaria y de control efectivo por la Administración General del Estado, así como los diversos entes dependientes o vinculados a ella. En esa mención, la LGP presta una atención novedosa a las fundaciones del sector público estatal reguladas en los artículos 44 y siguientes de la LF; pero nada dice respecto de las fundaciones privadas en mano pública, de donde debemos colegir su exclusión del llamado «bloque de lo público»³⁶. En cualquier caso, sí resulta interesante señalar la agrupación que la LGP hace respecto de las fundaciones públicas estatales, que separa del *sector público empresarial*, integrado por las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales, junto con los consorcios dotados de personalidad jurídica propia y otras entidades estatales de Derecho público distintas a las mencionadas en el precepto³⁷. A su vez, califica como *sector público fundacional* al integrado por las fundaciones del sector público estatal.

³⁶ Máxime si tenemos en cuenta que, para entonces, el reconocimiento legal a la capacidad fundacional de las Administraciones y entes públicos llevaba casi diez años de rodaje.

³⁷ Del mismo modo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, a la hora de desarrollar ciertas previsiones en torno al patrimonio público empresarial, emplaza dentro de su ámbito de actuación reglado tanto a sujetos de De-

De este modo, y por mediación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), la nueva LGP delimita los contornos del sector público, que en materia de sujetos de Derecho privado queda circunscrito a las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho público. Es claro que el carácter no lucrativo que caracteriza a las fundaciones separa a estas entidades personificadas del sector mercantil al que pertenecen las sociedades sujetas al Derecho privado que desarrollan su actividad con ánimo de lucro. En consecuencia, no puede decirse que las fundaciones que aquí examinamos puedan ser agrupadas bajo la denominación de sociedades; ni parece posible que puedan ser incorporadas al llamado sector público empresarial, caracterizado por el ejercicio de actividades económicas en el tráfico mercantil. Por su parte, el llamado sector público fundacional acota de tal manera su concepto que tampoco deja hueco a estas otras fundaciones privadas de iniciativa pública.

En definitiva, la nueva LGP sigue manteniendo escrupuloso silencio en torno a las fundaciones de dotación pública sujetas al Derecho privado.

Decía, asimismo, que en principio las fundaciones administrativas tampoco pueden ser consideradas empresas públicas. En efecto, si bien la Resolución de 30 de septiembre de 1997, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, referente a la moción sobre los conceptos de sociedad estatal y de empresa pública³⁸, pone de manifiesto que el concepto de «empresa pública» es más amplio que el de «sociedad estatal»³⁹, ambas personaciones jurídicas radican en su concepción mercantil, circunstancia que incide al margen de los criterios de titularidad del capital o, en su caso, del control efectivo ejercido por el sector público. Ciertamente, la noción de «empresa» aparece en todo caso vinculada al ánimo de lucro, de forma que la empresa pública se configura como una entidad sometida al Derecho privado y gestora de actividades económicas.

recho público como a agentes de Derecho privado. La Exposición de Motivos de la Ley anuncia en su apartado V la «amplitud» en la definición de estos sujetos, bajo la pretensión de abarcar todas las unidades económicas vinculadas a la Administración General del Estado susceptibles de ser consideradas empresas, incluyendo las sociedades mercantiles en las que el Estado ostenta posiciones de control aun sin tener mayoría de capital. Este entramado normativo, que se ratifica en el artículo 166, en el 168 es calificado como «sector público empresarial», englobando bajo su concepto no sólo a las entidades públicas empresariales a las que se refiere el Capítulo III del Título III de la LOFAGE, y a las sociedades mercantiles estatales, sino, además, a las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por 100, de operaciones realizadas en el mercado y a las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos. Deja, pues, a las fundaciones fuera de toda mención. Lo que, por otra parte, no es censurable dado que, como ya he apuntado, una vez celebrado el negocio fundacional, la titularidad del capital le pertenece a la propia fundación, y no al fundador.

³⁸ Publicada en el *BOE* el día 10 de enero de 1998.

³⁹ Ya que son empresas públicas tanto las sociedades estatales como las sociedades autonómicas y locales, puntualiza la citada Resolución.

Y de este modo lo entendió el TC en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, al excluir a las fundaciones del ámbito de la empresa; si bien el voto particular de uno de los Magistrados se inclinó hacia un concepto más amplio de empresa, al tiempo que censuraba la interpretación reductora que la Sala había hecho del artículo 38 de la Constitución, y por la que estimaba que tal precepto se refiere a «organizaciones que tienen una finalidad de lucro». En voto particular, el Magistrado Luis Díez-Picazo rubricó su opinión desde un concepto amplio de empresa, entendida como toda organización estable de capital y trabajo que ejercita, habitual y profesionalmente, actividades de carácter económico —como puede ser la prestación de un servicio público— en una economía de mercado, tenga o no ánimo de lucro, ya que, como argumenta este notable civilista, la naturaleza de las actividades a que la empresa se dedique no modifica su estructura como persona jurídica. En cualquier caso y aun habiendo sido defendida por un Magistrado de tan acreditada solvencia, esta teoría no dejó de ser un voto particular frente al criterio mayoritario mantenido por la Sala, que hizo triunfar el concepto de empresa pública ligado al ánimo de lucro. Hecho que parece latir en el seno de la recién nacida LGP, al encabezar con estas entidades personificadas el elenco de miembros que integran el sector público empresarial.

De otra parte, la LOFAGE simplifica el panorama organizativo y contempla los organismos públicos del Estado como únicos entes instrumentales. Dichos organismos públicos se difieren en organismos autónomos y en entidades públicas empresariales, entre las que pueden entenderse incluidas las fundaciones públicas. En cuanto a las sociedades mercantiles, únicamente menciona la facultad que tienen los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales para su creación o participación, cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados, refiriendo su régimen jurídico en la disposición adicional decimosegunda⁴⁰. Calla, pues, en torno a las fundaciones instrumentales de la Administración sujetas a Derecho privado que, en el esquema de la LOFAGE, quedan al margen del sector público.

Por su lado, el artículo 2 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, precisa el alcance del sector público y, en su apartado 1, lo considera integrado por los grupos clásicos referidos a la Administración General del Estado, las Entidades del Sistema de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como los organismos autónomos y los entes públicos dependientes de cada una de aquéllas que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales. La redacción deja fuera de su contexto a las fundaciones de iniciativa pública, que en ningún caso pueden corresponderse con la mención a los entes públicos. El apar-

⁴⁰ Modificada por la disposición final 1.3 de la LPAP, de modo que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

tado 2 del mismo artículo extiende, asimismo, la consideración de sector público a:

«El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y no comprendidos en el número anterior...».

La literalidad del precepto sigue excluyendo del sector público a las fundaciones instrumentales, pues, como ya tuvimos ocasión de ver, estas entidades personificadas que centran nuestra atención no son ni empresa, ni sociedad mercantil, ni entes de Derecho público. Sin embargo, el punto III de la Exposición de Motivos de esta misma Ley anuncia el alcance del sector público a los efectos de sus disposiciones, y lo define:

«... abarcando en su ámbito subjetivo al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, cualquiera que sea el estatuto jurídico de la organización administrativa, y atendiendo al espacio de autonomía competencial que tienen las Administraciones Territoriales para la configuración de *sus entes instrumentales, así como al conjunto de personificaciones jurídicas, públicas y privadas*, dependientes de todas ellas».

En definitiva, la Exposición de Motivos parece insinuar lo que omite el articulado de la Ley: la incorporación en el sector público de las fundaciones constituidas y financiadas por los poderes públicos para la gestión de sus servicios. No obstante, la mención a la dependencia disuade, otra vez, de esta posibilidad pues, no siendo entes públicos, tampoco puede decirse que las fundaciones sean dependientes de las diferentes Administraciones: una vez celebrado el negocio fundacional, la fundación se desvincula de su fundador; su titularidad recae sobre ella misma, es su propio sujeto y, en consecuencia, es totalmente independiente de la Administración fundadora, sólo vinculada y vinculable por el ejercicio de su propia voluntad encaminada al cumplimiento del fin fundacional, cuyo motivo justifica las pertinentes subvenciones⁴¹. En suma, entiendo que, en propiedad, no puede decirse que la fundación sea dependiente⁴² de la Administración matriz. Tal vez confunda el legislador el carácter público de la Administración fundadora con la naturaleza jurídico-privada de la entidad instrumental personificada.

En fin, ningún texto legal hace referencia a la ubicación de estas fundaciones en el organigrama del sector público, por lo que seguimos en la

⁴¹ J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas...», *ob. cit.*, nota al pie 13.

⁴² En torno a la dependencia de estos entes con la Administración fundadora, véase la nota 23 de este trabajo.

misma incertidumbre de siempre. «Hasta el punto —señala BERMEJO LATRE— de no hallar vinculación orgánica posible de las fundaciones privadas de iniciativa pública dentro del sector público»⁴³.

Fracasados nuestros intentos en el ámbito legal, vuelvo los ojos a la jurisprudencia para toparme de bruces con la STS de 9 de junio de 1988 (RJ 1988\5319)⁴⁴. De acuerdo con el criterio mantenido por la Sala, la personalidad de la fundación, por más que sea un instrumento útil de cara a facilitar una más ágil gestión, no puede hacer perder de vista la relación fiduciaria que liga a la Administración creadora con la fundación, dado que el ente matriz «confía» al Patronato la realización de una finalidad concreta. Y, a su vez, la STC 154/1986, de 31 de enero, al entrar a analizar el contenido y alcance de una realidad fáctica y jurídica, cual es el modo de actuar de las Administraciones públicas mediante determinadas entidades personificadas bajo formas del Derecho privado, afirma que:

«Parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conectan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica».

De acuerdo con esta línea de concepción, la personalidad jurídica se manifiesta plenamente *ad extra*, es decir, en sus relaciones con los terceros; pero resulta deficiente *ad intra*, o sea, en las relaciones internas que ligan al ente personificado con su Administración fundadora, en una tacha que se constata en la caracterización del ente fundacional como mero instrumento en manos de la Administración pública, por ella creado, manejado, utilizado y —cuando así conviene— extinguido, con el propósito de asegurar la eficacia en la gestión de determinadas funciones que le transfiere, marginando de esta guisa al Derecho administrativo y buscando fórmulas de actuación más aptas, que de ninguna manera suponen una mengua en sus poderes de dirección y control, de modo que, «en último término, tiene siempre en su mano la posibilidad de recuperar el rumbo eventualmente perdido mediante la retirada de confianza y consiguiente sustitución de las personas en su día nombradas para administrar y dirigir estos entes filiales»⁴⁵. Lo que me inclina a pensar que, no obstante la indefinición legal,

⁴³ J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas...», *ob. cit.*, pág. 951.

⁴⁴ Sentencia que analiza «... la verdadera naturaleza que liga a una Administración matriz con los entes institucionales que de él dependen», cuando se trata de una fundación pública, pero que en su pronunciamiento es perfectamente aplicable a lo aquí expuesto.

⁴⁵ Sobre todo esto, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, *ob. cit.*, págs. 398 y ss.

estos entes privados instrumentales de la Administración creados con la finalidad de gestionar determinados servicios públicos han de incorporarse holgadamente al bloque del sector público, toda vez que en el marco de su liberalidad cumplen una parcela del cometido institucional encomendado por mandato legal a la Administración, bajo los principios primordiales de eficacia y eficiencia contenidos en el artículo 103 de la Constitución. Esto significa que si bien se rigen por el Derecho privado, en algunos aspectos puntuales su actividad quedará supeditada a las normas del Derecho administrativo. Así, por ejemplo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, de ser consideradas integrantes del sector público, las fundaciones privadas creadas por ente público quedarían sometidas al control del Tribunal de Cuentas. Criterio que mantengo, no obstante, con todas las cautelas que el actual marco normativo impone⁴⁶.

III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LLEVADA A CABO POR LA FUNDACIÓN: SU INDEFINICIÓN LEGAL

a) *Segunda referencia a la legislación contractual administrativa*

En este escenario, las prestaciones que se requieren de la fundación se aproximan mucho al contrato de gestión de servicios públicos que se regula en el Título II del TRLCAP, toda vez que su artículo 154 define a estos contratos como aquellos mediante los que las Administraciones públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público.

De ordinario será, pues, preceptiva la aplicación de las normas de la contratación administrativa, informadas por los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, en toda relación que cualquier Administración pública desee emprender con una persona, natural o jurídica, para la gestión de sus servicios; por lo que, en principio, no regiría la exclusión contemplada en el artículo 3.1.d) del TRLCAP.

En puridad, tampoco lo harían las excepciones que el apartado 2 del artículo 154 opone a la regla general. En verdad, el citado precepto excluye de la aplicación de las disposiciones legales del TRLCAP a los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, así como aquellos casos en que la gestión se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Silencio absoluto y omisión dolorosa respecto de las

⁴⁶ De hecho, J. L. BERMEJO LATRE afirma que «las fundaciones privadas de iniciativa pública son entes privados, instrumentales de la Administración, pero que no pueden ser concebidos como sector público propiamente dicho, a diferencia del resto de entes instrumentales que sí guardan estrecha relación con la Administración que los instituye...». «Las fundaciones privadas...», *ob. cit.*, pág. 955.

fundaciones privadas de iniciativa pública. A pesar de la confusión constante que maneja el legislador, está claro que este tipo de fundaciones no son entidades de Derecho público. Del mismo modo, el carácter no lucrativo que caracteriza a estas entidades personificadas las separa de las sociedades sujetas al Derecho privado que desarrollan su actividad comercial, y a las que se refiere la segunda excepción del artículo 154.2 del TRLCAP.

Planteadas así las cosas, cabría pensar que la mención del legislador respecto de las entidades exceptuadas de la legislación contractual administrativa para la gestión de los servicios tiene un valor meramente ilustrativo y, por ende, abierto a otros tipos de personificación participada por capital público, como pudieran ser las fundaciones instrumentales. No pretendo dejar sentada una doctrina referente al *numerus clausus* del artículo 155.2 del TRLCAP. Ni mucho menos. Pero lo cierto es que la intención del legislador parece ser la de negar la posibilidad de encomendar directamente a sujetos de Derecho privado la gestión de los servicios públicos, con la única excepción de las sociedades mercantiles participadas exclusivamente por la Administración cedente. En cuanto a la facultad de encomendar directamente la gestión a entes públicos, no es más que una mención tautológica, toda vez que se hallaba ya sancionada por otra Ley anterior y de no menor importancia, cual es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). De modo que el TRLCAP se limita a transcribir una opción legal de política administrativa que, por otra parte, es acogida en su ámbito de aplicación subjetiva y, por ende, en las excepciones del artículo 3.1.c). En consecuencia, me parece la ocasión menos adecuada para inclinarse por el carácter abierto del breve elenco de excepciones legales. Todo ello sin entrar ahora en la cuestión de la presencia exclusiva del capital público que exige el artículo 154.2 del TRLCAP frente a la posible existencia de fundaciones que, siendo de iniciativa pública, tuvieran una dotación fundacional —en mayor o menor cuantía— procedente de empresas privadas. A este extremo me dedicaré en el apartado siguiente. Por el momento, baste retener en la memoria los límites de la exclusión prevista en el texto legal.

Descartada, a mi juicio, la aplicación de las excepciones previstas en el artículo 154.2 del TRLCAP, podríamos preguntarnos si, acaso, el carácter no lucrativo de las fundaciones puede derivar en su salvedad para la aplicación de las normas propias de la contratación administrativa. La respuesta a la pregunta llega rápidamente de la mano del apartado 2 de la disposición adicional octava del TRLCAP, que, lejos de excluir a este tipo de entidades de las normas de la contratación administrativa, prevé la posible preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales, y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. El legislador ha contemplado, expresamente, la contratación administrativa con fundaciones. Y tampoco aquí

ha hecho distinción alguna entre las fundaciones propiamente privadas y las fundaciones de iniciativa pública. Ha desaprovechado, en fin, una ocasión única para verter un poco de luz sobre el problema y resolver una cuestión largamente acariciada. No sé si de forma intencionada o por simple olvido. Pero la consecuencia real es que todas las fundaciones sujetas al Derecho privado quedan englobadas en la misma mención. Por lo que, al margen del favoritismo del que puedan ser objeto con el beneplácito del legislador, en principio, no es posible colegir la facultad de las Administraciones públicas para acudir directamente a la vía del convenio a la hora de formalizar sus relaciones con este tipo de entidades. Sin embargo, asimilar bajo un mismo precepto a ambos tipos de entidades personificadas sin ánimo de lucro, por el simple hecho del sometimiento de sus relaciones *ad extra* al Derecho privado, conlleva absurdos de lógica jurídica difíciles de aceptar⁴⁷, sobre todo si tenemos en cuenta que las fundaciones de iniciativa pública no concurren en el tráfico jurídico como competidoras de otros sujetos que apuntan su intervención en el mercado. Ni las fundaciones en mano pública ofertan sus servicios a terceros, ni la Administración matriz acude como empresaria al mercado en demanda de aquellas prestaciones.

Ahora bien, si la reseña legal concuerda con el panorama que ofrece nuestro sistema normativo, no lo es así la experiencia en materia de fundaciones de iniciativa pública. La verdad es que aquella célebre frase de ORTEGA Y GASSET: «yo soy yo y mis circunstancias», responde a una realidad genérica que, en el asunto que tratamos, se convierte en la necesidad concreta de adaptar el ordenamiento jurídico a la realidad de la práctica administrativa. No podemos perder de vista la pretensión legislativa que iluminó la elaboración de la LCAP, llamada a sujetar el «noble» comportamiento de la Administración pública a través de la exigencia de una serie de requisitos. De hecho, tal y como recuerda LINDE PANIAGUA⁴⁸, la LCAP fue tildada como la de la mala conciencia. Calificativo que, sin duda, podría ser extendido al vigente TRLCAP y que tuvo su origen en el intento del legislador de frenar los escándalos de corrupción que cada mañana asomaban a los periódicos durante la década de los ochenta y principios de los noventa. El legislador se despachó así con una Ley rabiosamente burocrática y rígida, en donde los intereses públicos se desequilibran injustificadamente a favor de los intereses particulares, promoviendo más el mecanismo de las garantías que el de los privilegios, y olvidando su misión esencial de nivelar la actuación pública. Con este horizonte no es de extrañar el resultado final, heredado después por el TRLCAP. Tal vez, el legislador no se hallaba en disposición de autorizar aquello que la doctrina científica censuraba desde el púlpito de sus escritos y que había calificado como «huida del Derecho administrativo». Quizá, entendió que la mención expresa a este tipo de entes instrumentales era tanto como dejar la puerta abierta al

⁴⁷ J. L. ÁVILA ORIVE apunta no sólo a que tal conclusión neutralizaría la razón de ser de la relación de instrumentalidad, sino, además, abocaría al vacío de contenido del artículo 15.1 de la LRJ-PAC. *Los convenios...*, *ob. cit.*, pág. 131.

⁴⁸ E. LINDE PANIAGUA, «El Derecho administrativo como Derecho instrumental...», *ob. cit.*

fraude. Y, ante esta posibilidad, acaso, optó por callar. La técnica del *aves-truz*, de esconder la cabeza para no ver el peligro, soslayó la presencia, cada día más frecuente, de estas entidades personificadas sujetas a Derecho privado pero constituidas y financiadas por los poderes públicos.

b) *La posible aplicación analógica y tercera referencia al TRLCAP*

Dice DORAL GARCÍA que «hay laguna legal no sólo cuando falta norma, también si existe pero no está suficientemente desarrollada, es oscura, contradictoria o no es oportuna o resulta anacrónica. Este vacío se cubre por analogía». Y dice también que mientras la interpretación extensiva «estira» la ley, la analogía «excede», se sale de ella: al menos, se adentra en su comprensión. «Con la analogía, lo singular, por asimilación, se llena de sentido. En la interpretación extensiva se comparan dos significados de la regla y se elige uno como más apropiado»⁴⁹.

Es evidente que el tema que nos ocupa está afectado por un claro vacío legal, en donde no es posible encontrar una norma que, de forma contundente, ayude a dilucidar la extraña posición de las fundaciones de iniciativa pública en el organigrama administrativo. No olvidemos que, como en su contexto ponía de manifiesto el TS en la Sentencia de 9 de junio de 1988 (RJ 1988/5319), la relación que liga a la Administración con las fundaciones privadas creadas por ella misma es la relación fiduciaria, en virtud de la cual el ente matriz «confía» a la fundación la realización de una finalidad concreta: la que sea, jurídicamente lícita. Por tanto, la creación de la fundación se realiza con un fin específico y determinado, y la relación que vincula a la Administración con estas entidades instrumentales tiene carácter fiduciario. De todos modos, como el acudir a relaciones fiduciarias suele tener como trasfondo el tratar de ocultar la verdadera causa de una actuación —sobre todo en las relaciones triangulares—, o eludir por alguna razón el ordenamiento jurídico común⁵⁰, es por ello que el Derecho mira con recelo los negocios fiduciarios y tiende siempre al alzamiento del velo que permita apreciar la relación sustancial o material que subyace, y a exigir actuaciones claras y transparentes por todas las partes.

Con lo dicho, no creo que la excepción hecha en el artículo 154.2 del TRLCAP a las sociedades mercantiles deba ser interpretada como extensiva a otro tipo de personificaciones con presencia pública. Ni creo que sea ése el ánimo que subyace en el precepto. No obstante, la singular esencia de las fundaciones creadas por los sujetos de Derecho público para la gestión de sus servicios obliga a adaptar el ordenamiento jurídico a su actividad y eficacia. Su pertenencia —o, al menos, su proximidad— al sector pú-

⁴⁹ J. A. DORAL GARCÍA, «La analogía en el derecho de obligaciones», en *Centenario del Código civil, 1889-1989*, tomo I, Ed. CEURA, Madrid, 1990, págs. 719 y ss.

⁵⁰ Evidentemente, dejamos fuera de esta apreciación aquellos contratos y relaciones negociales que, como el mandato, se basan precisamente en la relación de confianza que liga a las partes, en un nexo que se denomina *intuitu personae*, y que merece todos los parabienes del ordenamiento jurídico.

blico debe atajar las incertidumbres que acechan su desubicación en nuestro sistema jurídico⁵¹. Y no desde la utilización extensiva de la norma, sino desde su aplicación analógica por identidad de razón. Una identidad de razón que halla su fundamento en los parámetros del sector público, pero que matiza la misma aplicación de la norma, toda vez que en las sociedades mercantiles subyace un ánimo de lucro que está ausente en las fundaciones: lo que no es sinónimo de espíritu ruinoso en el ámbito fundacional, sino, por el contrario, de la mejor gestión posible ajena a cualquier interés personal, más allá del altruista, que pudiera contaminar los intereses generales perseguidos. De modo que en caso de producir beneficios no revertirán a los patronos, sino a la propia fundación, que, poco a poco, podrá ir incrementando su patrimonio y, en consecuencia, su línea de actuación.

Se da, además, la circunstancia de que el conjunto de bienes patrimoniales de la fundación está vinculado a la consecución de un fin de carácter permanente, que no es otro que la gestión de un servicio público. Y aquellos sujetos que han de garantizar el cumplimiento de la finalidad fundacional y que ostentan las facultades de decisión sobre el patrimonio son los miembros del Patronato y, al mismo tiempo, miembros de la Administración fundadora. De igual modo, mientras la titularidad de la sociedad mercantil pertenece al conjunto de sus socios⁵², la titularidad de la fundación le pertenece a ella misma. Desde esta perspectiva, entiendo que las limitaciones establecidas en el artículo 154.2 del TRLCAP para la gestión directa encomendada a las sociedades mercantiles no debieran ser aplicables a las fundaciones que aquí examinamos.

Ciertamente, el TRLCAP exime de la aplicación de las normas dictadas para la contratación de la gestión de los servicios públicos a las sociedades de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. El artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), es el principal artífice de la modificación introducida por la LCAP⁵³ en orden a exigir la exclusiva participación de la Administración pública en el capital de la sociedad, frente a la participación mayoritaria que permitía la LCAP antes de su modificación. Para más señas, la nueva redacción ha venido a corregir la aparente discordancia⁵⁴ que existía entre ambos textos

⁵¹ Subraya J. M.ª BAÑO LEÓN la ausencia de justificación institucional que existe para no considerar ente público a las entidades instrumentales creadas para la realización de actividades de interés general. Así, en «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», publicado en el núm. 151 de esta REVISTA, 2000, pág. 16.

⁵² De resultas de ello, será de titularidad privada cuando sus socios sean personas sujetas al Derecho privado, y de titularidad pública cuando éstos lo sean de Derecho público.

⁵³ Antes de dicha modificación, el artículo 155.2 de la LCAP excluía de la aplicación de su Título II «... a los supuestos en que la gestión del servicio público... se atribuya a una sociedad de Derecho privado, en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o un ente público de la misma».

⁵⁴ Digo bien al decir *aparente* pues, en cualquier caso, es difícil conciliar la discordancia, toda vez que la disposición derogatoria única de la LCAP declaraba la derogación de todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opusieran a su contenido. Por lo

legales, en cuanto que la legislación local, acompañada con los artículos 103 y 104 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, refería la modalidad de gestión directa de los servicios públicos a la efectuada por medio de «sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la Entidad local»⁵⁵; mientras que consideraba que la «sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local» se correspondía con la gestión indirecta⁵⁶. Desde un punto de vista técnico, la previsión resulta razonable: las sociedades, sea cual sea su titularidad y mediante el desempeño de una actividad de carácter económico que no tiene por qué coincidir con el interés general, persiguen un fin lucrativo común a los miembros o socios, entre los que posteriormente se repartirán las ganancias. En definitiva, tal y como indica CAPILLA RONCERO, los socios, más que colaboradores en la empresa común, son inversionistas⁵⁷. De ahí resulta lógica la limitación que, en la actualidad, establece la legislación contractual administrativa para la gestión del servicio público encomendada a sociedades de Derecho privado, pues de otro modo se estaría favoreciendo a los empresarios particulares que, siendo socios de una sociedad mercantil participada mayoritariamente por un ente público, van a gestionar directamente un servicio público y a obtener un reparto en las ganancias.

Tal parece ser el espíritu que latía en la argumentación desplegada por el señor Uriarte Zulueta cuando, en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley por la que se modificó la LCAP, pretendió descartar la enmienda núm. 51, presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV). A través de dicha enmienda se promovía suprimir la modificación del artículo 155.2, correspondiente a los supuestos en los que la gestión del servicio público se atribuye a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma. El GPSNV propuso eliminar dicha modificación al entender que:

«El carácter instrumental o institucional público de la sociedad está vigente en cualquiera de los casos, con capital público exclusivo o mayoritario, por lo que la introducción de mayor rigor con la articulación del contrato de gestión de servicios públicos con una empresa institucionalmente pública sólo puede hacer que nos acabemos cuestionando la propia

que tanto el artículo 85.3.c) de la LBRL como los artículos 103 y 104 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local debieron entenderse derogados.

⁵⁵ Modificado en la actualidad por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, sigue, no obstante, manteniendo el criterio de la exclusividad del capital social, que debe pertenecer íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

⁵⁶ Hoy en día, la redacción que ofrece el artículo 85 de la LBRL se remite por completo en cuanto a la gestión indirecta al artículo 156 del TRLCAP.

⁵⁷ Cfr. F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, ob. cit., págs. 127 y ss.

participación de la Administración en la empresa o, alternativamente, que cercenemos vías de participación de la iniciativa privada en la financiación de asuntos públicos de interés social, extremos en ningún caso deseables».

A lo que el señor Uriarte Zulueta respondió:

«En la Ley de 1995 bastaba para excluir del régimen del contrato de gestión de servicios públicos [a una empresa pública] que su capital fuera íntegra o mayoritariamente público. Pues bien, en este proyecto se ha considerado que sólo merece ser excluido cuando el capital sea íntegramente público porque, caso contrario, puede haber situaciones de componendas que es conveniente evitar».

La enmienda no prosperó. El precepto fue modificado y, posteriormente, heredado por el vigente TRLCAP en su artículo 154.2.

Resulta, además, justificado el recelo que desde tiempo atrás suscita la amenaza de expoliar de su contenido lo que son facultades y obligaciones específicas de la Administración para pasarlas a unas sociedades que, en todo caso, no son el Estado. Nada impediría que alguna de estas sociedades, por mucho que tengan titularidad pública, pudiera ser objeto de privatización, sin que ello ofreciera mayores problemas. E, incluso, podría llegar a modificar sustancialmente su accionariado por ampliaciones de capital. De suceder así, la sociedad saldría del campo del Derecho administrativo para entrar de lleno en el terreno del Derecho mercantil⁵⁸.

Frente a todo ello, la esencia de las fundaciones de iniciativa pública, a pesar de su naturaleza privada, se halla mucho más próxima a las entidades de Derecho público creadas por la Administración como entes instrumentales para la gestión de sus servicios, ligados por una suerte de vinculación directiva, al margen de cualquier relación jerárquica con los órganos de la Administración fundadora, y que se expresa en el control completo y constante que ésta ejerce sobre las actividades desarrolladas por la fundación. Un control, por otra parte, que va más allá de la mera supervisión de las funciones acometidas por este ente personificado y que se expande hacia su entera actividad, comprometida desde el inicio a los programas y planes, presupuesto y dotaciones financieras, así como la actuación posterior referida a la rendición de cuentas y memorias de resultados⁵⁹. Todo lo que niega cualquier sentido a la aplicación de los principios contractuales administrativos de igualdad, publicidad y concurrencia.

No cabe hablar, por otro lado, de su condición de entidades «participadas» por su creador, porque, como señala VAQUER CABALLERÍA, la constitución de las fundaciones es un acto de liberalidad en virtud del cual el fun-

⁵⁸ En términos similares se expresaba el senador Castellano Cardalliaguet, en los debates del Senado del día 16 de diciembre de 1999.

⁵⁹ Como así señalan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, en *Curso...*, ob. cit., pág. 401, en referencia a la relación de instrumentalidad.

dador —público o privado— cede gratuitamente un patrimonio para su afectación permanente y estable a un fin de interés general que no le proporcionará en el futuro ningún rédito⁶⁰.

Por último, podríamos entender que las sociedades mercantiles respiran bajo el hábito del artículo 128.2 de la Constitución, por el que se reconoce la «iniciativa pública en la actividad económica», mientras que las fundaciones a que venimos haciendo referencia se crean como una medida auxiliar de la Administración para lograr el mejor cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 103.1 de nuestra Carta Magna.

En suma, entiendo que sería factible aplicar la analogía de la excepción del artículo 154.2 del TRLCAP no en lo que a las sociedades de Derecho privado se especifica, sino en lo que a las entidades de Derecho público creadas por la Administración y destinadas al fin concreto de la gestión se describe. De primar esta opción, todas las fundaciones de iniciativa pública quedarían eximidas de las disposiciones del TRLCAP, ya tuvieran dotación exclusivamente pública o hubiesen sido creadas en colaboración con alguna entidad privada, siempre y cuando la aportación del capital público a la dotación fundacional se tradujese en la influencia dominante de lo público, y así quedase reflejado en los estatutos fundacionales y en la representación de su Patronato.

c) *La relación de subordinación*

En un momento anterior de este trabajo traté de matizar los contornos de aquella especial independencia de la que goza la fundación respecto de su fundador. Una independencia más formal que real, y más «jerárquica» que «orgánica», toda vez que este ente personificado existe y subsiste, precisamente, gracias a la relación de instrumentalidad que le une con la Administración a la que pertenece. Su esencia no es más que la prolongación instrumental de aquella Administración, con la que forma un bloque orgánico que niega su verdadera autonomía de la voluntad por encima de la formal personación independiente que funciona en las relaciones *ad extra*, pero no *ad intra*, y que se corresponde con una «autonomía funcional» que, como aclaraba la STS de 22 de septiembre de 1995 (RJ 1995\7495), es sólo operativa.

De suerte que, en puridad, no puede decirse que el objeto pretendido aúne las voluntades de distintos sujetos que participan en el tráfico jurídico con intereses que les son propios en el ejercicio de sus competencias; o, más sencillamente, que existan dos voluntades concurrentes para el logro de intereses comunes. Pues, en efecto, los fines de la fundación no son fines propios, sino predeterminados por la entidad matriz en su estrategia pública y que responde a una opción de política administrativa. La conclusión de estos elementos apunta a la imposibilidad de la fundación para actuar en la vida pública al margen de las competencias que le encomiende

⁶⁰ Cfr. M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas...*, *ob. cit.*, págs. 58 y 102.

la Administración. Si no media encomienda, la fundación no podrá realizar las actividades propias de sus fines. No se trata de un oferente de servicios que concurre en el mercado con terceros y que es elegido, sin más, por la Administración. Estamos, en realidad, ante la subordinación del ente instrumental a la Administración fundadora.

En suma, la idea de colaboración que subyace en la relación entre una y otra entidad es la de la asistencia de la fundación en el eficaz cumplimiento de los intereses del fundador. Es, pues, una relación de subordinación, en la que la Administración lleva con fuerza las riendas y sujeta toda actuación del ente instrumental a su tutela y control⁶¹.

Y así, tratándose de una creación propia de la Administración, que, por otra parte, la sitúa en una posición subordinada, y que se halla impregnada de los vapores del sector público —al menos en lo que a sus relaciones *ad intra* con la Administración matriz se refiere—, la posibilidad de escapar de los rigores de la legislación contractual administrativa se halla no en la letra *d*) del artículo 3.1 del TRLCAP (referida, como hemos visto ampliamente, a los sujetos de Derecho privado), sino en la letra *c*) del mismo precepto, que autoriza la suscripción de convenios de colaboración interadministrativos, pero también *intraadministrativos*, cuando permite la celebración no sólo de convenios de colaboración entre las distintas Administraciones y las restantes entidades públicas, sino, además, de «cualquiera de ellos entre sí». «La expresión “cualquiera de ellos entre sí” —dice ÁVILA ORIVE— implica la comprensión de los convenios entre personas jurídicas unidas por la relación de instrumentalidad, incluyendo en el inventario todos aquellos que puedan celebrar las Administraciones públicas con sus entidades instrumentales»⁶². De tal guisa, el autor apunta al corazón del problema y descubre entre las posibilidades incorporadas al artículo 3.1.c) del TRLCAP la transposición de la encomienda de gestión contenida en el artículo 15 de la LRJ-PAC. Pues, en efecto, el legislador de la LRJ-PAC contempla la encomienda de gestión entre Administraciones públicas distintas, así como entre órganos y entidades pertenecientes a la misma Administración, en donde debemos entender incluida la presencia de los entes instrumentales creados, precisamente, por la Administración como una extensión propia para actuar la eficacia de la gestión de sus servicios públicos. Al margen quedan los sujetos de Derecho privado a que se refiere el último de sus apartados y que, como en caso particular señalan GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, su mención no es aplicable a las entidades instrumentales, aunque estén sujetas al Derecho privado, incluso en su forma jurídica, pues si algún sentido tienen como entes instrumentales es, precisamente, su utilización para la encomienda de gestión que contempla la hipótesis del artículo 15.1 de la LRJ-PAC⁶³. Por eso, concluye

⁶¹ En este sentido, y para lo que sigue, J. L. ÁVILA ORIVE, *Los convenios...*, *ob. cit.*, págs. 159 y ss.

⁶² J. L. ÁVILA ORIVE, *Los convenios...*, *ob. cit.*, pág. 160.

⁶³ F. GARRIDO FALLA y J. M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 98.

ÁVILA ORIVE que «sería rechazable una interpretación que asimilara a estos entes instrumentales, ... con los particulares, por virtud del sometimiento de sus relaciones *ad extra* al Derecho privado. Tal conclusión no sólo neutralizaría la razón de ser de la relación de instrumentalidad, sino que vaciaría parcialmente de contenido por dicho motivo la previsión del artículo 15.1 LRJ-PAC relativa a “Entidades de la misma o de distinta Administración”»⁶⁴. Por lo que la mención a las personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado debe entenderse hecha a los particulares.

De manera que el artículo 3.1.c) del TRLCAP no sólo da forma a la colaboración del artículo 6 de la LRJ-PAC, sino además a la encomienda del artículo 15 del mismo texto legal. Así es que bajo la denominación común de «convenio de colaboración», y junto a su concepto genérico, el TRLCAP encierra una fórmula de colaboración-subordinación que puede suceder tanto entre Administraciones distintas como *intraadministrativamente*.

EPÍLOGO

Llegamos así al final de este trabajo. No es preciso aclarar, y así espero que haya sido entendido, que cuanto aquí se ha expuesto no pretende sentar bases incontestables, sino traslucir la indefinición legal que atenaza a las fundaciones de iniciativa pública y su desubicación en el organigrama administrativo. Todo se ha expuesto con las cautelas que el tema exige, sin intención de asegurar nada, pero sin perder el hilo conductor del razonamiento jurídico que en todo momento me pareció más adecuado, y que creo que bien merece una propuesta de *lege ferenda*.

De cualquier modo, y al margen de ciertas cuestiones discutibles, podríamos concluir que la Administración pública tiene manos blancas para crear personificaciones de Derecho privado, con las que configura un «complejo organizativo unitario», basado en la confianza que liga a la Administración fundadora con su criatura, y que, sin embargo, no se desprende de la competencia directiva y de control que ejerce la primera sobre la segunda. *Grosso modo*, estos elementos me parecen suficientes para sortear la legislación administrativa y abrir las compuertas a la posibilidad de convenir con las fundaciones la gestión de los servicios públicos desde posiciones de Derecho privado.

⁶⁴ Cfr. J. L. ÁVILA ORIVE, *Los convenios...*, *ob. cit.*, pág. 131.