José Luis Bermejo Latre
y Oriol Mir Puigpelat

Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública *

Sumario: *I. Introducción. II. La evolución de las fundaciones sanitarias: del Decreto-ley 10/1996 a la reciente Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. III. Soluciones ya presentes en el Derecho autonómico: 1. Galicia. 2. Baleares. 3. Aragón. 4. Madrid. 5. Valencia. IV. Conclusiones.*

I. INTRODUCCION

La fundación de iniciativa pública está de moda [1]. El reciente y polémico artículo 111 de la última Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado (Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) así lo demuestra. En efecto, desde que la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (LF), reconociera en los apartados 1 y 4 de su artículo 6 capacidad a las personas jurídico-públicas para la constitución de fundaciones, esta figura no ha dejado de expandirse como forma de personificación de los organismos públicos. Esta expansión se ha producido tanto en la normativa como en la realidad organizativa de las distintas Administraciones públicas.

En el plano normativo, las fundaciones de iniciativa pública han sido expresamente contempladas por el Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, y más recientemente, por la ya citada Ley 50/1998; en lo concerniente a la normativa autonómica, por la Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene

* Los autores participan en los proyectos P80/98 de la Diputación general de Aragón y PB 97-0910 de la DGCYT, respectivamente.

[1] Para una visión de conjunto del tema y de los problemas que puede suscitar, véanse PIÑAR MAÑAS: *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*, en esta «Revista», núm. 97, 1998; y BERMEJO LATRE: *Las Fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del Derecho administrativo,* en el «Libro-homenaje al profesor Martín Mateo», de próxima aparición. Con posterioridad al cierre de la redacción de este trabajo, publica VAQUER CABALLERÍA una monografía titulada *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública,* ed. Marcial Pons, Madrid, 1999. En ella se ocupa con gran amplitud del fenómeno de las fundaciones sanitarias en toda su evolución y problemática.

participación mayoritaria la Junta de Galicia; la Ley balear 5/1996, de 18 de diciembre, de diversas medidas tributarias y administrativas; la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid; la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana; y la Ley aragonesa 12/1998, de 22 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas.

Un rápido repaso de la *praxis* administrativa de los últimos años pone de relieve, por otro lado, que las distintas Administraciones públicas de nuestro país, amparadas por la normativa señalada, han venido constituyendo fundaciones para los fines más variados. Se constata, así, que las fundaciones de iniciativa pública se han ido insertando paulatinamente en los esquemas organizativos jurídico-públicos.

A la vista de aquella normativa y de esta realidad, se plantean una serie de cuestiones interesantes: ¿puede sostenerse la existencia de un concepto unívoco de fundación de iniciativa pública, o con dicho término se están encubriendo realidades jurídico-organizativas diversas? Ya en el plano de la oportunidad, ¿es suficiente la normativa dictada hasta la fecha para hacer frente a las muchas particularidades que las fundaciones de iniciativa pública suscitan?

En las páginas que siguen nos limitaremos a intentar dar una primera respuesta a dichos interrogantes y a exponer algunos de los problemas que esta concreta manifestación del fenómeno de la huida del Derecho administrativo plantea. Para ello, en primer lugar examinaremos la normativa estatal desde una perspectiva sectorial, dado que la regulación reciente de las fundaciones de iniciativa pública se ha centrado exclusivamente en el ámbito sanitario. Así, dedicaremos el próximo epígrafe al estudio de las fundaciones sanitarias. A continuación, y desde una óptica ya no material sino territorial, nos ocuparemos de cómo la normativa autonómica ha contemplado las fundaciones de iniciativa pública, para ilustrar las diferentes posturas adoptadas por los legisladores autonómicos en el ámbito de su competencia para regular las fundaciones de iniciativa pública en general.

II. LA EVOLUCION DE LAS FUNDACIONES SANITARIAS: DEL DECRETO-LEY 10/1996 A LA RECIENTE LEY 50/1998, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL [2]

El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y los Servicios autonómicos de Salud, en los últimos años, vienen creando entes sometidos al Derecho privado y dotados de personalidad jurídica propia (de Derecho público o privado) para alcanzar mayores cotas de eficiencia en la gestión de la sanidad pública. De los entes personificados creados nos interesan aquí las *fundaciones* sanitarias, que han proliferado fundamentalmente en el territorio INSALUD [3].

[2] Una exposición de conjunto de dicha evolución, con especial referencia al régimen de responsabilidad extracontractual de este tipo de entes (así como del resto de entes gestores de la sanidad pública), se encuentra en MIR PUIGPELAT: *Imputación y causalidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria,* Barcelona, 1999, Memoria de Licenciatura de próxima publicación.

[3] Los Servicios autonómicos de Salud se han decantado, a su vez, por la creación de entes de Derecho público sometidos al Derecho privado y de sociedades anónimas. Ejemplos de entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado son, en Andalucía, el Hospital de la Costa del Sol o la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias; y, en Cataluña, el Instituto de Diagnóstico por la Imagen o las empresas públicas Gestión de Servicios Sanitarios, Instituto de Asistencia Sanitaria y Gestión y Prestación de Servicios de Salud. Ejemplos de sociedades anónimas son, en Cataluña, la sociedad Sistema de Emergencias Médicas, S. A.; y, en el País Vasco, la sociedad Alta Tecnología Sanitaria, S. A.

Ha sido la normativa autonómica la primera en permitir la creación administrativa de todo tipo de entes, tanto de Derecho público como privado, para llevar a cabo la gestión de la sanidad pública [4]. En el territorio INSALUD el proceso se ha iniciado más tardíamente, por obra del Decreto-ley 10/1996 y su sucesora y sustituta, la Ley 15/1997.

El referido Decreto-ley establecía que la gestión y administración de los centros sanitarios y sociosanitarios, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, podía llevarse a cabo «mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de consorcios, *fundaciones* u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos o convenios con personas o entidades, públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida» [5]. El primer apartado de la disposición final de dicho Decreto-ley facultaba al Gobierno central para «adoptar las medidas necesarias para la creación y regulación del régimen de las entidades que [...] se constituyan» [6].

Al amparo de esta habilitación normativa (que refuerza la genérica atribución de capacidad fundacional realizada por la LF en favor de las Administraciones públicas), el Gobierno autorizó al INSALUD la constitución de algunas fundaciones para la gestión de determinados hospitales, a la vez que reguló sus estatutos [7].

[4] Un ejemplo representativo es el de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña, cuyo artículo 7.2 dispone que para el ejercicio de las funciones relativas a la gestión de los centros que prestan la asistencia sanitaria pública en Cataluña, el Servicio Catalán de la Salud podrá «crear o participar en cualesquiera otras entidades admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones».

[5] Este Decreto-ley, cuya convalidación parlamentaria se produjo el día 27 de junio de 1996, fue objeto de una importante corrección de errores, publicada en el BOE de 20 de junio de 1996. Dicha corrección eliminó un perturbador inciso de su artículo único, que inicialmente señalaba que la gestión y administración de los centros sanitarios y sociosanitarios podía llevarse a cabo «mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho *creadas por personas o entidades públicas o privadas*».

El artículo único del Decreto-ley, al hacer referencia al *Sistema Nacional de Salud* en su conjunto, y no ya sólo —a diferencia de su título— al INSALUD, permite entender que dicha norma extendía su vigencia a toda la gestión de la sanidad pública (es decir, también a la que corresponde a los Servicios de Salud autonómicos) y no sólo a la ejercida por el INSALUD. Dicho Decreto-ley, por tanto, poseía el mismo ámbito de aplicación que la Ley 15/1997, que lo sustituyó y a la que luego nos referiremos. Véase lo que al respecto se dirá, *infra,* en la nota núm. 8.

[6] Teniendo en cuenta que, según lo dicho en la nota anterior, este Decreto-ley tenía como ámbito de aplicación todo el Sistema Nacional de Salud y no ya sólo el territorio INSALUD, resultaba de muy dudosa constitucionalidad esta previsión de su disposición final, que atribuía únicamente al Gobierno central —y no a los autonómicos— la facultad de autorización y regulación de los entes que pudieran crearse para la gestión de la sanidad pública; dicha previsión, en efecto, rebasaba el ámbito de las bases de la sanidad constitucionalmente reservadas al Estado, al incidir en materia organizatoria propia de las Comunidades Autónomas.

[7] Como ejemplo puede citarse el *Acuerdo* del Consejo de Ministros (el Decreto-ley 10/1996, a diferencia, como veremos, de la vigente Ley 15/1997, no exigía rango de Real

El referido Decreto-ley ha sido posteriormente sustituido por la Ley 15/1997, como ya sabemos [8]. Esta Ley, que sistematiza y da nueva redacción al artículo único del Decreto-ley anterior, da continuidad a la línea flexibilizadora iniciada por éste. La Ley establece, en este sentido, que la gestión de los centros de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo «a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho».

El artículo único de la Ley, a diferencia del Decreto-ley precedente, no alude expresamente a la fundación como posible forma de gestión. Ello, sin embargo, no impide que las distintas Administraciones sanitarias puedan acudir a dicha figura jurídica; la Exposición de Motivos de la Ley, efectivamente, señala que «la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o *fundaciones —en los mismos términos a las ya creadas—*».

La Ley, como decimos, coincide en lo sustancial con el Decreto-ley de 1996, pero introduce alguna modificación destacable. En primer lugar, como ya se habrá observado, exige expresamente que las entidades dotadas de personalidad jurídica que se constituyan sean en todo caso «de naturaleza o [al menos] titularidad *pública*». Parece claro que por «naturaleza» debe entenderse, en este contexto, personalidad jurídica; personalidad jurídica que, según la expresión disyuntiva empleada por el legislador, puede ser de Derecho público o privado. ¿Pero qué entiende la Ley aquí por *titularidad?* En nuestra opinión, el legislador maneja aquí un concepto impropio de *titularidad,* equivalente a *iniciativa* y no ya a *pertenencia.* Entender lo contrario obligaría a negar la posibilidad (posibilidad que sin embargo es expresamente admitida en la Exposición de Motivos de la Ley, como se ha dicho) de que la sanidad pública sea gestionada a través de fundaciones, porque una fundación nunca podrá ser, en puridad, de *titularidad* ajena, ni pública ni privada. En efecto, la fundación se caracteriza por ser un patrimonio afecto a un fin; el fundador, que es quien dota dicho patrimonio y especifica el fin, desaparece de la vida de la fundación en el momento de la constitución de ésta, no siendo su titular; tampoco son titulares de la fundación los miembros del Patronato, que se limitan a garantizar el cumplimiento de la finalidad fundacional; la titularidad de la fundación, en definitiva, recae sobre ella misma. Ello diferencia esencialmente a la fundación de otras entidades que la Administración puede crear para la gestión de la sanidad pública, y que se caracterizan por ser de titularidad (o sea, pertenencia) ajena. La titularidad de una sociedad mercantil, por ejemplo, pertenece al conjunto de sus socios; y aquélla será, por lo tanto, de titularidad privada cuando dichos socios sean sujetos de Derecho privado, y de titularidad pública cuando éstos sean entes públicos.

Decreto) adoptado el día 22 de noviembre de 1996 y publicado mediante Resolución de 21 de enero de 1997 de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria en el BOE de 6 de febrero de 1997. Dicho Acuerdo autorizó al INSALUD a constituir dos fundaciones distintas para la prestación de servicios sanitarios, a la vez que aprobó sus estatutos respectivos. Se trata de la «Fundación Hospital Manacor» y de la «Fundación Hospital Alcorcón».

[8] Esta Ley (como el Decreto-ley) plantea, por de pronto, un delicado problema competencial, del que depende su constitucionalidad, y del que aquí sólo queremos dejar constancia: ¿es constitucional que una norma estatal (la Ley 15/1997 y el Decreto-ley 10/1996 lo son) establezca las formas de gestión de la sanidad pública a que pueden acudir los Servicios autonómicos de Salud?, o, en otras palabras, ¿incluyen las bases en materia de sanidad (que es la competencia de la que el parlamento estatal dispone) también la previsión de las formas de gestión de que puede ser objeto la sanidad pública? La cuestión no es sencilla, y si no ha planteado problemas ha sido, a nuestro juicio, porque tanto el Decreto-ley como la Ley poseen un carácter claramente liberalizador y permisivo, y coincidente con la normativa autonómica dictada con anterioridad en la materia. Si, por el contrario, se hubiera tratado de normas restrictivas, limitadoras de las formas de gestión de los Servicios autonómicos de Salud, su aceptación por parte de las Comunidades Autónomas no habría sido quizás tan pacífica.

Por lo dicho, consideramos que la Ley, al establecer que los entes creados deberán ser, al menos, de *titularidad* pública, está exigiendo que sean de *iniciativa* pública, esto es, que sean constituidos por y reciban su capital inicial de un ente público. Esta iniciativa pública sí puede predicarse de las fundaciones: será de iniciativa pública toda aquella fundación que sea constituida por y reciba su patrimonio de un ente público. El requisito contenido en el artículo único de la Ley y que ahora estamos comentando sólo impide, por tanto, la creación de entes por parte de sujetos de Derecho *privado;* o, lo que es lo mismo, sólo impide los entes de iniciativa *privada.* La Administración sanitaria, por ello, podrá crear entes de naturaleza jurídica pública o privada, de titularidad pública o incluso carentes de titularidad ajena (como las fundaciones). Pero sólo ella —y no ya sujetos de Derecho privado— podrá crearlos [9].

La necesidad de que los entes que se constituyan sean de iniciativa pública representa una primera novedad de la Ley de 1997 respecto del Decreto-ley precedente, el cual, como sabemos, se limitaba a señalar que la gestión de los centros sanitarios podía llevarse a cabo «mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho» [10].

La Ley, como segunda novedad, exige que la condición de servicio público de la sanidad pública quede en todo caso preservada y garantizada. Con ello, además de recordarse que la sanidad es un servicio público, se ponen límites a la elección y configuración de las formas de gestión: la forma de gestión no podrá alterar los principios básicos inherentes a todo servicio público (por ejemplo, el principio de continuidad en la prestación, o el de universalidad), lo que representa un freno muy importante a la utilización del Derecho privado por los organismos creados.

Como última modificación destacable, la Ley atribuye no ya sólo al Gobierno central, sino también a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas (cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias) la competencia reguladora de las entidades que se constituyan. La Ley, además, especifica qué aspectos de dichos entes deberán ser regulados [11]. Y, en relación con el Gobierno central, exige que dicha regulación se lleve a cabo mediante Real Decreto.

[9] No cabrá, por lo tanto, que la Administración sanitaria constituya una fundación (o una sociedad mercantil) para la gestión de la sanidad pública, y que luego esta fundación (o esta sociedad mercantil), que es un ente de Derecho privado, a su vez constituya un segundo ente personificado para llevar a cabo dicha gestión de modo descentralizado (así, por ejemplo, los servicios farmacéuticos, de análisis o alimentarios).

[10] Aunque, en el fondo, parece que esta novedad es más aparente que real, y que el Decreto-ley también exigía que las entidades que se constituyeran para la gestión de la asistencia sanitaria fueran de naturaleza o iniciativa públicas. Así se deduce de la ya aludida supresión del inciso «creadas por personas o entidades públicas o privadas» operada por la corrección de errores de dicho Decreto-ley.

[11] Estos aspectos son las formas jurídicas, los órganos de dirección y control, el régimen de garantías de la prestación, la financiación y las peculiaridades en materia de personal.

Las fundaciones sanitarias constituidas por el INSALUD al amparo de dicha normativa, con anterioridad al artículo 111 de la Ley 50/1998, son fundaciones de *Derecho privado,* esto es, fundaciones que, pese a ser de *iniciativa pública* (porque son creadas y dotadas patrimonialmente por una Administración pública) e incluso recibir sus directrices de actuación y su personal directivo de un ente inequívocamente público [12], poseen una personalidad jurídica de Derecho privado; es decir, poseen *naturaleza* privada. Se trata, en efecto, de verdaderas fundaciones (aunque *sui generis,* por supuesto, porque su fundador las acompañará y guiará a lo largo de su existencia), y como tales sometidas a la LF, y, a través de ella, a sus propios estatutos. Su régimen jurídico, por lo tanto, es el propio del Derecho privado (aunque tamizado, como en toda fundación, por una fuerte intervención administrativa, ejercida desde el Protectorado [13]). Así lo confirman los estatutos de las fundaciones sanitarias creadas por el INSALUD con anterioridad a la Ley 50/1998, que remiten expresamente, en muchas ocasiones, y salvo ligeros matices, al Derecho privado [14].

Naturaleza y régimen jurídico de Derecho privado caracterizan, pues, a las fundaciones sanitarias anteriores a la última Ley 50/1998.

[12] Retomando el ejemplo antes puesto de la «Fundación Hospital Manacor» y de la «Fundación Hospital Alcorcón», no hay duda de que se trata de fundaciones de iniciativa (que no naturaleza) e incluso control públicos. Así lo demuestran, entre otras, las siguientes circunstancias: su fundador es el INSALUD (él es quien las constituye, tras la autorización del Consejo de Ministros, como se desprende del apartado cuarto del Acuerdo gubernamental); su actividad queda sujeta a las directrices y criterios de coordinación y planificación emanados del INSALUD y el Ministerio de Sanidad y Consumo (art. 5 de los respectivos estatutos); su Patronato, órgano de gobierno superior de cada fundación, está compuesto por el Presidente ejecutivo del INSALUD (que ostenta la presidencia del Patronato) y por un máximo de seis (en la Fundación Hospital Manacor) y ocho (en la Fundación Hospital Alcorcón) personas nombradas y separadas libremente por dicho Presidente ejecutivo del INSALUD (art. 10 de los respectivos estatutos); su dotación patrimonial inicial proviene del INSALUD [art. 18.1.*a)* de los respectivos estatutos]; su presupuesto y otros documentos de tipo contable quedan integrados en los Presupuestos Generales del Estado (art. 18.2 de los respectivos estatutos); se subroga en todos los gastos e ingresos que sean imputables al Presupuesto del INSALUD (art. 19.3 de los respectivos estatutos).

[13] Así, como señala la LF, a la Administración pública (al Protectorado, que en el caso de las fundaciones sanitarias es ejercido por el Ministerio de Sanidad y Consumo) corresponde, por ejemplo, autorizar las operaciones de enajenación y gravamen sobre bienes de la fundación que posean un determinado valor, controlar el buen funcionamiento de la fundación a través del examen de su presupuesto y contabilidad, demandar a los Patronos ante la jurisdicción en caso de negligencia, asumir las funciones del Patronato en el supuesto de intervención temporal de la fundación, etc. Esta intervención administrativa se articula a través de actos administrativos dictados tras el preceptivo procedimiento administrativo (véase a este respecto la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, de fundaciones de competencia estatal), lo que supone la entrada del Derecho administrativo en la vida de las fundaciones. Esta incidencia del Derecho administrativo, sin embargo, en nada modifica el carácter privado de la personalidad jurídica de las fundaciones privadas y del régimen al que quedan, en general, sometidas.

[14] En este sentido, los estatutos de las fundaciones tomadas como muestra (la «Fundación Hospital Manacor» y la «Fundación Hospital Alcorcón») señalan, por ejemplo, que su contratación se someterá a las normas de Derecho privado (aunque deberá ajustarse, a partir de una cierta magnitud, a los principios de publicidad y concurrencia —art. 18.4—); y que su personal, que deberá ser contratado con arreglo a los principios de mérito, capacidad y publicidad, se regirá por el Derecho laboral (art. 20).

Sin embargo, el reciente y polémico artículo 111 de dicha Ley, dictado en desarrollo de la Ley 15/1997, ha introducido y regulado, para el territorio INSALUD, las que denomina *fundaciones públicas sanitarias* [15]. Con esta nueva figura, el legislador estatal da un giro a la tendencia privatizadora antes descrita, confiriendo carácter *público* a las nuevas fundaciones que el INSALUD decida crear.

Efectivamente, en este precepto se señala que dichas fundaciones, que quedan adscritas al INSALUD, son *organismos públicos;* y, además, que se regirán supletoriamente (en lo no previsto por el propio art. 111) por lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) para las *entidades públicas empresariales.* Esta remisión supone reconocer personalidad jurídico-pública (art. 42.1 LOFAGE) y carácter instrumental (respecto de la Administración General del Estado —art. 1.2 LOFAGE—) a este tipo de entes. Las fundaciones públicas sanitarias, por tanto, reúnen los requisitos exigidos por el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), para ser consideradas Administraciones públicas (a los efectos de dicha Ley).

Se aprecia, pues, una primera diferencia —fundamental— entre estas fundaciones y las creadas con anterioridad por el INSALUD al amparo de la normativa precedente: son entes de Derecho público, y no ya de Derecho privado. Varía, así, la *naturaleza jurídica* de ambos tipos de fundaciones de iniciativa pública.

Una vez afirmado esto, y antes de examinar ulteriores diferencias que separan a ambos tipos de fundaciones, se plantea el problema de definir con mayor precisión la naturaleza jurídica de las nuevas fundaciones públicas sanitarias: ¿son dichas fundaciones un tipo específico de entidad pública empresarial o constituyen un *tertium genus,* un tercer tipo de organismo público, distinto de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales?

La ambigüedad de la Ley 50/1998 no permite ofrecer una respuesta definitiva. Sin embargo, consideramos que el artículo 111 se inclina por la segunda opción, pues

[15] La tramitación parlamentaria de dicho precepto ha sido polémica. Y no sólo porque, pese a su importancia, haya sido incluido en una Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado (lo cual, lamentablemente, viene siendo habitual), sino, sobre todo, porque ha sido introducido en fase de enmiendas en el Senado, cuando el margen para la discusión del mismo es ya mínimo. El legislador estatal, con este precepto, introduce la figura de la fundación pública sanitaria en todo el Sistema Nacional de Salud, pero sólo la regula para el territorio INSALUD, remitiendo, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que decidan crear las distintas Comunidades Autónomas, a la respectiva normativa autonómica. Se respeta, así, la competencia autonómica en materia de organización sanitaria.

Conviene tener presente en todo momento que el precepto que ahora comentamos no excluye la posibilidad de que se creen entes distintos para la gestión y administración de la asistencia sanitaria y sociosanitaria pública. El primer apartado del precepto establece, en este sentido, que «De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997 [...], para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho y, *entre ellas,* las fundaciones públicas sanitarias». La fundación pública sanitaria, por tanto, no pasa a ser la única forma posible de gestión personificada.

no dice en ningún momento que dichas fundaciones *sean* entidades públicas empresariales; además, las equipara a los organismos autónomos (y no ya a las entidades públicas empresariales) al establecer las fuentes de las que podrán provenir sus recursos económicos. Parece, pues, que la Ley 50/1998 introduce un tercer tipo de organismo público, el de las fundaciones públicas sanitarias, que en muchos puntos coincide y en otros difiere de los ya creados por la LOFAGE [16].

Fundaciones públicas sanitarias y fundaciones privadas de iniciativa pública también se distinguen por la *normativa* a que quedan sometidas: así como las segundas vienen reguladas, básicamente, por la LF, por los Reglamentos sobre fundaciones de competencia estatal que la desarrollan, por el Acuerdo gubernamental que autoriza su constitución y por sus estatutos (aprobados por dicho Acuerdo), las fundaciones públicas sanitarias quedan sometidas, en cambio, al referido artículo 111, a la Ley General Presupuestaria (LGP), a la LOFAGE, a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas (LCAP) y (siempre respetando lo dispuesto en toda esta normativa) al Acuerdo gubernamental de constitución y a sus estatutos.

No hay que olvidar, además, que la legislación general de fundaciones (favorecedora de la autonomía de la voluntad) otorga un amplísimo margen de maniobra al fundador para configurar los aspectos esenciales de la fundación. El Gobierno, por ello, ha gozado hasta ahora de una libertad casi total en el momento de elaborar los estatutos de las fundaciones privadas que ha creado, pudiendo prácticamente dotarlas de un régimen jurídico *ad hoc*. La situación es totalmente distinta en relación con las fundaciones públicas sanitarias del artículo 111 de la última Ley 50/1998: este precepto, a lo largo de sus once apartados, regula los aspectos fundamentales de su régimen jurídico; y, en lo no previsto, remite a la LCAP, la LGP y la LOFAGE. Sólo en defecto de dicha normativa (que tiene rango de Ley) podrá intervenir el Gobierno, aprobando el Acuerdo de constitución y los estatutos. La capacidad del Gobierno central para determinar el régimen de las fundaciones públicas sanitarias es, pues, mucho menor que en relación con las fundaciones previamente constituidas. El Gobierno, cuando decida crear una fundación pública sanitaria, no dispondrá de absoluta libertad para dotarle de un régimen privativo.

La normativa reguladora de las nuevas fundaciones públicas sanitarias las somete —y esto es lo más importante— a un *régimen jurídico* también distinto del propio

[16] Entre las especialidades que caracterizan a este nuevo tipo de organismo público destaca la no necesidad de su creación por Ley. En efecto, como es sabido, el artículo 61.1 LOFAGE exige que la creación de cada concreto organismo autónomo y entidad pública empresarial se lleve a cabo por Ley. Y, en cambio, el artículo 111 de la Ley 50/1998 establece que «La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros».

La articulación de ambos preceptos no plantea ningún problema: no es de aplicación el artículo 61 LOFAGE porque existe la referida previsión específica del artículo 111 de la Ley 50/1998, que impide que se produzca el llamamiento supletorio a aquél.

Esta degradación (respecto de lo dispuesto por la LOFAGE) del rango formal exigido al acto de constitución del ente llevada a cabo por parte de la Ley 50/1998 puede ser objeto de crítica. Pero no debe olvidarse, en cualquier caso, que, con anterioridad a dicha Ley 50/1998, el Decreto-ley 10/1996 y la Ley 15/1997 también permitían al Gobierno constituir entes de todo tipo (sin que existiera, a diferencia de ahora, una norma de rango legal que, como el actual art. 111, limitara esta potestad gubernamental).

de las fundaciones sanitarias privadas de iniciativa pública creadas con anterioridad a la última Ley 50/1998.

Las diferencias se perciben ya en el *momento de constitución* de las mismas. En efecto, el Decreto-ley de 1996 y la Ley 15/1997 atribuían al Gobierno una competencia demasiado genérica e indeterminada en relación con los entes que se decidieran crear, no sabiéndose con certeza si era él quien decidiría su individual constitución, si sólo se limitaría a autorizar su creación, o, incluso, si su competencia alcanzaba sólo a regular con carácter general algunos aspectos de estos entes. La competencia del Gobierno en relación con las fundaciones públicas sanitarias es, en cambio, mucho más determinada: como ya sabemos, el artículo 111 establece que la constitución, modificación y extinción de dichas fundaciones, así como sus correspondientes estatutos, habrán de ser aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Ello demuestra que la creación de estas fundaciones se concibe por el legislador como individual y excepcional, con la pretensión de que sea deliberada y autorizada por el máximo órgano del Gobierno. Con esta garantía, con esta encomienda a la cabeza de la Administración pública de velar por el proceso en su conjunto, se evitará a buen seguro que la creación de fundaciones públicas sanitarias sea oportunista o casual, obedeciendo la misma a una línea unitaria de actuación en materia de política sanitaria [17]. Con ella, además, se facilita el control de los *actos separables* estrictamente jurídico-administrativos [18].

Las diferencias de régimen jurídico entre las fundaciones sanitarias ya constituidas y las nuevas fundaciones públicas sanitarias también se producen en materia de *personal*. Hemos visto antes que el personal de aquéllas es sometido, indiferenciadamente, a las normas de Derecho laboral (al Estatuto de los Trabajadores), con la única especialidad del necesario respeto, en las contrataciones, de los principios de mérito, capacidad y publicidad. El artículo 111 establece, en cambio, que el personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias se regirá, con carácter general, por las normas de carácter estatutario relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Aunque también prevé la posibilidad de que se incorpore, al servicio de estas fundaciones, personal que ostente vinculación de carácter funcionarial o laboral, al que le será también de aplicación su propia normativa [19].

En materia de *contratación*, las fundaciones privadas de iniciativa pública se someten, como hemos visto, al Derecho privado, con la única especialidad de su obli-

[17] Establece el artículo 111 como ulterior garantía que al proyecto de Acuerdo deberá acompañarse un «plan inicial de actuación», que habrá de ser aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, y que incluirá los objetivos que la entidad deba alcanzar y los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

[18] Véase, sobre la doctrina de los actos separables, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, 8.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, págs. 53-54, y 397.

[19] El artículo 111 alude también al personal directivo de las fundaciones públicas sanitarias: dicho personal, que vendrá determinado en los estatutos de la entidad, podrá ser contratado conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación de directivo recae en alguien que ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse su nombramiento a través del sistema de libre designación.

gado respeto a los principios de publicidad y libre concurrencia en las adquisiciones y ejecuciones superiores a un determinado importe (2.000.000 de pesetas, en las fundaciones tomadas como ejemplo). En cambio, las fundaciones públicas sanitarias quedan sometidas al régimen de contratación de Derecho público contenido en la LCAP [20].

También varía el origen de los *recursos económicos* de unas y otras. Así como las fundaciones públicas sanitarias poseen los mismos recursos que los organismos autónomos (por expresa remisión del art. 111 al art. 65.1 LOFAGE), y, por lo tanto, pueden recibir transferencias corrientes o de capital de otras Administraciones y entidades públicas y hasta específicas partidas previstas en los Presupuestos Generales del Estado, las privadas de iniciativa pública sólo reciben del erario público la dotación fundacional (sin perjuicio de las subvenciones que, como toda fundación, puedan recibir, y de los contratos, conciertos o convenios que puedan suscribir con entidades públicas).

Tanto las fundaciones sanitarias privadas de iniciativa pública como las fundaciones públicas sanitarias disponen de *patrimonio* propio y de bienes adscritos por parte de la Administración sanitaria [21]. Las primeras, sin embargo, poseen mayor libertad que las segundas en lo referente a la adquisición de nuevos bienes y a la administración de su propio patrimonio. El artículo 111 señala, en este sentido, que se requerirá el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD para todas las adquisiciones de bienes inmuebles y las enajenaciones de bienes inmuebles propios que las fundaciones públicas sanitarias decidan practicar [22].

Finalmente, en lo referente a las diferencias existentes en cuanto al régimen jurídico de uno y otro tipo de fundaciones de iniciativa pública, hay que apuntar que las fundaciones públicas sanitarias, a diferencia de las privadas previamente constituidas, quedan sometidas a lo dispuesto por la LGP para las entidades públicas empresariales en materia de régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero.

La comparación efectuada entre las fundaciones sanitarias que han sido creadas en el territorio INSALUD con anterioridad a la reciente Ley 50/1998 y las fundaciones

[20] Esta es la interpretación que en nuestra opinión debe hacerse del lamentablemente ambiguo apartado séptimo del artículo 111. Según él, «El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas». Las fundaciones públicas sanitarias reúnen, a nuestro modo de ver, los requisitos exigidos por el artículo 1.3 LCAP para que les sea de aplicación el articulado de dicha Ley.

[21] En lo que respecta a su propio patrimonio, las fundaciones públicas sanitarias pueden adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, quedando éstos afectados al cumplimiento de sus fines. A su vez, los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que les sean adscritos pasan a ser objeto de su administración ordinaria, y para ello les son atribuidos los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades gestoras de la Seguridad Social.

[22] No se especifica, sin embargo, cuáles hayan de ser los efectos derivados de la ausencia de dicho trámite en los negocios jurídicos en que se incumpla dicha previsión: ¿nulidad del contrato civil de compraventa, y, por lo tanto, obligación de retroacción del mismo hasta que se produzca el informe? Y, si el informe se ha producido pero es desfavorable a dicha transacción civil, ¿exigencia de responsabilidad —y de qué tipo, civil o disciplinaria— al Presidente del Patronato por la «desobediencia»? Son aspectos que quedan sin resolver y que parecen esenciales.

públicas sanitarias introducidas en el artículo 111 de esta última norma pone de relieve que unas y otras sólo tienen en común la denominación (a ambas se las denomina «fundaciones») y el ser de iniciativa pública. Más allá de dichas coincidencias, en realidad adjetivas, todo son diferencias: naturaleza jurídica, normativa reguladora, predeterminación normativa y régimen jurídico difieren completamente.

Si considerar a las primeras verdaderas fundaciones resulta discutible (porque la Administración fundadora, materialmente, guía y controla la vida de las mismas, en lugar de limitarse a dotarlas de patrimonio, redactar sus estatutos y fijar la finalidad que deberán perseguir), predicar dicha condición de las segundas es insostenible. En efecto, lo único que estas últimas tienen de fundaciones es el nombre, porque en realidad se trata de un nuevo tipo de organismo público.

Todo lo dicho confirma la afirmación con la que hemos comenzado el examen de las nuevas fundaciones públicas sanitarias: que la reciente Ley 50/1998, al introducir esta nueva figura, apuesta por una vuelta al Derecho administrativo en lo referente a las formas de gestión de la sanidad pública.

Debe advertirse, sin embargo, que la última palabra la sigue teniendo, en el territorio INSALUD, el Gobierno central, que no está obligado a optar por la fundación pública sanitaria como forma de gestión de la sanidad y puede seguir recurriendo a las fundaciones sanitarias privadas de iniciativa pública o a otras formas organizativas de Derecho privado. Ello es así porque la citada Ley 50/1998 no ha derogado la Ley 15/1997, cuyos amplísimos términos ya conocemos. En cualquier caso, la voluntad del legislador de potenciar la fundación pública sanitaria es indiscutible, y es de esperar que ello condicione las futuras opciones del Gobierno a la hora de organizar los servicios sanitarios de su competencia [23].

III. SOLUCIONES YA PRESENTES EN EL DERECHO AUTONOMICO

Una vez analizados la evolución y el régimen jurídico de las diversas fundaciones sanitarias (las públicas y las privadas) desde una óptica sectorial o material, nos proponemos un cambio de enfoque hacia una perspectiva general, para seguir abordando el estudio de las aproximaciones legislativas al fenómeno de las fundaciones de iniciativa pública. Dicha perspectiva ha de centrarse forzosamente en la legislación de las Comunidades Autónomas, pues desde la LF no ha habido ningún otro producto normativo estatal al respecto.

Pese a la gravedad de la irrupción poco controlada de este novedoso e imprevisible medio de administración pública, y casi cinco años después de su aparición legislativa, tan sólo cinco de diecisiete Comunidades Autónomas han tratado de disciplinarlo. Se trata de posturas diversas entre sí en la forma y en el contenido, que ya han sido adoptadas por los legisladores autonómicos para dar alguna cober-

[23] Recientemente, desde el Ministerio de Sanidad se ha anunciado la creación, antes del final de la presente legislatura, de seis a ocho nuevas fundaciones públicas sanitarias de las previstas en la Ley 50/1998. Tres de las nuevas fundaciones serán hospitales de nueva creación: *Calahorra* (La Rioja), *Palma 2* (Baleares) y *Fuenlabrada* (Madrid). Además, entre tres y cinco hospitales actualmente gestionados por el INSALUD, y de identidad no especificada todavía, serán transformados en este tipo de «fundaciones» en el mismo período.

tura al fenómeno de las fundaciones privadas de iniciativa pública, apoyándose en diferentes títulos competenciales (regulación de la organización administrativa propia, o bien legislación sobre fundaciones). Ello refleja la todavía escasa preocupación que sobre este tema existe en casi todas las Comunidades Autónomas, especiales protagonistas y responsables de la actuación y desarrollo de este nuevo modelo fundacional público tan en boga desde recientes fechas.

1. GALICIA

Fue pionero en estas lides el modelo gallego de control de las fundaciones de iniciativa pública, por el que se adoptó una Ley especial de sometimiento al control financiero y a la legislación sobre contratación pública de todos los entes con dificultades de encaje normativo en los respectivos marcos legales [24]. Esta Ley gallega trata de resolver el problema de una manera insólita para la época en que se produjo. De su Exposición de Motivos se desprende cómo la Ley pretende que la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia (prescritos por la disposición adicional sexta de la LCAP para las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente directa o indirectamente por las Administraciones Públicas o sus organismos dependientes) se extienda a todo el ámbito de actuación de los diversos entes vinculados de cualquier modo a la Administración gallega, «cualquiera que sea la forma organizativa que la propia Administración asumiese». Y no sólo eso, pues «en orden a alcanzar la mayor transparencia en la actuación de todas aquellas personas jurídicas en las que la aportación de la Junta sea mayoritaria», se incluyen las fundaciones de iniciativa o participación mayoritaria de la Junta y, lo que es más importante, se amplía el círculo de control al disponerse la exigibilidad del respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria en la selección del personal de estos entes.

Además de dichas previsiones, la Ley prescribe una serie de controles *a posteriori,* cuales son el sometimiento de las fundaciones en cuestión [las contenidas en su art. 1.*b)*] a la doble auditoría financiera anual, tanto del Consejo de Cuentas de Galicia como de la Intervención General de la Comunidad Autónoma —se supone que sin perjuicio de la tarea fiscalizadora que deberá ejercer paralelamente el órgano encargado del Protectorado de las fundaciones privadas de la Comunidad Autónoma.

2. BALEARES

En sentido opuesto podemos contemplar el modelo balear, como ejemplo de la seducción que enseguida ejercieron estas formas organizativas [25]. El mismo se articula sobre la base del acogimiento de la Administración Pública a las fórmulas de

[24] Se trata de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Junta de Galicia, ley extraordinariamente concisa, de la cual tienen especial interés los artículos 1.*b)*, 2, 8, 9 y 11.

[25] Compuesto por Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y Ley —siempre balear— 5/1996, de 18 de diciembre, de diversas medidas tributarias y administrativas.

Derecho privado para la gestión de sus funciones, disponiendo que «la gestión y administración de los centros, servicios y actividades de la Administración de la Comunidad Autónoma [...] podrán llevarse a término directamente, o indirectamente *(sic),* mediante cualquier entidad ajustada a Derecho creada por personas o entidades públicas o privadas, así como mediante la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica» [26].

Sin embargo, y a pesar de este propósito de legitimación del vaciamiento de la Administración Pública a través de cualquier tipo de ente (se trata de una mención omnicomprensiva, que evita toda duda acerca de la validez del empleo de entes de tal o cual categoría para el desarrollo de funciones administrativas), también este modelo presenta alguna cautela, siempre menos consistente que las de la legislación gallega. La citada Ley de incompatibilidades considera como altos cargos de la Administración Pública balear, y, por lo tanto, dentro de su ámbito de aplicación, a «los Presidentes, Directores, Gerentes y/o asimilados de las [...] fundaciones en las que el Gobierno de la Comunidad Autónoma participe, como mínimo, de más del 50 por 100 de su patrimonio, cuando los citados cargos sean retribuidos» [27]. La interpretación sistemática de ambas normas nos indica que no deja de reconocerse implícitamente en las fundaciones un cierto cariz administrativo o de encaje en la organización administrativa, lo cual conlleva una necesidad de control del fenómeno de las fundaciones privadas de iniciativa o mayoritaria participación pública, si bien este control nos parece exiguo en comparación con el sistema previsto por la Ley gallega.

3. ARAGON

Últimamente, el modelo balear de 1996 ha tenido eco en la Comunidad Autónoma de Aragón. Lo demuestra su Ley 12/1998, de 22 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas, cuando introduce en su artículo 2 un nuevo artículo 7 *bis* en la Ley de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, con el fin de someter a estos entes al control financiero previsto en el artículo 15.1 de dicha Ley. Se precisan, de un modo más depurado y completo, algunas de las notas que permiten caracterizar a estas fundaciones respecto del resto de fundaciones privadas. En especial, es destacable el esfuerzo llevado a cabo para establecer un criterio amplio de dependencia de los entes privados respecto de la persona jurídico-pública matriz. Por este motivo, merece ser transcrito el nuevo apartado introducido:

> «Los consorcios, asociaciones, *fundaciones privadas de iniciativa pública* y demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en los artículos anteriores, en los que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administra-

[26] Artículo 10 de la citada Ley balear 5/1996, *justificado* en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: «[...] la gestión del servicio público precisa, en el seno de las Administraciones públicas, formas organizativas de gestión flexibles, que hagan frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que los tiempos actuales demandan».

[27] *Vid.* el artículo 2.2.*e)* de la Ley balear 2/1996. A estos efectos, cabe resaltar que la LF dispone obligatoriamente la gratuidad del cargo de Patrono —miembro del órgano de gobierno— de la fundación, pudiendo ser el cargo de gerente administrativo retribuido, único caso en que sería aplicable la incompatibilidad.

ción de la Comunidad Autónoma de Aragón, quedarán sometidos al control financiero previsto en [...] esta Ley y deberán obtener autorización del Departamento de Economía, Hacienda y Fomento para la apertura de cuentas en entidades financieras. Asimismo, estas entidades vendrán obligadas a formar Presupuesto de explotación y de capital en el caso de que reciban subvenciones de esta naturaleza.

Para la creación y extinción de las entidades citadas, así como para la adquisición y pérdida de la posición mayoritaria, se requerirá autorización del Gobierno de Aragón.

Se entenderá que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón tiene representación mayoritaria en dichos entes cuando tenga capacidad de nombramiento, directamente o a través de sus organismos públicos y empresas, de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o vigilancia, o su aportación al capital fundacional o a la constitución de sus recursos propios sea también mayoritaria».

Pero la peculiaridad de la regulación llevada a cabo por esta Comunidad Autónoma reside en otra breve aunque muy significativa mención legislativa: en la recentísima Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, el legislador se ocupa de un problema que atañe a todas las Comunidades Autónomas, pero en el que ninguna ha reparado hasta el momento: se trata de la posibilidad de que las entidades locales constituyan fundaciones como forma de prestación de los servicios y actividades de su competencia. En este sentido, y en el uso de las competencias sobre el régimen local, la citada Ley incluye el artículo 217, que se expresa del siguiente modo:

«Las entidades locales, para la realización de fines de su competencia, podrán constituir fundaciones y participar en su creación con otras entidades públicas o privadas y particulares, de acuerdo con la legislación general sobre fundaciones. Los correspondientes acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y cumplir los requisitos legales establecidos para la disposición de sus bienes».

Con esta original previsión, se habilita la facultad de fundar de las entidades locales doblemente (pues la LF permitía entender, *a sensu* negativo, que ello ya era posible), con una garantía formal añadida, cual es la de la necesidad de una mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación —independientemente de su presencia en la correspondiente sesión del Pleno— para la toma del acuerdo de constitución.

4. MADRID

La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid parece ambiciosa en sus propósitos de control, aunque exigua y ambigua en la disposición de los medios legales para llevar este control a término. Como explica su Exposición de Motivos, «en lo relativo a la capacidad de las personas jurídico-públicas para la constitución de fundaciones sujetas a la Ley, se establecen determinadas condiciones, con el fin de evitar que, a través de las mismas, tales personas escapen de los controles ordinarios de la actividad administrativa. Asimismo se establecen determinadas cautelas dirigidas a evitar la confusión del patrimonio y el régimen jurídico de las fundaciones creadas por las personas jurídico-públicas

con los propios de tales personas». Así, la Ley contiene en dos de sus artículos (los 9 y 10) unas pocas normas especiales aplicables a las personas jurídico-públicas.

El primero, dedicado a la capacidad para fundar, se remite a la legislación estatal de fundaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución. La única cautela que se establece es un requisito formal, según el cual la constitución de fundaciones privadas por la Comunidad de Madrid deberá ser autorizada por Decreto del Consejo de Gobierno, Decreto en el que se determinarán las condiciones que deban cumplirse para ello. Cautela que resulta, a nuestro entender, de dudosa eficacia con respecto al objetivo de sujetar al sector público a garantías jurídico-administrativas en la actividad fundacional privada, puesto que la autorización de la actividad fundadora a través de Decreto no supone la aplicación de garantías especiales respecto a la que puede darse por otros medios, como el simple Acuerdo del mismo órgano. Téngase presente, además, la inutilidad de este mecanismo formal en el caso que normalmente resulta ser el más frecuente: cuando sea el propio Consejo de Gobierno de la Comunidad el que decida la creación de una fundación, quedará en sus solas manos el crear la fundación y establecer paralelamente las condiciones para ello.

Para el caso de concurrencia de personas jurídicas en el acto fundacional, la Ley establece otra insuficiente previsión: somete a su imperio a las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas, cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas fundadoras. Esta norma simplemente olvida el fenómeno de las fundaciones *mixtas,* es decir, aquéllas en que la presencia de uno o varios fundadores jurídico-públicos se completa con la intervención de actores jurídico-privados.

El segundo artículo, dedicado a la responsabilidad (contractual y extracontractual) de las fundaciones constituidas por personas jurídico-públicas, es igualmente parco e impreciso en sus términos. Pretende que la dotación y el patrimonio de las fundaciones creadas por personas jurídico-públicas, sujetas al conjunto de la Ley (de acuerdo con el criterio de territorialidad que rige para la misma), respondan de las obligaciones de aquéllas en los términos del Derecho privado, siendo dicha responsabilidad incomunicable con el patrimonio de las personas matrices.

Una misma línea partidaria de la privatización de la acción futura de estos entes fundacionales se aprecia en lo regulado para sus eventuales empleados, a quienes se ha de aplicar el mismo régimen jurídico previsto para las fundaciones constituidas por personas físicas o jurídicas privadas, es decir, un régimen laboral en todo caso.

5. VALENCIA

A la vista de lo fragmentario y, en definitiva escaso, de las posturas adoptadas por el momento por los legisladores balear, gallego, aragonés y madrileño, el esfuerzo de la Comunidad Valenciana por perfilar —al menos formalmente— más detalles en lo que concierne a la creación y desarrollo de fundaciones de iniciativa pública es más que destacable. Ello refleja, cuando menos, cierta madurez y experiencia ante los problemas prácticos planteables (que son los menores, pero que en defi-

nitiva han de ser afrontados en aras de un buen funcionamiento del ente matriz a la hora de fundar).

Así pues, la Ley valenciana hace una prolija selección de soluciones en este sentido. En su artículo 7 se regula la capacidad para fundar, existiendo una remisión en bloque a lo dispuesto en el artículo 6 de la LF. En desarrollo de lo escasamente dispuesto en este artículo de la Ley estatal, se añade como coletilla a su transcripción que «la creación pública de fundaciones privadas no podrá comportar el establecimiento de servicios públicos cuya prestación en régimen de fundación no se halle especialmente prevista». Esta cautela material, que no indica dónde haya de estar prevista esa expresa posibilidad de gestión de servicios públicos a través de fundaciones, parece una clara alusión al asunto de las fundaciones sanitarias (ya sea a las privadas existentes como a las públicas creadas por la Ley 50/1998). Como hemos visto, en esta Ley se diseñan fundaciones sanitarias específicas del INSALUD, y otras que habrán de ser creadas y reguladas de acuerdo con las normas especiales de cada Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias propias.

Para el momento clave fundacional, es decir, el acto *civil* —no se olvide— de constitución del nuevo ente, las personas jurídicas habrán de designar a quien haya de actuar por ellas en el otorgamiento del Acta fundacional y, en su caso, a su representante o representantes en el patronato. Se supone, pues la Ley lo omite, que esta designación vendrá dispuesta en el acto administrativo de creación de la fundación, acto distinto y anterior en todo caso al momento de acudir al Notario para otorgar el Acta y constituir en forma legal la fundación.

De todo lo atinente al régimen de los patronos se ocupa el artículo 13 de la Ley. En su apartado 2 se hace una extraña mezcolanza de mecanismos de sustitución de los mismos que no carece de efectos criticables [28]. Veamos cómo la Ley olvida el normal sistema de relaciones intraorgánicas diseñado por la LRJPAC. Pensemos que este «olvido» es tal en ejercicio de las competencias autonómicas en las especialidades de la autoorganización administrativa, y siendo la Ley consciente del carácter estrictamente civil de las fundaciones, que por naturaleza rechazan la presencia de elementos jurídico-administrativos en su funcionamiento interno una vez están en el tráfico jurídico diario.

En efecto, la Ley establece un régimen de suplencia automática cuando la cualidad de patrono sea atribuida al titular de un cargo en entidades públicas o privadas, pudiendo actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución de acuerdo con las normas que regulen las entidades de origen del patrono a sustituir. Hasta aquí nos encontramos con un régimen normal de suplencia disciplinado por normas administrativas, internas del órgano al que pertenece el patrono. La cuestión se complica si atendemos a la otra opción habilitada por la Ley: de acuerdo con ella, se puede también practicar la sustitución del patrono mediante la designación en escritura pública de la persona que haya de representarlo con carácter permanente, o mediante un escrito especial para cada ocasión si la sustitución se prevé de modo saltuario. Creemos que el único sentido que cabe dar a

[28] La combinación forzada de un ejemplo de *suplencia administrativa* por una parte y de *representación civil* por otra, alumbra la duda de dónde queda la garantía de la publicación de los actos de sustitución en los Diarios oficiales correspondientes, como es mandado por el artículo 13.3 de la LRJPAC.

este sistema dual, a pesar de la indiferencia de la Ley, es el momento para el que están ideados ambos mecanismos: el primero tendría su razón de ser en el tiempo que media desde la decisión administrativa de crear la fundación y el acto formal de constitución de la misma, en tanto que el segundo cobraría significación plena una vez estuviera en marcha la fundación.

El régimen previsto difiere del descrito, según dispone el siguiente apartado 3, cuando la cualidad de patrono sea atribuida a personas jurídicas *in totum*. En este inusitado caso, éstas deberán designar, a través de su órgano competente, una persona física que actúe en su representación, quien deberá ejercer personalmente sus funciones en el patronato, sin que quepa en ningún caso delegación de las mismas.

Estudiados los pormenores que la Ley diseña para solventar las cuestiones propias de los momentos fundacionales, dediquemos una somera atención a su artículo 20, que se ocupa del régimen financiero (en definitiva, del origen de las rentas e ingresos) de las fundaciones en general, artículo que carece de especial interés, aunque no está de más recordarlo. La norma dispone cómo «la fundación, para el desarrollo de sus actividades, se financiará fundamentalmente con los recursos que provengan de su patrimonio y, en su caso, con aquellos otros procedentes de las ayudas, subvenciones, donaciones, herencias y otros actos a título gratuito, realizados por personas físicas o jurídicas, sean éstas públicas o privadas».

Hay, sin embargo, un detalle a destacar de estas disposiciones de índole económica, y es el de la reversión de los haberes fundacionales en caso de extinción de la persona fundacional. El artículo 26. 3 de la Ley, al tratar de los efectos que la liquidación de una fundación constituida por personas jurídico-públicas extinta haya de producir, establece que se *podrá* prever en los estatutos que los bienes y derechos resultantes de la liquidación reviertan a la persona fundadora. Ello está en perfecta armonía con lo regulado en la LF, que prohíbe la reversión patrimonial extintiva salvo en casos excepcionales, entre los que se cuenta éste: «cuando el destinatario del patrimonio fundacional liquidado sea un ente público», condición que se cumplirá siempre en el supuesto de las fundaciones de iniciativa pública. Se echa de menos, sin embargo, una mayor contundencia en la voluntad de la Ley, que para evitar la salidad definitiva de bienes y derechos del erario-inventario público, debería haber optado por la *obligatoriedad* en lugar de la *posibilidad* de que los estatutos fundacionales dispusieran la reversión patrimonial.

IV. CONCLUSIONES

Llegado el momento de concluir estas notas, nos encontramos en condiciones de dar unas primeras respuestas a las cuestiones planteadas al inicio: en efecto, y en línea con lo que cabía esperar a raíz de la publicación de la LF, puede sostenerse la irregular evolución del concepto de fundación de iniciativa pública, hasta el punto de haber proliferado bajo el mismo término realidades jurídico-organizativas diversas. Esta evolución se ha producido tanto en el plano legislativo como en el de la realidad, pues son muchas las especies en que ya puede dividirse el género fundacional de iniciativa pública, dando lugar a un auténtico mosaico de no siempre fácil identificación. Podemos hablar, incluso, de una proliferación desme-

dida e inarmónica de fundaciones de iniciativa pública de distinta naturaleza y estructura interna.

Resumiendo a grandes rasgos las consecuencias de este conjunto de factores, observamos que de él se ha derivado una situación compleja, cual es la de la convivencia de *dos grandes tipos* de figuras dentro de las denominadas «fundaciones de iniciativa pública». En efecto, cabe distinguir en su seno entre las fundaciones *privadas,* sometidas a la LF o a las leyes autonómicas especiales por razón de la materia, y las nuevas fundaciones *públicas* (por el momento, exclusivamente previstas para el sector público sanitario, y específicamente reguladas para el ámbito de competencia estatal sobre dicho sector). Dicha posible convivencia no ha sido eliminada, aunque sí claramente reconducida hacia los dominios de las fundaciones públicas (o sea, el nuevo tipo de organismo público diseñado por la Ley 50/1998), en un ejercicio de retorno al Derecho administrativo.

Respecto a la segunda gran reflexión que proponíamos, esta vez desde la óptica de la oportunidad, nos encontramos ante un panorama poco halagüeño, cual es el de una manifiesta *insuficiencia normativa* ante el particular. El cuadro que hemos diseñado es complejo, y precisaría de una mayor y cuidada atención legislativa. Al margen de la discusión sobre la legitimidad de este especial impulso privatizador que sin duda inspira la introducción para los entes públicos de la capacidad de fundar, sigue echándose de menos una mano del *legislador* tendente no a frenar o a reconducir el fenómeno, sino a definirlo y caracterizarlo, a dotarlo de un modelo jurídico.

El artículo 111 de la Ley 50/1998 y la Ley valenciana de fundaciones constituyen pasos positivos en esta dirección. Una y otra llevan a cabo una regulación bastante completa de, respectivamente, las fundaciones privadas de iniciativa pública y las fundaciones públicas sanitarias del territorio INSALUD. Con sus previsiones, otorgan seguridad jurídica a un ámbito caracterizado por su ausencia y reducen el amplísimo margen de discrecionalidad de las potenciales personas jurídico-públicas fundadoras.

Pero estas previsiones no son suficientes. La Ley 50/1998 sólo contempla un sector material —el sanitario—, y lo hace de forma parcial, pues deja abierta —y, lo que es más importante, sin regulación— la posibilidad de que se sigan creando fundaciones privadas para la gestión sanitaria. Por su parte, la ley valenciana, como las restantes autonómicas, es sólo una normativa autonómica que tampoco agota las posibles soluciones al problema.

En suma, se nos ha brindado una nueva ocasión para reflexionar sobre los simultáneos huida y retorno al Derecho administrativo en el ámbito organizativo público, y para apuntar posibles soluciones a la vista del problema. Resta tan sólo lamentar que el proceso de construcción de este armazón jurídico de una importante figura *pseudoadministrativa* se haga tan saltuariamente. Sin embargo, estamos aún a tiempo de afrontar seriamente el problema, y para ello conviene ir abonando una reflexión con los elementos que obran en nuestras manos. La contemplación y análisis de todas las soluciones hasta ahora adoptadas por las diferentes instancias legislativas sería un aceptable punto de partida para una sistematización normativa de base, en pos no del rechazo de las fundaciones de iniciativa pública como medio de gestión de intereses públicos, pero sí de su definición más perfecta y completa: éste es el propósito al que servimos con las reflexiones que aquí ofrecemos.

En definitiva, abogamos por toda acción legislativa (estatal o autonómica, en cada caso) que tienda a disciplinar las condiciones a cumplir por las personas jurídico-públicas fundadoras, el *iter* formal a seguir en la constitución de los entes que hasta hace prácticamente poco tiempo se hallaba huérfano de toda regulación. Por ello hemos historiado las soluciones fragmentarias ya producidas desde los ámbitos estatal y autonómicos. Las pautas materiales y formales servirían para que en la creación de una fundación se distinguiesen los *actos separables,* permitiendo así que fuera controlado el acto administrativo de creación de la fundación, comprobándose la adecuación de la persona fundadora a las previsiones legales; para evitar desviaciones de poder y una huida desmedida de patrimonios o recursos (también humanos) públicos auspiciada por una discrecionalidad rayana en la arbitrariedad administrativa.

Esta definición normativa por la que clamamos contribuirá, a buen seguro, a estudiarlas, construirlas, desarrollarlas y criticarlas mejor. Hay ejemplos ya maduros que sirven para guiarnos en lo que debería ser una línea de actuación para los poderes legislativos correspondientes en un futuro próximo, si queremos gozar de las bondades de un producto útil de la «ingeniería de la organización», sin renunciar a la vez a las garantías que el Derecho dispone en beneficio del interés público.