

O PAPEL INSTRUMENTAL DAS FUNDACIÓNS NO SERVICIO PÚBLICO: ¿EFICACIA DE XESTIÓN OU FUXIDA DO SISTEMA?

Luis Villares Naveira

Bolseiro de estudos de terceiro ciclo
da Xunta de Galicia

I. Introducción

A Administración é o reflexo sensible, o que a cidadanía percibe, da grande entelequia que denominamos Estado. É o seu xeito de se relaciona-lo conxunto da sociedade consigo mesma, de prestarse a necesaria axuda para a supervivencia social, concepto que apuntara Rousseau no seu *Contrato Social*.

Unha das grandes funcións que desenvolveu sempre a Administración, nomeadamente en momentos de crises sociais e económicas foi a da prestación de servizos á poboación, máis ou menos básicos, que recibiron o apelativo de «públicos», nun concepto, hoxe máis ca nunca, de fronteiras difusas. Para prestar estes servizos a Administración ten que se organizar, e é así que adopta distintas formas e procederes para levar a cabo estas xestións. As máis coñecidas e comentadas son, sen dúbida, aquelas en que a Administración toma prestadas formas propias do dereito privado, que adapta con máis ou menos cambios á súa propia natureza ata acadalos fins perseguidos. No emprego destas técnicas acusouse á Administración moitas veces de tentar eludi-los controis que lle impón o dereito administrativo aferrándose ó ordenamento privado, co

suposto argumento de ser máis eficaz. Neste contexto xorden as personificacións instrumentais que hoxe coñecemos, simplificadas dende a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (en diante LOFAXE) en organismos autónomos e entidades públicas empresariais.

Pero ó final deste proceso, cando moitos consideraban que a Administración xa non precisaba explorar máis formas de dereito privado, aparecen, flamantes, as fundacións, e a suxestión da súa idoneidade para xestionar los servicios públicos. Xorden conferidas dunha sorte de «halo» que lles supón a panacea ós males da «deficiencia» e a falla de eficiencia que lastra, ei-la controversia, a Administración na súa actividade prestacional, sorte que vén determinada polo seu obvio sometemento ó dereito privado. Se esta nova personificación da Administración na prestación dos servicios públicos é un medio para facer máis eficaz a actividade realizada, ou se é un subterfuxio dunha fuxida do dereito administrativo pola Administración para eludir los controis que a propia Constitución (CE) impón, será o obxecto de análise no presente traballo.

2. A consagración constitucional do concepto de fundación

2.1) O dereito de fundación, protección fundamental de orde constitucional

Lonxe quedan xa os tempos en que xorden as primeiras fundacións froito da liberalidade dos particulares, desexando que o seu patrimonio servise para obras de beneficencia social, a calquera nivel, con fins que eran en todo caso de mellora dalgún sector humano do seu medio. É polo tanto a vocación filantrópica a que move a crear fundacións que realizarán funcións útiles ó conxunto social. Estes modos de actuación deron lugar ás máis das universidades florecentes de toda Europa, senlleiras bibliotecas ou innumerables posibilidades de acción social ás ordes relixiosas: institucións que cumprían unha función social que só co paso dos anos serían asumidas polo Estado para o cal, sen embargo, sería preciso que se sucedesen verdadeiras revolucións culturais e ideolóxicas no conxunto da sociedade.

Fronte a esa primixenia situación, o Estado paulatinamente asume estas tarefas como propias e impón un sistema, o público, que estende os seus efectos con máis forza cás fundacións gracias ós seus medios, a Administración.

Non obstante as fundacións seguen a existir como xeito que teñen os particulares de participar da construción do benestar e o progreso sociais, co aliciente engadido de poderen eles dispoñer do fin a que dedica-lo seu

patrimonio. Configúrase, xa que logo, a fundación como instrumento dos particulares para contribuír á mellora social, fronte á actuación da Administración, que persegue metas semellantes mais con outros medios e potestades.

Aínda que foi francamente nefasta a regulación histórica que se fixo no Estado español sobre o mecenado e as fundacións, condenándoa durante séculos ó ostracismo (véxase, por exemplo a Lei do 20 de xuño de 1849, xeral de beneficencia), o certo é que esta institución sobrevive e é recuperada dignamente pola Constitución española, que a eleva nada menos que a rango de dereito fundamental. Como di García de Enterría¹ «a Constitución española racha cos vetos á fundación que se viñan impondo dende había séculos». O mero feito de estar constitucionalizado este dereito convérteo en regra xeral e non excepción á prohibición, como outrora sucedera. Era preciso, xa que logo, recoñece-lo dereito de tan loable iniciativa altruísta de persoas que decidían compartilo seu patrimonio co interese xeral, e polo tanto fixar un marco que lle dera cabida a esta tarefa.

Deste xeito, a Constitución española (en diante CE) recolle o dereito de fundación no seu artigo 34, que se incardina no apartado de dereitos fundamentais e liberdades públicas. Este artigo da CE di: «1. Recoñécese o dereito de fundación, para fins de interese xeral, de acordo coa lei. 2. Rexerá tamén para as fundacións o disposto nos apartados 2 e 4 do artigo 22».

Trátase dun dereito que só se poderá ver limitado de xeito expreso e con respecto, en todo caso, ó seu núcleo esencial xa que goza de protección constitucional, que lle confire o art. 53.1 CE en relación co art. 161.1.a) CE. Pola mesma razón, os poderes públicos atópanse obrigados nos termos do art. 9.2 da Constitución a facer efectivas as condicións de liberdade para poder establecer fundacións, polo que se lle impón ó goberno a necesidade de actuar positivamente regulando esta institución.

A inclusión deste dereito como fundamental polo noso constituínte denota a clara preocupación polo papel que previsiblemente se lles quere outorgar ós particulares na dinámica social do momento histórico en que nos atopamos. Dotar deste rango as fundacións supuxo recoñecerlles unha esfera de autonomía denantes vista ós cidadáns fronte ó Estado que lles permite participar, a carón deste, na consecución dos seus propios fins, o interese xeral.

Da súa materialización na Lei 30/94, do 24 de novembro, de fundacións e de incentivos fiscais á participación privada en actividades de in-

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil*. En *Revista de Administración Pública*, nº 122, Madrid, 1990, páx.235-256.

terese xeral (en diante Lei de fundacións), falaremos de seguido. Abonde agora a crítica unánime da doutrina na tardanza dos poderes públicos en executar este mandato constitucional. Esta lei datou un período de incerteza en que a diversa lexislación autonómica non abundaba para aclarar conceptos básicos desta figura como o seu réxime fiscal ou o seu funcionamento. Ó mesmo tempo supuxo un punto de inflexión deica o problema que nos ocupa, o posible emprego pola Administración desta institución para os seus propios fins.

b) A finalidade da institución: o dereito de fundación como dereito a participar dos fins do Estado

Tal como se dixo, a configuración legal do dereito de fundación parte, como mandato literal da Carta magna, de que se persiga con esta un «interese xeral», o cal non é unha novidade, dado que sempre se caracterizou por esta finalística. O que si é novo é que este dereito se eleve a rango constitucional; é dicir, se consagre a posibilidade de que un particular estea en paralelo ó Estado e cumpra unha función tipicamente pública, e lle dea as ferramentas legais necesarias para a súa articulación (que se desenvolven a través da citada lei de fundacións, como resultado do mandato do art. 53.2 da CE, que lle garante un contido mínimo e vincula os poderes públicos). Esta afirmación, que logo do período constitucional que levamos percorrido semella obvio, nace sen embargo baixo os auspicios dunhas circunstancias concretas: a crise do Estado de benestar e a transformación do modelo económico.

Predicouse moito ó longo dos anos 80 e sobre todo dende a caída do bloque socialista, a crise do Estado de benestar. Entre os nosos administrativistas, sempre en vangarda, dixo García de Enterría que o papel hegemónico do Estado tiña que lle ceder espacio á sociedade civil porque xa non se podía ocupar de regular por completo as nosas vidas. De feito, segundo el, a vaga de privatización de servizos que ata o momento prestara a Administración en réxime exclusivo ou como factor determinante no mercado corroboran tal cambio. Isto levou a gran parte da doutrina a entender que se ben a intervención exhaustiva dos estados nos distintos sectores económicos –que coñece o seu gran *boom* logo da II Guerra Mundial– estivo xustificada naquel tempo por razón da *obligada solidariedade* estatal, precisa para reflotar economías e estados devastados ou precarios, hoxe xa non ten razón de ser. En opinión de Franch Meneu², xorde esta ampla intervención pola «incapacidade do sector privado nes-

² FRANCH MENEU, J. J., *Las Entidades y Fundaciones sin ánimo de lucro como factor de progreso económico: una tercera vía entre economía de mercado y sector público*. En *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 208, Madrid, 1990, páx. 905-915.

tes ciclos para producir bens ou servicios que non sexan de satisfacción económica inmediata por cada particular», o cal dá razón de ser a estas actividades colectivas en beneficio dos cidadáns³. De aí que servicios que hoxe son públicos comezaron sendo prestados por particulares, e viceversa, polo que en función do que signifique material e estatutariamente este concepto en cada intre valorarémola existencia ou non dun estado que lles procure ós cidadáns o *benestar*.

Considerouse, en definitiva, durante este ciclo económico, que o Estado de benestar tocara ó seu fin e debíalle dar paso a un novo modelo en que a sociedade civil tivese un maior protagonismo. Empregando un símil de Pérez Díaz, prodúcese segundo numerosos autores –e numerosas, dende logo, políticas económicas– un «refluxo do Estado e a súa intervención en beneficio dun fluxo desbordante da sociedade civil». Baseado en correntes sociolóxicas, co seu paralelo xurídico, esta nova «filosofía» considera que o papel de intervención do Estado debe reducirse en beneficio da sociedade, dos particulares en canto tales; e non xa porque o Estado queira senón porque, segundo estes autores, son os propios particulares os que demandan este extremo. Nunha palabra, é hora de que servicios que no século que rematou foran desenvolvidos exclusivamente polo Estado sexan agora xestionados por particulares exclusivamente. Non se trata dunha nova tendencia de autoxestión, senón dun novo *laissez-faire* que lle permita ó mercado copar sectores onde ata agora non podía tirar beneficio económico debido á presenza pública, por máis que os seus defensores o presenten coma unha nova forma de democracia que trata de lles dar maior participación ós particulares. Está subxacente, en definitiva, unha teima de lograr lucro económico por novas vías, e pensouse que cumprindo as funcións que fai o Estado, e son potencialmente rendibles, poderíanse achar novas vías.

Esta construción teórica ten un claro reflexo no plano xurídico: tentar que os mecanismos de participación da sociedade⁴ sexan empregados para lograr estes ou parecidos fins, no mellor dos casos. Trataríase así de instrumentalizar institucións democratizadoras do social (lembremos que a participación é democracia, e nese senso a actividade fundacional enriquece) que deturpen o seu fin para acadar metas económicas. É neste contexto onde debemos situa-la problemática das fundacións como ins-

³ Se ben non pode ser compartida por nós a visión que o autor ten do papel que ha xoga-la empresa no momento actual, xa que entende que a nova solidariedade dos homes virá de man dun termo medio entre o mercado e o sector público, que denomina *Terceiro sector*, empresas sen ánimo de lucro, que cumpran a actividade prestacional do Estado. Dende a perspectiva das regras imperantes na nosa economía de mercado semella quimérico que se avance nesa dirección.

⁴ Participando dos fins xerais mediante as fundacións como se explicou antes.

trumento de xestión de servizos públicos, e as consecuencias que ten esta personificación en relación coa participación dos particulares.

Os suxeitos. O dereito de fundación como dereito de particulares

Cando o artigo 34 CE consagra o dereito de fundación estaba pensando claramente nunha forma de participación dos particulares na realización dos fins de interese xeral que a toda a sociedade importa. O primeiro dato que o pon de relevo é que no borrador da Constitución española, unha das emendas propostas neste artigo⁵ ía encamiñada a facer desta figura posible uso por banda dos poderes públicos, que foi finalmente rexeitada, polo que non podemos entender que esta institución poida ser empregada por estes para a realización de actividades.

Por máis que o art. 6.1 da Lei 30/94, de fundacións, diga que «podrán constituír fundacións as persoas físicas e as xurídicas, sexan estas públicas ou privadas» entendemos, con numerosa doutrina, entre a que destaca Piñar Mañas⁶, que realmente á luz do texto constitucional non cabería o elenco de suxeitos facultados para empregar esta institución recollidos nesta lei. Dito noutros termos, a posibilidade de constituír fundacións non integra o *status* xurídico-constitucional das administracións públicas. A razón para isto é dobre:

Dunha banda a idea de que a Administración non precisa de constituírse en fundación para participar da vida cultural, social ou económica do país porque ela mesma ten o imperativo constitucional de facelo e non precisa dunha figura *ad hoc* que a lexitime; doutra, a existencia dun límite constitucional vencellado á actividade que se realizará no exercicio da potestade organizativa das administracións públicas, idea xa apuntada por Parejo Alfonso⁷ quen di que «as entidades que se creen no eido do artigo 128.2 CE –relativas á iniciativa pública na actividade económica–, poden e deben ter como regra a forma xurídico-privada (...) [pero] as restantes entidades, cunha creación que só pode obedecer ó xa mellor servizo do interese xeral nos termos do 103.1 CE poden e deben adoptar forma xurídico-pública e rexerse, na súa actividade, polo dereito administrativo».

⁵ Sobre as cuestións relativas ós debates parlamentarios a respecto das fundacións no borrador constitucional, vid. VAQUER CABALLERÍA, M., en *Fundaciones Públicas y Fundaciones en Mano Pública*, Ed. Marcial Pons, 1999.

⁶ PIÑAR MAÑAS, J. L., en *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*. REDA, nº 97, 1998 páx. 41-42.

⁷ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., e ORTEGA, L., en *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, 4ª Ed., Barcelona, 1996, páx. 686.

Para outros como Piñar Mañas⁸, malia que non se permita a teor do 34 da Constitución española, constituír fundacións polos poderes públicos, o feito da súa realización non implica necesariamente unha inconstitucionalidade; en consecuencia a Lei de fundacións e as súas posteriores non son para el inconstitucionais. Nós debemos concluír, sen embargo, o contrario; o percorrido anteriormente feito pola natureza xurídica das fundacións serve para recuperar unha interpretación da norma acorde coa súa teleoloxía: ¿non é acaso a fundación un xeito de que os particulares participen co seu patrimonio de actividades que desenvolve o Estado? ¿Non é acaso un modo de protexela filantropía do individuo fronte a unha hipotética anulación desta polo Estado? Se as fundacións sempre supuxeron blindala vontade dun particular verbo dun fin loable a que dedicaba o seu patrimonio, ¿ten sentido agora que sexa o propio Estado quen aproveite esta institución, creada para contrarestala súa onnipoderosa presenza?

Á vista do concepto de fundación vixente na nosa lexislación parte da doutrina⁹ nunca chegou a explicarse cómo era posible que, atendendo a esta filosofía, o art. 6.1º da Lei de fundacións lles confira poder ás persoas xurídicas públicas para crear fundacións, con carácter xeral –art. 6.4º «agás que as súas normas reguladoras establezan o contrario»-. É un gran paradoxo que a institución que xorde fronte á acción do Estado para garanti-la realización polos particulares do interese xeral fronte ás técnicas empregadas polo primeiro, sexa agora asumida por el para esa mesma finalidade. Existe sen dúbida unha *contradictio in terminis* nesa formulación.

En síntese, a fundación xorde para permitirlle ó cidadán intervir en actividades de interese xeral (educación, cultura, investigación...), ¿acaso a Administración non ten posibilidade de intervir en todo o campo do interese xeral e ten que acudir a unha institución que a habilite para iso? Non só pode, ten, por imperativo constitucional, a obriga de facelo. Piñar Mañas¹⁰ vai máis alá e di que dunha lectura conxunta dos art. 103.1¹¹, 128.2¹² e 34 CE despréndese que «non integra o seu *status* xurí-

⁸ Op. cit., páx. 41-42.

⁹ Da que PIÑAR MAÑAS é principal expoñente

¹⁰ PIÑAR MAÑAS, J. L., en *El Derecho de Fundación como Derecho Fundamental*, en «Derecho Privado y Constitución», nº 9, 1996, páx. 170.

¹¹ Este artigo da CE di: «A Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ó dereito».

¹² Este artigo sinala que «(se) reconece a iniciativa pública na actividade económica. Mediante lei poderánselle reservar ó sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente no caso de monopolios e así mesmo acorda-la intervención de empresas cando así o esixise o interese xeral».

dico-constitucional», se ben non se atreve abertamente a decantarse pola súa inconstitucionalidade baseándose en que a Carta magna lle deixa a elección ó lexislador.

Por outra banda, dentro dos órganos de goberno da fundación, o Protectorado cumpre unha función claramente fiscalizadora, dende o poder público, da actividade de goberno do Padroado; daquela, cando a fundación sexa creada por unha administración pública, ¿quen sostén a viabilidade desta figura nestes termos? Verémolo mellor na análise da fundación.

□ Concepto, estrutura e clasificación da fundación

A institución da fundación atópase recoñecida con rango constitucional de carácter fundamental no art.34 da Carta magna: foi desenvolvida na Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións e incentivos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral, e está pendente aínda de desenvolvemento regulamentario.

O capítulo I recolle as disposicións xerais e no seu artigo 1º dá unha definición de fundación que lle pon fin á pluralidade de conceptos subxacentes ás distintas regulacións autonómicas, e que terá alcance xeral, e segundo se establece na súa exposición de motivos. Este precepto reza así: «1.- Son fundacións as organizacións constituídas *sen ánimo de lucro* que, por *vontade dos seus creadores*, teñen afectado de xeito duradeiro o seu *patrimonio* á realización de *fins de interese xeral*. 2.- As fundacións réxense pola vontade do fundador, polos seus estatutos e, en todo caso, pola presente lei» (a cursiva é nosa).

Desta definición legal extraemos varias notas sobre a súa natureza xurídica:

▮ *Son organizacións*: a creación da fundación supón a constitución dun ente con personalidade xurídica propia e unha estrutura orgánica determinada que a faga operativa constituída por dous órganos de dirección, o padroado e o protectorado.

▮ *Non teñen ánimo de lucro*: o concepto de fundación é compatible coa obtención de beneficios, pero incompatible co tratamento que destes se dá no eido mercantil.

▮ *Parten sempre da vontade previa dun suxeito* que a crea. O fundador, mediante o acto fundacional, fai normalmente, aínda que non sempre, unha afectación do propio patrimonio a uns fins determinados e decide o rumbo do seu patrimonio así como o fin a que se destina.

▮ *As fundacións teñen un patrimonio* afecto permanentemente para cumpri-lo fin de interese xeral para o que foron creadas. Isto debora significar que non se poderían constituír fundacións sen medios económicos ou patrimoniais que as fixese viables. Este patrimonio en determina-

dos casos consistiría unicamente nun cuántum mínimo para se poñer en funcionamento.

A fundación ha perseguir *fins de interese xeral*, concepto que se aclara no artigo 2º, segundo o cal serán: «de asistencia social, cívicos, educativos, culturais, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para o desenvolvemento, defensa do medio natural ou fomento da economía ou da investigación, de promoción do voluntariado, ou calquera outro de natureza análoga».

Do órgano de goberno principal da fundación, denominándoo *Padroado*, ocúpase o capítulo III da LF. O art. 12.2º establece que «lle corresponde ó Padroado cumprirlos fins fundacionais e administrarlos bens e dereitos que integran o patrimonio da fundación, e manter plenamente o rendemento e utilidade destes». É o encargado de velar por cumprila vontade do fundador, e de que se cumpran con todo os seus mandatos eficazmente –obsérvese a importancia deste órgano verbo da vontade do fundador para a análise posterior da instrumentalización fundacional polas administracións–.

O goberno da fundación complétase, ademais, no capítulo VII, coa figura do *Protectorado*, sobre o cal di o artigo 32.1º que «facilitará o recto exercicio do dereito de fundación e asegurará a legalidade da súa constitución e funcionamento». Prosegue o seu apartado segundo que «o Protectorado será exercido pola Administración xeral do Estado (...) correspondéndolle as seguintes funcións: b) velar polo efectivo cumprimento dos fins fundacionais de acordo coa vontade do fundador e tendo en conta a consecución do interese xeral».

Interesante polo demais é o contido do art. 32.3º, cando sinala que «en todo caso o Protectorado está lexitimado para exercitala correspondente acción de responsabilidade polos actos relacionados no art. 15.2; así como solicita-lo cesamento dos patróns no suposto previsto no art. 16.2.d), e para impugna-los actos e acordos do Padroado que lles sexan contrarios ós preceptos legais ou estatutarios polos que se rexe a fundación».

Este breve exame pon de manifesto, unha vez máis, a verdadeira esencia da institución fundacional. É un mecanismo de acción paralela ó Estado para o cumprimento de idénticos fins. De aí que se permita que o patrimonio que lle dedica a este fin loable sexa respectado e protexido polo propio Estado inda alén da vida do fundador, respectando incluso permanentemente a súa vontade. Polo tanto esta regulación debера se-lo cumio das ansias dos cidadáns pola participación do ben social, e a tal efecto se lles blinda fronte ó Estado, para que con liberdade, poidan obrar.

En canto á tipoloxía, Puig Salellas¹³ establece dende a perspectiva

¹³ PUIG SALELLAS, J. M. *Sobre el concepto de Fundación*. En *AUTONOMIES. Revista Catalana de Derecho Público*. Nº 21, Barcelona, 1996, páx. 33-50.

desta lei unha clasificación¹⁴ das fundacións, compartida por nós, que vai como segue:

a) Fundacións de patrimonio- son as clásicas, que consisten na constitución dun patrimonio afecto a un fin de interese xeral.

b) Fundacións instrumentais- consiste en crear unha fundación cunha estrutura mínima, pero dabondo para organizala, con capacidade relacional para obter fondos que lle dedicar á finalidade de interese xeral. A fundación sería así un instrumento de obtención de recursos que dedicarlle ó fin de interese xeral¹⁵.

c) Fundacións de actividade- nelas a obtención de recursos viría determinada pola súa propia actividade, tendo un funcionamento semellante a unha empresa mercantil¹⁶.

3. A instrumentalización pública da fundación no cumprimento dos fins de interese xeral

Balance das personificacións instrumentais da Administración ata a chegada da técnica fundacional

As personificacións instrumentais que a Administración asumiu ó longo da súa historia foron experimentando paulatinamente formas híbridas que tendían cada vez máis a un réxime por completo subsumido nas regras do mercado. Un proceso que é descrito por Del Saz Cordero¹⁷ dende a transformación de RENFE en 1964, trocándoa en empresa pública ata os nosos días. Logo deste tempo andado cómpre preguntármolos polos resultados que comportaron estas transformacións.

A grande argumentación –para moitos a gran falacia– foi sempre o «mito da eficacia», en palabras de Martín-Retortillo¹⁸. Unha eficacia suposta que radicaba no sometemento da actividade prestacional pública

¹⁴ Clasificación que segue tamén Vaquer nas súas exposicións sobre as fundacións.

¹⁵ Este tipo é cada vez máis empregado polas grandes corporacións financeiras, xa que lles supón vantaxes fiscais dedicarlles beneficios ás fundacións, de xeito que as constitúen cunha dotación inicial, que completan con dotacións en anos posteriores.

¹⁶ A realización de actividades que obteñan beneficios pode levarnos á consideración técnica de lucro, que sen embargo nunca serán dividendos, debendo reverter na propia fundación, como admite o art. 24 LF. A dedicación a actividades mercantís por unha fundación entende PUG, que se produce interpretando amplamente o artigo anterior en relación cos art. 1 e 2 do Código de comercio.

¹⁷ DEL SAZ CORDERO, S., *La Huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas*. R.A.P., n.º 133, xaneiro-abril, 1994.

¹⁸ MARTÍN-RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre la «huída» del derecho administrativo», en R.A.P., n.º 140, maio-agosto, 1996.

ó dereito privado, producíndose, como acerta a dicir Vaquer, unha «confusión» entre o que é o dereito privado e a empresa privada. Isto sucede afincado na crenza errónea de que por aplicar un ordenamento impropio para a actividade da Administración como é o xurídico-privado van lograr idénticos resultados cós *suxeitos naturais* a que se destina. Sen embargo isto nunca poderá ser así pola esencia mesma da actividade pública, que debe perseguir-la prestación dun servizo público e a satisfacción, xa que logo, dun interese xeral o cal ás veces é incompreensible dende unha óptica empresarial privada *strictu sensu*, que non pode concibi-la realización de actividades que poidan non reportar lucro económico. E velaquí a diferenza esencial entrámbolos ordenamentos: un vai destinado a facilita-lo beneficio económico do seu actor, e o outro –o público– vai encamiñado a satisfaca-las necesidades sociais a que se ve afectado.

De aí que sempre fora predicado polos detractores o emprego de formas xurídico-privadas para a xestión das actividades públicas, que o único que se conseguía era unha mingua de controis sobre a organización da actividade, e das garantías a que constitucionalmente os cidadáns temos dereito, ó se blinda-la personificación de sincretismo –pois a publicidade, e polo tanto o control, son principios contrarios ás normas de mercado– e liberdade absoluta –propia da empresa capitalista– para organizar e dispoñer dos recursos e formas por banda dos poderes políticos correspondentes que estiveren á fronte destas persoas xurídicas. O que arrastra tamén a posibilidade de caer con maior facilidade na arbitrariedade, esta vez si que atinadamente inconstitucional *ex art. 9 CE*, e en todo caso, supón un retroceso nos logros que no aspecto de garantía de calidade de emprego e dereitos posuían os traballadores destas entidades, que pasaron en moitos casos de status funcional a laboral, como quedou patente na Lei 30/1984, de medidas para a reforma da función pública.

Dende aquí podemos xa tirar unha conclusión provisional: as formas instrumentais operadoras ata agora non se manifestaron idóneas para o cumprimento dos seus fins –da contra non seguiríamos a buscar novas personificacións, *máis eficaces*, e pola contra si supuxeron, como vemos, unha mingua nos dereitos dos cidadáns á transparencia da xestión que lles é recoñecida constitucionalmente, así como ós derivados da función pública así mesmo consagrada, e que se ve reducida cada vez que asistimos a un novo episodio de formas xurídico-privadas na Administración.

Todo o dito tennos que levar, polo demais, a outra reflexión. Aínda que non se atope a fórmula ideal, semella ser unánime a voz que reclama a necesidade de xestionar los servizos que presta a Administración con maior eficacia; consideramos, con Piñar Mañas, que «a preten-

dida esclerotización da actividade administrativa non é en absoluto produto do dereito administrativo en canto ordenamento xurídico supostamente ralentizador de calquera obxectivo que se lle poña en fronte (...) é máis ben froito do *emprego patolóxico* do dereito administrativo». Tal vez o erro está en seguir pensando que para unha mellor xestión teremos que seguir explorando o universo xurídico-privado. É momento de preguntarse que as novas formas de xestión da actividade pública se realicen con sometemento ó ordenamento público, e buscar novas vías dentro do dereito administrativo, e non agardar que a evolución do sistema xurídico, alentado polos dictados da economía adopte novas formas empresariais para tentar inutilmente que o público se meta nun corsé que non é o seu.

❖ O emprego pola Administración de distintas personificacións instrumentais

Dende que o Estado asume a realización de actividades de servizo público entra na controversia de cómo debe organizala súa Administración para levar a cabo esta xeira, xa que difire substancialmente de calquera estrutura administrativa que posúa con anterioridade. Facendo uso da súa potestade organizadora, ó longo da historia vai probando distintos xeitos de realiza-lo seu cometido coa maior eficacia e orde posible. Isto leva a que, sobre todo dende os anos 40, momento dunha pronunciada intervención do Estado polas urxentes necesidades sociais, se lles vaian adoptando personificacións xurídicas novas ás tradicionais, algunhas delas tomadas do dereito privado.

Todas estas personificacións veñen acompañadas dos respectivos avais normativos que as amparan e que pouco a pouco se van acumulando. Ante esta confusa situación constitúe un punto de inflexión importante a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (LOFAXE), que derroga integramente a Lei de entidades estatais autónomas (LEEA), do 26 de decembro de 1958, así como os artigos 4 e 6 (apdo 1.b e 5) do texto refundido da Lei xeral presupostaria (TRLXP), aprobado por RD lexislativo 1091/1988, do 23 de setembro.

Entre as novidades que incorpora a LOFAXE atopámo-la pretensión, en certo modo ideal, de acouta-las posibles personificacións xurídicas que pode adopta-la Administración pública para o cumprimento das súas actividades, recollida no seu título III baixo a rúbrica de «Organismos Públicos». Alí contense o réxime xurídico xeral das entidades instrumentais na Administración do Estado, deixando inaplicables a LEEA e a TRLXP.

A **tipoloxía** á que se reducen os organismos públicos segundo a LOFAXE son:

a) Os organismos autónomos, que «se rexen polo dereito administrativo e se lles encomenda, en réxime de descentralización funcional e en execución de programas específicos da actividade dun ministerio, a realización de actividades de fomento, prestacións ou de xestión de servizos públicos» (art. 45.1).

b) As entidades públicas empresariais, ás que se lles encomenda «a realización de actividades prestacionais, a xestión de servizos ou a produción de bens de interese público susceptibles de contraprestación» e que se rexen polo dereito privado, «agás na formación da vontade dos seus órganos, no exercicio das potestades administrativas que teña atribuídas e nos eidos especificamente regulados para elas nesta lei, nos seus estatutos, e na lexislación orzamentaria» (art. 53.1 e 2).

En canto á súa creación, o artigo 61.6 da LOFAXE sinala que se especificará:

- tipo de organismo público que se crea,
- os fins xerais que persegue,
- a adscrición ó ministerio ou organismo correspondente, e
- as peculiaridades do réxime de persoal, contratación, patrimonial e fiscal.

O seu anteproxecto deberá conter, ademais, unha proposta de estatutos e un plan inicial de actuación.

Para Morell Ocaña e Ruíz Ojeda¹⁹ esta redacción da LOFAXE constitúe «unha auténtica *chamada á orde* no contexto dunhas preocupacións máis amplas de reordenación do sector público estatal»; é dicir, o lexislador, consciente da pluralidade indeterminada de formas que adopta a Administración decide marca-los límites que esta non poderá superar. Vese claramente a intención limitadora no requirimento de ter que se crear *por lei* estes instrumentos públicos.

Non obstante debemos ser conscientes de que cando a LOFAXE configura o seu título III deixa patente a súa vontade de non avance indiscriminado nas personificacións instrumentais, por máis que a sistemática da lei lles abra portas nesgadas a outras interpretacións.

Fronte a este afán integrador da LOFAXE, amósase posteriormente outra tendencia que se manifesta na habilitación xenérica polo lexislador para a creación de entidades instrumentais, exceptuadas tanto do réxime xeral visto coma da propia necesidade de seren constituídas mediante lei. Tal é o caso da Lei 15/1997, do 25 de abril, sobre xestión e administración de servizos sanitarios, que teremos ocasión de comentar.

¹⁹ MORELL OCAÑA, L. e RUÍZ OJEDA, A., *La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el derecho público*, en *MANUAL DE FUNDACIONES*, VV.AA., 1999, páx. 258-259.

Para Vaquer Caballería²⁰ malia os intentos da LOFAXE, a súa propia configuración deixa expedita unha vía para seguir regulando novas formas sen control lexislativo. Así –di este autor– se ben «establece unha clasificación pechada dos organismos públicos en organismos autónomos e entidades públicas empresariais, o que debera significar en principio que non cabe un *tertium genus* na organización pública instrumental do Estado (...) a propia lei pon de inmediato de relevo o seu –en palabras de Parejo Alfonso– «desfalecemento» no impulso de racionalización e disciplina do sector público estatal, ó excluír parcialmente do sistema creado a organización da Seguridade Social»,²¹

☞ A fundación como nova forma instrumental ó servicio do interese xeral

☞ *As fundacións en man pública*

A utilización da técnica fundacional pola Administración pública que de contado pasamos a analizar, non é nin con moito unha nova achega do sistema organizativo español, xa que existen referentes semellantes no dereito comparado.

Un dos máis desenvolvidos e palpables é o existente no Reino Unido, que coñece, para o eido sanitario, dunha personificación, o *Hospital trust*, que é tomada por Vaquer Caballería como un claro precedente das nosas fundacións, particularmente no eido sanitario. Esta institución, o *trust*, de gran raiceira no dereito anglosaxón, consiste nun patrimonio afecto a un fin determinado por vontade de quen o constitúe, en definición de Alcaraz Varó e Hughes²². Este fin pode ser de interese privado ou público, e neste último caso, cando lles responde ás denominadas *charitable purposes*, é cando atopamos unha similitude grande coa fundación española, xa que estamos perante un patrimonio afecto a un fin de interese xeral, aínda que no seu réxime xurídico teña notables diverxencias verbo da nosa regulación.

Outro sistema de personificación instrumental que pode presentar evidentes analoxías coas nosas fundacións é o recollido no sistema brasileiro. Entende Carvalho Pimenta²³ que se produce a descentralización

²⁰ VAQUER CABALLERÍA, M., en *Fundaciones Públicas y Fundaciones en Mano Pública*, Ed. Marcial Pons, 1999, páx. 91-93.

²¹ Estase a referir á disposición adicional sexta da LOFAXE, que establece un réxime propio para determinados eidos das entidades xestoras e servicios comúns da Seguridade Social.

²² No seu *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español, Spanish-English*. 5ª Edición, Barcelona. Ed. Ariel, 1995.

²³ CARVALHO PIMENTA, E., «As empresas públicas e os crimes contra a Administração Pública», en *Revista da Procuradora Geral do Estado*, nº 10, 1977, páx. 305.

de servicios porque é máis eficaz a xestión suxeita ó dereito privado. Así, son creadas pola Administración nun primeiro momento as *fundacións autárquicas*, para minora-la burocracia presente nos sistemas tradicionais de xestión, atribuíndolles potestades públicas. Pero o problema persiste, e a *longa manus* do Estado imponlles igualmente restricións de control e fiscalización, polo que se idea un novo tipo instrumental: as *fundacións paraestatais*. Estas están sometidas case totalmente ó dereito privado, dotadas dunha inmensa autonomía administrativa e financeira e conformadas por persoal disciplinado en réxime laboral. Non obstante esta evolución, o pouco control que o Estado posúe sobre elas fai que na práctica se confundan ambas e se dean situacións que mesmo semellan híbridos das anteriores.

Inspirándose nestes modelos a prol da tan desexada «eficacia da xestión» que teoricamente lle achega o dereito privado á actividade administrativa, o lexislador español tentará construí-lo réxime xurídico de fundación pública.

Malia considerarmos, como xa foi exposto, que o art. 34 CE non recolle a posibilidade de configurar legalmente a fundación como unha institución a disposición das administracións públicas, o certo é que o lexislador non o entendeu así nin, consecuentemente, a Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións, que posibilita no seu artigo 6º 1 a creación de fundacións por «persoas físicas e xurídicas, sexan estas públicas ou privadas», con carácter xeral: «as persoas xurídico-públicas terán capacidade para constituír fundacións, agás que as súas normas reguladoras establezan o contrario» (art. 6.4).

Sentada esta afirmación, cómpre distinguirmos varios supostos fundacionais de natureza pública apuntados pola doutrina:

1. Fundacións constituídas por entidades públicas e terceiras persoas privadas físicas ou xurídicas: a Administración é aquí un fundador máis que colabora para acadar un fin de interese xeral (definición de Piñar Mañas).

2. Fundacións constituídas exclusivamente por entidades públicas: falamos de fundacións sometidas ó dereito privado, non ó administrativo, por máis que se lles chame, comunmente²⁴, «fundacións públicas». Son as que Vaquer denomina *fundacións en man pública*²⁵.

²⁴ Así, SANTAMARÍA PASTOR, A., en *Principios de Derecho Administrativo*, 1996, pág. 606.

²⁵ Son fundacións strictu sensu, de dereito privado, constituídas polas administracións públicas: se se lles dá a denominación de *en man pública*, é referido non á súa titularidade dominical –que non existe–, senón ó seu control efectivo, ou influencia dominante. Un exemplo evidente desta modalidade preto nosa constitúeo a Fundación-Hospital de Verín.

3. *Fundacións públicas sanitarias*²⁶; trátase dos organismos creados ó amparo da Lei 50/1998, do 30 de decembro, en virtude do seu art. 111.2.

Polo seu especial interese, referirémonos ó segundo grupo, as *fundacións en man pública*, nomenclatura que manteremos para diferencialas dos outros tipos.

☞ *Natureza e réxime xurídico: algúns aspectos problemáticos.*

☞ O primeiro punto que convén abordar é a propia existencia deste tipo de fundacións.

Non estivo exenta esta habilitación de polémica entre a doutrina debido a que, segundo se expuxo, a fundación nace realmente como un instrumento dos particulares para participar dos fins de interese xeral que o Estado ten encomendados. A este respecto moitas voces autorizadas, como Morell e Ruíz²⁷, entenden que na creación de fundacións en man pública non debe verse unha desvirtuación da figura. Antes ben, partindo de que o dereito privado debe ser empregado para a actividade económica privada e dado que a CE lle atribúe á propiedade unha función social, dende o dereito privado tamén se poden cumprir funcións sociais. É por isto que a fundación vale para cumprir funcións de eido público por banda dos entes públicos, dado que non é máis ca unha forma de organiza-lo patrimonio para o cumprimento do seu fin, ademais de atopar laxa xustificación na esixencia constitucional da descentralización funcional²⁸. Por esta razón ven perfectamente legal esta posibilidade, aínda que desnaturalice a fundación. A propósito disto Caffarena²⁹ entende que a constitución de persoas xurídico-privadas por entidades

²⁶ Vaquer distingue este terceiro suposto a carón dos anteriores, precisamente para negalo que nominalmente puidera semellar unha fundación, non o sendo.

²⁷ Ruíz Ojeda, A., máis extensamente en «*Las Fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones*», en REDA, nº 93, 1997, páx. 27 e ss.

²⁸ Op. Cit., 1997, páx. 229.

Distínguen así estes autores entre as técnicas de segregación de recursos patrimoniais afectados ó desenvolvemento de ámbitos competenciais sectoriais da Administración, tres manifestacións fundamentais: a) Organismos autónomos ou administracións institucionais, b) Fundacións especificamente concibidas polo dereito público coma formas de prestación de servizos ou *de mera posesión ou administración de bens*, c) as fundacións constituídas pola Administración ou as súas entidades instrumentais conforme o dereito común ou xeral das fundacións privadas, concluíndo así que as fundacións creadas polo Estado poden ser de 2 tipos: as que van ser Administración pública e as que van ser empresas mercantís (páx. 244), respondendo á clasificación antes exposta en función de se someteren ó réxime xeral da LF, ou ó ordenamento público.

²⁹ En «Comentario al artículo 6», no libro *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, páx. 50.

públicas, como instrumentos para cumprirlos fins de interese xeral a que están obrigadas, non pode ser un medio para que a persoa pública evite as regras que lle impón o seu estatuto, e en todo habería que asegurar que non se empregue como vía –sen ter en conta a eficacia suposta– para descargar competencias que lle corresponden á Administración, e desnaturalizar así a propia Administración e a institución fundacional. Neste tema reflexionan Valero³⁰ e Ocaña se o emprego formal da fundación para a creación de verdadeiras empresas públicas non é unha *deformación* da figura fundacional.

B) Un segundo aspecto problemático é o relativo á natureza do **título habilitador** que lle permite á Administración a constitución de fundacións en man pública. En opinión de Piñar Mañas a regulación que efectúa a LF recoñece *de iure e de facto* as *fundacións en man pública*, sen necesidade de autorización ulterior. Igual alcance habilitador danlle Del Saz³¹ e Rivero Ortega³², por máis que opinen, como é consideración xeneralizada, que se desnaturaliza a súa esencia.

Contrario a estas teses é Vaquer³³, para quen a atribución que fai o art. 6.º LF non é máis ca unha atribución de capacidade de dereito privado; coma un suxeito máis, pois é neste campo do privado onde acada a súa máxima expresión a autonomía da vontade³⁴, podendo facer *o non prohibido* pola norma; pola contra, a Administración só pode realizar actividades encamiñadas a un fin concreto: o cumprimento dos fins de interese xeral que a Constitución lle encarga, e polo procedemento e cos medios polas leis establecidos. Ademais, entende Vaquer que a constitución dunha fundación non é un negocio xurídico calquera, senón unha decisión *de orde organizativa*, que implica a *creación dunha persoa xurídica* e a vinculación dun patrimonio a un fin determinado. Polo tanto distinguimos 2 actos distintos:

a) o acto de *orde organizativa*: supón o exercicio dunha potestade pública, que integra a capacidade xurídico-pública da Administración matriz, –e polo tanto é necesariamente de dereito público–. A habilitación para establecer esta sobre a potestade de organización e para regula-la

³⁰ VALERO AGÜNDEZ, U., *La Fundación como forma jurídica para empresas del sector público*, en Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, Vol. I, páx. 283 e ss.

³¹ DEL SAZ CORDERO, S.: *Las Fundaciones en el ámbito universitario*. *Autonomías*. R.C.D.P., nº 23, xuño 1998, páx. 29 e ss.

³² RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

³³ Op. cit., páx. 40-42.

³⁴ Así o recolle, sobre a figura da fundación, o preámbulo da Lei 30/94.

súa forma de exercicio correspóndelle á lexislación estatutaria das administracións públicas.

b) O acto de *habilitación organizadora*, suposto do art.6.1, que a única capacidade que outorga é para, unha vez dada a orde organizativa, poder facer uso dela, na potencia que dá a LF, no propio art. 6., coma un privado máis.

Nesta liña sitúase Parejo Alonso³⁵ que entende que a «aplicabilidade potencialmente xeral» do dereito privado non enerva a «preferente aplicación do dereito público. Determinando este a capacidade xurídica da Administración, a posibilidade da aplicación do dereito privado require sempre e inescusablemente a súa expresa ou implícita previsión ou permissão por aquel».

Á marxe do argumento xa exposto de que a fundación non é concibida pola Constitución para estes fins, entendemos, con estes dous autores, que a «capacidade» que lle outorga a LF non alcanza a conferirles *per se* capacidade ás administracións públicas para a creación de fundacións, e terá que ser unha norma específica quen confira esta forma organizativa, e só despois a LF poderá dar cabida a que a lei que por excelencia canaliza a vontade de participación dos particulares sexa instrumentalizada pola Administración.

X) Outro elemento que debemos subliñar é a **formación da vontade do fundador**, a respecto do cal Piñar Mañas denuncia o feito de que non se faga referencia a ela na LF, no caso das persoas públicas, co que entende é de aplicación o disposto na Lei 30/1992 (reformada pola Lei 4/1999) nos seus art. 22 e seguintes, sobre órganos colexiados e a súa formación da vontade. A razón disto é supli-la ausencia por banda da lei do modo en que debe formarse a vontade dos órganos administrativos, seguramente para evitar incluír nunha lei eminentemente privada como é a LF normas de carácter xurídico-administrativo, lagoa que sen embargo a Lei 12/1994, do 17 de xuño, de fundacións do País Vasco non ten ó integrar este asunto no seu artigo 4.4³⁶. Unha solución análoga á establecida no texto vasco solucionaríase este inconveniente, cunha referencia ó mesmo procedemento que necesita, de non se establecer regulación específica, no caso de disposición a título gratuito do patrimonio

³⁵ PAREJO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., e ORTEGA, L., *Manual de Derecho administrativo*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1998.

³⁶ Este artigo di que «as persoas xurídicas públicas, para constituíren fundacións ou participaren con outras entidades ou particulares na constitución de fundacións, deberán cumpri-lo que as leis ou disposicións polas que se rexan establezan para este suposto e, no seu defecto, as normas para a disposición a título gratuito dos bens ou dereitos que acheguen»

da Administración, que non é senón o regulado con carácter xeral, o dos artigos 22 e seguintes antes mencionados.

Pola contra, entende este autor que non son de aplicación os art. 11 e seguintes sobre formación de órganos administrativos, porque –insiste– as fundacións non son órganos administrativos. Consta así mesmo que se ben organismos autónomos e entidades empresariais, segundo a LOFAXE, deben ser creadas por lei, non sucederá isto coas fundacións, xa que o art. 6 LF faculta as persoas públicas con carácter xeral para crealas, o cal significa que non pode facerse depender do lexislador o exercicio de tal capacidade, pois estaríase condicionando externamente unha capacidade, gústenos ou non, xa recoñecida nese artigo 6. Malia que nós consideramos que o devandito artigo non ten alcance de dar capacidade *per se* para creala, polo xa exposto, é certo que se obviámo-la necesidade de autorización de dereito público para facelo, esta lei non será un impedimento para levar a cabo tal tarefa, xa que permite que a Administración, coma calquera outro particular, cree tantas fundacións como teña por conveniente.

Non obstante non se precisa lei, entendemos que a creación destes entes non pode ser levado a cabo por órganos unipersoais, senón só por colexiados. A razón disto é que se organismos autónomos e entidades públicas empresariais deben ser creadas por lei³⁷, as sociedades mercantís deben ser creadas polo Consello de Ministros³⁸, e nos municipios a creación de órganos desconcentrados e descentralizados (estes con personalidade xurídica) correspóndelle ó pleno³⁹, extraemos nunha visión omnicompreensiva da creación de entes personificados, que esta non pode ser acordada por órganos unipersoais, o cal nunha interpretación sistemática da norma debe levarnos a cubrir este baleiro lexislativo coa conclusión de que só os órganos colexiados poden ser suxeitos da capacidade a que se refire o artigo 6 LF e de aí a aplicación dos artigos 22 e concordantes da Lei 30/1992.

17) Debemos ter en conta un factor que cobra relevancia engadida como consecuencia directa da natureza pública do fundador. Estamos a referirnos á **motivación administrativa**. Para autores como Piñar Mañas a creación dunha fundación por entidades públicas debe ser, cando menos, *xustificada*, pois con iso altéranse as regras de funcionamento da

³⁷ Como se desprende da letra do art. 61 da LOFAXE.

³⁸ Vid. neste sentido o art. 6.2 do texto refundido da Lei xeral presupostaria, a probado por Real decreto lexislativo 1091/1988, do 23 de setembro.

³⁹ Así o establecen os artigos 22.2.b) da Lei 7/1985, reguladora das bases do réxime local e 132 do Real decreto 2562/1986, do 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das entidades locais.

Administración pública, xa que o lóxico é que as funcións de índole pública se desenvolvan por personificacións de dereito público, polo que calquera desviación do réxime xeral merece un exhaustivo razoamento. A isto engádeselle o feito de que a creación dunha fundación subtrae fondos públicos para destinalos a unha entidade de dereito privado. Un particular non ten que xustificar qué fai co seu patrimonio, pero si a Administración, que non ten libre disposición sobre el. Chega a entender Parejo que xustamente este factor é o que, de acordo co art. 103 CE impón esta personificación xurídico-pública⁴⁰. En todo caso vese como mínimo a necesidade de xustifica-lo servizo público prestado mediante esta personificación e a pretendida idoneidade da figura escollida.

¶ A constitución de fundacións por entidades públicas debe estar dotada de **patrimonio** «axeitado e suficiente para o cumprimento dos fins fundacionais» a teor do art. 10 LF, polo que non abonda un mero compromiso de achegas futuras con cargo a orzamentos que non é posible comprometer para exercicios vindeiros. Isto non é contradictorio á clasificación de Puig, dado que en todo caso se esixe certeza na fonte de dotación. Pénsese por outra banda no absurdo de crear unha fundación para dotar un servizo de descentralización e autonomía, e logo termos que inxectar continuamente cartos nela: a Administración non gañaría nesos principios, mentres que os cidadáns perderían en transparencia e controis, xa que a figura fundacional sería unha «cortina de fume» para as contas da realización dese servizo. Todo isto sen prexuízo, claro está, de supoñer unha mingua nas condicións de traballo dos seus asalariados, verbo do mesmo servizo prestado desde un organismo público.

¶ O emprego da figura fundacional pola Administración pública presenta unha cuestión non menos importante cás analizadas ata o momento: isto é, aborda-lo problema da **titularidade** da fundación *en man pública*. É dicir, declarar a quen pertence este tipo de fundación, porque pretender que unha institución creada con capital público e fins públicos non teña titularidade pública esixe, cando menos, un intento de xustificación. Neste intre Piñar Mañas avoga pola «necesaria separación entre a persoa xurídico-pública fundadora e a fundación constituída». Neste senso advirte que cando a Administración crea unha fundación, crea unha persoa independente dela mesma; que non é a Administración, por máis que estea no que este autor denomina «*bloque do público*»⁴¹ e que tampouco é de titularidade da Administración, en cohe-

⁴⁰ Op. Cit., páx. 686.

⁴¹ Categoría en que se engloba, segundo a nomenclatura de PIÑAR MAÑAS, toda personificación que teña orixe pública.

rencia co disposto na propia LF, onde se infire dos artigos 3, sobre a súa personalidade xurídica, onde cómpre ademais diferenciar capacidade para constituír fundacións, recoñecida no artigo 6, de titularidade sobre estas, ou na atribución da titularidade do seu patrimonio a ela mesma, como di o artigo 18 da LF. En consecuencia, os resultados da fundación, bens, etc. son dela, e non da Administración. Isto fai temer fundamentamente que cheguen a enfrontarse a natureza dos bens públicos cos que se dota a fundación co disposto no devandito art. 18 LF, que fala dos bens que constitúen o seu patrimonio, dos que esixe que esta sexa titular, extremo que –cesión de bens á fundación– non sempre é posible.

G) Esta mesma natureza xurídica da titularidade da fundación significa que o **persoal da fundación** o é da fundación, do mesmo xeito que sucede nas sociedades mercantís públicas. Non faltan veces nas que se tenta nutrir irregularmente de funcionarios públicos, coma se traballasen en activo na Administración pública. Insistimos na consideración desta práctica como irregular, por varias razóns;

- non é normal que sendo persoal da Administración pública, presen servicios a unha persoa xurídico-privada independente,
- en todo caso é infracción moi grave conforme o art. 31.1.b) da Lei 30/1984, do 2 de agosto,
- non se pode aplica-lo que di a LOFAXE sobre funcionarios en entidades públicas empresariais porque as fundacións son persoas xurídico-privadas, non xurídico-públicas.

Dende aquí hai que describir en consecuencia o estatuto laboral dos traballadores das fundacións: este verá sometida a súa regulación, en materia de negociación colectiva, e en xeral, verbo das súas garantías e dereitos laborais, ó disposto no Estatuto dos traballadores, non lles sendo de aplicación a situación laboral nin o *status* dos traballadores da sanidade pública; doutra banda, os salarios están en consonancia co tipo de contratación que se realiza, de relación laboral –non estatutaria–, coas vantaxes económicas que para a fundación ten, menos gravosas para ela cáas establecidas nun sistema público convencional, coa presión engadida de someter partes inxentes dos salarios á produtividade, como ocorre no eido sanitario.

H) No eido do seu réxime xurídico, preséntase outro problema: o **exercicio do protectorado** por banda do ente matriz ó fin xeral ó que se adscriba a fundación. Isto é conflictivo porque se mesturan os roles e funcións dos órganos da fundación. En consecuencia, dado que o *padroado* é o exercido polo fundador, ou quen se encargue de cumprila súa vontade fundacional, e o *protectorado* está para velar que se cumpran

en rigor medios e fins de interese xeral –sendo aquí onde *naturalmente*⁴² pesa a Administración pública, que fiscaliza o labor do padroado–, se a persoa que constitúe a fundación é a Administración pública, esta controlará, como fundadora, a vontade do padroado e, como Administración, o protectorado, co cal se fiscalizará moi prudentemente a si mesma. Desvirtúase a dualidade de órganos de goberno da fundación. Neste punto é onde a doutrina fala con máis forza e unanimidade da *desnaturalización* da estrutura da fundación: deixa de ter sentido configurar dous órganos distintos cando en ambos estarán sentadas as mesmas persoas, e teñen como función fiscalizarse o labor que desenvolven eles mesmos cando se sentan na cadeira de brazos realizando tarefas diferentes.

¶ En canto á **extinción** da fundación creada por unha entidade pública responde ós mesmos casos que se recollen no Código civil (art.39) e na LF (art. 29 e 30). Temos que ter en conta, a este respecto, unha idea: que non abonda a mera vontade do padroado, nin sequera do fundador, se non consta así nos estatutos.

Isto é así porque a Administración crea unha fundación, pero unha vez feito isto, a fundación non é da súa propiedade; ten personalidade absolutamente diferenciada. Non pode acordar sen máis a súa extinción. Incluso, chega a dicir Piñar, é dubidoso que se poida facer (a extinción) por lei, pois o art. 34 CE impón que só se poidan disolver por resolución xudicial motivada.

A taxación de causas de extinción, alleas ás propias necesidades da Administración, é un fenómeno que efectivamente pon de relevo a irregularidade da figura fundacional do ámbito público. Efectivamente, se o motor para dota-la Administración pública deste instrumento é a súa potestade organizadora, para desenvolve-los fins que a Constitución lle encomenda, carece de sentido que logo precisamente unha figura instrumental lle impida seguir a utilizar esta potestade. E isto é o que pasa coa fundación, que unha vez creada ten personalidade propia, e as normas polas que se rexe non permiten que as necesidades da Administración poidan extingui-la, por máis que representen o interese xeral.

¶ Por último, a **liquidación** da fundación *en man pública* non presenta problemas, pois o art. 31 LF faculta que o líquido reverta nas administracións públicas, para proseguir igual fin público có da funda-

⁴² Dicimos aquí *naturalmente*, porque conforme a configuración legal da fundación o protectorado está formado preminentemente por membros da Administración pública que fiscalizan a dirección que da fundación en cuestión fai o padroado.

ción, polo que é perfectamente lóxico que estableza na constitución desta que o resultado da liquidación reverta na mesma administración que a creou.

Incardinado nestas cuestións está a inevitable pregunta de qué alcance práctico ten disertar sobre estes extremos de natureza pública ou privada das fundacións *en man pública*; a resposta é clara cando miramos, por exemplo, o caso das responsabilidades derivadas do funcionamento da fundación, ¿quen responde aquí? A lóxica exposta e defendida polos que cren na corrección desta personificación no plano teórico non teñen reparo en dicir que sometela ó ordenamento privado é sen dúbida, *mellor*, por máis eficaz. Pero nesta cuestión gardan silencio: e gárdase silencio porque a realidade é que sexa cal fo-la personificación escollida pola Administración, a súa soa presenza nos órganos de goberno desa entidade determina unha responsabilidade última da Administración no proceso de que se trate. Así, por exemplo, na Fundación «Hospital de Verín», o máximo responsable do padroado é o conselleiro de Sanidade, igual ca no MEDTEC⁴³, se ben non son formas instrumentais idénticas; e un conselleiro non é outra cousa ca un titular da Administración pública.

Así, nun xuízo sobre responsabilidades por danos causados por unha institución destas características sería perfectamente factible atopala Administración pública como demandada⁴⁴. Esta hipótese pon de manifesto, coma ningunha outra, a ambigüidade do réxime xurídico ó que se lles somete ás fundacións: por unha banda elúdense controis sobre a súa actividade, contas ou contratación, ó amparo do ordenamento das fundacións, e pola outra, paradoxalmente, á hora de responder pola súa propia actividade, daquela o seu réxime público e os custos son asumidos polos orzamentos da Administración.

Balance global sobre a idoneidade da figura fundacional en man pública

Co apuntado ata agora estamos en condicións de afirmar que a fundación non é unha institución apropiada para cumprilo fin de prestar un servizo máis eficaz na actividade prestacional que leva a cabo a Administración, e que polo tanto esta desviación da actividade da Administración cara ó mundo do privado non está xustificada, razón pola cal

⁴³ Siglas do Instituto de Medicina Técnica de Galicia.

⁴⁴ Información elaborada a partir da documentación achegada polos servizos da Confederación Intersindical Galega –CIG-Sanidade–, e Manuel Martín, traballador do Servizo Galego de Saúde (SERGAS) e voceiro da Plataforma Galega pola Sanidade Pública.

entendemos que se produce un novo capítulo no fenómeno cuñado xa hai tempo por Clavero denominado *fuxida da Administración do dereito administrativo (e do dereito privado, engadiriamos nós)*. Non obstante, consideramos preciso analiza-la *idoneidade* da fundación como medio para o fin da Administración.

En tal sentido debemos sinalar que na figura da fundación tres son as contradicións que impiden levar a cabo a súa función en nome dos poderes públicos:

Λ) O aspecto teleolóxico: o fin de interese xeral.

A Administración ten acoutadas pola LOFAXE as formas de personificación para cumprimento dos fins de interese xeral. Sen embargo, na praxe o art. 6 LF é unha habilitación a maiores e á marxe da LOFAXE que desnaturaliza a fundación, porque como vimos, a fundación está chamada a cumprir fins de interese xeral, pero non polo Estado, senón precisamente á marxe del. Ademais disto, autores como Vaquer van máis alá e entenden que a LF prohibelles, en puridade, ás administracións facer isto, xa que o art. 2.3 LF, malia a súa confusa formulación, di que as fundacións non poden servi-los intereses dos propios fundadores.

Parada⁴⁵, pola súa banda, di que as fundacións son un xeito de servizo privado de funcións públicas.

Do anterior temos subxacentes dous xeitos de ve-las fundacións: como participación da sociedade civil na actividade propia do Estado (Parada), visión que como xa manifestamos entendemos que é a que máis se axusta á teleoloxía constitucional, ou como instrumentalización por banda do Estado coma unha nova forma de dereito privado da *res publica -do estatal*, en palabras de Vaquer-, que vén supoñer un avance a maiores na personificación que foxe dos controis públicos. E é que a fundación non pode cumprir ben os fins de interese xeral encargados pola Administración, porque non está pensada para iso. Válelles ós particulares, en que a disposición patrimonial para estes fins atopa incentivos para o seu labor, e controis para a súa non desviación. Pero non vale para que a Administración cumpra tales fins, porque a lei non deseñou un sistema para incluí-los principios cos que ten que actua-la Administración, por máis que a inclúa como suxeito constituínte desta. Isto non debe levarnos a pensar, en troques, que a fundación non é un bo medio para realizar fins de interese xeral; éo, pero para os particulares. En consecuencia, entendemos que a única irregularidade que existe é que sexa a Administración quen o faga, xa que pola estrutura e funcionamento

⁴⁵ PARADA, R., en *Las fundaciones de derecho público*, UNED, Boletín de la Facultad de Derecho, nº 4, 1993, páx. 135-149.

da fundación, vulnera dereitos que a Constitución lles reconece ós cidadáns verbo do funcionamento da súa Administración.

Dende aquí chegamos a outra encrucillada; se as fundacións se constitúen para fins de interese xeral (art.1 LF), e a Administración pública «serve con obxectividade os intereses xerais» (art. 103.1 CE), podería pensarse que o seu ámbito de actividade é o mesmo, é dicir, ¿podería ser potencialmente encomendada toda a actividade administrativa a unha fundación? Non.

Primeiro, porque toda actividade que comporta un *imperium* ou autoridade pública non pode ser exercida por suxeitos de dereito privado (disp. adic. 2ª da LOFAXE, e art. 15.5 *in fine*, en relación ó 2.2 da LRXAP-LPAC). Se isto é así, e a consideración de doutrina semella pacífica ó afirmalo, ¿cal sería o límite do servizo público que se pode exercer sen ese *imperium*? E quén o vai establecer, ¿o artigo dunha simple lei de contido xurídico privado, sen concorda-lo resto do sistema?⁴⁶

Segundo, porque tradicionalmente a fundación foi empregada polo Estado para actividades pouco relevantes ou accesorias (coleccións, doazóns..) que en ningún caso asumiron a condición de servizo público (vid. Sanidade, as leis comentadas) por este sistema. É máis, tal como sinala Del Saz non se poden xestionar tódolos servizos públicos en xeral porque non houbo máis normas habilitadoras como a Lei 15/1997 para o eido sanitario.

Un problema práctico disto é que semella que cando o dereito privado deixa unha porta aberta (caso do art. 6 LF) dáse unha fuga do público cara ós métodos privados, e só despois se reconduce o público ó seu propio camiño (caso das SA coa Lei de sociedades anónimas e as sociedades públicas mercantís).

0) O aspecto organizativo.

Xa se puxo antes de manifesto a incompatibilidade organizativa da fundación coa Administración, porque non está pensada para ela, e prodúcese un solapamento dos órganos de goberno da fundación, que serán ambos administración pública.

(1) O aspecto patrimonial.

Con independencia de poder asumilos tres modelos de fundación establecidos por Puig con base no tipo de recursos patrimoniais de que dispuxela fundación, é indispensable que dalgún exista un patrimonio cunha titularidade que lle pertenza á fundación para lle dedicar ó fin de

⁴⁶ Non esquezamos que o artigo 6 LF non é máis ca iso, e dende logo semella excesivo o poder que sobre a potestade organizadora da Administración lle confire.

interese xeral. Isto quebra un principio que debe ser observado na Administración pública, e no eido da sanidade pública: a unidade de caixa, entendida coma que todo sae dos mesmos orzamentos e neles debe reverter. Cando unha administración crea unha fundación, non respecta este principio pois achégalle un capital á fundación que é diñeiro público e que lle queda afecto permanentemente á fundación. Pero aínda é máis rechamante o caso de que unha fundación por razón de actividade xere beneficios, xa que non llos pode reverter na Administración matriz, porque a súa propia natureza llo impide. Han quedar sempre na fundación para o fin xeral. Neste senso debemos mencionar de novo as *trusts* inglesas, en que se prevé que a xeración de beneficios se lle destine á Administración matriz para que lle dedique eses recursos ó cumprimento dos fins onde sexa máis preceptivo o desembolso.

◦ *Un exemplo práctico: As fundacións sanitarias e a desnaturalización da institución fundacional*

Alleas completamente á polémica doutrinal, atopamos ó noso redor o exemplo máis paradigmático de fundacións instrumentalizadas por administracións públicas, que prestan un servizo público de indubidable importancia, como é a atención sanitaria, que coidamos preciso comentar.

No ano 1996 promúlgase o Real decreto-lei 10/1996, do 17 de xuño, que habilita a Seguridade Social (en diante SS) cara a novas formas de xestión da Sanidade, flexibilizándose así a posibilidade de organizala en modelos distintos do oficial. Ábrenselles así as portas a modelos privados que desandan o camiño de publicación e integración levado a cabo na Seguridade Social nas últimas décadas, recuando o sistema de xestión-intervención directa da sanidade por banda do INSALUD. Esta etapa permite o avance de xeitos de xestión privados, entre eles, obviamente, as fundacións (así o recollía o seu teor literal), co seu conseguinte sometemento a un réxime privado ou que en todo caso mingua controis públicos en prol da eficacia, competencia e eficiencia, modelo que xa se avalaba no *Informe Abril*⁴⁷.

Este real decreto-lei foi validado e convertido en lei, resultando así a 15/1997, do 25 de abril, sobre habilitación de novas formas de xestión do Sistema Nacional de Saúde⁴⁸. O sorprendente desta conversión é que durante a tramitación da lei, producíronse transformacións importantes no seu contido, e destacaron fundamentalmente tres:

⁴⁷ Informe elaborado pola denominada *Comisión Abril*, en 1991, para a análise, avaliación e propostas de mellora no Sistema Nacional de Saúde.

⁴⁸ Vid. BOE do 26 de abril.

a) Declaración do ámbito territorial da lei, ambiguo no real decreto-lei, pasando a ser de aplicación en todo o Estado,

b) Inclusión dunha cláusula de salvagarda do servizo público, deixando claro o lexislador que a reforma é organizativa e non substantiva⁴⁹, coa carga máis ideolóxica ca real de declarar que esta personificación non ía supoñe-lo inicio dun camiño de privatización da Sanidade, ou a súa desafectación como materia declarada de servizo público.

c) Desaparición da alusión literal ás fundacións na redacción da lei, que quedan englobadas na fórmula xenérica de «*calquera entidade de natureza ou titularidade pública admitidas en dereito*» .

d) Imposición do desenvolvemento regulamentario⁵⁰ da lei ó Goberno onde teña o Estado competencia na materia (é dicir, onde a competencia non lles estea transferida ás CCAA e estas só poidan facer uso dela unha vez regulamentada polo Goberno español), co obxecto de facela efectiva en todo o territorio estatal.

Esta obra de enxeñería lexislativa descobre os moitos erros que presentaba o decreto-lei e que foron parcheados na tramitación. En todo caso, o resultado desta norma será que a partir de agora permíteselle á Administración a creación de fundacións. Inda así, a doutrina salientou tres grandes cuestións:

1. Cando se fai referencia na lei a «*calquera entidade de natureza ou titularidade pública admitidas en dereito*», hai un erro terminolóxico de vulto, xa que por definición as fundacións non pertencen a ninguén nin teñen polo tanto, titular, ó abeiro da LF. Ademais as fundacións non son de dereito público, senón de dereito privado.

A aceptación desta formulación lévanos a un novo problema. Segundo a Lei 15/1997 non caben fundacións sanitarias nos termos da LF, ¿a que fundacións se refire esta Lei 15/1997? A resposta entende Piñar Mañas que está en que caben fundacións de xestión sanitaria ó abrigo da Lei de fundacións, por exclusión; é a única lei que existe. O que se quere dicir é que a habilitación de formas de xestión indirecta dos servizos sanitarios, a través de entidades privadas, mediante a figura fundacional, só pode facerse botando man da LF. En consecuencia, a Lei 15/1997 racha frontalmente no ámbito sectorial sanitario coa orientación marcada pola LOFAXE, posto que elude o requisito de *lei constitu-*

⁴⁹ Consecuencia dunha emenda do grupo vasco -nº3, BOCG, Serie A, nº8-6, do 9/10/1996, que pedía incluír logo das distintas formas de xestión, o inciso «garantindo e preservando en todo caso a súa condición de servizo público», en sintonía co disposto na LXS.

⁵⁰ O regulamento en cuestión foi o RD 29/2000, do 14 de xaneiro, de novas formas de xestión do Sistema Nacional de Saúde, que *infra* se comenta.

tiva, que é substituído por *acto de creación da fundación*, xa que abonda un acto do executivo⁵¹ que establecerá as garantías de controis e as peculiaridades en materia de persoal. Consciente o Goberno deste feito, viuse obrigado a incluír na Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, no artigo 111 a regulación das chamadas «fundacións públicas sanitarias», que non pretenden ser outra cousa que a adaptación ó eido sanitario das entidades públicas empresariais previstas na LOFAXE.

2. Sen embargo, e para demostrala versatilidade da potestade organizadora da Administración, entre o Real decreto-lei 10/96 e a Lei 15/97, fan aparición, ó amparo daquel, dúas fundacións de xestión de centros sanitarios: a Fundación «Hospital Manacor» e Fundación «Hospital Alcorcón»⁵². O acordo polo que se crean fai unha remisión expresa á Lei 30/1994, de fundacións, como réxime xurídico de xeral (sic) de aplicación e á previsión do seu artigo 6. Así é que o problema de cobertura normativa específica para a creación de tales entidades, xa se resolve aquí por vía de resolución administrativa que, en contra do que establecía a disposición final única do RD lei 10/1996 (que a todas luces esixe unha verdadeira norma, como sería un decreto do Consello de Ministros), procede a dictar un mero acordo, é dicir, un simple acto administrativo, que autoriza a constitución e aproba uns estatutos⁵³.

A sorprendente pero certa conclusión que temos de sacar é dobre:

a) Que a Administración atopa na lexislación de fundacións unha canle de saída que o exime dos estrictos requisitos da LOFAXE.

b) Que non precisa de habilitación legal para a constitución de fundacións entendendo que a propia LF é presuposto e canle suficiente para a súa creación. ¿Poderá negar alguén que se produce neste punto unha verdadeira «fuxida» da Administración do dereito administrativo?

É evidente que a LOFAXE se contradí coa Lei 15/1997, circunstancia que se ve delatada cando posteriormente se dicta unha lei (referímonos ó artigo 111 da Lei 50 /1998) que faga a adaptación axeitada que precisa a LOFAXE e así non volver permiti-la saída do sistema que esta deseñou. Daquela, tendo establecida unha regulación de «fundacións públicas sanitarias» que cumpren a función á que estaban chamadas as fundacións

⁵¹ Que segundo o artigo único desta lei terá forma de real decreto, e será dictado polo Goberno do Estado, ou os órganos de goberno das comunidades autónomas, no ámbito das súas respectivas competencias.

⁵² Constitución polo INSALUD acordada polo Consello de Ministros do 22 de novembro de 1996.

⁵³ Vid. BOE do 6 de febreiro de 1997.

coa Lei 15/1997, ¿por que non derrogar⁵⁴ aquilo en que existe contradicción entrambas, é dicir, a propia Lei 15/1997 naquilo que se lle opón ó artigo 111 da Lei 50/1998? ¿Interésalle á Administración ter unha contradicción legal vixente para poder facela valer e executar políticas contrarias ás directrices da LOFAXE? Non evolucionou tanto a sociedade en tan pouco tempo coma para precisar dous híbridos de fundación dos que bote man a Administración (porque non esquezamos que «fundación» nos termos da Lei 15/1997 e en consecuencia do tipo da Lei 30/1994; isto é estrictamente privada, e «fundacións públicas sanitarias», ó abeiro da Lei 50/1998 son personificacións con características distintas). O problema de ter creado fundacións do campo sanitario durante o *interim* que durou a promulgación da seguinte lei, creadora da figura das fundacións sanitarias, poderíase ter salvado sinxelamente coa súa transformación no segundo tipo mencionado. Aínda que isto non sería posible aplicando estrictamente a tipoloxía fundacional que analizamos neste traballo, e que conforme a súa natureza impide que un acto administrativo poida disolver unha fundación. Velaquí a proba dos inconvenientes que *supra* se denunciaban. O executivo, en vez de buscar poñer fin canto antes a esta confusa lexislación e realidade, camiña en sentido contrario. Así, o Real decreto 29/2000 desenvolve regulamentariamente a Lei 15/1997 e a Lei 50/1998, que consagra a coexistencia das fundacións (privadas *strictu sensu*) no eido sanitario, coas fundacións públicas sanitarias, que son distintas das anteriores, cuestión para a que a doutrina non acaba de atopar xustificación coherente.

3. Como se adiantou, a regulación normativa no eido sanitario non remata coa Lei 15/1997. Así a Lei 50/1998, de medidas fiscais, administrativas, e da orde social – máis coñecida como Lei de acompañamento ós Orzamentos Xerais do Estado de 1999–, no seu artigo 111 consagra legalmente as denominadas «Fundacións Públicas Sanitarias», como colofón á mencionada Lei 15/1997.

Dicimos isto porque dunha banda, esta lei bota definitivamente por terra, cando menos no eido da organización instrumental sanitaria, as pretensións da LOFAXE: unha vez máis, as necesidades de xestión de servizos e o interese público (sic), en palabras de Morell, van por diante das chamadas á orde e os intentos de sistematización feitos pola lexislación xeral⁵⁵; tanto é así que o apdo. 11 deste art. 111 deixa a LOFAXE re-

⁵⁴ Incluso baseándonos no principio xeral do dereito de que *Lex Specialis derogat generalis*; é obvio que hai unha formulación específica para as fundacións no eido sanitario logo da Lei 50/1998.

⁵⁵ Lembremos que a LOFAXE ten pretensións sistematizadoras cando simplifica as personificacións instrumentais da Administración en organismos autónomos e entidades empresariais.

legada a carácter supletorio, por tras da regulación específica que para cada caso se estableza por acordo de Consello de Ministros (apdo. 3), co que queda configurada definitivamente, cando menos neste eido da sanidade, unha nova forma de xestión do servizo, dotada, polo demais, de grande autonomía. Isto sucede malia que se xustifique na exposición de motivos como «unha adaptación ó ámbito sanitario das entidades públicas empresariais previstas na LOFAXE», como ben apunta Martín Rebollo⁵⁶.

Doutra banda, verbo do contido substantivo da regulación, tras esta última reforma, temos luces e sombras:

Sombras porque a constitución, modificación e extinción destas entidades será por acordo do Consello de Ministros (lonxe queda aquela LOFAXE que esixía lei para crear personificacións instrumentais), e déixalle a porta aberta á incorporación indiscriminada de persoal de carácter laboral no seu seo (apdos 3 e 5, respectivamente). Co cal isto supón, en parte, unha derrota para o dereito administrativo posto que eleva a rango de lei determinados extremos de dereito privado, propios das fundacións, e que agora se consolidan nesta lei. Podemos falar, neste senso, dunha «fuxida» do dereito administrativo pola Administración ó crear esta figura, por máis que haxa puntos positivos,

Luces porque se definen as *Fundacións Públicas Sanitarias* como «organismos públicos, adscritas ó INSALUD», polo que non son fundacións, xa que estas teñen unha personalidade xurídica independente, e choca a regulación deste artigo coa formulación da LF. Sendo isto así, é un erro denominalas *fundacións*, ademais de estar vetado polo propio art. 3.2 da LF, que prohíbe o emprego desta denominación a toda a que non figure inscrita nun rexistro ó que, por outra banda, estas non poden acceder.

En definitiva, mal que ben, esta lei supón un cambio de rumbo verbo do iniciado nas fundacións hospital de Alcorcón e Manacor. É continuidade en tanto que é descentralización funcional de servizos que se fai mediante unha personificación distinta da Administración, pero varía, aquí radica o cambio, en que a forma habilitada é de dereito público (malia as observacións apuntadas), nun intento de acalalas críticas pola «privatización» da sanidade que viñan postulando algúns sectores políticos e sociais. Isto implica en certa medida a volta a unhas pautas xurídico-públicas na instrumentalización que, aínda que ó noso ver insuficientes, rectifican unha tendencia experimentada na *res sanitaria* moi negativa para o interese xeral, en modo ningún xustificada, dende os parámetros da maior eficacia do sistema privado.

⁵⁶ Martín Rebollo, L., en *Leyes Administrativas*. Editorial Aranzadi, Edición 2000, páx. 675.

Cómpre facermos unha derradeira reflexión neste senso. Prodúcese unha rectificación na técnica fundacional no eido sanitario e recondúcese ó público, en definitiva, porque se considera máis eficaz, máis útil para o cumprimento do interese xeral. Daquela ¿por que subsiste a capacidade para constituír fundacións por banda das entidades públicas? ¿Por que se esta última fórmula conserva as vantaxes panaceáticas das fundacións, na bondade e ausencia de suspicacia da clara armazón dos denominados organismos públicos, mantense a vella fórmula? ¿Por que o RD 29/2000 continúa coa liña abandonada coa Lei 50/1998 e desenvolve, xunto coa regulación das «fundacións públicas sanitarias», a Lei 15/1997, sobre emprego de fundacións como modo de xestión do sistema público de saúde? ¿Non é acaso manter ambas un xeito de ir de novo contra a teleoloxía do título III da LOFAXE que pretendía limitar e modula-las personificacións instrumentais?

É de agardar que todo o espectro fundacional público cambie. Este cambio de rumbo operado introduce matices na utilización da técnica fundacional e recondúcenlle-lo seu artellamento ós puntos expostos ó longo da exposición. Efectivamente, a inconveniencia desta personificación por fundacións debido á ausencia de eficacia, a mingua do control administrativo da xestión de recursos públicos, etc. semellan indicar que este tímido paso reductor ó eido público acabará finalmente por impoñerse na xestión sanitaria, á vista das experiencias e os movementos legislativos e declaracións públicas efectuadas polos altos representantes políticos no eido da saúde.

➤ *Capitulación histórica das fundacións:*

A iniciativa dos particulares fronte ó Estado, a instrumentalización polo Estado para servi-los particulares, o emprego das fundacións para fins particulares.

A iniciativa dos particulares fronte ó Estado. Como se expuxo neste traballo, xorde a fundación cun fin claro: posibilitar que os particulares participasen da realización de actividades de interese xeral: darlles unha canle para poderen colaborar dunha xeira que ó Estado lle corresponde naturalmente. Ese espírito cremos que é o que se plasma na Constitución de 1978, e o que se debería de ter desenvolvido legalmente.

A instrumentalización polo Estado para servi-los particulares. Malia non considerármolo posible, cunha pouco brillante arquitectura xurídica, partindo da potestade organizadora, e de cara a cumprir-los fins de interese xeral que impón o 103 CE, polo principio de descentralización, e malia o que diga a LOFAXE, atráese do ordenamento xurídico-privado a fundación para pretender face-la súa xestión máis eficaz.

O emprego das fundacións para fins particulares. Varios son os argu-

mentos que apoian esta afirmación, sintetizados pola doutrina nos seguintes:

En primeiro lugar, é moito máis barato contratar persoal para unha fundación ca para a Administración: isto non aumenta a eficacia do servizo: en todo caso a precariedade do emprego tenderá a empeorala.

Os métodos de contratación da fundación son moito máis arbitrarios cós da Administración, por máis que lles engadámo-la postila de «conforme os principios de capacidade, mérito...», co que se pon en perigo a calidade do persoal da fundación.

En moitos casos o complemento de produtividade verbo da base salarial chega a ser realmente desproporcionado, co cal se estimula unha simple celeridade nos profesionais, que non garante o seu óptimo rendemento, senón a cantidade manufacturada.

Evidentemente o réxime laboral sométese a un despedimento moito máis expeditivo ca no sector propiamente público.

En segundo lugar, as perdas que teñan as fundacións non computan como déficit público, co que se instrumentalizamos en fundacións (ou outras personificacións de análogas consecuencias) a meirande parte dos servizos públicos, nomeadamente os que poidan producir perdas, encubrimos un déficit real, que ó non computar danos un tipo nominal moi baixo que nos permite cumprir cos mínimos esixidos na Unión Europea.

Evidentemente isto non obsta para que o Estado lles inxecte cantidades inxentes de cartos a fundacións que teñen perdas⁵⁷, co que na práctica opera con elas igual en materia financeira, pero sen computar déficit, e con outro zumento aliciente: a fiscalización de contas da fundación é menor, pois o control parlamentario sobre elas é testemuñal, e só teñen obriga de presenta-los orzamentos da fundación, por máis que se sometan a auditorías e outros controis máis indirectos.

En terceiro lugar, quen responde patrimonialmente en último caso, como vimos, é a Administración, co que se produce o paradoxo de que para evadir controis e dispoñer do patrimonio e contratos, daquela, as fundacións son privadas e autónomas; cando as contas non cadran, entón a fundación ten natureza pública. A doutrina presenta sempre neste punto que postos a movernos no dereito privado o fagamos con tódalas consecuencias, e se unha fundación ten perdas ou responsabilidades patrimoniais, as pague dos seus fondos. No suposto de chegar a ter unha situación de déficit insostible, significaría que esa personificación non cumpriu o fin para que se creou e debe ser polo tanto, liquidada (ex-

⁵⁷ Caso do Hospital de Verín, ó que no primeiro ano houboselle de inxectar tanto capital como lle fora dotado en patrimonio: arredor de 100 millóns de pesetas.

tremo que, por certo, vimos que hoxe co teor literal da CE e a LF é imposible⁵⁸). En definitiva, a doutrina reclama que se asuma a responsabilidade de traballar con esta institución, no caso de facerse.

4 Conclusións

1. A fundación é a canle democrática e altruísta pola que os cidadáns poden participar da realización dos fins de interese xeral en paralelo ó Estado. Esta institución blinda a súa acción.

2. A Administración non pode adoptar formas instrumentais indiscriminadamente, pois a LOFAXE así llo limitou, e debe respectar ese contido.

3. Dende unha perspectiva netamente constitucional, a interpretación conxunta e sistemática dos artigos 34, 103 e 128 da Constitución española lévanos á imposibilidade de aplica-la figura fundacional pola Administración pública.

4. O emprego da fundación pola Administración pública supón o sometemento ó dereito privado de parcelas onde debe estar claramente o réxime público, debido á afectación que nese suposto se fai de dereitos da cidadanía consagrados na Constitución, que van dende o réxime de transparencia na xestión á garantía da concorrencia en pé de igualdade á función pública e á obxectividade e á imparcialidade da actuación administrativa.

5. O ordenamento xurídico-privado está pensado para relacións económicas privadas baseadas na acumulación de capital. Por iso sucede que ás veces as súas normas non comprenden que a satisfacción de necesidades de interese público poidan ter resultados antieconómicos, e faise preciso que este réxime sexa corrixido polo dereito público de acordo coa satisfacción destas necesidades.

6. O réxime fundacional fai precarias as condicións de traballo dos seus empregados en relación cos seus compañeiros/as dos servicios do sector público.

7. Entre todo o anteriormente exposto e a eficacia da xestión do servizo público non hai ningunha relación: un servizo non é máis eficaz por se prestar sometido ó réxime fundacional.

8. O emprego desta técnica instrumental nos termos en que se está a levar a cabo constitúe unha clara fuxida da Administración do dereito

⁵⁸ Agás que se incluíse como causa de disolución específica ou indirectamente por imposibilidade de cumprilo interese xeral para o que se creou.

administrativo cara a un ordenamento xurídico, o privado, que non se adapta ás súas necesidades, e que con todo, está condenado a fracasar como forma de xestión dos servizos públicos.

9. Deberíase explorar a creación de novas formas de xestión dos servizos públicos máis eficaces, pero construídos dende o dereito público, cuns sistemas de control áxiles e transparentes que fagan os servizos eficientes, e que optimicen os recursos de que dispoñemos. ■

Bibliografía

- ALCARAZ VARÓ e HUGHES. *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español, Spanish-English*. 5ª Edición, Barcelona. Ed. Ariel, 1995.
- BALLESTEROS MOFFA, Luís Ángel. «El régimen de embargabilidad de las distintas clases de fundaciones». Comunicación para o XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 8 a 10 de outubro de 2000.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. «El papel de las asociaciones y fundaciones como respuesta a las necesidades sociales», en *Documentación Social*, nº 103, Madrid, 1996. páx.189-202.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en «Comentario al artículo 6», no libro *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, Escuela Libre*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, páx. 50 e ss.
- CARVALHO PIMENTA, Eurípedes, «As empresas públicas e os crimes contra a Administração pública», en *Revista da Procuradora Geral do Estado*, nº 10, 1977.
- CASARES MARCOS, Ana Belén, *La naturaleza jurídica fundacional de las Cajas de Ahorros españolas y su inclusión en el «tercer sector»*.
- FRANCH MENEU, José Juan, «Entidades y Fundaciones sin ánimo de lucro como factor de progreso económico: una tercera vía entre economía de mercado y sector público». En *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 208, Madrid, 1990, páx. 905-915.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil». En *Revista de Administración Pública*, nº 122, Madrid, 1990, páx.235-256.
- MORELL OCAÑA, Luis e RUIZ OJEDA, Alberto, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el derecho público», en *Manual de fundaciones*, vv.aa.,1999. páx. 222-269.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*. Editorial Aranzadi. Edición 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, «Reflexiones sobre la «huída» del derecho administrativo», en R.A.P., nº 140, maio-agosto 1996, páx. 25 e ss.
- PARADA, Ramón, en «Las fundaciones de derecho público», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 4, 1993, páx. 135-149.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, e ORTEGA, Luís, en *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, 5ª Ed., Barcelona, Ariel, 1998.
- PIÑAR MAÑAS, Jose Luís, «El Derecho de Fundación como Derecho Fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, nº 9, 1996, páx. 170 e ss.
- «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones». REDA, nº 97, 1998, páx. 37-63.
- Tercer sector, sector público y fundaciones. Comunicación para o XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 8 a 10 de Outubro de 2000.
- PUIG SALELLAS, Josep M. «Sobre el concepto de Fundación». En *AUTONOMIES. Revista Catalana de Derecho Público*. Nº21, Barcelona, 1996, páx.33-50.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones Públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- RODRÍGUEZ SEDANO, Manuel. «La fundación en momentos de redefinición: descentralización, eficacia y calidad», en *Actualidad Administrativa*, nº 48 Madrid, 1998, páx. 1077-1085.
- RUIZ OJEDA, Alberto. «Las Fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones», en REDA, nº93, 1997, páx.27 e ss.

- SÁNCHEZ RIVERA, Ricardo. «La conceptualización del tercer sector solidario o filantrópico en España». Comunicación para o XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 8 a 10 de outubro de 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso, en *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia, «La Huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas». R.A.P., nº 133, xaneiro-abril 1994, páx. 57-98.
- «Las Fundaciones en el ámbito universitario. Autonomies». *Revista Catalana de Dret Public*, nº 23, xuño 1998, páx.29-52.
- SIMPOSIUM INTERNACIONAL: FISCALIDADE, MECENADO E PROMOCIÓN CULTURAL. VV.PP. Actas pendentes de edición. Santiago, 17 e 18 de novembro de 1999.
- VALERO AGÚNDEZ, Urbano, «La Fundación como forma jurídica para empresas del sector público», en Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, Vol. I, páx. 283-313.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, en *Fundaciones Públicas y Fundaciones en Mano Pública*, Ed. Marcial Pons, 1999.
- VV.AA. «Administração Pública, seus serviços e Fundação governamental», en *Fundações e Direito*. 3º sector. Brasil, 1988, páx. 344-377.