

FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ

Régimen jurídico y gestión

Manuel Mesa Vila



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ:
RÉGIMEN JURÍDICO Y GESTIÓN**

**FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ:
RÉGIMEN JURÍDICO Y GESTIÓN**

MANUEL MESA VILA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA-2009

MESA VILA, Manuel
Fundaciones del sector público andaluz: régimen jurídico y gestión/
Manuel Mesa Vila. 1ª ed.
- Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009
191 p. ; 24 cm. - (Estudios)
D.L. SE-1975-2009
I.S.B.N. 978-84-8333-445-4

Fundación. — Empresa pública. — Gestión financiera.
Instituto Andaluz de Administración Pública

347.19.12(460.35)

Reservados todos los derechos. No está permitida la reproducción total o parcial en ningún tipo de soporte sin permiso previo y por escrito del titular del copyright.

TÍTULO: FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ:
RÉGIMEN JURÍDICO Y GESTIÓN

AUTOR: Manuel Mesa Vila

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Imprime: Diseño Sur

I.S.B.N.: 978-84-8333-445-4

Depósito Legal: SE-1975-2009

A mis padres...

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
COMENTARIOS A LA PRESENTE EDICIÓN	19
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO I. MARCO NORMATIVO	27
CAPÍTULO II. CONCEPTO Y FIGURAS AFINES	31
1. Concepto	31
2. La denominación	33
3. Fundaciones públicas que no son fundaciones del sector público	34
4. Fundaciones del sector público andaluz, entes instrumentales y medio propio	35
5. Las fundaciones de financiación mayoritaria	36
6. Clasificación	37
CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO Y NOVEDADES DE GESTIÓN ...	39
1. Los principios que rigen la actuación de las fundaciones del sector público ...	39
1.1. El ejercicio de potestades administrativas	40
1.2. Prohibición de comportar el establecimiento de servicios públicos ...	41
1.3. El principio de instrumentalidad	42
1.4. Responsabilidad patrimonial	43
2. La disposición dineraria de fondos sin contraprestación	44
3. La relación jurídica con la administración fundadora	49
3.1. El medio propio instrumental	49
3.2. Encomiendas de gestión a favor de fundaciones del sector público ...	50
3.3. Algunas conclusiones sobre el asunto	54

4. Novedades de gestión	55
4.1. Gestión de la calidad	55
4.2. Los Planes de igualdad	57
CAPÍTULO IV. CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN	59
1. Capacidad para fundar	59
2. Requisitos y trámites	59
2.1. Requisitos previos a la escritura de constitución	59
2.2. Escritura de constitución	62
2.3. Estatutos	63
2.4. Inscripción en el Registro de Fundaciones	65
2.5. Otros trámites previos al inicio de actividad	65
2.6. Identidad corporativa	65
2.7. Inicio de actividad	66
3. Fundaciones en proceso de formación	67
4. Adquisición o pérdida de la representación mayoritaria	67
5. Extinción de la fundación	68
CAPÍTULO V. REGISTRO Y PROTECTORADO	71
1. Registro	71
2. Protectorado	73
3. Registro de Patentes y Marcas	75
CAPÍTULO VI. PATRONATO	77
1. Composición	77
2. Ejercicio del cargo de patrono	80
3. Cese y suspensión de patronos	81
CAPÍTULO VII. RÉGIMEN LABORAL	83
1. Selección de personal	83
2. Protocolo de selección	86
3. Contratación de personal	86
4. Extinción de la relación laboral	87
5. El director-gerente	88
6. Remuneración del personal	89
7. Incompatibilidades del personal	91
8. Régimen de indemnizaciones por razón del servicio y dietas	92

CAPÍTULO VIII. RÉGIMEN PATRIMONIAL	93
1. Régimen patrimonial general	93
2. Peculiaridades de las fundaciones del sector público	95
3. Participación en sociedades	96
CAPÍTULO IX. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN	99
1. Situación anterior	100
2. Ámbito subjetivo de la Ley 30/2007	102
3. Contratos administrativos y contratos privados	104
4. Delimitación de los tipos contractuales	105
5. Disposiciones generales sobre contratación del sector público	108
5.1. Necesidad e indoneidad del contrato	108
5.2. Plazo de duración de los contratos	108
5.3. Libertad de pactos	108
5.4. Contenido mínimo del contrato	109
5.5. Perfección de los contratos	110
5.6. Lugar de celebración del contrato	110
5.7. Remisión de información	110
5.8. El recurso especial en materia de contratación	111
5.9. Registro de contratos del sector público	111
5.10. Contratación con empresas de trabajo temporal	112
5.11. Cómputo de plazos	112
6. Partes en el contrato	112
6.1. Parte contratante	113
6.2. Parte contratada	113
7. Objeto, precio, cuantía y garantía de los contratos	114
7.1. Normas generales	114
7.2. Revisión de precios	114
7.3. Garantías	114
8. Preparación de los contratos	115
9. Adjudicación de los contratos	116
9.1. Los principios que rigen la adjudicación	118
9.2. El procedimiento de contratación	121
9.3. La garantía de efectividad de los principios de contratación	122
9.4. La Ley de Subvenciones y los contratos subvencionados	126

9.5. Sobre la forma de adjudicación	127
9.6. Plazos	129
9.7. Racionalización técnica de la contratación	129
10. El perfil de contratante	130
11. Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos	133
12. Régimen especial de determinados contratos	133
12.1. Contratos de publicidad institucional	133
12.2. Contratos para la adquisición de vehículos de representación y servicios generales	135
CAPÍTULO X. RÉGIMEN ECONÓMICO	137
1. Financiación	137
1.1. Instrumentos de financiación de las fundaciones del sector público ...	137
A) Sistema de subvenciones	138
B) Sistema PAIF	141
1.2. Clasificación económica del gasto	142
2. Presupuesto	143
3. Contabilidad	144
3.1. Normativa aplicable	144
3.2. El modelo simplificado	147
3.3. Cuentas anuales	147
3.4. Contabilidad analítica	149
4. Actividades económicas. Rentas e ingresos	150
5. Administración de los recursos	153
CAPÍTULO XI. CONTROL Y AUDITORÍAS	155
1. Control	155
1.1. Control interno: La intervención General de la Junta de Andalucía ..	156
1.2. Control externo: La Cámara de Cuentas de Andalucía	161
1.3. Control político: El Parlamento Andaluz	162
2. Auditorías	163

CAPÍTULO XII. RÉGIMEN FISCAL	165
1. Régimen fiscal especial previsto en la Ley 49/2002	165
1.1. Requisitos	165
1.2. Aplicación en los distintos impuestos	167
A. Impuesto sobre Sociedades	167
B. Impuesto sobre el Valor Añadido	169
C. Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	169
D. Tributos locales	169
2. Régimen fiscal de otras formas de mecenazgo	170
2.1. Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, regulados en el artículo 25 ley 49/2002 ...	170
2.2. Gastos en actividades de interés general, regulados en el artículo 26 ley 49/2002	170
3. Régimen fiscal de las fundaciones no acogidas al especial de la Ley 49/2002	171
4. Incentivos fiscales al mecenazgo	171
ANEXOS	173
I. Resumen del Régimen Fiscal	173
II. Normativa	177
III. Procedimientos Registrales	179
IV. Modelos orientativos	187
V. Relación de Fundaciones del Sector Público Andaluz	189



PRÓLOGO

Recuerdo que cuando inicié mi formación jurídica de Civil I en la Facultad de Derecho de Sevilla, las fundaciones se definían como un negocio jurídico en el que el destino de unos bienes materiales se afectaban al cumplimiento de un fin de carácter general querido por el fundador de una manera estable o permanente y, en general, contemplado en el derecho mortis causa.

No me imaginaba, hace algunos lustros, que gran parte de mi desarrollo profesional iba a estar relacionado con esta institución jurídica, ni mucho menos que tendría que prologar un libro de carácter eminentemente jurídico y destinado a la gestión de las Fundaciones del Sector Público Andaluz, aunque es en este ámbito donde he adquirido una experiencia de más de diez años permitiéndome aportar algunas reflexiones que pueden resultar de interés para las personas lectoras.

Un prólogo puede seguir dos caminos distintos: uno de ellos consiste en intentar resumir el contenido de la obra, en este caso, si se acierta a hacer un buen resumen, quizás el lector no pase adelante. El segundo camino es alentar al que tiene el libro en sus manos para que descubra por sí mismo la riqueza y utilidad que pueda contener. Considero que ésta es la mejor opción, ya que quiero asegurar, que la utilidad y el interés existen abundantemente en el texto de Manuel Mesa y que merece la pena probar directamente, sin intérpretes, que no son en absoluto necesarios.

Resulta paradójico que cuando se crearon este tipo de organizaciones por parte de la Administración de la Junta de Andalucía, entre ellas la que dirijo, aparecieran voces discrepantes que anunciaban una huida de los servicios públicos hacia el sector privado, es decir, una “privatización de lo público”. Esas voces se han acallado en el transcurso de estos años y en el momento actual se puede afirmar que la dirección ha sido justamente la contraria, de lo privado hacia el sector de la Administración Pública. Tenemos que hacer prevalecer, por ejemplo, los criterios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal, cuando antes esto criterios no eran de obligado cumplimiento, la contratación de bienes y servicios, etc, etc...

Cuando iniciamos nuestra actividad, no existía regulación específica para este tipo de organizaciones, eran semejantes o iguales a las fundaciones creadas desde la iniciativa privada. En la gestión de entonces, aplicábamos criterios aprendidos en las experiencias vividas en otras lides y por iniciativa propia fuimos introduciendo medidas que garantizaran una mayor eficiencia y eficacia en nuestras actuaciones. Así nos iniciamos en la implantación de los Sistemas de Calidad, en la Gestión por Objetivos y aplicamos criterios de Igualdad y de Conciliación en los Convenios Colectivos, todo ello con la transparencia debida y desde el compromiso de servicio.

En el transcurso de estos años, la gestión de estas instituciones ha ido cambiando con la aprobación de normas reguladoras, que en absoluto han supuesto un cambio radical de planteamientos, más bien podría calificarse de una adaptación a las nuevas exigencias legales que en mi consideración, han reforzado los compromisos recogidos en los estatutos fundacionales que han dotado de más elementos de control público y transparencia. Se trata de la aplicación del principio de legalidad imperante en el funcionamiento de las instituciones del sector público.

Nadie pone en duda en la actualidad el carácter INSTRUMENTAL de las Fundaciones del Sector Público Andaluz al gestionar servicios y recursos de titularidad pública, ni tampoco se discrepa de la UTILIDAD y del VALOR AÑADIDO que constituyen para los diferentes Centros Directivos que conforman las Consejerías de la Junta de Andalucía, si bien, en un principio este carácter no existía, pues algunas de ellas nacieron para ocupar espacios o solucionar problemas de índole político o laboral.

En la prestación de los Servicios Públicos hay que considerar un alto grado de responsabilidad que debe ser constante en el tiempo, día a día, relevante frente a otras cualidades indispensables en este campo. Además, hay que mantener una postura abierta y adaptable a la transformación que nos va imprimiendo la propia sociedad. Es un proceso de transformación continuo para lograr dar respuestas flexibles y adecuadas a las demandas que se nos planteen, por los Poderes Públicos, en cada momento.

En resumen, el proceso de toma de decisiones que constituye el eje central de nuestra actividad profesional, tiene mayor garantía desde la perspectiva de lo público que de lo privado, no exento del aspecto de soledad que lo rodea. Soledad como sensación personal en el momento de tomar una opción u otra en un momento dado, porque quieras o no, al fin y al cabo, si te equivocas te equivocas tú y si aciertas lo haces también tú, no existen más posibilidades.

No voy a dejar pasar la oportunidad que tengo, de exponer estas opiniones sobre el transcurso y evolución que han tenido las Fundaciones del Sector Público Andaluz en los últimos años, sin hacer referencia al personal que las integran, que con su trabajo diario hacen realidad el funcionamiento y el alcance de los objetivos perseguidos. Las Trabajadoras y Trabajadores de las Fundaciones Públicas Andaluzas tienen un denominador común: se identifican en su totalidad con el trabajo que realizan y con los fines de

la Fundación. Este elemento les dota de un alto compromiso por lo que hacen, muy lejos de la concepción habitual del trabajo que se tiene en la sociedad. Gracias a todas las personas trabajadoras que integran las Fundaciones Públicas de Andalucía, estamos dónde estamos y desde este espacio quiero agradecer su esfuerzo y dedicación.

Este libro va a ser un manual de consulta básico para la gestión de las Fundaciones del Sector Público Andaluz que intervendrá sin duda alguna, en el proceso de toma de decisiones, que por nuestra responsabilidad y sentido común estamos obligados a realizar en el desempeño profesional diario de las organizaciones que gestionamos.

La aportación que realiza el autor Manuel Mesa se consolidará como una obra de referencia para las organizaciones del sector público al realizar una recopilación de la normativa que regulan, recogiendo lo último que ha aparecido y además por los aspectos de gestión tan relevantes que incorpora: Igualdad de Género y Calidad. Todo el contenido del texto, está recogido de una manera clara y amena que lo dota de gran practicidad y que seguro, lo utilizaremos muchas veces.

Por otra parte, contar en Andalucía con personas que estudien, compilen e investiguen en esta complicada materia jurídica es una satisfacción para todos nosotros. Se une, además, la cercanía no sólo geográfica sino personal que mantengo con Manuel Mesa. Os recomiendo una charla sobre la materia con él, yo he tenido muchas y la verdad que me ha resultado muy gratificante encontrar a alguien que posea un conocimiento tan amplio de las Fundaciones del Sector Público Andaluz.

Javier Guzmán Cuevas
Director-Gerente

Fundación Pública para la Atención e Incorporación Social



COMENTARIOS A LA PRESENTE EDICIÓN

Un libro de contenido eminentemente jurídico siempre cuenta con la certeza de que más tarde o más temprano se va a quedar anticuado. Con referencia a este asunto la duda que se plantea es precisamente si será más tarde o más temprano. Cuánto tiempo tardará en salir una ley, un reglamento o una instrucción que condene los contenidos del libro a los que afecta. A veces, la modificación de contenidos es de corto alcance y basta con hacer una adenda al libro para dejar a salvo su vigencia.

Cuando el Centro de Estudios Andaluces publicó el libro “Manual de Fundaciones del Sector Público Andaluz” en noviembre de 2005, pocos meses después de la aprobación de la Ley 10/2005 de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no podíamos imaginar que muchos de sus contenidos pudieran quedarse anticuados en menos de tres años y que las novedades que el ordenamiento jurídico aportaba a estas entidades fueran de tan hondo calado.

Fundamentalmente dos leyes de aparición casi simultánea: la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, impulsaron la necesidad de proceder a la revisión del manual, fundamentalmente porque las citadas novedades legislativas afectaban a dos de las cuestiones más sensibles del régimen jurídico y gestión de las fundaciones: la contratación de bienes y servicios y el personal.

En definitiva, el presente libro fue concebido en principio como segunda edición revisada y ampliada del “Manual de Fundaciones del Sector Público Andaluz”. No obstante, durante el período de gestación, se optó por incorporar temas más relacionados con el régimen jurídico que no se abordaban en el libro original, que se centraba más en los aspectos relacionados con la gestión.

También nos percatamos que se hacía necesario una mayor profundización en aspectos que en el texto original simplemente se mencionaban, temas tales como el ejercicio de potestades administrativas, la prohibición de comportar el establecimiento de servicios públicos, el principio de instrumentalidad o la responsabilidad patrimonial.

Como resultado final de la revisión nos encontramos con un libro bastante más amplio, con un cambio radical en el enfoque de determinados asuntos y con una visión más profunda del régimen jurídico. Todo esto sin olvidar la vertiente práctica y de consulta para los gestores de las fundaciones.

Como consecuencia de lo anterior se ha optado por publicar el libro nuevo, con un título diferente más descriptivo de su contenido y que refleje con más precisión su objetivo final. Por este motivo el presente documento mantiene una estructura homogénea con respecto al manual, dedicando un capítulo a cada uno de los aspectos de gestión de las fundaciones que consideramos esenciales y sobre los que existen normas escritas.

Con respecto al manual, se conserva la especificidad del contenido que aborda los distintos aspectos de cada capítulo en lo relacionado exclusivamente con las fundaciones del sector público andaluz, lo que es común al resto de fundaciones privadas, o bien no se aborda, o bien se remite a la ley, o bien se aborda de manera somera y reducida, con la salvedad del régimen fiscal, común a todas, pero que hemos visto oportuno mantener su presencia en este libro, tal como la redactó en su día Francisco Martínez Campo, Jefe del Departamento de Administración de la Fundación Centro de Estudios Andaluces.

Como hemos indicado las dos leyes fundamentales motivadoras de la redacción de este libro han sido la Ley 9/2007 y la Ley 30/2007.

La Ley 9/2007, ha servido para ratificar el concepto de fundaciones del sector público que ya en su día establecía la Ley 10/2005, y encuadrarlas dentro de lo que la propia ley define como Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Las fundaciones han visto delimitada su posición dentro de la Administración autonómica y se han aclarado las dudas que se planteaban en cuanto a sus relaciones con las consejerías y sus agencias.

La Ley 30/2007, por su parte, ha cambiado por completo el panorama de la contratación de bienes y servicios de las fundaciones a las que considera dentro de la categoría de poderes adjudicadores. Su importancia y vigencia es absoluta pues la contratación es un aspecto que cuenta con una remisión legal expresa en el régimen jurídico de las fundaciones del sector público (artículo 57 de la Ley 10/2005) a la legislación básica del Estado y a la que corresponda aprobar a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Si a estas dos importantes disposiciones unimos el Reglamento de Fundaciones de Andalucía (Decreto 32/2008) y las novedades aportadas en las sucesivas leyes de presupuestos, nos encontramos con un escenario nuevo para las fundaciones del sector público, para el que no bastaba una simple adenda al libro, ni tan siquiera una nueva edición revisada y ampliada.

Pero lo verdaderamente importante es que en estos últimos años se ha consolidado definitivamente esta forma de gestión pública. En la actualidad cada vez que se publica una ley, un nuevo decreto, una nueva orden o una instrucción, ya se incluye o se excluye de su ámbito de aplicación a las fundaciones del sector público de manera expresa y

llamándolas por su nombre. Antes se utilizaban términos ambiguos como empresas de la Junta, sector público empresarial, entidades instrumentales, etc. y había que entrar en el plano de las suposiciones para saber si las fundaciones se incluían o no en el ámbito de aplicación de la nueva disposición. Esa normativa dispersa de aplicación, también se estudia a lo largo del libro.

En estos últimos años las fundaciones del sector público se han consolidado como sistema idóneo para la prestación de determinados servicios públicos, prueba de ello es que su número se ha incrementado, de las diecisiete que considerábamos en la primera edición, ahora son diecinueve las que cuentan con participación directa y mayoritaria de la Junta de Andalucía.

Pero más que el avance cuantitativo nos gustaría concluir este apartado destacando el avance cualitativo: las fundaciones del sector público andaluz han crecido internamente, cuentan con un personal más especializado y formado, con altas dosis de identificación y compromiso con la misión de las entidades, disponen de unos modelos de organización más modernos y eficaces, cuentan con sistemas de gestión de la calidad, con compromisos escritos recogidos en sus cartas de servicios y con importantes ofertas de servicios on line.

Todas estas mejoras han servido para incrementar los niveles de confianza de los ciudadanos y de la propia Administración de la Junta de Andalucía. Prueba de ello es que en apenas tres años se ha duplicado el presupuesto del conjunto de las fundaciones del sector público andaluz y su incidencia en el global del presupuesto de la Junta, pasando de los 195 millones de euros de presupuesto global en 2005, lo que supuso un 0,61% del Presupuesto de la Comunidad, a los 412 millones en 2009, un 1,22%.

Esta tendencia alcista va a mantenerse en los próximos años, porque han quedado suficientemente demostradas las bondades de esta figura para el ejercicio de la acción pública y el beneficio de todos.

EL AUTOR

**LA REDACCIÓN DE ESTE LIBRO SE CERRÓ
EL 2 DE FEBRERO DE 2009**

INTRODUCCIÓN

La Administración andaluza desde sus orígenes, en aplicación del principio de descentralización administrativa consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución y en ejercicio legítimo de su competencia exclusiva sobre la organización de sus instituciones, ha venido contando con entidades y organismos instrumentales creados para colaborar en la consecución de sus objetivos generales. Dichas entidades han adoptado una pluralidad de formas jurídicas: organismos autónomos, entidades de derecho público, sociedades mercantiles, agencias, fundaciones, consorcios, etc.

Ahora bien, dentro de este extenso repertorio de formas jurídicas se ha venido trabajando de forma preferencial con las sociedades mercantiles, debido, a priori, al deseo de aplicar los criterios de eficiencia y rentabilidad que orientan el quehacer propio de este tipo de entidades al ámbito de la administración. Su proliferación en el seno de la administración autonómica en un breve espacio de tiempo, dan prueba del éxito tanto en su implantación como en su gestión.

A pesar de este éxito, existe en pura teoría una fuerte contradicción entre el concepto de sociedad mercantil y el concepto de servicio a los intereses generales de las propias Administraciones Públicas, provocada por el fin lucrativo que recogen las primeras (artículos 2 y 5 del Código de Comercio), en contra de lo que se establece en el artículo 103.1 de la Constitución para la Administración Pública Española. Incluso se ha venido comprobando como este afán mercantilista de las sociedades mercantiles ha suscitado algunas anomalías en el sistema público por afectar en muchas ocasiones a los principios comunitarios de libre competencia.

Sin embargo, y aunque su proliferación en el seno de la Administración Pública Andaluza se ha hecho esperar, las fundaciones tienen la ventaja de contar en su definición con elementos que coinciden con la esencia de la Administración Pública: ya que son organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Así pues, se trataría de una forma jurídica mucho más apropiada para la prestación de determinados servicios y el cumplimiento de determinados fines que las sociedades mercantiles. La propia exposición de motivos de la Ley de Fundaciones de Andalucía considera a éstas, sean públicas o privadas, como “colaboradoras de los poderes públicos en el ejercicio de sus actividades de interés general”.

Aunque pueda parecer un fenómeno de reciente implantación en el ámbito de la gestión pública, la constitución de fundaciones por parte de los poderes públicos es un fenómeno que cuenta con una cierta antigüedad en España.

Según los datos que obran en nuestro poder, la primera fundación pública estatal fue la Fundación Lázaro Galdiano, creada por ley el 17 de julio de 1947, surgida de la generosa donación al Estado Español de todos los bienes del ilustre coleccionista. El legado estaba formado por 13.000 obras de arte, el palacio que las albergaba, la sede de su editorial (La España Moderna) y una biblioteca con 20.000 volúmenes. Para gestionar la herencia se instituyó una comisión que se hizo cargo de su administración, así como de proponer la constitución de una fundación como forma más adecuada para gestionar el importante legado.

Instituida como “*fundación benéfico docente de carácter público, con plena autonomía y personalidad jurídica propia e independiente*”, la fundación fue creada “*para atender a la perfecta conservación y máximo rendimiento cultural de las colecciones reunidas por don José Lázaro, perpetuar su nombre y continuar sin limitación de tiempo, la meritoria tarea a la cual consagró su constante y provechosa actividad*”. La dirección de la fundación recayó en un protectorado constituido el 26 de marzo de 1949, presidido por el Jefe del Estado e integrado por los ministros de Asuntos Exteriores, Hacienda y Educación Nacional, así como por los directores de las Reales Academias de Bellas Artes de San Fernando y de la Historia y del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Algo parecido ocurrió con la donación al Estado español de los bienes del pintor Sorolla y posteriormente de su viuda y el único hijo varón del matrimonio, Joaquín Sorolla García, para cuya gestión y máximo aprovechamiento también se constituyó una fundación estatal el 30 de julio de 1993, la Fundación Sorolla.

La primera fundación de carácter instrumental, es decir, creada expresamente por voluntad directa de los órganos administrativos para colaborar con la Administración del Estado en la consecución de fines de interés general, es la Fundación SEPI creada por el Instituto Nacional de Industria (INI) el 10 de marzo de 1964, con el nombre inicial de Fundación Santa María del Espíritu Santo y una dotación fundacional de un millón de pesetas. En 1976 cambió el nombre por el de Fundación Instituto Nacional de Industria; en 1982 por el de Fundación Empresa Pública, y desde 2002 se le conoce por el nombre actual de Fundación SEPI. Esta fundación se dedicó prácticamente desde sus orígenes a gestionar los programas de investigación e historia económica del INI, las becas de formación y prácticas en empresas e instituciones colaboradoras así como la gestión de un colegio mayor adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Cabe reconocer que los casos mencionados son aislados y que el gran grueso de fundaciones públicas estatales han sido creadas entre los años noventa y la actual década, siendo en este período cuando alcanzan la importancia económica y administrativa que hoy tienen.

En el ámbito andaluz, podemos considerar la primera fundación de participación pública a la Fundación Machado, constituida el 12 de marzo de 1985 y cuyo Patronato estaba formado por veintiún miembros, un tercio de los cuales fue nombrado por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía; el segundo, de carácter vitalicio, por los socios fundadores; y el tercero, de carácter mixto, por acuerdo entre los socios fundadores y la Consejería de Cultura.

La primera fundación de carácter instrumental se crea en el año 1993 impulsada por la Proposición no de Ley 11/93 del Parlamento Andaluz, que insta al Consejo de Gobierno para que constituya una fundación de carácter público de apoyo a los enfermos mentales de Andalucía. Se trata de la Fundación Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM).

Sin embargo, no es hasta finales del año 1997 cuando se da un reconocimiento legal expreso de las fundaciones públicas y se les otorga un estatus. Es la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1998 que introduce en la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública el artículo 6 bis, por lo que las fundaciones, consorcios y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación de la Junta de Andalucía, pasan a considerarse incluidas dentro del concepto amplio de sector público andaluz.

En la actualidad tenemos constancia de la existencia de 19 fundaciones del sector público andaluz (Según el Inventario de Entes de la Comunidad Autónoma de Andalucía elaborado por la Consejería de Economía y Hacienda, a través de la Intervención General, para dar cumplimiento a lo aprobado en el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10 de abril de 2003, publicado mediante Orden HAC/2283/2003, de 31 de julio, BOE de 9 de agosto de 2003). Posiblemente, dada la sutil frontera que separa lo que se puede considerar público y privado en el mundo de las fundaciones, este número sea superior. Sería deseable una actualización del inventario y que éste fuese único, ya que como se observa en el anexo V de este manual, la relación de fundaciones instrumentales que realiza la Consejería de Justicia y Administración Pública (en “La Administración Instrumental” 2005), no coincide con el inventario elaborado por la Consejería de Economía y Hacienda.

El número expresado se refiere a las fundaciones que directamente dependen de alguna de las consejerías actuales y que están participadas mayoritariamente por la Junta de Andalucía. De entre todas, destacan la Consejería de Salud con cuatro fundaciones públicas y la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social con tres.

En el ejercicio 2009 este tipo de entidades reciben del Presupuesto de la Comunidad Autónoma recursos por valor de 412,5 millones de euros (prácticamente el doble de recursos que en el 2005), lo que supone gestionar el 1'22% del presupuesto de la comunidad.

Además de las fundaciones referidas en el párrafo anterior, existen otras 17 fundaciones que cuentan con representación o participación no mayoritaria de la Junta de Andalucía. Estas fundaciones son entidades colaboradoras de la administración en la consecución de sus fines de interés general y se pueden considerar comprendidas dentro del concepto amplio de “Administración instrumental de la Junta de Andalucía”, sin que esto les otorgue la consideración de fundaciones de sector público andaluz, por lo que, en principio, están excluidas del ámbito de estudio del presente manual.

A pesar del auge experimentado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no es ni mucho menos la comunidad con un mayor número de fundaciones: Según los datos recogidos en el Informe Económico-Financiero del Sector Público Empresarial y Fundaciones referenciado a 2006 de la Intervención General de la Administración General del Estado, en España existen un total de 323 fundaciones del sector público de las comunidades autónomas, Andalucía participa de ese total en tan solo un 6%, compartiendo el séptimo puesto con Castilla – La Mancha. La más prolífica es la comunidad gallega con la nada despreciable cifra de 69 fundaciones. El ranking completo según la citada fuente es el siguiente:

Galicia	69
Comunidad Valenciana	33
Cataluña	28
Castilla y León	25
Comunidad de Madrid	25
Baleares	22
Andalucía	19
Castilla-La Mancha	19
País Vasco	18
Murcia	13
Canarias	12
Navarra	10
Aragón	9
La Rioja	9
Extremadura	6
Cantabria	5
Asturias	1

Para la enumeración de las fundaciones del sector público estatal hemos de recurrir a la Ley Presupuestos Generales del Estado, en la que anualmente aparece la relación de fundaciones estatales, en la actualidad un total de 42.

También hemos de considerar dentro del marco de las fundaciones del sector público a las cada día más numerosas fundaciones universitarias, hospitalarias y a las fundaciones municipales o provinciales.

CAPÍTULO I.

MARCO NORMATIVO

Para establecer el marco normativo de las fundaciones del sector público andaluz, partimos de la Constitución Española de 1978, que en su artículo 34 reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. El derecho de fundación, a diferencia del derecho de asociación, se encuentra dentro de la sección 2ª del capítulo 2º del título I “derechos y deberes de los ciudadanos”. La alusión al derecho de fundación consagrado en la Constitución es muy escueta, se limita a establecer la finalidad de interés público como algo esencial de las fundaciones y la reserva de ley para la regulación del régimen legal de las mismas.

En el párrafo segundo del artículo 34, encontramos una remisión expresa al artículo 22 que regula el derecho de asociación, según la cual es aplicable a las fundaciones lo establecido para las asociaciones en los párrafos 2 y 4 del mencionado artículo, es decir, la ilicitud de las fundaciones que persigan fines o utilicen medios contrarios a la ley y la necesidad de resolución judicial motivada para proceder a la disolución o suspensión de una fundación.

El Código Civil menciona en alguno de sus preceptos a las fundaciones en aspectos tales como la nacionalidad, la personalidad jurídica, regulación de la capacidad civil, extinción y destino de sus bienes, domicilio y la actuación en la aceptación o repudiación de herencias. El Código Civil, por tanto, regula las fundaciones desde su perspectiva de persona jurídica, al igual que se hace en el derecho comparado europeo en general.

La norma que se encargó de desarrollar la reserva de ley establecida en la Constitución fue la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Dicha ley puso fin a un régimen regulador de las fundaciones obsoleto, fragmentario, incompleto y, en ocasiones, contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones reiteradamente planteadas por el sector, y adaptando esta normativa al nuevo orden constitucional, en especial lo que se refiere al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta ley ya reconocía expresamente la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones, abriendo las puertas a las fundaciones de carácter público.

Diversas exigencias aconsejaron, sin embargo, proceder a una pronta reforma de este marco legal: en primer lugar, se hacía necesario acoger en el ordenamiento jurídico español algunas experiencias innovadoras que se habían desarrollado con éxito en otros países de nuestro entorno. Por otro lado, la reforma daba respuesta a las demandas de las propias fundaciones, que planteaban la necesidad de superar ciertas rigideces de la anterior regulación: simplificación de trámites administrativos, reducción de actos de control del protectorado, reforma del régimen de organización y funcionamiento del Patronato, etc. Respondiendo a esta demanda se aprueban dos nuevas leyes: la Ley 49/2002 de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo y la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones. La anterior ley se desdoblaba en dos nuevos cuerpos legales, únicos vigentes en la actualidad en el ámbito estatal.

Es precisamente la Ley 50/2002 la que consagra y regula algunos aspectos de un fenómeno que ya existía y que va adquiriendo una creciente importancia: las fundaciones del sector público estatal.

En el ámbito andaluz, tomamos como punto de partida el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, que establece en su artículo 79.2 que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva sobre las academias y el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía. Esa competencia de carácter exclusivo se extiende también a la organización y estructura de sus instituciones de autogobierno y de sus organismos autónomos.

Esta competencia exclusiva sobre la regulación de las fundaciones viene matizada por una serie de límites impuestos por la disposición final primera de la Ley estatal 50/2002, que establece que algunos de sus preceptos son de aplicación general por afectar a diferentes aspectos considerados competencia exclusiva del Estado: legislación civil (149.1.8ª. CE), legislación procesal (149.1.6ª. CE) y la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (149.1.1ª. CE), siendo el resto de sus preceptos de aplicación exclusivamente a las fundaciones de competencia y ámbito estatal.

El ejercicio de esta competencia exclusiva de la comunidad autónoma, que ya reconocía el antiguo Estatuto de Autonomía, se llevó a cabo con la aprobación de la ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se trata de una ley que no añade importantes novedades con respecto a la regulación general para todo el Estado de la Ley 50/2002. En el tipo de fundaciones que a nosotros nos interesa, la ley andaluza también reconoce la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones y dedica un capítulo entero, el capítulo X, a las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El contenido de este capítulo lo iremos analizando a lo largo de este manual.

Hasta la aparición de la ley andaluza, las fundaciones del sector público habían perdido del artículo 6 bis de la Ley 5/1983, General de Hacienda de la Comunidad

Autónoma de Andalucía, que con una exigua definición creaba todo un régimen jurídico peculiar y bastante confuso de este tipo de entidades.

A pesar de la regulación expresa en la ley andaluza de fundaciones, quedaba pendiente encuadrar a las fundaciones del sector público andaluz dentro de la estructura de la Administración Autonómica, definiendo con meridiana claridad su estatus y sus relaciones con el resto de entidades y organismos de la Junta de Andalucía. La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, dedica el título III a las entidades instrumentales a las que divide en dos grandes grupos: agencias (Capítulo II) y entidades instrumentales privadas (Capítulo III), dentro de este último grupo distingue entre sociedades mercantiles (sección 1ª) y fundaciones del sector público andaluz (sección 2ª). Al concepto y régimen jurídico de estas últimas dedica una regulación somera, un solo artículo, el 78:

1. *El concepto y régimen jurídico de las fundaciones del sector público andaluz será el previsto en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
2. *El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral y su selección deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.*

Resulta curioso como el legislador podía haber hecho una remisión completa a la ley de fundaciones, ya que la segunda parte del artículo recoge una serie de principios que también están expresa y literalmente recogidos en la ley a que remite el apartado primero (Artículo 57.4 ley 10/2005), siendo la única novedad que añade, el sometimiento al derecho laboral. Con la redacción de este artículo en la forma descrita, parece que la intención del legislador es destacar la importancia de los principios básicos para la contratación del personal y subrayar así que este aspecto constituye uno de los elementos más sensibles de la gestión de fundaciones del sector público.

También resulta fundamental, en este caso para sentar de manera clara el tipo de relación que existe entre la Administración de la Junta de Andalucía y las fundaciones, el artículo 106, en virtud del cual:

Las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

Las sociedades y fundaciones tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo.

Se trata de la teoría del medio propio, denominada en la doctrina europea como “house providing”, a la que nos referiremos ampliamente a lo largo del presente manual.

Con el fin de dotar de una mayor coherencia al ordenamiento jurídico andaluz, la aparición de la ley 9/2007 ha obligado a proceder a la reforma del “histórico” artículo 6 bis de la ley 5/1983, que al igual que la Ley de Administración recurre a la técnica de la remisión para establecer el concepto de fundación del sector público andaluz. Esta reforma se articula a través de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2009, cuya Disposición Final 2ª. Uno, dispone:

El artículo 6 bis.1 queda redactado del siguiente modo:

“1. Los consorcios y demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en los anteriores, en los que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, así como las fundaciones del sector público, según lo establecido en el artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de la legislación específica que les sea de aplicación, se sujetarán a los efectos de esta Ley al régimen siguiente:

a) Quedarán sometidos al control financiero previsto en el artículo 85 de esta Ley y deberán obtener autorización de la Consejería de Economía y Hacienda para la apertura de cualquier clase de cuenta en una entidad de crédito y ahorro.

b) Si percibieran subvenciones corrientes elaborarán un presupuesto de explotación. Asimismo formarán un presupuesto de capital si la subvención fuera de esa clase.

Se entenderá que existe representación mayoritaria en las citadas entidades cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus organismos autónomos y empresas.

Los consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia que aunque no cumplan los requisitos establecidos en el primer párrafo de este apartado, tengan una financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía, podrán quedar sometidos igualmente al control financiero previsto en el artículo 85 de esta Ley cuando, mediando razones justificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería de Economía y Hacienda”.

Es importante destacar la aparición del Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este reglamento ha aportado importantes precisiones y novedades para las fundaciones en general, pero poco añade a las fundaciones del sector público a las que dedica el capítulo IX. Sus escasas aportaciones las iremos desgranando a lo largo del presente manual.

Por último citar la importante fuente del derecho de las fundaciones del sector público que suponen las leyes anuales de presupuesto, que suelen aportar importantes novedades en el régimen jurídico. Baste como muestra la última ley aprobada, la de presupuestos 2009, con aportaciones de mucho calado.

CAPÍTULO II.

CONCEPTO Y FIGURAS AFINES

1. CONCEPTO

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, hoy derogada, ofrece en su artículo 1 una primera definición legal de las fundaciones como “organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”.

La vigente Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre) en su artículo 2 reproduce la definición establecida por la anterior. El propio concepto de fundación es uno de los preceptos que constituyen condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación y tiene, por tanto, alcance general (disposición final primera de la citada ley), por lo que la ley andaluza, reproduce literalmente la definición, que damos como válida para el desarrollo de este manual.

En cuanto a las fundaciones del sector público, se trata de un fenómeno con reconocimiento legal mucho más reciente. La Ley 30/1994 simplemente dejaba constancia de la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones, pero sin abrir un régimen especial y tan siquiera volver a mencionarlas a lo largo de la ley.

La Ley 50/2002 incide en el reconocimiento de la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones (Artículo 8.4) y dedica íntegramente el capítulo XI a establecer normas peculiares para las fundaciones del sector público estatal. Se trata de la auténtica consagración de este tipo de instituciones como entidades instrumentales de la Administración Pública al servicio del interés general. La Ley 50/2002 es de aplicación en aquellas comunidades autónomas que no cuenten con una ley propia reguladora del fenómeno fundacional (artículo 149.3 de la Constitución Española).

Por su parte, la Ley Andaluza 10/2005 también reconoce el derecho de las personas jurídico-públicas de constituir fundaciones, del mismo modo que la ley estatal. La citada ley dedica un capítulo a las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma Andaluza.

No obstante, en el ámbito de la Comunidad Andaluza, ya con anterioridad se había dado un reconocimiento legal y una definición de las fundaciones del sector público concretamente en la ya mencionada Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 5/1983 de 19 de julio), que en una reforma posterior a su aparición (Ley 8/1997, de 23 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1998) introduce el artículo 6 bis, donde aparecen las fundaciones como parte del sector público andaluz, quedando prácticamente equiparadas al concepto amplio de “empresas de la Junta de Andalucía”, junto con los consorcios y otras entidades con personalidad jurídica propia.

Un solo requisito se exige a estas entidades para su inclusión dentro del ámbito de la Ley 5/1983: que sea mayoritaria la representación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía. El apartado b) del propio artículo 6 bis aclara que existe una representación mayoritaria en las citadas entidades cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por la administración de la Junta de Andalucía o por sus organismos autónomos y empresas.

Las fundaciones del sector público estatal siguen otro criterio diferente para considerar que una fundación sea pública, se trata del criterio patrimonial. Según el artículo 44 de la Ley 50/2002, “a los efectos de la ley se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- A. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.
- B. Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”.

Por su parte, la Ley Andaluza recoge ambos criterios: tanto el criterio de la representación mayoritaria del artículo 6 bis de la Ley 5/1983, como el patrimonial del artículo 44 de la Ley 50/2002. Considerando que pertenecen al sector público aquellas fundaciones en las que concurre alguna de las dos circunstancias.

Damos por válida la definición de fundaciones del sector público andaluz del artículo 55 de la ley, como hace la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, y podemos definir las fundaciones del sector público andaluz como:

“Organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general y en las que concurre alguna o algunas de las siguientes circunstancias:

1. Que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por la Junta de Andalucía, a través de cualquiera de sus instituciones, entidades, órganos, organismos autónomos o empresas.
2. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía.
3. Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”.

El único límite que impone la ley a la capacidad de las personas jurídico- públicas para constituir fundaciones es la posibilidad que sus normas reguladoras establezcan lo contrario (artículo 8.4 Ley de Fundaciones de Andalucía).

2. LA DENOMINACIÓN

Una de las grandes aportaciones que hay que agradecer a la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, es que ha contribuido a cerrar el amplio debate doctrinal que se había generado en torno a la denominación idónea para nuestra modalidad de fundaciones.

Tanto la legislación estatal de fundaciones como la autonómica, ya habían tomado partido con la denominación que hoy podemos considerar oficial: *Fundaciones del sector público estatal o andaluz*, pero hasta entonces la dispersa legislación solo ofrecía el concepto sin ponerle una denominación concreta e indubitada que sirviera para identificar el tipo de entes al que se estaba refiriendo.

El término “fundación pública” no era el idóneo porque con ese término se aludía concretamente a las fundaciones municipales de servicios (que estudiaremos más adelante) reguladas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955 y, además, las fundaciones, independientemente de la personalidad jurídica pública de sus creadores, siguen siendo entidades de derecho privado. Por lo que la doctrina se puso manos a la obra para buscar una denominación que encajara en las peculiaridades de estas entidades; así se han barajado denominaciones como: “Fundaciones privadas de influencia pública dominante”, “Fundaciones privadas de mano pública”, “Fundaciones privadas constituidas por entidades públicas”, “sector público fundacional”... Pero finalmente se ha optado por la denominación planteada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (del Estado) que en el título XI establece la denominación “Fundaciones del sector público”.

3. FUNDACIONES PÚBLICAS QUE NO SON FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

- Fundaciones Públicas del Servicio

Establecidas por el artículo 67.2ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, como una de las modalidades de gestión directa de los servicios municipales. Encuentran su regulación en los artículos 85 a 88 del mismo reglamento. Este tipo de entidades forman parte de la Administración Institucional, su régimen jurídico es de derecho público. Una parte de la doctrina considera que este término se encuentra reemplazado por el de “organismo autónomo local” que es el considerado por el artículo 85.3.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985. Se trata en definitiva de auténticos organismo autónomos locales sometidos a derecho administrativo.

- Fundaciones públicas sanitarias

La denominación de fundación pública sanitaria aparece en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de Nuevas formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud y su régimen jurídico se desarrolla en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero. A pesar de su nombre, en estos casos no nos encontramos ante auténticas fundaciones sino ante entidades de derecho público con personalidad jurídico – pública creadas por la Administración. Son organismos públicos adscritos al Instituto Nacional de Salud, que se rigen subsidiariamente por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 50/2002, de Fundaciones, excluye a estas fundaciones de su ámbito de aplicación.

- Fundaciones del Patrimonio Nacional

Se trata de una exclusión expresa recogida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/2002. En virtud de esta exclusión la ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, del Patrimonio Nacional. Según la citada ley, forman parte del Patrimonio Nacional los derechos de patronato o de Gobierno y administración sobre las siguientes Fundaciones, denominadas Reales Patronatos:

- La Iglesia y Convento de la Encarnación
- La Iglesia y Hospital del Buen Suceso
- El Convento de las Descalzas Reales
- La Real Basílica de Atocha
- La Iglesia y Colegio de Santa Isabel
- La Iglesia y Colegio de Loreto
- El Monasterio de San Lorenzo de El Escorial
- El Monasterio de Las Huelgas en Burgos
- El Hospital del Rey sito en dicha capital

- El Convento de Santa Clara en Tordesillas
- El Convento de San Pascual en Aranjuez
- El Copatronato del Colegio de Doncellas Nobles en Toledo

4. FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ, ENTES INSTRUMENTALES Y MEDIO PROPIO

La ley 9/2007, define los entes instrumentales de la Junta de Andalucía, como *entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus entes públicos, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico, que tengan por objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a la ciudadanía, en los términos previstos en esta Ley.*

El artículo 52 clasifica los entes instrumentales en agencias y entes de derecho privado, dentro de los entes de derecho privado es donde se encuentran encuadradas las fundaciones del sector público andaluz, a las que define el artículo 78 remitiendo a la Ley 10/2005. Las fundaciones que respondan a las características y requisitos establecidos en el artículo 55, serán consideradas fundaciones del sector público andaluz y, por tanto, serán entidades instrumentales de la Junta de Andalucía a todos los efectos.

A todos los efectos menos uno ya que no todas las fundaciones del sector público andaluz, podrán tener legalmente la consideración de medio propio, sino solo aquellas cuya aportación constitutiva sea en su totalidad de titularidad pública (artículo 106 Ley 9/2007). Como hemos visto para ser considerada fundación del sector público andaluz y, por tanto, ente instrumental de la Junta de Andalucía, basta con que se de una aportación mayoritaria. Por tanto, puede haber fundaciones instrumentales que no tengan la consideración de medio propio a los efectos de la ejecución de actividades o cometidos propios de las Consejerías o de sus Agencias.

Obsérvese que, en principio, el requisitos establecido en la ley para ser considerado medio propio habla de la titularidad pública del cien por cien del fondo fundacional, lo que evita la posibilidad de que fundaciones participadas por capital privado ostenten el carácter de medio propio, pero sí se puede dar la posibilidad que participen en ellas como fundadores otras entidades públicas (ayuntamientos, Estado, Universidades, etc).

No obstante la Ley 3/2008, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2009, ha entrado en la regulación de las encomiendas de gestión del artículo 106 y ha realizado una importante matización estableciendo que:

“Las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector y que realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía, la realización, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyen su objeto social o fundacional, de los trabajos y actuaciones que precisen siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios”.

No se trata ya, por tanto, de la titularidad pública de la aportación constitutiva sino de la titularidad pública directa o indirecta de la Junta de Andalucía. La aparición de este matiz en la ley de presupuestos viene a aclarar bastante las circunstancias para que una fundación pueda recibir encomiendas de gestión, no obstante, mantiene la doble clasificación de las fundaciones instrumentales.

Podemos hablar, pues, de fundaciones que son simplemente entes instrumentales de la Junta de Andalucía y fundaciones que además son medio propio instrumental, tal y como las define el párrafo segundo del artículo 106.

5. LAS FUNDACIONES DE FINANCIACIÓN MAYORITARIA

Hasta ahora ha quedado claro la diferenciación entre fundaciones del sector público y las que no lo son y el régimen jurídico peculiar derivado de tal distinción. Las fundaciones que cumplen los requisitos del artículo 55 de la ley 10/2005, son consideradas fundaciones del sector público y las que no lo cumplen no lo son. A las primeras le es de aplicación lo dispuesto en el capítulo X de la Ley de Fundaciones, así como las disposiciones y obligaciones de carácter jurídico administrativo que le sean de aplicación, especialmente las recogidas en la Ley 5/1983 y la Ley 9/2007. Las segundas quedan al margen de estas peculiaridades legislativas.

No obstante, podemos afirmar que la reforma del artículo 6 bis incluida en la Disposición Final Segunda uno de la Ley 3/2008, de Presupuestos 2009, ha creado un nuevo tipo de fundaciones “semipúblicas”, las fundaciones de financiación mayoritaria, que no son del sector público porque no reúnen los requisitos para ser consideradas como tal, ni son fundaciones privadas ya que la propia reforma del artículo 6 bis establece su posible sometimiento a un mecanismo de control propio de las entidades públicas, ya que podrán quedar sometidas al control financiero previsto en el artículo 85 de la Ley 5/1983 cuando, mediando razones justificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

Otra de las grandes consecuencias que tiene la financiación mayoritaria en el régimen jurídico de las fundaciones es su inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que en su artículo 3.3.b, otorga la consideración de poder adjudicador a las entidades cuya actividad sea financiada mayoritariamente por otras entidades u organismos que tengan la consideración legal de poder adjudicador.

En un reciente informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía (Informe 18/2008, de 27 de noviembre), a consulta formulada por la Asociación de Fundaciones Andaluzas, se dejaba claro, en primer lugar, que el concepto de financiación mayoritaria debe interpretarse en sentido que signifique más de la mitad de su financiación y, en segundo lugar, que la consideración de poder adjudicador es coyuntural ya que debe efectuarse sobre una base anual, siendo el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de la entidad, el ejercicio presupuestario en que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, tomando como base las cifras del ejercicio aunque tengan el carácter de previsiones.

6. CLASIFICACIÓN

A la vista de lo expuesto, en función de la participación de la Junta de Andalucía y expuestas de mayor a menor participación podemos aventurarnos a realizar la siguiente clasificación, que categoriza a las fundaciones, además, en función de la intensidad del control efectivo y el grado de influencia que puede tener la Junta de Andalucía sobre ellas (ver anexo VI).

- Fundaciones del sector público andaluz que son medio propio
- Fundaciones del sector público andaluz que no son medio propio
- Fundaciones privadas de financiación mayoritaria

Y podemos anticipar el siguiente cuadro que clasifica a las fundaciones en función de su régimen jurídico básico:

	Ley 10/2005 de Fundaciones	Ley 5/1983 de Hacienda de la CA.	Ley 30/2007 de Contratos del SP	Ley 9/2007 LAJA (general)	Ley 9/2007 LAJA (Régimen de encomiendas)
Fundaciones del sector público que son medio propio	X	X	X	X	X
Fundaciones del sector público que no son medio propio	X	X	X	X	
Fundaciones de financiación mayoritaria	X	X ₁	X		
Resto de fundaciones privadas	X	X ₂			

1. Si así lo determina el Consejo de Gobierno a propuesta del titular de la Consejería de Economía y Hacienda.
2. Si perciben subvenciones procedentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

CAPÍTULO III.

RÉGIMEN JURÍDICO Y NOVEDADES DE GESTIÓN

En este capítulo nos centramos en el análisis de una serie de aspectos concretos que son determinantes para comprender el régimen jurídico y el alcance de las fundaciones del sector público andaluz establecidos, por un lado, en el artículo 57 de la ley 10/2005, y referidos al régimen jurídico general, y, por otro, las relaciones con la Administración matriz, la doctrina conocida como el medio propio. Se incluyen en el punto final algunas novedades de gestión reguladas en diversas disposiciones de carácter general.

1. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 57.1 de la ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía establece:

Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos. Además, podrán realizar únicamente actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de éstas, salvo previsión legal expresa.

Este artículo es necesario estudiarlo en relación con los artículos 51 y 52 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía:

Artículo 51

Las entidades a las que se refiere el presente Título (entes instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía) tienen personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos de esta Ley, y se ajustarán al principio de instrumentalidad, con arreglo al cual los fines y objetivos que se les asignan específicamente son propios de la Administración de la que dependen.

Artículo 52.3

Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz tienen personalidad jurídica privada, por lo que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad.

1.1. El ejercicio de potestades administrativas

Las potestades administrativas se definen como poderes que la Ley confiere directamente a las Administraciones Públicas y que las facultan para realizar fines de interés general o público. Estos poderes que les son otorgados las sitúan en una posición de supremacía y de prerrogativa, que además, las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas de las que son titulares activos los administrados; imponiéndoles obligaciones y situaciones, de forma unilateral e incluso sin contar con su voluntad o consentimiento aunque sujeto al ordenamiento jurídico. Sus características principales son:

- Se trata de poderes regulados por la Ley y por ello no cabe olvidar que las potestades administrativas están sujetas al principio de legalidad propio de nuestro Estado de Derecho.
- Estas facultades otorgadas a las Administraciones Públicas sólo pueden ser ejercidas para la persecución del interés público y en ningún caso el interés propio o privativo de la propia Administración.

Las potestades administrativas se otorgan a las Administraciones públicas para poder hacer efectivo el ejercicio de la autoridad de las que la ley las dota. Por tanto la ley 10/2205 y la 9/2007, están diciendo exactamente lo mismo con distintas palabras, ya que esas facultades de las que no pueden disponer las fundaciones del sector público son las potestades administrativas.

La doctrina divide las potestades administrativas bajo diferentes criterios entre otros según su contenido, en virtud del cual podemos distinguir entre:

- Potestad reglamentaria.
- Potestad de planificación (que, a menudo, se engloba en la anterior en cuanto a planes que se aprueben por reglamentos).
- Potestad organizatoria.
- Potestad tributaria.
- Potestad sancionadora.
- Potestad expropiatoria.
- Potestad de ejecución forzosa.
- Potestad de coacción.
- Potestad de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- Potestad de revisión de oficio de los actos administrativos.

Estas son facultades que suponen ejercicio de autoridad y que la ley tiene reservada para las Administraciones Públicas, en ningún caso para las entidades de naturaleza privada aunque hayan sido creadas por la Administración.

De cualquier forma es necesario entender los conceptos de ejercicio de autoridad y de potestades públicas en el sentido más amplio de los términos, es decir, como desarrollo de una actuación pública desde una posición de superioridad respecto a los sujetos privados.

No resultaría admisible que una fundación del sector público realizase actuaciones desde una posición de superioridad material semejante a la que ocupa la Administración, ya que en este caso estaría actuando como si fuera un poder público, entendido éste como todos aquéllos entes que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado, por lo que debería regirse por las normas de derecho público, y no por normas de derecho privado como es el caso de las fundaciones privadas del sector público.

1.2. Prohibición de comportar el establecimiento de servicios públicos

Esta prohibición supone una de las pocas novedades del régimen jurídico de las fundaciones del sector público andaluz con respecto a las estatales, ya que esta prohibición legal expresa no se encuentra recogida en el capítulo XI de la Ley 50/2002, de Fundaciones.

Las tres formas clásicas de actividad de la Administración son las de policía, fomento y servicio público. Si tenemos en cuenta que las dos primeras suponen el ejercicio de potestades administrativas y que éstas no pueden ser ejercidas por entes instrumentales privados, debemos extraer que el único margen de actuación que les queda a las fundaciones del sector público son las actividades relacionadas con desarrollo de actividades de servicio público por parte de la Administración¹.

La prohibición legal alude al establecimiento del servicio público, es decir, se trata de una cuestión del organismo capacitado para ostentar la titularidad de la competencia, cuestión que está reservada a las personas jurídico públicas, pero nada impide que pueda existir una delegación del ejercicio o la gestión de ese servicio público a favor de una fundación del sector público.

La creación de una fundación por una persona jurídico – pública no equivale a una descentralización de competencias, a diferencia de lo que ocurre cuando se opta por la constitución de un ente público instrumental. El papel que la ley atribuye a las fundaciones del sector público es secundario y consiste en coadyuvar a la consecución de los fines de la Administración fundadora. Como hemos indicado, en principio, no tiene por qué

¹ Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen jurídico de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía. Pag. 34.

excluirse la gestión indirecta de determinados servicios públicos (siempre en atención a que la naturaleza de las mismas lo permita) a través de estas fundaciones, que no supone, en ningún caso, la pérdida de la titularidad del servicio por parte de la Administración.

Esa gestión indirecta de actividades o cometidos propios de la administración fundadora habrá de articularse a través del mecanismo establecido el artículo 106 de la Ley 9/2007, de las encomiendas de gestión.

La lógica prohibición de descentralización de competencias a favor de personas jurídico – privadas obliga colateralmente a un especial esfuerzo por delimitar y ajustar apropiadamente los fines fundacionales de las fundaciones del sector público, al objeto de evitar al máximo posibles duplicidades o solapamientos de actividades administrativas y privadas. Igualmente ha de hacerse hincapié en la conveniencia de un alto grado de coordinación de las actuaciones que efectivamente vayan a llevar a cabo los entes fundadores y sus fundaciones².

Por lo demás, la prohibición de establecimiento de servicios público no deja de ser una consecuencia lógica de la prohibición del ejercicio de potestades administrativas.

1.3. El Principio de instrumentalidad

Según la ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía las fundaciones del sector público podrán realizar únicamente actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras. La Ley de la Administración de la Junta de Andalucía por su parte, establece que los fines y objetivos que se les asignan específicamente (a las fundaciones) son propios de la Administración de la que dependen.

Vistos así los dos preceptos parece una especie de paradoja, pero también aporta contundencia a la limitación esencial de la actuación de las fundaciones que es el respetar el ámbito de competencias que le es propio sin que pueda asumir competencias diferentes, salvo previsión legal expresa. Ese ámbito competencial viene determinado por las competencias propias de las entidades fundadoras. Sin que ello suponga, como hemos visto, la asunción de la titularidad de las mismas.

La puesta en práctica del principio de instrumentalidad, vendría expresado por la posibilidad de recibir encomiendas de gestión, pero como hemos visto en el capítulo segundo no todas las fundaciones del sector público andaluz son susceptibles de recibir encomiendas por parte de las consejerías y sus agencias, es necesario para ello que el cien por cien de su aportación constitutiva provenga directa o indirectamente de fondos públicos de la Junta de Andalucía.

² M^a Dolores Rego Blanco “Asociaciones y fundaciones privadas como instrumento de gestión administrativa” en La Administración Instrumental. VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Pag. 42. IAAP 2005.

1.4. Responsabilidad patrimonial

Traemos a colación un asunto que en ocasiones pasa desapercibido en el régimen jurídico de estas entidades porque en ningún caso se recoge en la normativa específica que les es de aplicación, y se da por sentado su no inclusión en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas recogido en el artículo 139 y siguientes de la ley 30/1992, cuyo principio general establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Este régimen peculiar y genuino de responsabilidad se extiende a los daños a particulares que no tengan el deber jurídico de soportar y deben ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Como hemos visto las fundaciones pueden prestar determinados servicios público que le hayan sido encomendados por la administración de la que dependan.

En principio, en una interpretación estricta de la norma, cabría interpretar que las fundaciones como entidades sujetas a derecho privado quedarían fuera del régimen de responsabilidad patrimonial. Esa primera impresión se deduciría del artículo 2 de la Ley 30/1992, en el que se establece que el ámbito de aplicación de la citada norma queda ceñido a:

- La Administración General del Estado.
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- Las Entidades que integran la Administración Local.
- Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Por otro lado, cabría citar el propio artículo 139 que vuelve a utilizar el término “Administraciones Públicas”.

No obstante y a pesar de la apariencia, cabe decir que este principio de responsabilidad es un reflejo del derecho de los ciudadanos a exigir la responsabilidad y, como reiteradamente afirma el Consejo Consultivo de Andalucía *su régimen es un límite infranqueable, que no puede ser esquivado por la libertad de autoorganización y uso de las formas jurídicas admitidas en Derecho.*

Por tanto, basándonos en la reiterada doctrina del máximo órgano consultivo andaluz, podemos afirmar la inclusión de las fundaciones en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas recogido en Ley 30/1992.

Para documentar esta afirmación reproducimos parte del Dictamen 151/2003 de 28 de abril de 2003, del Consejo Consultivo de Andalucía sobre la cuestión: “Consulta facultativa sobre diversas cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable a la Fundación Centro de Estudios Andaluces”:

“En primer lugar, cabe recordar que el dictamen 123/1998 de este Órgano Consultivo, en lo relativo a la responsabilidad patrimonial que pudiera acarrear el funcionamiento de ésta u otras entidades similares, afirma que la compleja situación creada en este campo por la concurrencia de una constelación multiforme de personas jurídicas en la prestación de los servicios públicos no puede ir en detrimento del principio de responsabilidad de los poderes públicos, plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución como una de las piezas básicas del Estado de Derecho, que se concreta después en su artículo 106.2 con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada la gestión de los servicios públicos en cuyo seno se produce el daño.

En este sentido, al igual que se ha predicado de las entidades empresariales públicas sujetas al Derecho Privado, también el funcionamiento de las “fundaciones privadas” de iniciativa pública que gestionen un servicio público puede dar lugar a responsabilidad en los términos previstos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, por más que hasta ahora se haya venido destacando la exclusión formal de estos entes del concepto “Administración Pública” y el hecho cierto de que la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE) acoge el principio de responsabilidad patrimonial como propio del funcionamiento de la Administración General del Estado, incluyendo a los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella [art. 3.2.d)], en los que no aparecen integradas estas fundaciones. Y es que, como este Consejo Consultivo expresa en el dictamen 123/1998, este principio de responsabilidad tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a exigir la responsabilidad [art. 35.j) de la Ley 30/1992] y su régimen es un límite infranqueable, que no puede ser esquivado por la libertad de autoorganización y uso de las formas jurídicas admitidas en Derecho, so pretexto de la mayor eficacia y agilidad de las nuevas formas de gestión de los servicios públicos. Es más, la sujeción al régimen sustantivo y procedimental de la responsabilidad que se proclama en el citado dictamen aparece confirmada para las fundaciones que se integran dentro del ámbito Nacional de Salud por la disposición adicional primera del Reglamento de los procedimientos de las administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que se refiere a la responsabilidad de “las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud”, una fórmula abierta que hace abstracción del tipo de persona jurídica que presta el servicio y que, mutáis mutando, es trasladable a cualquier otra actividad llevada a cabo por entidades instrumentales”.

2. LA DISPOSICIÓN DINERARIA DE FONDOS SIN CONTRAPRESTACIÓN

El artículo 57.6 de la Ley 10/2005, establece con respecto al régimen jurídico de las fundaciones:

Cuando se realicen actividades que supongan la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Este artículo hay que estudiarlo en relación con la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones:

1. *Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se registrarán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a los que se hacen referencia en el artículo 20. En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos.*
2. *A los efectos de esta ley, se consideran fundaciones del sector público aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 - a) *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público.*
 - b) *Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. departamentos ministeriales, organismos y demás entes públicos.*

De ambos artículos podemos extraer el siguiente régimen jurídico peculiar de las fundaciones del sector público andaluz:

El legislador ha huido del término subvención para referirse a la disposición dineraria y gratuita de fondos, seguramente por entender que el otorgamiento de subvenciones debe ser una actividad propia de las entidades públicas. Pero es lo único diferente, el nombre, ya que la Ley 38/2003, define subvención como:

Toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) *Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.*
- b) *Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.*
- c) *Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.*

El artículo 3 enumera los sujetos incluido en el ámbito de aplicación de la norma:

1. *Se entiende por Administraciones públicas a los efectos de esta ley:*
 - a) *La Administración General del Estado.*
 - b) *Las entidades que integran la Administración local.*
 - c) *La Administración de las comunidades autónomas.*

2. *Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas.*

Por tanto, el otorgamiento de subvenciones es una competencia propia de los organismos de derecho público y como consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, por lo que, por ambas razones, quedan fuera del ámbito de actuación las fundaciones del sector público. Se trata de una cuestión puramente formal ya que desde el punto de vista material estamos hablando de lo mismo: disposición dineraria de fondos sin contraprestación.

Pues bien, según la Disposición Adicional Decimosexta, esas entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público, se registrarán por el derecho privado y no por la ley de subvenciones (norma de derecho público), si bien si serán de aplicación dos principios: el de gestión y el de información.

Los principios de gestión los encontramos en el artículo 8:

La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) *Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.*
- b) *Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.*
- c) *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.*

Por su parte las obligaciones derivadas del el principio de información se enumeran en el artículo 20.

1. *Los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley deberán facilitar a la Intervención General de la Administración del Estado, a efectos meramente estadísticos e informativos y en aplicación del artículo 4.1.c) de la Ley 30/1992, información sobre las subvenciones por ellos gestionadas, en los términos previstos reglamentariamente, al objeto de formar una base de datos nacional, para dar cumplimiento a la exigencia de la Unión Europea, mejorar la eficacia, controlar la acumulación y concurrencia de subvenciones y facilitar la planificación, seguimiento y actuaciones de control.*
2. *La referida base de datos contendrá, al menos, referencia a las bases reguladoras de la subvención, convocatorias, identificación de los beneficiarios con la subvención otorgada y efectivamente percibida, resoluciones de reintegro y sanciones impuestas. Igualmente contendrá la identificación de las personas incursoas en alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 13 de esta ley.*
3. *La cesión de datos de carácter personal que, en virtud de los apartados precedentes, debe efectuarse a la Intervención General de la Administración del Estado no requerirá el consentimiento del afectado.*

4. *La información incluida en la base de datos nacional tendrá carácter reservado, sin que pueda ser cedida o comunicada a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:*
- a) *La colaboración con cualquier Administración pública para la lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la Unión Europea.*
 - b) *La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.*
 - c) *La colaboración con las Administraciones tributaria y de la Seguridad Social en el ámbito de sus competencias.*
 - d) *La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.*
 - e) *La colaboración con el Tribunal de Cuentas u órganos de fiscalización externa de las comunidades autónomas en el ejercicio de sus funciones.*
 - f) *La colaboración con la Comisión de Vigilancia de Actividades de financiación del Terrorismo en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Prevención y Bloqueo de la Financiación del Terrorismo.*

5. *Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas que tengan conocimiento de estos datos estarán obligados al más estricto y completo secreto profesional respecto de los mismos, salvo en los casos citados en el apartado anterior. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieren corresponder, la infracción de este particular deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.*

De todas estas disposiciones podemos dibujar el siguiente escenario:

La Ley General de Subvenciones se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13^a, 14^a y 18^a de la Constitución y constituye legislación básica del Estado en una gran parte de sus preceptos, entre otros la Disposición Adicional Decimosexta (Disposición Final Primera, apartado 1). Esto tiene como consecuencia inmediata que las comunidades autónomas no pueden legislar contradiciendo lo dispuesto en este precepto.

Por otro lado, aunque el ámbito de la ley sea estatal, la norma se refiere a las fundaciones del sector público en general, por lo que hay que entender incluidas a las fundaciones del sector público andaluz.

Los aspectos relacionados con la aplicación del principio de información del artículo 20, no ofrecen muchas dudas en cuanto a su interpretación y aplicación, a pesar de que el propio artículo 20 habla de los sujetos contemplados en el artículo 3, la Disposición Adicional incluye también como sujetos obligados a las fundaciones del sector público.

Menos pacífica es la obligatoriedad de cumplimiento de los principios de gestión. Por un lado, cabría preguntarse el alcance de estos principios y, por otro, si son aplicables a todos los instrumentos en los que se realice una disposición dineraria de fondos sin contraprestación.

La previsión de la aludida Disposición Adicional decimosexta no puede interpretarse en el sentido de que sean aplicables a las fundaciones del sector público los preceptos de la Ley 30/1983, sino únicamente los principios generales inspiradores de los mismos, aunque para hacer efectivos estos principios resulta recomendable la adopción por parte de las fundaciones de mecanismos y procedimientos de gestión y justificación similares a los establecidos por la ley en la medida en que no resulten incompatibles con su naturaleza privada y organización. Esto es en la medida que no supongan el ejercicio de potestades administrativas como pueden ser los aspectos relacionados con el reintegro de subvenciones o en materia sancionadora.

Estos principios encuentran su ratificación más personalizada en el artículo 31 de la ley 10/2005, que hace extensible la aplicabilidad de los mismos a todas las fundaciones andaluzas en general:

Principios de actuación.

Las fundaciones están obligadas a:

- a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la Ley y sus Estatutos, a los fines fundacionales.*
- b) Actuar con criterios de imparcialidad, objetividad, igualdad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.*
- c) Informar de manera generalizada de sus fines y actividades para el conocimiento de sus eventuales beneficiarios y demás interesados.*

En similares términos se pronuncia el artículo 23 de la Ley 50/2002.

En cuanto a los instrumentos a través de los que se articulan las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público, que están sometidos a las previsiones de la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 38/2003, es indiferente que se trate de un procedimiento de concesión de ayudas en régimen de concurrencia competitiva como de un convenio de colaboración para el desarrollo de actuaciones relacionadas con los fines de la fundación.

En este sentido se pronuncia la Abogacía del Estado en la “Consulta sobre la aplicación de la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), a la Fundación B. Sujeción a los principios de gestión del artículo 8.3 de la LGS y al de información del artículo 20 de todas las entregas dinerarias sin contraprestación que realizan las fundaciones del sector público estatal, con independencia de que se instrumenten en resoluciones de concesión de ayudas o en convenios de colaboración. (Dictamen de Doña María Jesús Prieto Jiménez, Coordinadora del Convenio de Asistencia jurídica de 18 de junio de 2004. Ref.: A. G. Entes Públicos 36/04), a la que remitimos.

3. LA RELACIÓN JURÍDICA CON LA ADMINISTRACIÓN FUNDADORA

3.1. El medio propio instrumental

Se trata de uno de los asuntos más controvertidos a los que se han enfrentado la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales a lo largo de los últimos años y que finalmente se da por sentado con la aparición de la Ley 9/2007, que en su artículo 106 establece:

Las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

Las sociedades y fundaciones tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo.

Este artículo hay que estudiarlo en relación con los artículos 4.1.n) y 24.6 de la ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

El artículo 4.1 enumera los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la ley entre los cuales se encuentran (apartado n) los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.

El artículo 24.6, por su parte, define las características que han de tener los entes, organismos y entidades para ser consideradas medio propio o servicios técnicos de los poderes adjudicadores:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

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

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

El tratamiento de esta cuestión en ambas normas responde a la aplicación efectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, en virtud de la cual pone en práctica la denominada doctrina “in house providing”, relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107, Rec I-8121) y de 7 de diciembre de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94-99, Rec. I-11037). Ambas sentencias establecen los requisitos para que un contrato o la realización de una determinada prestación entre un poder adjudicador y un ente instrumental a él vinculado, se pueda adjudicar directamente a favor del ente instrumental sin aplicación de la legislación de contratos. Los requisitos exigidos son:

- Que el poder adjudicador ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que este ente realice la parte esencial de su actividad con el ente (poder adjudicador) que lo controla.

La legislación española añade un tercer requisito.

- Que si el ente del que se trata es una sociedad, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En relación a este requisito la legislación andaluza añade: “... cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública”, al referirse a la aportación constitutiva se deduce que está extendiendo el requisito a las fundaciones del sector público (Artículo 106 Ley 9/2007).

Por su parte, como ya hemos visto, la Ley de Presupuestos 2009, añade una importante novedad a lo dispuesto en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, exigiendo que la aportación constitutiva o participación no solo sea en su totalidad de titularidad pública sino que además pertenezca íntegramente a entes del sector público andaluz.

3.2. Encomiendas de gestión a favor de fundaciones del sector público

La posibilidad de ordenar la ejecución de actividades o cometidos propios de las consejerías y sus agencias a las entidades instrumentales, establecida por la ley 9/2007, se articula a través de las encomiendas de gestión.

El procedimiento para formalizar las encomiendas de gestión será el establecido en el artículo 26 de la Ley 23/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2009. Se trata de un procedimiento general regulador de las encomiendas no solo a favor de las entidades instrumentales privadas, sino de todos los entes instrumentales, de ahí que los términos empleados sean mucho más amplios.

Las novedades aportadas por la Ley de Presupuestos y la propia Ley 9/2007, dejan claro que las fundaciones del sector público andaluz, pueden recibir encomiendas de gestión. Lo que no está claro es quienes pueden ser los poderes encomendantes, ya que la ley habla de las consejerías y sus agencias, pero la Ley de Presupuestos añade cierta confusión ampliando el ámbito de los posibles encomendantes, al calificar como tales al “*resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores*” y también al considerar a las entidades instrumentales como medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquélla.

La medida más eficaz para aclarar el confuso panorama puede ser que cada ente instrumental vaya haciendo realidad lo establecido en el artículo 24.6 de la ley 30/2007, en el sentido de reconocer expresamente en sus estatutos las entidades respecto de las cuales tienen la condición de medio propio y de las que, por tanto, pueden recibir encomiendas de gestión.

El propio artículo 4.1.n) de la Ley de Contratos exige para entender un determinado negocio jurídico excluido del ámbito de aplicación de la ley que la entidad que recibe el encargo tenga atribuida la condición de medio propio. De esta expresión se puede deducir que la legislación de contratos no permite las suposiciones, ni las normas de carácter general, sino que exige una atribución expresa y clara de cuales son las entidades que son medio propio y respecto de cuales organismos ostentan tal condición. Esa mención expresa debe venir por la vía de la ley que las cree, dado que las fundaciones del sector público no se crean por ley, deberá ser reconocida expresamente por sus estatutos como también prevé el artículo 24.6.

La encomienda, en la que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad encomendante, se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

- a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad encomendante que deberá incluir:
 - Antecedentes que procedan.
 - Determinación de las actuaciones a realizar.
 - Forma y condiciones de realización de los trabajos.
 - Plazo de ejecución.

- Importe y aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas.
 - La persona designada para dirigir la actuación a realizar.
 - Los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad encomendada, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura.
- b) La determinación de su importe se efectuará según la valoración económica que figure en el correspondiente proyecto o presupuesto técnico en que se definan los trabajos o actuaciones objeto del encargo, que deberá representar su coste de realización material.

No obstante lo anterior, se aplicarán las tarifas aprobadas por la Administración para la determinación de dicho importe en el caso de entidades que, de acuerdo con su régimen jurídico, las tengan establecidas. Este mismo sistema de tarifas también será aplicable para presupuestar dichas actuaciones.

Las tarifas y precios que las entidades apliquen en las encomienda de gestión serán autorizados por la persona titular de la Consejería, agencia o entidad que realice la misma, salvo que estuvieran ya aprobados, con carácter general, por la persona titular de la Consejería a la que estén adscritas.

- c) La resolución de encomienda de cada actuación se comunicará formalmente a la entidad que reciba la encomienda, a la que también le será facilitado el proyecto o presupuesto técnico al que se refiere el apartado anterior, así como, en su caso, el programa de los trabajos o actuaciones a realizar. La comunicación encargando una actuación supondrá la orden para iniciarla.

En ningún caso podrá ser objeto de encomienda de gestión la contratación de suministros.

Las entidades que reciban las encomiendas realizarán sus actuaciones conforme al documento de definición que la entidad ordenante le facilite y siguiendo las indicaciones de la persona designada para dirigir cada actuación, la cual podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto de la encomienda y, especialmente, verificar la correcta ejecución de los contratos que para el cumplimiento de dicha finalidad se concierten.

El pago del importe de los trabajos realizados se efectuará con la periodicidad establecida en la resolución por la que se ordene la encomienda y conforme a la actuación efectivamente realizada, una vez expedida certificación de conformidad por la persona designada para dirigir la actuación y se apruebe la misma y/o el documento que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate. También se deberán acreditar los costes reales incurridos en la realización de la actuación, bien mediante la relación detallada y certificada de las facturas que deba abonar la entidad instrumental, bien mediante el análisis de costes imputados directamente a la misma.

En el caso de actuaciones financiadas con fondos procedentes de la Unión Europea, deberá asegurarse la subvencionabilidad de estos gastos de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

No obstante, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el órgano competente para efectuar la encomienda de gestión, éste podrá autorizar pagos en concepto de anticipo cuya cuantía no deberá superar, con carácter general, el límite del 50% del importe total del encargo, debiendo quedar justificado el anticipo, en todo caso, antes de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución de la encomienda y, en todo caso, con anterioridad al último pago que proceda. En las encomiendas de gestión que tengan por objeto la ejecución de contratos de obra, solo podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad.

Los gastos generales y corporativos de las entidades que reciban las encomiendas podrán ser imputados al coste de las actuaciones encomendadas, hasta un máximo de un 6% de dicho coste.

Los contratos que deban celebrarse por las entidades que reciban las encomiendas, para la ejecución de la misma, quedarán sometidos a la legislación de contratos del sector público en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo o cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos por dicha legislación para su sometimiento a regulación armonizada, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas que procedan.

Las actuaciones que se realicen en virtud de las encomiendas serán de la titularidad de la Junta de Andalucía, adscribiéndose, en aquellos casos en que sea necesario, a la Consejería, agencia o entidad ordenante de su realización.

Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el encargo, deberá acordarse ésta mediante resolución, sobre la base de la propuesta técnica de la persona designada para dirigir la actuación, integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren dicha modificación.

Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución de la encomienda sobre lo previsto al iniciarse el expediente, modificaciones en la misma o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en la resolución en que se formalizó la encomienda y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos y actuaciones exija, la persona titular de la Consejería o de la presidencia o dirección de la agencia que efectuó el encargo procederá a reajustar las anualidades siempre que lo permitan los créditos presupuestarios. En las encomiendas de gestión que cuenten con

programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado por el órgano ordenante el nuevo programa de trabajo resultante.

3.3. Algunas conclusiones sobre el asunto

- A) Las fundaciones del sector público son medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía y pueden recibir encomiendas de gestión de cualquier órgano de la Administración de la Junta de Andalucía sin que se restrinja tal posibilidad a la Consejería o centro directivo al que se encuentre adscrito. La entidad creadora es la Junta de Andalucía que según el artículo 2.2 de la Ley 9/2007 *actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.*

Se hace necesario una adaptación de los estatutos de las fundaciones para recoger en ellos los extremos exigidos en el artículo 24.6 de la ley 30/2007: “... *la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos...*”

- B) Para realizar la encomienda el poder adjudicador encomendante no tendrá que tener en cuenta las normas establecidas en la ley 30/2007 ni en las directivas comunitarias que, en principio le fueran de aplicación, al estar haciendo uso de un medio propio, lo que se ha venido en llamar autocontratación o “house providing”. Entre los dos órganos se establece una relación de carácter instrumental y no contractual.
- C) Las actividades o prestaciones que les sean encomendadas a una fundación del sector público andaluz por la Administración de la Junta de Andalucía o sus agencias son irrenunciables y de obligada realización. Si tuviera la potestad de renunciar a su realización se estaría rompiendo el principio de instrumentalidad y, por consiguiente, la base jurídica de la relación entre ambas entidades.
- D) Las fundaciones del sector público andaluz no podrán participar en licitaciones públicas convocadas por la Administración de la Junta de Andalucía ni por sus agencias, salvo en el supuesto que fuera convocada una licitación y no concurriera ninguna oferta.

4. NOVEDADES DE GESTIÓN

Traemos a este apartado algunas novedades que afectan a la gestión de las fundaciones del sector público andaluz y que vienen recogidas en diferentes cuerpos legales.

4.1. Gestión de la calidad

El artículo 53 de la Ley 9/2007 establece la obligación de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía de adoptar sistemas de gestión de calidad en el desarrollo de las actividades que tienen atribuidas. Asimismo, deben implantar sistemas de gestión de calidad en la producción de bienes y prestación de servicios, incluidos los de naturaleza medioambiental.

El sistema de gestión de la calidad es el conjunto de normas interrelacionadas de una empresa u organización por las cuales se administra de forma ordenada la calidad de la misma, en la búsqueda de la satisfacción de sus clientes o usuarios. Entre dichos elementos, los principales son:

- La estructura de la organización: La estructura de la organización responde al organigrama de la entidad donde se jerarquizan los niveles directivos y de gestión.
- La estructura de responsabilidades: La estructura de responsabilidades implica a personas y departamentos. La forma más sencilla de explicitar las responsabilidades en calidad, es mediante un cuadro de doble entrada, donde mediante un eje se sitúan los diferentes departamentos y en el otro, las diversas funciones de la calidad.
- Procedimientos: Los procedimientos responden al plan permanente de pautas detalladas para controlar las acciones de la organización.
- Procesos: Los procesos responden a la sucesión completa de operaciones dirigidos a la consecución de un objetivo específico.
- Recursos: Los recursos, no solamente económicos, sino humanos, técnicos y de otro tipo, deberán estar definidos de forma estable y además de estarlo de forma circunstancial.

En la actualidad se utilizan diversos métodos de implantación y siempre se requiere usar herramientas propias (procedimientos, instrucciones,...) y herramientas de ayuda de implantación (paneles informativos, señalización, indicadores de calidad preestablecidos...).

Existen unos estándares de gestión de calidad normalizados, es decir, definidos por un organismo normalizador, como ISO, DIN o EN, etc. que permiten que una empresa u organización con un sistema de gestión de la calidad pueda validar su efectividad mediante una auditoría de una empresa externa. Una de las normas más conocidas y utilizadas a nivel internacional para gestionar la calidad, es la norma ISO 9001 (última revisión ISO 9001:2000).

No obstante, la utilización de herramientas de medida de la calidad no es una novedad aportada por la Ley 9/2007. El Decreto 317/2003, de 18 de noviembre, estableció en su día la regulación de las Cartas de Servicios, los sistemas de evaluación de la calidad, así como los Premios a la Calidad de los servicios públicos de la Junta de Andalucía.

Estos instrumentos y medidas eran en un principio exigibles a los órganos y unidades de la Administración General de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos. No obstante una modificación posterior (Decreto 177/2005, de 19 de julio) amplía su ámbito de aplicación, en la medida que presten servicios públicos, a los consorcios, fundaciones y demás entidades contempladas en el artículo 6 bis de la ley 5/1983, siempre y cuando la representación de la Administración de la Junta de Andalucía sea mayoritaria y directa.

Las funciones de coordinación, impulso y apoyo para la implantación de las Cartas de Servicios, evaluación de la calidad y Premios a la Calidad de los servicios públicos corresponden a la Dirección General de Organización, de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

Las Cartas de Servicios son documentos que tienen por objeto informar al ciudadano sobre los servicios públicos que gestiona la Comunidad Autónoma de Andalucía, las condiciones en que se prestan, los derechos de los ciudadanos en relación con estos servicios y los compromisos de calidad que se ofrecen en relación con su prestación.

La evaluación de la calidad la define el propio Decreto como un proceso que engloba el diagnóstico sobre los niveles efectivos de prestación de los servicios y su relación con las expectativas de los ciudadanos, así como la medición del grado de cumplimiento de los compromisos declarados.

Por último, los premios a la calidad de los servicios públicos tienen la finalidad de distinguir a los órganos, organismos y unidades que mediante su actividad de mejora hayan incrementado de forma directa o indirecta la calidad de los servicios que prestan a los ciudadanos, y contribuir a la divulgación de los trabajos de calidad y unificar la metodología evaluadora. La convocatoria es anual y se realiza mediante Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

Precisamente fue una fundación del sector público andaluz, en concreto la Fundación Andaluza de Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, la que obtuvo en octubre de 2007, el Premio a la Excelencia de los Servicios Públicos en su tercera edición y que recibió en el I Congreso de Modernización de los Servicios Públicos. Y otra, la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo, la galardonada en la edición de 2006.

4.2. Los Planes de igualdad

La Ley 12/2007, para la Promoción de la Igualdad de Género, incluye en su ámbito de aplicación a los consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación directa de la Junta de Andalucía. Del mismo modo es aplicable a las fundaciones constituidas por las entidades que integran la Administración Local.

La citada ley tiene como objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres para seguir avanzando hacia una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. En aras de la consecución de dicho objetivo plantea una serie de medidas que afectan tanto al sector público como al privado.

Algunas de las medidas concretas aplicables al sector público las hace extensible a las fundaciones. En concreto y expresamente se hace mención a la obligatoriedad de la Administración de la Junta de Andalucía, sus empresas públicas y entidades instrumentales de elaborar periódicamente planes de igualdad. En estos planes, se establecerán los objetivos a alcanzar en materia de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo público, así como las estrategias y medidas a adoptar para su consecución. Los planes de igualdad serán evaluados y establecerán medidas correctoras, en su caso, cada cuatro años.

Habrá que esperar al desarrollo reglamentario para profundizar en el contenido concreto y métodos para la realización de los planes de igualdad y del resto de medidas concretas previstas en la ley.

CAPÍTULO IV.

CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN

1. CAPACIDAD PARA FUNDAR

Están capacitadas para constituir fundaciones del sector público andaluz los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y empresas, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

Esta capacidad deriva directamente de la capacidad que tienen las personas jurídico-públicas para fundar, reconocida tanto por la ley 50/2002 como por la Ley 10/2005.

2. REQUISITOS Y TRÁMITES

Los requisitos y trámites para constituir una fundación del sector público andaluz y por el orden que corresponde son los siguientes:

2.1. Requisitos previos a la escritura de constitución

- Autorización previa del Consejo de Gobierno (Artículo 6 bis 2 de la Ley 5/1983, 56.1 de la Ley de Fundaciones de Andalucía y 52.1 del Reglamento de Fundaciones de Andalucía).

El artículo 56 de la Ley de Fundaciones de Andalucía exige dos actuaciones previas a la autorización del Consejo de Gobierno:

1. En el procedimiento de autorización deberá incluirse una memoria, que deberá ser informada por la consejería competente en materia de organización de

la Junta de Andalucía (actualmente la Consejería de Justicia y Administración Pública), en que se justifiquen suficientemente las razones por las que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de la fundación, que mediante otras formas jurídicas contempladas en la normativa vigente.

2. Deberá presentarse, igualmente, una memoria económica que requerirá informe de la Consejería de Economía y Hacienda, en la que se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de la actividad de la fundación y, en su caso, los compromisos futuros que garanticen su continuidad.

También la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Junta de Andalucía (tras reforma introducida por Ley 10/2002) en su artículo 82.1 recoge la obligatoria autorización del Consejo de Gobierno para la creación de entidades privadas, así como para la adquisición de participaciones en las mismas, cuando con ello la Comunidad Autónoma de Andalucía pase a constituirse en partícipe mayoritario directa o indirectamente. El mencionado artículo añade que la solicitud de la autorización corresponde al titular de la Consejería competente por razón de la materia y exige informe previo de la Consejería de Economía y Hacienda.

Cabe entender que los dos informes preceptivos de la Consejería de Economía y Hacienda a los que hemos aludido (el de la Ley de Fundaciones y el de la Ley de Patrimonio) podrán acumularse en uno solo en aplicación del artículo 73 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según establece el artículo 52.2 del Reglamento de Fundaciones, el mencionado informe de la Consejería de Economía y Hacienda, sustituirá al informe preceptivo del Protectorado establecido en los artículos 45.b y 49.2 de la ley.

El acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se autoriza la constitución de la fundación, será propuesto por la persona titular de la consejería interesada. Debe incluir además la autorización a una persona física para que en nombre de la Administración de la Junta de Andalucía, apruebe los estatutos, designe a los patronos cuyo nombramiento corresponda a la Comunidad Autónoma, otorgue la escritura de constitución y realice cuantos actos sean necesarios para la constitución y desarrollo de la fundación. Asimismo, el acuerdo debe especificar la cuantía de la dotación fundacional inicial de la que dispone la entidad.

Según establece el artículo 52 del Reglamento, el Acuerdo de autorización del Consejo de Gobierno, debe incluir los siguientes extremos:

- a) La voluntad de constituir una fundación.
- b) La denominación de la fundación.

- c) Las personas o entidades cofundadoras, en su caso.
- d) La aportación de la Administración de la Junta de Andalucía a la dotación fundacional inicial y, en caso de ser dineraria, la forma de desembolso. En este último supuesto, la autorización no conllevará la aprobación de su gasto, que corresponderá al órgano competente de la Consejería interesada, salvo que por su importe quedase reservado al Consejo de Gobierno.
- e) Aprobación de los estatutos de la fundación.
- f) La designación de la persona o personas representantes de la Administración de la Junta de Andalucía en el Patronato de la fundación.
- g) La designación de la persona que actuará en nombre y representación de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de las actuaciones precisas para la constitución e inscripción de la fundación.
- h) El destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación, en el supuesto de su extinción.

- Certificado de la no existencia de denominación igual o parecida que pudiera dar lugar a confusión, emitido por el Registro de Fundaciones de la Consejería de Justicia. El solicitante podrá solicitar hasta un máximo de tres nombres. En cuanto a la denominación, la Ley Andaluza, al igual que la estatal, exige que en el nombre de la entidad figure la palabra "Fundación". Por su parte, el Reglamento de Fundaciones Andaluzas, exige que las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía contenga los términos "Fundación Pública Andaluza" (artículo 51).

Para la emisión de dicha certificación el Registro de Fundaciones de Andalucía consultará previamente con la sección de denominaciones del Registro de Fundaciones de competencia estatal. La certificación habrá de ser aportada para el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Si la denominación utiliza nombres de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, por ser los propios de las entidades fundadoras, deberá expresarse tal circunstancia en el escrito de solicitud.

Una vez verificada la no existencia de denominación igual o parecida se realiza por parte del Registro de Fundaciones una reserva del nombre solicitado a favor del solicitante, que tiene una duración de seis meses. Con esta reserva el interesado puede solicitar el Código de Identificación Fiscal provisional y la apertura de una cuenta corriente bancaria que le será útil (imprescindible para las fundaciones públicas) para hacer efectivo el depósito del fondo fundacional. La apertura de esta cuenta o de cualquiera otra cuenta bancaria que se abra en el futuro requerirá la autorización previa de la Consejería de Economía y Hacienda (Artículo 6 bis. a. Ley 5/1983).

- Dotación fundacional (o simplemente dotación). Su desembolso también ha de ser previo a la escritura de constitución, al menos un 25% del total; el resto ha de hacerse efectivo en un plazo no inferior a cinco años a contar desde la fecha de otorgamiento de la escritura. La dotación fundacional mínima ha de alcanzar los 30.000 euros.

Si la dotación no es dineraria sino en especie, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

Existe la posibilidad de que la selección de bienes y derechos de titularidad administrativa para formar la dotación puedan recaer en cualesquiera bienes siempre que éstos tengan carácter patrimonial, si fuera conveniente recurrir a una dotación que incluyera bienes de dominio público, dado el mandato constitucional de su inalienabilidad (artículo 132 de la Constitución Española) habrá que optar, o bien por desafectar previamente el bien para mutar su naturaleza a patrimonial, o bien, por realizar la dotación mediante títulos jurídico-públicos habilitantes del uso común especial o uso privativo³.

Recordemos que es precisamente la dotación uno de los elementos que pueden hacer que una fundación tenga el carácter de pública, ya que se considerará como tal si la aportación mayoritaria la realiza directa o indirectamente la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía.

2.2. Escritura de constitución

El contenido de la escritura de constitución de una fundación del sector público no difiere del de cualquier otra fundación y debe contener al menos los siguientes extremos (artículo 11 Ley 10/2005):

- a) Nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad, domicilio y número de identificación fiscal.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los estatutos de la fundación.
- e) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el mismo momento fundacional.
- f) La certificación del Registro de Fundaciones de Andalucía que acredite que la denominación pretendida no coincida o se asemeje, de manera que pudiera crear

³ Ma^a Dolores Rego Blanco “Asociaciones y fundaciones privadas como instrumento de gestión administrativa” en La Administración Instrumental. VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Pag. 44. IAAP 2005.

confusión, con la de alguna fundación previamente inscrita o con alguna denominación sobre cuya utilización exista reserva temporal.

g) La autorización del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Si el nombramiento de los patronos iniciales estuviera vinculado a los cargos públicos que ejercen dentro del Gobierno o Administración de la Junta de Andalucía, habrá que aportar fotocopia compulsada del BOJA en el que aparezcan los referidos nombramientos, o en su defecto acuerdo del órgano competente para realizar el nombramiento.

A estos extremos habría que añadir la necesidad de aportar certificación bancaria de encontrarse depositada la dotación fundacional si ésta fuera en dinero, o bien, la tasación realizada por un experto independiente en caso de que la dotación se aporte en especie.

Debe aprovecharse el acto notarial de constitución para otorgar poderes generales a alguno de los patronos u otra persona física vinculada inicialmente a la fundación, esto resultará imprescindible para la realización de todos los trámites iniciales.

Del mismo modo, es importante que se solicite un número no inferior a cuatro copias simples de la escritura, ya que todas van a ser necesarias para su depósito en los diferentes registros.

2.3. Estatutos

Los estatutos deben estar redactados y se incorporarán al acta fundacional. Cualquier disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones (artículo 11.2 de la Ley Estatal de Fundaciones, considerado por la Disposición Adicional primera como de aplicación general).

En los estatutos se harán constar necesariamente los siguientes extremos (artículo 12 Ley Andaluza):

- a) Denominación de la entidad.
- b) Los fines fundacionales.
- c) Domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades (que para las fundaciones del sector público andaluz, debe ser, obviamente, el ámbito del conjunto de la Comunidad Autónoma de Andalucía).
- d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
- e) La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.

- f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer.
- g) Consideramos necesario incluir como contenido obligatorio lo dispuesto en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007 que establece que los estatutos de las fundaciones del sector público (entre otras) deben determinar las entidades respecto de las cuales tienen la consideración de medio propio o servicio técnico y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

Será, pues, de la escritura de constitución y de los estatutos de donde se deduzca el carácter público de la fundación. Así, puede ocurrir que los socios fundadores lo sean en función del cargo público que ostentan en la Administración de la Junta y que éstos sean mayoría. También puede ocurrir que la Junta de Andalucía o, en su nombre, el organismo promotor, se reserve el derecho de designar a los patronos, este derecho de designación debe ser sobre la mayoría de los miembros del Patronato. También es habitual la concurrencia de ambas circunstancias.

La disposición transitoria primera de la Ley 10/2005 concede a las fundaciones ya constituidas y que se encuentren en su ámbito de aplicación, un plazo de 3 años desde su entrada en vigor para la adaptación sus estatutos a lo dispuesto en la nueva ley y su presentación en el Registro de Fundaciones de Andalucía.

Existe un plazo específico para las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía ya constituidas, deben, en su caso, adaptar sus estatutos a lo dispuesto en el Capítulo X de la ley en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor (Disposición transitoria tercera).

Cualquier modificación o reforma posterior de los estatutos debe ser acordada por el patronato, tratándose de una función de carácter indelegable. La nueva redacción deberá ser comunicada al protectorado, quien podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo de tres meses a contar desde la notificación. La modificación habrá de formalizarse en escritura pública e inscrita en el Registro de Fundaciones.

Es importante destacar lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley y 53 del Reglamento (de fundaciones), una peculiaridad de la reforma de estatutos de las fundaciones del sector público, en virtud de la cual si la reforma supone la modificación de los fines fundacionales deberá ser previamente autorizada por acuerdo del Consejo de Gobierno. En el procedimiento de autorización deberá incluirse una memoria justificativa elaborada por la consejería interesada, que deberá ser informada por la consejería competente en materia de Administración Pública de la Junta de Andalucía.

2.4. Inscripción en el Registro de Fundaciones

Una vez otorgada la escritura fundacional se procederá a su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

El plazo máximo para proceder a la inscripción es de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública.

El encargado del registro exigirá la previa liquidación del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (modelo 600). Esta liquidación se suele hacer en el momento del otorgamiento de la escritura y existe una exención para las fundaciones, por lo que es exigible su liquidación pero no el pago.

Desde el momento de la inscripción la fundación adquiere la personalidad jurídica plena y sólo las entidades inscritas en dicho registro podrán utilizar la denominación de “fundación”.

2.5. Otros trámites previos al inicio de actividad

Código de Identificación Fiscal definitivo, que habrá de solicitarse en la correspondiente delegación de la Agencia Tributaria. Para su obtención habrá de aportarse la escritura pública de constitución y la certificación de inscripción en el Registro de Fundaciones.

Inscripción en el Registro Mercantil. La inscripción en el Registro Mercantil será obligatoria cuando la fundación tenga previsto llevar a cabo actividades mercantiles. Actualmente existe un amplio debate doctrinal, en el que no vamos a entrar, sobre qué se pudiera entender por actividad mercantil. Baste en este punto con decir que la Ley Andaluza (artículo 33) y el Reglamento (artículo 26.1) permiten a las fundaciones el ejercicio de actividades económicas y la obtención de ingresos derivados de las mismas, siempre que éstas estén directamente relacionadas con el fin fundacional y con sometimiento pleno a las normas reguladoras de la defensa de la competencia, extremo este de especial relevancia para las fundaciones del sector público. En cualquier caso, en el Registro Mercantil se aportará el original de la escritura pública de constitución y una copia simple.

2.6. Identidad corporativa

Las fundaciones del sector público andaluz están sometidas al Manual de Identidad Corporativa de la Junta de Andalucía. Lo dispuesto en este manual es de obligado cumplimiento para organismos autónomos, empresas públicas y para las fundaciones en las que corresponda a la Administración de la Junta de Andalucía la designación de la totalidad de los miembros de su Patronato.

Este tipo de entidades aparecerán con la marca genérica de la Junta de Andalucía en su *versión pastilla*. En la denominación del ente se evitará la alusión al tipo de entidad de que se trata. La denominación de la entidad aparecerá en todo momento asociada a la Consejería de la que depende.

2.7. Inicio de actividad

Una vez realizados los trámites hasta ahora descritos, la fundación está en disposición de iniciar sus actividades y el desarrollo de sus fines y objeto fundacional.

Como trámites paralelos al inicio de actividad deberá realizar los siguientes:

- Alta censal en aquellas actividades mercantiles que tenga previsto llevar a cabo (modelo 036). La fundación estará obligada a realizar la declaración censal ante la Delegación correspondiente de la Agencia Tributaria. No obstante, una de las consecuencias de la aplicación del régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos, es la exención del pago del Impuesto de Actividades Económicas.
- Inscripción en la Seguridad Social. Bastará la contratación de un solo trabajador en régimen laboral para tener obligación de cumplimentar este trámite. La inscripción es el acto administrativo por el que la Tesorería General de la Seguridad Social asigna a la fundación un número para su identificación y control de sus obligaciones en el correspondiente régimen del Sistema de la Seguridad Social. Dicho número es considerado como primero y principal Código de Cuenta de Cotización. Es importante señalar que la fundación debe solicitar un Código de Cuenta de Cotización en cada una de las provincias donde vaya a tener establecidos centros de trabajo.

Para solicitar el alta es necesario aportar la siguiente documentación:

- Modelo oficial de solicitud.
 - Fotocopia del modelo 036.
 - Documento de declaración respecto a la protección de los accidentes de trabajo, así como de la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, haciendo constar la entidad gestora o colaboradora por la que opta.
 - Escritura pública de constitución (basta la simple fotocopia acompañada del original) o certificado del Registro de Fundaciones.
 - Fotocopia del DNI de quien firma la solicitud.
 - Documento acreditativo de los poderes del firmante, si no están especificados en la escritura.
- Apertura de centro de trabajo. Este trámite se realiza ante la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería de Empleo. El plazo es de 30 días desde la apertura del centro y es necesario aportar seis copias del modelo de solicitud. Desde el momento de la comunicación de apertura, el centro de trabajo inscrito está sometido

a la inspección de trabajo, y por tanto, debe tener preparado el Plan de Prevención de Riesgos laborales, del que obligatoriamente deben disponer todas las empresas.

3. FUNDACIONES EN PROCESO DE FORMACIÓN

Tanto la ley estatal como la andaluza regulan de forma muy parecida la situación de las fundaciones en proceso de formación. Se trata de una regulación que encuentra su inspiración en el derecho de sociedades. Una fundación se encuentra en proceso de formación desde el momento en que se ha otorgado su escritura fundacional y aún no se ha inscrito en el Registro de Fundaciones y, por tanto, no ha obtenido la personalidad jurídica.

Mientras dure esta situación, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora, sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga su personalidad jurídica con la inscripción en el registro.

El principio de seguridad jurídica obliga a imponer un plazo de seis meses como tiempo límite de duración de esta situación de interinidad. Transcurrido ese plazo sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el Registro de Fundaciones, el protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción.

Asimismo, el protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir a la fundación en el correspondiente registro.

4. ADQUISICIÓN O PÉRDIDA DE LA REPRESENTACIÓN MAYORITARIA

Se trata de una cuestión que regula el artículo 53 del Reglamento. La adquisición de la representación mayoritaria de la Administración de la Junta de Andalucía en el patronato de las fundaciones del sector público ya constituidas, así como la pérdida de la misma, deberán ser autorizadas por el Consejo de Gobierno.

En el procedimiento de autorización se incluirá una memoria justificativa elaborada por la consejería interesada que deberá ser informada por la consejería competente en materia de Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Como ya hemos indicado, la preceptiva autorización del Consejo de Gobierno se hace extensible a los supuestos de modificación de los fines fundacionales.

5. EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN

Las fundaciones en general se extinguirán por alguna de las siguientes causas (artículo 42 Ley Andaluza):

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida (extinción automática y de pleno derecho).
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional (esta causa y la anterior requieren acuerdo del Patronato ratificado por el protectorado).
- d) Cuando concurra cualquiera otra causa establecida en las leyes (para lo cual se exige resolución judicial firme).
- e) Cuando así resulte de un proceso de fusión.

La ley deja abierta las puertas a que el acto constitutivo o los estatutos establezcan otras causas de extinción, y es frecuente que las fundaciones prevean la posibilidad de extinción por acuerdo adoptado por el Patronato, mediante una mayoría reforzada, y ratificado por el protectorado.

Es de destacar el hecho de que ni la ley andaluza ni la estatal prevean como posible causa de extinción de una fundación la voluntad unilateral del fundador. A primera vista cabría pensar que si la Constitución reconoce el derecho a crear fundaciones, también reconozca el derecho a extinguirlas cuando su fundador lo considere oportuno; no obstante, el legislador ha considerado que el interés general al que se dirige la propia existencia de la fundación se encuentra por encima del interés particular del fundador. Sí lo podría hacer mediante acuerdo válidamente adoptado por el Patronato si así lo establecieran los estatutos.

Las fundaciones del sector público andaluz no son una excepción a esta regla. Las instituciones de la Junta de Andalucía, organismos o empresas que la hubieren creado no tienen reconocida la potestad de extinguirla unilateralmente, pero sí pueden hacerlo a través de la adopción del oportuno acuerdo a través del Patronato en el que en la mayor parte de los casos tiene representación mayoritaria. Los estatutos de la entidad deben prever esta posibilidad.

En cualquier caso la extinción de este tipo de fundaciones deberá ser autorizada por acuerdo del Consejo de Gobierno.

La consecuencia inmediata de la extinción, salvo en los supuestos de fusión, es la apertura del procedimiento de liquidación, que se encuentra regulado en el artículo 43 de la Ley de Fundaciones de Andalucía. El citado artículo recoge que será el Patronato el encargado de llevar a cabo el procedimiento, que se realizará bajo el control del protectorado. Desde que se inicie el procedimiento, el Patronato no tendrá más facultades que cobrar créditos, satisfacer deudas y formalizar los actos pendientes de ejecución, sin

que pueda contraer más obligaciones, salvo las que sean necesarias para la liquidación. Una vez concluidas estas operaciones, se formará el balance de liquidación, que será aprobado por el Patronato y sometido a la ratificación del protectorado.

Concluida la liquidación conforme a las reglas expuestas, se hará constar en el Registro de Fundaciones de Andalucía su baja, a solicitud escrita del Patronato, a la que se acompañará la certificación del acuerdo aprobatorio del balance de liquidación, la ratificación del mismo por el protectorado y una copia de los documentos en los que se formalice el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación, si los hubiera. Si una vez inscrita la baja de la fundación en el registro resultan operaciones pendientes de ejecución o formalización, éstas deberán ser llevadas a cabo por el protectorado.

Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a fundaciones o entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general similares a los que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los estatutos de la fundación extinguida y que desarrollen sus actividades principalmente en Andalucía.

También la determinación del destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación ofrece una peculiaridad de las fundaciones del sector público andaluz y es la posibilidad que han de recoger sus estatutos de que los citados bienes y derechos reviertan a su fundador: en nuestro caso, la Junta de Andalucía o la institución, organismo o empresa que la hubiese creado. La ley se limita a dejar abierta esta posibilidad, pero los estatutos vigentes de algunas de estas fundaciones van más allá y además de designar a la Administración de la Junta de Andalucía como beneficiaria de los bienes y derechos resultantes de la liquidación, establece la necesidad de que su destino sea la consecución de fines de interés general análogos a los de la fundación extinguida.



CAPÍTULO V.

REGISTRO Y PROTECTORADO

Los conceptos que se derivan de los términos *Registro y Protectorado* responden a realidades y finalidades completamente diferentes y han estado históricamente confundidos. La aparición de la Ley 50/2002 de Fundaciones (estatal) y muy especialmente del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento, ha venido a poner luz en la confusión que hasta el momento imperaba.

El citado decreto supone el desarrollo reglamentario del artículo 49 de la Ley de 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Hasta fechas muy recientes el organismo encargado de ejercer el protectorado ejercía también las funciones de registro; la consecuencia era la pluralidad de registros y la confusión de funciones y competencias. Esa situación está afortunadamente superada.

1. REGISTRO

Centrándonos en el ámbito andaluz, existe un solo Registro de Fundaciones adscrito orgánicamente a la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia de la Consejería de Justicia y Administración Pública. Está en funcionamiento desde el 27 de febrero de 2004. Éste, al igual que cualquier registro, tiene como finalidad general la publicidad y, por ende, la seguridad jurídica. En concreto, el Registro de Fundaciones de Andalucía tiene como objeto la inscripción de los actos relativos a las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, así como de los demás actos que, de acuerdo con la legislación vigente, hayan de inscribirse en el mismo.

El registro tendrá las siguientes funciones (artículo 7 del Decreto 279/2003):

- a) Clasificar a las fundaciones de acuerdo con sus fines.
- b) Calificar e inscribir los actos y documentos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8, deban acceder al registro.

- c) Legalizar los libros obligatorios para las fundaciones.
- d) Recibir el depósito de las cuentas anuales y demás documentación contable a que se refiere el artículo 9 del reglamento.
- e) Dar publicidad sobre el contenido del registro en la forma prevista en el artículo 10 y siguientes del reglamento.
- f) Resolver consultas sobre la materia de su competencia, prestando a las fundaciones el apoyo y asesoramiento necesarios.
- g) Expedir las certificaciones de denominación que le sean solicitadas.
- h) Comunicar al protectorado las inscripciones que se practiquen.
- i) Dar traslado de las inscripciones de constitución de fundaciones o, en su caso, de la extinción de las mismas, al Registro de Fundaciones de competencia estatal.
- j) Velar por el cumplimiento de las reglas que sobre la denominación de las fundaciones establece el artículo de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones.
- k) Cualquiera otra función que le atribuya la normativa vigente sobre fundaciones.

En el Registro de Fundaciones de Andalucía deberán inscribirse los siguientes actos y documentos (artículo 8 del Decreto 279/2003):

- a) La constitución de la fundación.
- b) La modificación o nueva redacción de los estatutos de la fundación.
- c) El aumento y la disminución de la dotación fundacional.
- d) El desembolso sucesivo de la dotación, si ésta es dineraria y se ha previsto su fraccionamiento.
- e) La composición del Patronato, así como el nombramiento, renovación, sustitución, suspensión y cese, por cualquier causa, de sus miembros y de otros órganos creados por los estatutos, incluido, en su caso, el nombramiento de liquidadores. Asimismo, constará en el registro la aceptación del cargo de patrono.
- f) Los apoderamientos generales y las delegaciones conferidas por el Patronato, así como su extinción o revocación.
- g) El nombramiento por el protectorado de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación en el supuesto de que los estatutos no previeran la sustitución de los patronos.
- h) La interposición de la acción de responsabilidad por el protectorado, por el propio órgano de gobierno de la fundación, por los patronos o por el fundador contra todos o algunos de los miembros del Patronato, cuando lo ordene el juez al admitir la demanda, y la resolución judicial que se dicte al efecto.
- i) La resolución judicial que autorice la intervención temporal de la fundación y la asunción por el protectorado de las atribuciones legales y estatutarias del Patronato, con expresión del plazo fijado por el juez y, en su caso, de la prórroga de éste.

- j) La fusión de las fundaciones.
- k) La extinción de la fundación, su liquidación y el destino dado a los bienes fundacionales.
- l) El establecimiento de una delegación de fundación extranjera en territorio español, cuando vaya a desarrollar sus funciones principalmente en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- m) La enajenación o gravamen de los bienes y derechos que forman parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.
- n) Todos los actos que estén sujetos a autorización del protectorado o a su comunicación.
- ñ) Cualquier otro acto cuando así lo establezcan las disposiciones vigentes.

También están sometidas a constancia registral (artículo 9 del Decreto 279/2003):

- a) Las cuentas anuales, comprensivas del balance, la cuenta de resultados y la memoria.
- b) Los informes de auditoría que, en su caso, se emitan.

Ambas se incorporarán al Registro de Fundaciones de Andalucía, una vez que el protectorado examine y compruebe su adecuación formal a la normativa vigente.

2. PROTECTORADO

Es el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, cuya función es velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. Como hemos dicho, antes ejercía también funciones de registro.

Tanto la Ley Estatal 50/2002 como la ley andaluza, atribuyen con carácter genérico a la Administración del Estado y a la Consejería competente en materia de fundaciones respectivamente, el ejercicio de la función de protectorado. El protectorado andaluz ejercerá sus funciones respecto de las entidades inscritas en el Registro de Fundaciones de Andalucía.

En nuestra comunidad autónoma han venido ejerciendo hasta hace muy poco tiempo funciones de protectorado las siguientes Consejerías:

- Consejería de Cultura, para fundaciones de carácter cultural y artístico.
- Consejería de Educación, para fundaciones de carácter docente.
- Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, para fundaciones dedicadas a la investigación.
- Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, para fundaciones de carácter benéfico-asistencial.

- Consejería de Economía y Hacienda, para las fundaciones de las Cajas de Ahorro andaluzas.

Como ya se ha dicho, era competencia del encargado del registro la clasificación de la fundación en función de sus fines sociales y la asignación a uno de los protectorados existentes.

La Ley de Fundaciones de Andalucía suponía una importante novedad, ya que establecía la existencia de un protectorado único ejercido por la Consejería de Justicia y Administración Pública. El resto de protectorados estaban llamados a desaparecer, con la única excepción del de la Consejería de Economía y Hacienda, que seguiría existiendo y ejerciendo el protectorado de las fundaciones que gestionen obra social de las Cajas de Ahorro con domicilio social en Andalucía (Disposición adicional segunda de la Ley Andaluza).

Efectivamente así ha sido, con el Decreto 32/2008 (Reglamento de Fundaciones) ha llegado el ansiado protectorado único dependiente de la Dirección General competente en materia de fundaciones (artículo 41), en la actualidad la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

El Reglamento de Fundaciones ha sistematizado de manera muy acertada las funciones del Protectorado y las ha ordenado de forma diferente respecto a la ley, dividiendo las competencias y funciones en relación con diferentes asuntos:

- Funciones y facultades generales.
- Funciones del protectorado en relación con la constitución de la fundación.
- Funciones en relación con el Patronato.
- Funciones y facultades en relación al patrimonio de la fundación.
- Funciones en relación con la modificación, fusión, extinción y liquidación de las fundaciones.
- Funciones en relación con el cumplimiento de los fines fundacionales.
- Funciones en relación al ejercicio de acciones judiciales.

La gran novedad, que supone una plausible aportación del Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se encuentra en el Capítulo VII, que regula las relaciones entre el Protectorado y el Registro. El ejecutivo a la hora de elaborar el reglamento, ha sido consciente de la débil frontera que separa las competencias y funciones que tienen encomendadas cada uno de estos órganos y ha establecido un régimen entre ambos basado en los principios de comunicación mutua y colaboración.

De esta manera queda establecido que cuando el Protectorado reciba procedente de los órganos de gobierno de las fundaciones, documentación relativa a actos susceptibles de inscripción, le dará traslado al Registro sin más trámites, quien resolverá directamente sobre la inscripción dando traslado al Protectorado.

Se trata de la aplicación práctica de los principios administrativos de economía procesal y de eficacia. Hasta ahora el Protectorado se veía en la obligación de devolver la documentación a la fundación solicitante e instar a la inscripción previa, lo que suponía una dilación de plazos que ha quedado afortunadamente superada.

El reglamento también establece la obligatoria colaboración entre ambos órganos, puesta de manifiesto a través de intercambio mutuo de información.

3. REGISTRO DE PATENTES Y MARCAS

La posibilidad de registrar el nombre de la fundación en el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, es potestativo para las fundaciones. Sería interesante plantearse esta posibilidad si su idea es la de comercializar algún tipo de producto o servicio.

La inscripción del nombre en el correspondiente Registro de Fundaciones, sólo otorga una protección parcial, que impide la posibilidad de que otra fundación se inscriba bajo la misma denominación, pero no evita que lo hagan otro tipo de entidades tales como sociedades mercantiles, asociaciones, etc. Esta protección universal sólo se alcanzaría a través de la inscripción del nombre como nombre comercial, con el que la fundación ostentaría un derecho de propiedad industrial sobre el nombre deseado, pudiendo extenderse tal protección al ámbito de toda la Unión Europea.

El registro de una marca o nombre comercial se otorga por diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Si al cabo de ese periodo la fundación propietaria quiere seguir manteniéndolo en vigor, podrá renovarla por períodos sucesivos de diez años por tiempo indefinido. La OEPM, dentro de los ocho meses anteriores a la expiración de la vida legal del registro de la marca o nombre comercial, le comunicará al propietario a efectos meramente informativos esta circunstancia para que pueda, si lo desea, solicitar su renovación.

CAPÍTULO VI.

PATRONATO

El Patronato es el máximo órgano de gobierno y representación de las fundaciones, tanto públicas como privadas. A él le corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos. La existencia de este órgano es necesaria y obligatoria en todas las fundaciones, en virtud del artículo 14 de la Ley 50/2002, que es uno de los que la disposición adicional primera considera legislación básica y de aplicación general.

No existen normas singulares del Patronato de las fundaciones del sector público, pero consideramos necesario realizar algunas precisiones:

1. COMPOSICIÓN

La composición del Patronato es una de las circunstancias que pueden determinar la pertenencia al sector público de una fundación en Andalucía. Así se consideran incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 5/1983 y, por tanto, se consideran pertenecientes al sector público: *Las fundaciones en las que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Junta de Andalucía. Existe representación mayoritaria cuando más de la mitad de los miembros de su Patronato sean nombrados por la Administración de la Junta de Andalucía.*

En los mismos términos se pronuncia el artículo 55.2 de la ley 10/2005, de Fundaciones, en virtud del cual se consideran fundaciones del sector público:

“Aquellas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la Junta de Andalucía, a través de cualquiera de sus instituciones, entidades, órganos, organismos autónomos o empresas”.

Aunque la ley no lo contempla, cabría también considerar públicas a aquellas fundaciones cuyos patronos lo son en la medida que ostentan algún cargo en el gobierno o administración de la Junta de Andalucía. Una interpretación amplia de la expresión "... sean nombrados por la Administración de la Junta de Andalucía", nos lleva a la conclusión de incluir también las fundaciones con estas características dentro de las de los mencionados artículos 6 bis y 55.2.

El artículo 15.1 de la Ley 50/2002 y el 16 de la Ley Andaluza establecen que el Patronato ha de estar constituido por un mínimo de tres miembros que elegirán entre ellos un presidente, si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los estatutos. Es frecuente que las fundaciones del sector público, efectivamente, prevean otros modos de elección del presidente o éste quede establecido en la escritura de constitución y que el cargo de presidente recaiga sobre la persona titular de la Consejería de la que la fundación dependa, haciendo constar esta particularidad en los estatutos.

El presidente y el secretario son los dos únicos cargos de obligada existencia, si bien es práctica habitual que también se nombre a uno o varios vicepresidentes, que tengan o no atribuciones concretas establecidas en los estatutos. El Reglamento de Fundaciones (artículo 12.2) sí menciona la posibilidad de nombrar a uno o varios vicepresidentes, salvo disposición en contra de los estatutos, que tendrá como función la de sustituir al presidente en caso vacante, ausencia o enfermedad.

La Ley 12/2007, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, incluye en su ámbito de aplicación a las fundaciones del sector público. El artículo 11, por su parte establece que *"en la composición de los órganos colegiados de la Administración de la Junta de Andalucía deberá respetarse la representación equilibrada de mujeres y hombres"*. Habida cuenta de la distinción que se hace en el artículo 2 entre Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos, las empresas de la Junta de Andalucía, consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia, y si observamos que en otros artículos de la propia ley sí se mencionan expresamente a las entidades instrumentales privadas como entes diferenciados de la Administración General, hemos de entender que el patronato de una fundación del sector público andaluz no es un órgano colegiado de la Administración en sentido estricto y, por tanto, no está legalmente obligado a observar estrictamente la representación equilibrada de hombres y mujeres en su composición. No obstante, todos los asuntos relativos a la igualdad y al equilibrio de género, son principios horizontales inspiradores de la actividad pública, por lo que sería recomendable su observancia en la composición de los patronatos, no solo de las fundaciones públicas sino también en las privadas.

En cualquier caso, el patrono de toda fundación, sea quien sea el competente para nombrarlo, debe aceptar expresamente el cargo. Esa aceptación expresa podrá hacerse:

- En documento público
- En documento privado con firma legitimada ante notario
- Mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones

- Mediante comparecencia ante el Patronato, acreditándose mediante certificación expedida por el secretario, con firma legitimada notarialmente

Las altas, bajas y demás alteraciones en la composición del Patronato deben ser notificadas formalmente al protectorado e inscritas en el Registro de Fundaciones.

El Patronato debe nombrar un secretario, cargo que podrá recaer en persona ajena al Patronato, en cuyo caso tendrá voz pero no voto. A él corresponde:

- La llevanza y custodia del libro de actas de la fundación
- La Expedición de certificaciones de acuerdos del Patronato, con el visto bueno del presidente
- La remisión de las convocatorias ordinarias o extraordinarias del Patronato
- Cualesquiera otras funciones que establezcan las leyes o los estatutos

Es muy frecuente que la secretaría del patronato la ejerza el director gerente, situación muy recomendable, porque entre otras cosas evita la necesidad de que acuda a las sesiones del Patronatos en calidad de invitado, pero que debe tener en cuenta que, en el caso que el secretario sea patrono de la fundación, nos encontramos ante un supuesto de autocontratación sometido a autorización previa del Protectorado.

En cualquier caso queremos hacer hincapié en la importancia del cargo de secretario. No debe contemplarse nunca como una figura decorativa. Debe tener tiempo y dedicación a la fundación. Esto viene a colación porque el Patronato es el órgano de gobierno de las fundaciones. Se trata de un órgano fuertemente regulado: la forma de adoptar los acuerdos, el nombramiento y cese de patronos, los asuntos indelegables, y un largo etcétera, convierten al secretario en la figura técnicamente más importante de la fundación y responsable de una actividad compleja, plagada de detalles de índole jurídico que resultan de capital importancia para la correcta gestión de la entidad.

En este punto creemos necesario recordar que el Patronato es un órgano con importantes atribuciones ejecutivas, la propia ley establece una serie de asuntos que son indelegables (artículo 20.1 de la Ley Andaluza) que van a hacer necesario que se realicen un mínimo de dos reuniones ordinarias anuales. Decimos esto porque es muy frecuente, particularmente en las fundaciones del sector público, incluir como miembros del Patronato a personas de muy reconocido prestigio y cuya presencia en el mismo realmente contribuye a dotar de credibilidad y notoriedad a la propia institución. También es frecuente que un Patronato se forme entre otros con consejeros y altos cargos del gobierno autonómico. Pero, además de prestigio y credibilidad, siempre hemos de tener presente la disponibilidad de esas personas y la posibilidad cierta que tienen de acudir a las reuniones del Patronato cuando éstas se convoquen y de participar activamente en las mismas. También hemos de pensar en el aspecto cuantitativo: mientras mayor sea el número de patronos, más difícil va a ser cumplir el quórum necesario para que el Patronato quede válidamente constituido, como mínimo la mitad más uno de sus miembros.

En resumen, el Patronato ha de estar formado por un número razonable de personas que tengan disponibilidad para reunirse y para dedicar parte de su tiempo a la función para la que han sido designados. La no observancia de estos principios básicos puede traer como consecuencia el bloqueo de las actividades de la fundación.

2. EJERCICIO DEL CARGO DE PATRONO

Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal y responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo.

Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato y deberán designar a las personas físicas que las representen. Por su parte, el cargo de patrono que recaiga en persona física deberá ejercerse personalmente. No obstante, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado, esta actuación será siempre para actos concretos y deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito. Podrá actuar en nombre de quien fuera llamado a ejercer la función de patrono, por razón del cargo que ocupare, la persona a quien legalmente corresponda su sustitución.

Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función. No obstante, salvo disposición contraria del fundador o de los estatutos, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del protectorado. También la nueva Ley de Fundaciones, a diferencia de la antigua, prevé la posibilidad de que los patronos puedan contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del protectorado (artículo 35 del Reglamento), que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos.

Estas dos últimas posibilidades de autocontratación de los patronos, en virtud del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (que estudiaremos más adelante), no serían aplicables a los patronos que lo sean por razón de su cargo institucional.

Salvo que los estatutos lo prohíban, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, creándose la figura del apoderado, en el primero de los casos, o de la comisión ejecutiva, en el segundo. Tanto el nombre como el funcionamiento y atribuciones de esta última debe ser regulada por los estatutos. Se trata de contar con un órgano de gobierno dotado de una mayor eficacia y operatividad que el Patronato. Aunque la ley no lo establezca, lo lógico sería que este órgano estuviera presidido por el presidente de la fundación y que el secretario del Patronato lo sea también de la Comisión.

Los estatutos podrán prever la existencia de otros órganos para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden. También sería deseable que estos otros órganos que se pudieran crear estuvieran presididos al menos por alguno de los vicepresidentes.

En cualquier caso existen una serie de materias establecidas en la ley (los estatutos pueden ampliar esas materias) que son de carácter indelegable y necesariamente han de ser aprobadas por el Patronato. La Ley Estatal establece las siguientes:

- La aprobación de las cuentas, del presupuesto y del plan de actuación
- La modificación de los estatutos
- La fusión y liquidación de la fundación
- Todos aquellos actos que requieran la autorización del protectorado

La Ley Andaluza reproduce las materias de carácter indelegable de la legislación estatal y añade las siguientes:

- Los actos de constitución de otra persona física
- Los de participación o venta de participaciones en otras personas jurídicas cuyo importe supere el 20 por 100 del activo de la fundación
- El aumento o disminución de la dotación
- Los actos de fusión, escisión, de cesión global de todos o de parte de los activos y los pasivos
- Los de disolución de sociedades u otras personas jurídicas
- Otorgar y revocar poderes generales y especiales, salvo que los estatutos dispongan lo contrario

Tanto las delegaciones permanentes como los apoderamientos generales que no sean para pleitos, así como sus revocaciones, deberán ser inscritas en el Registro de Fundaciones.

3. CESE Y SUSPENSIÓN DE PATRONOS

El cese de los patronos de una fundación se produciría en los supuestos siguientes:

- Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.
- Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad, de acuerdo con lo establecido en la ley.
- Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.
- Por no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, si así se declara en resolución judicial.

- Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos contrarios a la ley o a los estatutos.
- Por haber transcurrido seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.
- Por haber transcurrido el período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.
- Por renuncia, que podrá llevarse a cabo por cualquiera de los medios y mediante los trámites previstos para la aceptación.
- Por las causas establecidas válidamente para el cese en los estatutos.

La sustitución, el cese y la suspensión de los patronos se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.

CAPÍTULO VII.

RÉGIMEN LABORAL

El personal al servicio de las fundaciones del sector público se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye al personal al servicio de “*las administraciones de las Comunidades Autónomas*”, en ningún caso de sus entes instrumentales. Por su parte, el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, suscrito el 15 de noviembre de 2002 y aún vigente, excluye expresamente en su artículo 3 al personal que preste sus servicios en empresas públicas de la Junta de Andalucía, sea cual sea la participación de ésta.

Será, pues, a través del convenio colectivo (propio o acogándose a un convenio preexistente) y del Estatuto de los Trabajadores, como se regulen las condiciones laborales de las fundaciones del sector público.

1. SELECCIÓN DE PERSONAL

La Constitución española proclama en su artículo 23.2 el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Se trata de uno de los derechos integrados en la sección 1ª del capítulo II del título I, objeto de especial protección. Por su parte, el artículo 103.3 establece que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

La Ley 50/2002 hace extensibles estos principios a las fundaciones del sector público estatal. Esta extensión de los principios constitucionales también se encuentra recogida en la Ley Andaluza.

Según el artículo 57.4 de la referida norma andaluza, “*la selección de personal deberá realizarse en todo caso con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria*”. El sistema de acceso a los puestos de trabajo de las fundaciones públicas debe garantizar la vigencia y aplicación de estos principios.

Como decíamos al principio de este manual, la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, en su artículo 78 regula las fundaciones del sector público andaluz, remitiendo su concepto y régimen jurídico a lo establecido en la Ley de Fundaciones. Sin embargo, y a pesar de que el régimen de personal también está recogido en esta última ley, de este asunto sí hace una mención expresa disponiendo que *“el personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral y su selección deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria”*. Quizá el hecho de tratarse de la manifestación de uno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución (artículo 23.2), obligan al legislador a ser tan reiterativo en este sentido.

Resulta cuando menos llamativa la diferente regulación que realiza la Ley 9/2007, del régimen de selección de personal entre los dos tipos de entidades instrumentales privadas. Distinción que no tiene mucho sentido habida cuenta de que la ley establece una regulación prácticamente pareja de los dos tipos de entidades incluidas en el concepto y el sometimiento a unos principios jurídicos comunes, sin embargo el artículo 77 establece una distinción entre el régimen de selección y nombramiento del personal directivo y el resto de trabajadores:

“El personal al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

Sin embargo, el artículo 78.2, no establece tal distinción y hace extensible la vigencia de los principios aplicables a la selección de personal a todos los trabajadores sin distinción de si se trata de personal directivo o no. No queda claro si se hace necesaria una aplicación analógica de lo dispuesto para las sociedades mercantiles, dadas las semejanzas de ambos tipos de entes, o que realmente las convocatorias para cubrir puestos de personal directivo de las fundaciones deben someterse también a los principios generales de selección.

En cualquier caso resulta indiscutible la vigencia y aplicación de los principios que rigen el acceso a la función pública en el ámbito de las fundaciones del sector público andaluz. Hemos de estudiar cuál es el sistema establecido para la selección de su personal, de manera que se garantice la aplicación de los reiterados principios.

Tres son los sistemas de acceso que establecen las leyes rectoras de la función pública con los que se presupone que se garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad: la oposición, el concurso y el concurso-oposición. Teniendo en cuenta la filosofía de este tipo de entidades y las necesidades y finalidades que pretenden satisfacer, así como la idea de tratarse de entidades instrumentales de gestión dotadas de una especial agilidad en sus actuaciones, vemos el sistema de concurso como el más idóneo para el acceso a sus ofertas de empleo, por considerarlo el más ágil y eficaz en su aplicación.

La finalidad del concurso debe ser la de seleccionar a aquellos aspirantes que reúnan los mayores méritos (a través fundamentalmente de la exigencia de una determinada titulación, amén de otros méritos expresados en el currículum y debidamente documentados) y estén más capacitados para el desempeño de cada uno de los puestos (medidos a través de tests psicotécnicos, pruebas de conocimientos, entrevistas, etc., realizados por la propia entidad o por empresas consultoras expertas en selección de personal contratadas al efecto).

En cada convocatoria deben quedar claros los requisitos exigidos y la forma de baremar los méritos.

Por su parte, las normas que rigen el concurso deben quedar expresamente recogidas en el protocolo de selección y contratación de personal que ha de establecer los pasos a seguir para cubrir los distintos puestos de trabajo de la fundación. Este protocolo debe establecer, entre otras cuestiones, la manera de realizar la convocatoria, el órgano o persona encargado de evaluar los currículum y el órgano o persona sobre el que recae la toma de la decisión final respecto a la contratación del personal.

El principio de publicidad de la convocatoria quedaría suficientemente garantizado con la publicación de la convocatoria en la página web de la fundación, pero es conveniente reforzarlo utilizando el instrumento de intermediación laboral público que existe que no es otro que el Servicio Andaluz de Empleo, que realizará una convocatoria abierta entre todos los trabajadores que se encuentren en situación de desempleo y reúnan el perfil requerido.

En la página web institucional de la Junta de Andalucía existe un portal del empleo público con un apartado específico que recoge las ofertas de empleo de las fundaciones y empresas públicas de la Junta, pero ni están todas las empresas y fundaciones, ni aparecen todas las ofertas. Sería deseable que existiera una plataforma común, reglada y obligatoria para todos los entes instrumentales que recogiera puntualmente todas las ofertas de empleo que se convoquen, algo parecido a la plataforma de contratación, que estudiaremos en el capítulo siguiente, que agrupa la actividad contractual de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales.

Es necesario además que la fundación cuente con un organigrama o estructura de personal, como instrumento de planificación de los recursos humanos, que defina cuáles son los puestos existentes y los requisitos mínimos de formación y cualificación que se deben cumplir para acceder a cada uno de ellos. Este organigrama debe formar parte del documento de planificación estratégica de la fundación. En él quedarían establecidos los méritos y capacidades necesarias para aspirar a cada uno de los puestos.

2. PROTOCOLO DE SELECCIÓN

Aunque ninguna norma lo exige, tanto la Intervención General de la Junta de Andalucía como la Inspección General de Servicios de la Consejería de Justicia, recomiendan reiteradamente a los entes instrumentales que se doten de un protocolo de selección de personal. La existencia de una norma interna escrita siempre será un mecanismo que garantiza la objetividad, como consecuencia evita la arbitrariedad a la hora de llevar a cabo procesos selectivos.

El protocolo debe contener los mecanismos que va a utilizar la fundación para hacer efectivos los principios de selección del personal, a saber: igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

Esta norma interna es conveniente que sea aprobada por el Patronato con el objeto de que quede absolutamente legitimada y dotada de la máxima solemnidad. Aunque también existiría la posibilidad de que se incorporara al convenio colectivo.

3. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL

No existen normas específicas, la contratación de los trabajadores se rige por la normativa general, salvo algunas particularidades que afectan al director gerente y que vemos en el punto siguiente.

La vigente legislación de fundaciones permite, como ya hemos visto, que los patronos puedan contratar con la fundación en nombre propio o de un tercero; al no especificar nada la ley se entiende que la norma se refiere a cualquier título contractual, sea de carácter laboral o de carácter mercantil. Sí impone la ley para este caso la preceptiva autorización del Protectorado, que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos.

Es necesario destacar en este punto, la importante novedad introducida por la Ley de Presupuestos 2009 que establece que la contratación de personal en puestos o plazas de las fundaciones y demás entidades a que se refiere el artículo 6 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá ser preceptiva y favorablemente informada por las Consejerías de Economía y Hacienda y de Justicia y Administración Pública en el plazo de quince días desde su recepción.

No aclara la ley si esos informes preceptivos a que se refiere deben ser previos a la contratación o posteriores, si bien el sentido común y el principio de prudencia parecen imponer que se informe con carácter previo. Tampoco queda claro si el informe preceptivo se refiere a las convocatorias para cubrir todos los puestos de la fundación, incluidos los puestos directivos, y si los contratos de carácter temporal o interino, también deben ser objeto de informe preceptivo y favorable.

4. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Si el nacimiento de la relación laboral de los trabajadores de fundaciones del sector público no ofrece peculiaridades respecto del régimen general, no podemos decir lo mismo de la extinción del contrato de trabajo, ya que en este punto existe una peculiaridad recogida en el Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establece las causas de extinción del contrato por causas objetivas, o más conocido como el despido objetivo. De las cinco causas, cuatro podemos considerarlas como las clásicas:

- Ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida
- Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo
- Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo
- Por faltas de asistencia al trabajo

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, añadió una quinta causa para que el despido se considere objetivo (artículo 52. ET): “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”.

Cuando la extinción por esta causa afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 del ET se deberá seguir el procedimiento previsto para el despido colectivo.

Se trata de una causa de despido, en principio, perfectamente aplicable a las fundaciones del sector público. Su aplicabilidad a cada caso concreto va a depender mucho de lo que consideremos dotación económica estable, dado que, como ya veremos, no existe un sistema único de financiación de las fundaciones de la Junta de Andalucía, unos sistemas tienen una mayor vocación de estabilidad y de otros no se puede decir lo mismo.

5. EL DIRECTOR GERENTE

Se trata de una figura que no se encuentra explícitamente recogida en la ley estatal. Sí aparece en la Ley Andaluza (artículo 21), que establece que en los estatutos de la fundación se podrá encomendar el ejercicio de la gestión ordinaria o administrativa de sus actividades a un gerente o cargo similar, que podrá ser persona física o jurídica, pero siempre con acreditada solvencia al respecto, y con la remuneración adecuada a las funciones desempeñadas. Su nombramiento, cese, condiciones contractuales y remuneración anual pactada por todos los conceptos, deberán notificarse al Protectorado.

El Reglamento de Fundaciones (Decreto 32/2008) establece en su artículo 16.2 que el acuerdo de nombramiento o cese del director gerente debidamente adoptado por el Patronato, debe notificarse al Registro acompañado de certificación expedida por el secretario con el visto bueno del presidente y en la misma debe constar que efectivamente se han valorado los criterios que acreditan la solvencia técnica de la persona nombrada.

La figura del gerente, director o director gerente existe en la mayoría de las fundaciones y tiene una enorme trascendencia práctica, pues es la persona responsable de la gestión cotidiana de la fundación y de tener permanentemente informados a los patronos de la marcha de la entidad. Puede asistir a las sesiones del Patronato en calidad de invitado, teniendo, por tanto, en principio voz, pero no voto.

Suelen ser los estatutos los que regulan la figura del director gerente, sus funciones, su nombramiento, etc.

La contratación del director gerente se hará en la forma que acuerden las partes, si bien el régimen de alta dirección es el que más se ajusta a las necesidades y particularidades del cargo y de su ejercicio.

En cuanto a sus funciones genéricas y sin ánimo de ser exhaustivo, se encuentran:

- Ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Patronato y de la comisión ejecutiva
- Adoptar las medidas organizativas y funcionales necesarias para el adecuado desarrollo de los servicios
- La administración y custodia de los recursos financieros, materiales y humanos de la fundación
- Elaborar los presupuestos de ingresos y gastos, seguimiento, control y elaboración de las cuentas y balance de la fundación
- Formalizar los contratos del personal
- Elaboración y custodia del inventario de bienes de la fundación

Para el ejercicio de sus funciones, el director gerente debe tener otorgados los poderes y facultades que expresamente le confiera el Patronato. Como ya hemos indicado, las delegaciones y los apoderamientos generales y especiales deberán ser inscritos en el Registro de Fundaciones.

El ejercicio del cargo de director gerente de las fundaciones públicas de la Junta de Andalucía, cuando éste se establezca mediante relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección del Decreto 1382/1985, de 12 de agosto, está sometido a un régimen que se recoge en el artículo 15.3 de la Ley 3/2008, de Presupuestos que establece que las retribuciones del personal de alta dirección de las fundaciones de la Junta de Andalucía serán autorizadas por el titular de la Consejería a que se encuentren adscritas las mismas, y habrán de contar con un informe previo favorable de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y Hacienda.

El régimen para el establecimiento de las retribuciones, también será aplicable en caso de que se produzca una modificación del mismo.

Respecto a las indemnizaciones por extinción del contrato que pudiesen corresponder al personal de alta dirección, la Ley de Presupuestos 2009 reitera que se estará a las cuantías que se establecen en defecto de pacto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En ningún caso, las cuantías de las indemnizaciones podrán ser pactadas por las fundaciones y los órganos de dirección.

La mencionada ley añade como novedad que esta disposición será de aplicación para los contratos del resto de personal directivo cuya formalización se produzca a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2008. A este respecto no queda claro si el régimen de informes preceptivos es aplicable a todo el personal directivo o solo a aquél que se vincule a la entidad mediante contrato de alta dirección. Cuestión bastante trascendente ya que es frecuente que exista personal directivo (excluido del convenio colectivo y sometido a pacto directivo) con contrato laboral de régimen general.

Por último, la Ley de Presupuestos establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en esta materia con omisión de los informes previstos en este artículo, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras leyes de presupuesto.

En el caso que el director gerente fuese además miembro del Patronato de la fundación, estaríamos ante un supuesto de autocontratación que necesitaría autorización del protectorado para el ejercicio del cargo (artículo 15.4 Ley 50/2002 y 19.2 de la ley andaluza).

6. REMUNERACIÓN DEL PERSONAL

La remuneración del personal de las fundaciones públicas de la Junta de Andalucía está sometida a un régimen especial de autorizaciones:

Por un lado, el artículo 15 de la Ley 17/2003, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2004, establece que las empresas de la Junta de Andalucía deberán recabar informe, que no tendrá carácter vinculante, de la Consejería de Economía y

Hacienda, a través de la Dirección General de Presupuestos, previo a cualquier acuerdo relativo a retribuciones y demás mejoras de las condiciones de trabajo del personal dependiente de las mismas. Este informe deberá emitirse en el plazo de quince días.

Del tenor literal del artículo se extrae que es necesario el informe mencionado cuando afecta al establecimiento o modificación del régimen retributivo. Hemos de entender por régimen retributivo el conjunto de normas que regulan la forma en la que se retribuye a los trabajadores (tabla salarial, grupos y categorías, régimen de complementos y pagas extraordinarias, etc.). Consideramos que no es necesario el informe si se trata de modificar el régimen retributivo particular de un trabajador concreto, cuando tal modificación venga motivada por un cambio de puesto de trabajo.

Dado que las fundaciones del sector público tienen expresamente prohibido por el artículo 46 de la Ley 50/2002 y por el 57. 1 de la ley andaluza la posibilidad de ejercer potestades públicas, en ningún caso les será de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 15.3 del informe previo de la Consejería de Justicia y Administración Pública para la aprobación o modificación del régimen retributivo de la entidad.

Por otro lado, las fundaciones quedan expresamente sometidas a lo dispuesto en la ley de presupuesto de cada año acerca del incremento anual de las retribuciones. Cualquier incremento que se sitúe por encima del índice establecido por la ley, se somete al informe vinculante de la Consejería de Economía y Hacienda antes expuesto. Hemos de entender, y así se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que esas subidas anuales actúan como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en la negociación colectiva.

El límite impuesto a la autonomía de la voluntad de las partes en la negociación colectiva aparece expresamente recogido en la Ley de Presupuesto de 2009, que establece un doble control previo a la formalización de acuerdos en materia retributiva, uno el ya mencionado y otro el del artículo 15.2:

“Con anterioridad a la formalización y firma de los acuerdos, se remitirá a la Consejería de Economía y Hacienda el correspondiente proyecto, acompañado de la valoración de todos sus aspectos económicos y, en su caso, repercusión en ejercicios futuros, a fin de que por la misma se emita informe vinculante, que versará sobre todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, e, igualmente sobre su adecuación al informe a que se hace referencia en el apartado anterior. Este segundo informe se emitirá en un plazo de quince días, a contar desde la recepción del proyecto y su valoración, y, en cualquier caso, con carácter previo a su consideración por el órgano decisorio de la agencia pública empresarial, entidad de derecho público, sociedad mercantil, fundación o entidad de que se trate”.

7. INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL

El régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas está regulado por la Ley estatal 53/1984 de 26 de diciembre. El artículo 2.1 incluye en el ámbito de aplicación de la ley al personal que preste sus servicios en empresas en las que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50%.

En el ordenamiento jurídico andaluz, se ha publicado recientemente el Decreto 524/2008, de 16 de diciembre, por el que se regulan las competencias y el procedimiento en materia de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y del Sector Público Andaluz, que incluye en su ámbito de aplicación (Artículo 2.c) al personal de los consorcios y fundaciones cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias y demás entidades de Derecho Público.

Así pues, si la normativa estatal podía dejar alguna duda de la aplicabilidad del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las fundaciones públicas (ya que sólo se refiere al criterio de la titularidad de la mayoría del capital), la normativa autonómica da por sentada la aplicación del citado régimen al personal de fundaciones del sector público andaluz.

Por lo que se refiere al director-gerente, está considerado a efectos del régimen de incompatibilidades como alto cargo de la Administración Andaluza y, por tanto, sometido a la Ley 3/2005, de 8 de abril. La citada norma, a diferencia de la anterior a la cual deroga (Ley 5/1984, de 23 de abril), recoge expresamente dentro de su ámbito de aplicación artículo 2.h) a los directores de fundaciones y consorcios con participación directa de la Administración de la Junta de Andalucía superior al 50%, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.

En resumen muy somero de la citada norma, aplicable en su integridad a los directores y gerentes de fundaciones públicas, podemos decir que se establece:

- La incompatibilidad con cualquier otro cargo o actividad, con muy contadas excepciones.
- La obligatoriedad de realizar la declaración de actividades, bienes e intereses. Dichas declaraciones se cumplimentarán en el plazo de dos meses siguientes a la fecha de toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias de hecho y se inscribirán en el Registro de Actividades, Bienes e Intereses dependiente de la Dirección General de Inspección y Evaluación de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

- Las fundaciones del sector público deberán comunicar a la Dirección General de Inspección y Evaluación en el plazo de un mes, los nombramientos y ceses que efectúen siempre que correspondan a cargos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la ley y el decreto que la desarrolla.

8. RÉGIMEN DE INDEMNIZACIONES POR RAZÓN DEL SERVICIO Y DIETAS

Las indemnizaciones por razón del servicio de la Junta de Andalucía están reguladas por el Decreto 54/1989, de 21 de marzo. En el ámbito de aplicación de esta norma no se encuentra comprendido el personal que presta sus servicios en empresas ni fundaciones públicas.

Sin embargo, la Ley de Presupuesto de la Junta de Andalucía para 2008, en su artículo 11.10 establece que los responsables de los órganos unipersonales de gobierno de las entidades y sociedades correspondientes al sector público empresarial andaluz ceñirán sus indemnizaciones, por razón del servicio, a las mismas normas que rigen para los altos cargos de la Administración Andaluza.

Las personas titulares de puestos que compongan equipo de dirección, según los organigramas de las respectivas entidades y sociedades, percibirán por los mismos conceptos las indemnizaciones fijadas en los convenios colectivos que resulten de aplicación y, en su defecto, las cantidades fijadas por la Junta de Andalucía para su personal de Administración general.

Aunque en el citado artículo se hable de “sector público empresarial”, hemos de entender extensible el régimen establecido a las fundaciones.

RÉGIMEN PATRIMONIAL

1. RÉGIMEN PATRIMONIAL GENERAL

El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integran la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, afecten o no a la dotación (artículo 19.1 de la Ley 50/2002 y 28.1 de la Ley 10/2005).

La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual.

A las fundaciones del sector público, como entidades de derecho privado, le son aplicables las disposiciones generales sobre régimen patrimonial de las fundaciones. El hecho de que estas entidades hayan sido creadas por la administración autonómica o que en sus órganos de gobierno la representación de la Administración sea mayoritaria, no le confiere a sus bienes y derechos el carácter de pertenecientes al patrimonio de la Comunidad Autónoma.

El artículo 1 de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 4/1986 de 5 de mayo) establece que “*el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y de las entidades de Derecho Público de ellas dependientes está constituido por todos aquellos bienes y derechos de que las mismas sean titulares*”. Quedan claramente excluidas las entidades de derecho privado, que tienen personalidad jurídica y patrimonio propios.

Cuestión que queda ratificada en el artículo 51 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía “*las entidades a que se refiere el presente título (entidades instrumentales) tienen personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios...*”

Muy diferente es que estas entidades en algunos casos tengan encomendada la explotación, custodia o conservación de bienes de dominio público a través de cesión, encargos de ejecución o cualquier otro título que en ningún caso implica el cambio de titularidad de los bienes.

Visto el carácter privado de los bienes y derechos que componen el patrimonio de las fundaciones del sector público, exponemos las peculiaridades para disponer de esos bienes:

La ley establece que la administración y disposición del patrimonio de la fundación corresponde al Patronato en la forma establecida en sus estatutos. Aunque la ley no lo exige, es recomendable que los estatutos exijan mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos de enajenación o gravamen de determinados bienes patrimoniales, por la especial trascendencia económica de la operación o por tratarse de bienes directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.

El artículo 21 de la Ley 50/2002 de Fundaciones regula los requisitos para los actos de enajenación y gravamen de los bienes patrimoniales de las fundaciones, estableciendo un régimen diferente en función de la vinculación de los bienes que vayan a ser objeto de la enajenación:

Grupo A) Bienes y derechos que formen parte de la dotación o que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales:

- Cuando existe una declaración expresa del fundador, del Patronato o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados.
- Por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial.

Grupo B) Los actos de disposición y gravamen de bienes que no formen parte de la dotación o que no estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, siempre que se trate de:

- Bienes inmuebles.
- Establecimientos mercantiles o industriales.
- Bienes de interés cultural.
- Aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado.

Grupo C) El resto de bienes.

El régimen establecido es diferente según el grupo en el que se encuentren los bienes que vayan a ser objeto del acto de disposición o gravamen:

- Bienes del grupo A: requieren la previa aprobación por parte del protectorado, que se concederá si existe causa debidamente justificada.
- Bienes del grupo B: requieren la comunicación del Patronato al protectorado en el plazo de 30 días hábiles siguientes a su realización.
- Bienes del grupo c: no recoge la ley ningún requisito específico (Sí los requisitos comunes del párrafo siguiente).

Como requisitos comunes a la enajenación y gravamen de bienes y derechos patrimoniales de la fundación de cualquiera de las tres clases, se encuentran:

- La obligación de hacerlo constar en el Registro de Fundaciones al cierre del ejercicio económico. Se trata de una obligación de carácter general derivada de la obligación de depositar en el registro las cuentas anuales que incluyen, entre otros libros, el balance.
- Inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro Público que corresponda por razón del objeto.

La ley andaluza contiene una importante matización, ya que aquellos bienes cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, quedan incluidos en el *grupo a* (no en el *grupo b* como los considera la legislación estatal). Los actos de disposición y gravamen sobre los mismos se someten a los requisitos establecidos para los mismos.

El Decreto 32/2008 (Reglamento de Fundaciones) regula el procedimiento de autorización del protectorado (artículo 22), así como las pautas a seguir y las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento de la solicitud de autorización en materia de patrimonio (artículo 24).

2. PECULIARIDADES DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

Una vez analizados los requisitos generales para los actos de disposición y gravamen de bienes del patrimonio de las fundaciones del que naturalmente participan las fundaciones del sector público, exponemos la peculiaridad más importante que afecta a este tipo de entidades:

Las fundaciones de carácter público por definición y por la propia filosofía que inspira su existencia, reciben la mayor parte de los recursos para la financiación de sus gastos corrientes y de sus inversiones de fondos públicos, bien a través de subvenciones, bien por transferencias corrientes.

Para el caso de fundaciones que obtengan sus recursos vía subvención, el artículo 110 de la ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que *“toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención... podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión”*. En el caso de que se produzca la enajenación de un activo adquirido en su día con fondos procedentes de subvenciones de capital de la Junta de Andalucía, se produce una alteración esencial de las condiciones: la alteración de la titularidad del bien para cuya adquisición las subvenciones fueron concedidas y, por tanto, consideramos necesario solicitar al órgano concedente la modificación de la resolución de concesiones de subvención que pudieran verse afectadas.

Para las fundaciones que reciban sus recursos por transferencias corrientes y de capital y, por tanto, tengan obligación de formular el Programa de Actuación, Inversión y Financiación (PAIF) con carácter anual, cabría decir lo mismo, dado que el PAIF se aprueba por resolución del titular de la Consejería de la que dependa. Creemos necesario que ante una alteración del contenido del PAIF, aunque pertenezca a ejercicios ya cerrados, debe solicitarse la modificación de la resolución del titular de la Consejería.

Lo mismo cabría decir para la disposición de bienes que formen parte de la dotación fundacional, siempre que ésta hubiera sido aportada en su mayoría por la Administración.

El procedimiento, en cualquiera de los dos casos, se abriría con una solicitud motivada de la pretendida modificación firmada por la persona que tenga atribuidos los poderes de representación en procedimientos administrativos de la fundación en el momento de iniciarse el expediente.

Por último, decir que el balance de la fundación es uno de los libros obligatorios que se debe remitir al Registro de Fundaciones al cierre de cada ejercicio. Como ya hemos indicado, es en ese momento cuando se comunican las alteraciones registradas en el patrimonio de la fundación. No existe, por tanto, obligación de comunicación expresa de cada uno de los actos de disposición y gravamen.

3. PARTICIPACIÓN EN SOCIEDADES

El artículo 33 de la Ley 10/2005 establece la posibilidad de las fundaciones en general de intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades civiles o mercantiles con el único límite de que se trate de sociedades en las que no haya que responder personalmente de las deudas sociales.

Cuando esta participación sea mayoritaria, deberán dar cuenta inmediata de dicha circunstancia al Protectorado. Se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del cincuenta por ciento del capital social o de los derechos de voto, computándose a estos efectos tanto las participaciones mayoritarias que se adquieran en un solo acto, como las adquisiciones sucesivas de participaciones minoritarias, cuya acumulación dé lugar a que la fundación ostente una posición dominante en la sociedad de que se trate.

En todo caso, el resultado neto de las actividades mercantiles deberá destinarse al cumplimiento de los fines de la fundación.

Por su parte el Decreto 32/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones amplía esta regulación en el artículo 27 y dispone:

1. *La participación mayoritaria de la fundación en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales queda sujeta al régimen de comunicación al Protectorado que deberá efectuarse en cuanto se produzca, sin que pueda superarse en ningún caso el plazo máximo de 30 días, que se computarán desde la formalización del negocio de adquisición, y se acompañará de una copia debidamente autorizada o autenticada del título que justifique la adquisición de la participación mayoritaria, así como de una exposición de las circunstancias concurrentes en el acto.*

Se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del 50% del capital social o de los derechos de voto, a cuyos efectos se computarán tanto las participaciones directas como las indirectas. Para determinar los derechos de voto, en el supuesto de sociedades indirectamente dependientes de una fundación, se entenderá que a ésta le corresponde el número de votos que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas.

Lo previsto en este apartado se aplicará igualmente a las adquisiciones de participaciones minoritarias que, acumuladas a adquisiciones anteriores, den lugar a la participación mayoritaria de la fundación en la sociedad mercantil.

2. *Si la fundación recibiera por cualquier título alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, el Patronato deberá enajenar dicha participación, salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.*

Si transcurriera el plazo de un año sin que se hubiera llevado a cabo la enajenación, o sin que hubiera efectuado la transformación señalada, el Protectorado requerirá al Patronato para que, en el plazo de 15 días, realice las alegaciones que considere oportunas. El Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá entablar la acción de responsabilidad contra las personas que integren el Patronato o instar de la autoridad judicial su cese.

En cualquier caso, los actos de constitución de otra persona jurídica, los de participación o venta de participaciones cuyo importe supere el veinte por ciento del activo de la fundación y los de disolución de sociedades y otras personas jurídicas, son actos indelegables por parte del patronato, tal y como establece al artículo 20.1 de la ley 10/2005.

Las fundaciones del sector público andaluz se entienden incluidas en este régimen general regulador de la participación en sociedades mercantiles, si bien se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos establecidos en la legislación patrimonial de la Junta de Andalucía y las condiciones incluidas en las leyes de presupuesto, y que estudiamos a continuación.

La Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía establece:

Artículo 82.1

Se requerirá autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería competente por razón del objeto y previo informe de la Consejería de Economía y Hacienda, para la creación de entidades privadas, así como para la adquisición de participaciones en las mismas, cuando con ello la Comunidad Autónoma de Andalucía pase a constituirse en partícipe mayoritario directa o indirectamente.

Artículo 94.1

La Consejería de Hacienda será competente para enajenar participaciones de la Comunidad Autónoma en entidades privadas. No obstante, la pérdida de la condición de partícipe mayoritario, directa o indirectamente, así como la enajenación de todas las acciones de que la Comunidad Autónoma disponga en la Sociedad, requerirá previa autorización del Consejo de Gobierno.

Por su parte el Decreto 276/1987, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus artículos 174.1 y 210 reitera lo establecido en la ley sin aportar ninguna novedad.

También las sucesivas leyes de presupuesto apoyan esta afirmación, en concreto un precepto que se ha ido repitiendo inalterado a lo largo de los últimos años y que también aparece en la Ley de Presupuesto de 2009.

Artículo 24. Creación de entidades privadas y adquisición de participación en entidades privadas.

Las operaciones que conlleven la creación de entidades privadas, así como la adquisición, enajenación o transmisión de participaciones en las mismas, que supongan participación mayoritaria o minoritaria, directa o indirecta de la Comunidad Autónoma, habrán de ser comunicadas a la Consejería de Economía y Hacienda en el plazo de un mes desde su formalización.

La única novedad que aporta la Ley de Presupuestos respecto a la legislación patrimonial es que también se someten al requisito de comunicación previa las operaciones que supongan participación minoritaria de la Junta de Andalucía. El resto de operaciones parece entrar en conflicto con las disposiciones vigentes en materia patrimonial.

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN

Para describir el régimen de contratación de las fundaciones del sector público hemos de acudir a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta ley surgió como respuesta a un mandato comunitario de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios. Esta Directiva sustituye, refunde e introduce importantes cambios a las anteriores Directivas (92/50/CEE sobre contratos públicos de servicios, 93/36/CEE, sobre contratos públicos de suministros y 93/37/CEE, sobre contratos públicos de obras).

Pero, además de cumplir con el imperativo comunitario, el legislador español ha aprovechado la ocasión para mejorar la legislación hasta ahora vigente y para superar ciertos problemas que la experiencia de aplicación ha puesto de manifiesto.

La normativa anterior (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), tenía como rasgos esenciales de su arquitectura los siguientes:

- Regulaba el contrato de la Administración Pública: de la Administración General del Estado y de las demás Administraciones.
- Se centraba en el contrato administrativo de la Administración Pública.
- Las necesidades de regular la contratación de otros sujetos del sector público se resolvían mediante dos deficiencias técnicas importantes: por un lado, la extensión parcial de su regulación a ciertos contratos sujetos a la normativa comunitaria y, por otro, el sometimiento del resto de contratos del sector público a ciertos principios que debían regir su adjudicación, sin especificar en ningún caso cómo debía traducirse la aplicación de esos principios.
- Su estructura era bipolar (desde la ley 13/1995) con dos partes diferentes (libros): una parte general, integrada por normas aplicables a todos los contratos y una parte especial, que recogía las peculiaridades de los contratos administrativos típicos.

La nueva ley es bien distinta y viene a resolver algunos de los grandes problemas derivados del régimen jurídico de los contratos del sector público. Principalmente y en la parte que nos afecta, la novedad más destacable es la contemplación expresa en el ámbito subjetivo de aplicación de las fundaciones como entes pertenecientes al sector público, sometidos y regulados en la parte de la ley que directamente les afecta.

1. SITUACIÓN ANTERIOR

El régimen jurídico de la contratación de bienes y servicios de las fundaciones del sector público andaluz viene exigüamente regulado en el artículo 57.4 de la Ley 10/2005 de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

“... Asimismo, su contratación deberá ajustarse a la normativa básica estatal en la materia y a la que corresponda aprobar a la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

Este artículo ha constituido la base sobre la que construir el sistema de contratación, que por la remisión expresa de la ley se basaba en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, de Contratos de las Administraciones Públicas, y en concreto por la Disposición Adicional Sexta, que fue modificada por el art. 34.2 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, en virtud de la cual:

“Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

El Real Decreto Ley 5/2005 consagraba unos principios que de hecho ya se venían aplicando con anterioridad como principios inspiradores de la actividad de todos los entes instrumentales.

El problema no era la vigencia de los principios, algo que nadie discutía, sino que cada uno de los entes instrumentales tenía una peculiar forma de interpretarlos y aplicarlos. Para dar solución a este problema la Intervención General de la Junta de Andalucía publicó la Instrucción 3/2000, de 10 de febrero, sobre aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación, que en un principio iba dirigida exclusivamente a las entidades recogidas en la redacción original de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos: Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de las Administraciones Públicas; pero tras la reforma de la citada disposición entendíamos también incluidas a las fundaciones del sector público andaluz.

La Instrucción 3/2000 no establecía un protocolo de contratación que habían de asumir y aplicar las empresas públicas, sino que recogía detalladamente aquellos aspectos concretos que la Intervención General iba a tener en cuenta a la hora de realizar las comprobaciones necesarias para la elaboración de los informes de control financiero y control financiero permanente.

La Intervención daba por sentado que las empresas tenían establecido y aprobado un protocolo que regulaba las competencias y procedimientos de contratación y que ese protocolo debía tener en cuenta los criterios generales establecidos.

La instrucción establecía que la comprobación del cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia a los que ha de ajustarse la actividad contractual de las sociedades se efectuará por los interventores actuantes a través de la verificación de una serie de exigencias.

La antigua Ley de Contratos establecía en su artículo 2 que si se superaban determinadas cantidades, excluido el IVA (Reforma de cantidades por Orden del Ministro de Hacienda 4110/05, de 29 de diciembre: Obras: 5.278.227 € y Consultoría y asistencia, servicios y suministros: 211.129 €), las fundaciones del sector público vendrían obligadas a cumplimentar todas las exigencias recogidas en la ley en lo referido a:

- Capacidad de las empresas
- Publicidad
- Procedimientos de licitación
- Formas de adjudicación

La consecuencia más trascendente de esta disposición es la referida a publicidad comunitaria, la obligación de publicar en el DOUE la convocatoria, así como la obligatoriedad de la clasificación de los aspirantes.

La disposición adicional sexta también consagraba una excepción,

“... salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

La citada excepción también fue matizada: La regla cuarta de la Instrucción 3/2000 establecía que la realización de actuaciones excepcionales en las que no se aplicaran los principios, requeriría informe justificativo emitido por los órganos de dirección.

Por su parte, la regla tercera preveía la posibilidad de utilizar el procedimiento de contratación negociado sin publicidad, cuando concurrieran circunstancias análogas a las previstas en la ley de Contratos, pero aún utilizando este procedimiento era necesaria la solicitud expresa de tres ofertas.

Como se puede comprobar, se trataba de un panorama bastante confuso, basado en la interpretación más o menos homogénea de los principios básicos de la contratación administrativa y que sin duda alguna aplaude con entusiasmo la aparición de la nueva ley que supone la definición y elevación a rango legal de un procedimiento de enorme relevancia en la gestión de las fundaciones del sector público.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY 30/2007

Constituye, sin duda, la principal novedad de la ley y la principal aportación para sentar de una vez un régimen jurídico claro en la contratación de las fundaciones del sector público.

Como dice la exposición de motivos de la ley en su párrafo segundo “(...) *la normativa de contratación del sector público se ha construido alrededor del contrato de la Administración Pública y más específicamente en torno al contrato administrativo de la Administración Pública. La necesidad de pautar la contratación de otros sujetos, se solventaba en este modelo bien mediante la extensión parcial de esta regulación, bien mediante la declaración de sometimiento de los restantes contratos del sector público a ciertos principios que debían presidir su adjudicación. Esta técnica de regulación presentaba los inconvenientes fundamentales de situar el régimen aplicable a los contratos no celebrados por Administraciones Públicas en un ámbito caracterizado por su indefinición...*”

La indefinición jurídica es la nota fundamental que ha caracterizado la contratación pública de los entes instrumentales en general y de las fundaciones del sector público en particular.

La nueva ley, como ya hemos indicado, viene a poner fin a esta situación ampliando el ámbito subjetivo de su aplicación y realizando una regulación “a la carta” del régimen jurídico de la contratación de cada uno de los entes que incluye. Se supera el término restrictivo de “*Contratos de la Administración Pública*” por el amplio “*contratos del sector público*”.

La ley distingue entre tres tipos de entes:

- Sector público, el más amplio concepto.
- Administraciones Públicas, un subconjunto del anterior.
- Poderes adjudicadores, un conjunto que agrupa a parte del primero y al segundo completo.

La exposición de motivos los agrupa en:

- Administraciones públicas.
- Entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE, lo que en la anterior clasificación hemos denominado poderes adjudicadores.
- El resto de entes del sector público que no son Administración Pública ni están sujetos a la directiva 2004/18/CE.

Las fundaciones del sector público aparecen expresamente mencionadas en el artículo 3.1.f) dentro de los entidades y organismos que forman parte del sector público: “*las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*”.

Definición que prácticamente coincide con la de fundación del sector público andaluz que recoge el párrafo primero del artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

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

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

Este segundo párrafo quedaría encuadrado dentro del apartado h) del artículo 3.1 de la Ley 30/2007, que considera que forman parte del sector público cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia siempre que, entre otras cuestiones, uno o varios sujetos pertenecientes al sector público nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Por tanto, identidad absoluta en lo que se entiende por fundación del sector público entre lo dispuesto por el legislador andaluz y el estatal.

Dado que estamos hablando del mismo tipo de entidades, hemos de ver si además de considerarse sector público, las fundaciones se encuadran dentro de la categoría de poderes adjudicadores.

Se consideran poderes adjudicadores (artículo 3.3) además de las Administraciones Públicas, todos los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Con esta amplia definición entendemos que las fundaciones del sector público andaluz deben considerarse a los efectos de la Ley 30/2007 poderes adjudicadores, tanto aquellas que han sido creadas directamente por la Administración Autonómica o local, como aquellas que han sido creadas o son participadas o controladas por organismos autónomos, entidades públicas empresariales, universidades públicas, agencias o sociedades mercantiles en cuyo capital social sea mayoritaria la participación de entidades del sector público. Para realizar tal afirmación hemos de tener en cuenta que una de las notas características fundamentales de las fundaciones en general, es la de perseguir fines de

interés general. La fundación no es una forma jurídica apropiada para albergar un carácter industrial o mercantil; para eso el ordenamiento jurídico prevé otras formas de personalidad jurídica: las sociedades mercantiles. Téngase en cuenta que los fines que han de perseguir las fundaciones están tasados en el artículo 3 de la Ley 10/2005, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

“Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado y de respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, o cualesquiera otros de análoga naturaleza, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y estatutarios y de defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, de investigación científica y desarrollo tecnológico, o de establecimiento de vínculos de solidaridad entre las personas y los territorios”.

La pertenencia a esta categoría especial y novedosa de poder adjudicador tiene una enorme trascendencia práctica y cambia por completo el régimen jurídico de la contratación de las fundaciones del sector público, siéndole de aplicación directa una serie de preceptos de la nueva ley de contratos específicamente destinados a este tipo de entidades.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado.

Tienen carácter administrativo, en general y en el ámbito que nos interesa, los contratos celebrados por una Administración Pública.

Tendrán la consideración de contratos de carácter privado los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública.

La distinción resulta fundamental para entender la sistemática de la ley, ya que en aplicación de la doctrina de los actos separables, se hace una primera gran distinción de la aplicabilidad de sus preceptos, y establece que los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la ley y su desarrollo reglamentario.

Además, la distinción adquiere otra dimensión, ya que cuando se actúa sometido a derecho privado, los entes intervienen desprovistos de todo privilegio o prerrogativa que otorga el derecho público a la Administración, como manifestación de la potestad general de autotutela de que goza en aras a una mejor protección del interés público que representan. Concretamente, ostenta las siguientes prerrogativas (artículo 194):

- De dirección, inspección y control
- De interpretación
- De modificación
- De anulación
- De resolución
- De suspensión de contratos

Por su parte, a los contratos privados les serán de aplicación los preceptos de la ley en cuanto a su preparación y adjudicación. Sus efectos y extinción quedan fuera del ámbito de regulación de la ley que los remite al derecho privado.

Como consecuencia de lo anterior, el orden jurisdiccional contencioso administrativo será competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a los contratos administrativos, y el orden jurisdiccional civil lo será respecto de los contratos privados (con la salvedad de los contratos sujetos a regulación armonizada).

Como conclusión podemos afirmar que los contratos celebrados por las fundaciones del sector público andaluz tendrán la consideración de contratos privados, sometidos a lo establecido por la ley 30/2007 en lo relativo a los actos de preparación y adjudicación, quedando los efectos y extinción sometidos a derecho privado, siendo competencia del orden jurisdiccional civil las cuestiones litigiosas que pudieran surgir.

4. DELIMITACIÓN DE LOS TIPOS CONTRACTUALES

Los contratos del sector público típicos que establece la ley son los siguientes:

- Contrato de obras
- Contratos de concesión de obras públicas
- Contrato de gestión de servicios públicos
- Contrato de suministro
- Contrato de servicios
- Contrato de colaboración entre el sector público y privado

Con respecto a la legislación anterior, desaparece el contrato de consultoría y asistencia, que queda encuadrado dentro de la categoría de los contratos de servicios y aparece una nueva categoría: los contratos de colaboración entre el sector público y privado.

A las fundaciones del sector público, de los seis tipos contractuales, interesan sólo tres, ya que otros tres quedan excluidos explícita o implícitamente de su ámbito de actuación:

Tanto el contrato de gestión de servicios públicos como el contrato de colaboración entre el sector público y privado, está expresamente reservado a la Administración Pública (artículos 8 y 10) y excluido, por tanto, a otros entes del sector público.

Por su parte, en el contrato de concesión de obra pública no existe, como en los casos anteriores contemplados en el artículo dedicado a su definición (artículo 7), una reserva expresa a la Administración Pública. Sin embargo, en momentos posteriores del texto legislativo sí habla de Administración concedente (artículo 112). Podemos entender que con esta forma de expresarse el legislador ha querido realizar una reserva implícita a favor de la Administración Pública en la utilización de este tipo contractual; de no ser así hubiera utilizado una terminología menos excluyente y precisa (entidades del sector público, poderes adjudicadores). En cualquier caso, sea esta o no la intención del legislador, el contrato de concesión de obras públicas difícilmente entraría dentro de la esfera jurídica y de las atribuciones y posibilidades de las fundaciones del sector público andaluz.

Por tanto, nos quedamos con sólo tres posibles contratos en función de su objeto:

- Obra
- Suministro
- Servicios

Así como las combinaciones de prestaciones correspondientes a distintos tipos, a los que la ley sigue denominando contratos mixtos (artículo 12) y para los que establece que se aplicarán las normas del tipo de contrato que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Se consideran contratos de obra los que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la ley, o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Por último, son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

Hasta ahora hemos visto los distintos tipos de contratos clasificados en función de su objeto. Pero la ley (aunque su situación en el mismo capítulo que los anteriores no sea muy afortunada) crea una nueva fórmula de categorización de los contratos del sector público:

- Contratos sujetos a regulación armonizada
- Contratos no sujetos a regulación armonizada

Según la exposición de motivos de la ley, la categoría legal de «contratos sujetos a regulación armonizada», define los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas. La positivación de esta categoría tiene por finalidad permitir la modulación de la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, sólo a los casos estrictamente exigidos por ellas. Por exclusión, utilizándolo de forma negativa, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.

El artículo 13 y siguientes determinan los contratos que se encuentran bajo esta consideración, dejando claro que el sometimiento a la regulación armonizada es una obligación de los entes que tengan el carácter de poder adjudicador, quedando por tanto, incluidas las fundaciones del sector público.

Centrándonos en los tres tipos contractuales que nos interesan, estarían sujetos a regulación armonizada los siguientes contratos:

- Obra: los de importe superior a 5.150.000 €
- Suministro y servicios: los de importe superior a 206.000 €

Las cuantías expresadas son las vigentes para el año 2008 en virtud de lo dispuesto en la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, y no coinciden con las cuantías expresadas en la redacción original de la Ley 30/2007 (5.278.000 € para contratos de obra y 211.000 para suministros y servicios).

Resulta obvio que el legislador es consciente de la pesada losa que supone el sometimiento de los contratos a las Directivas Comunitarias y del abuso que en muchas ocasiones se produce en el seno de los poderes adjudicadores acudiendo a la técnica de la división por lotes de prestaciones de determinados tipos de contratos que, sumados, superarían los límites cuantitativos establecidos. Por ello, en estos mismos artículos, intenta poner freno a tan extendida práctica regulando las posibilidades y consecuencias de la división por lotes; de esta manera establece que cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra, suministro o servicio iguale o supere las cantidades indicadas, se aplicarán las normas de regulación armonizada en la adjudicación de cada lote.

Por último, una breve alusión a otra importante novedad que constituyen los denominados contratos subvencionados. La ley establece que también están sujetos a regulación armonizada los contratos que sobrepasen unos determinados límites (artículo 17) realizados por cualquier persona física o jurídica, pública o privada que hayan sido subvencionados en más de un 50% de su importe por entidades que tengan la consideración de poder adjudicador.

5. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Analizamos a continuación una serie de estipulaciones, principios y disposiciones (título I del libro I, título II del libro V y algunas disposiciones adicionales) de carácter general que afectan a la contratación de las entidades del sector público en general. Destacamos aquellas que pueden afectar al régimen de contratación de las fundaciones del sector público.

5.1. Necesidad e idoneidad del contrato (artículo 22)

Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

5.2. Plazo de duración de los contratos (artículo 23)

Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga. La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

Los contratos menores definidos en el artículo 122.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

5.3. Libertad de pactos (artículo 25)

En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

5.4. Contenido mínimo del contrato (artículo 26)

Salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- a) La identificación de las partes.
- b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.
- c) Definición del objeto del contrato.
- d) Referencia a la legislación aplicable al contrato.
- e) La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.
- f) El precio cierto, o el modo de determinarlo.
- g) La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
- h) Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
- i) Las condiciones de pago.
- j) Los supuestos en que procede la resolución.
- k) El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.
- l) La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos.

5.5. Perfección de los contratos (artículo 27)

Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella.

En este punto sí merece la pena detenerse, puesto que la perfección del contrato mediante su adjudicación lo encuadra la ley como una característica propia de los contratos de las Administraciones Públicas. Este matiz es importante porque debemos entender que los contratos adjudicados por el resto de entidades del sector público, incluidas lógicamente las fundaciones, se perfeccionan siguiendo las reglas establecidas en derecho privado: según establece el artículo 1258 del Código Civil (al que remite el artículo 50 del Código de Comercio), *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

Este artículo lo debemos ver en conjunto con el 28, que prohíbe los contratos verbales (salvo los que tengan carácter de emergencia). De la conjunción de ambos artículos podemos concluir que los contratos adjudicados por el resto de entidades del sector público se perfeccionan por la formalización y firma del contrato.

5.6. Lugar de celebración del contrato (artículo 27)

Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación; precepto que resulta fundamental a la hora de determinar la jurisdicción competente en caso de conflicto en el desarrollo o interpretación del contrato.

5.7. Remisión de información a efectos estadísticos y de fiscalización (artículos 29 y 30)

Al no existir una mención expresa de la tipología de entidades a que se refiere, hemos de entender aplicable a las fundaciones lo dispuesto en estos dos artículos relativos a la remisión de información a los órganos de fiscalización, en el caso de las fundaciones del sector público andaluz a la Cámara de Cuentas, siempre que los contratos superen las siguientes cuantías:

- Obras: más de 600.000 €
- Suministros: más de 450.000 €
- Servicios: más de 150.000 €

Para determinar los contratos que han de remitirse a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o al Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma, la ley remite al desarrollo reglamentario.

5.8. El recurso especial en materia de contratación (artículo 37 y siguientes)

Este recurso supone otra de las grandes novedades de la Ley 30/2007. Se crea el recurso especial en materia de contratación, cuya interposición por parte de los perjudicados o afectados tendrá carácter obligatorio como trámite previo a la interposición del recurso contencioso administrativo.

De la redacción de este extenso artículo, que aunque no se diga expresamente, puede deducirse que se trata de una particularidad de las Administraciones Públicas, téngase en cuenta que tiene carácter obligatorio previo al contencioso administrativo y que, como ya ha quedado apuntado, la jurisdicción competente en la contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública es la jurisdicción civil.

Por su parte, sí cabría la interposición de este recurso sea cual sea la entidad contratante cuando estemos hablando de contratos sujetos a regulación armonizada, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 21.2 “in fine”.

La solución que propone el artículo 39 de la ley para los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas es una figura propia del derecho privado, el arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Este tipo de entidades podrán remitir a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren. Nada dice sobre las divergencias en cuanto a la preparación y adjudicación.

5.9. Registro de contratos del sector público (artículo 308 y siguientes)

El Ministerio de Economía y Hacienda creará y mantendrá un Registro de Contratos, en el que se inscribirán los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones Públicas y demás entidades del sector público sujetos a esta Ley. El Registro de Contratos del Sector Público constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España y, como tal, el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, para la estadística en materia de contratos públicos, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en materia de información sobre la contratación pública, para las comunicaciones de los datos sobre contratos a otros órganos de la Administración que estén legalmente previstas y, en general, para la difusión pública de dicha información, de conformidad con el principio de transparencia.

El Registro constituirá el instrumento de los poderes públicos para la revisión y mejora continuas de los procedimientos y prácticas de la contratación pública, el análisis de la calidad, fiabilidad y eficiencia de sus proveedores, y la supervisión de la competencia y transparencia en los mercados públicos.

Los órganos de contratación de todas las administraciones públicas y demás entidades incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley comunicarán al Registro de

Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción. La ley remite al desarrollo reglamentario la determinación del contenido de dichas comunicaciones y el plazo para efectuarlas.

5.10. Contratación con empresas de trabajo temporal (Disposición adicional quinta)

Ha sido uno de los puntos más controvertidos en el proceso de elaboración y aprobación de la ley.

La prohibición recogida y sus excepciones afectan de lleno a las fundaciones del sector público:

No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.

En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga.

5.11. Cómputo de plazos (Disposición adicional decimoquinta)

Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

6. PARTES EN EL CONTRATO

Como en todo contrato y por la propia naturaleza de la institución, en los contratos del sector público hay dos partes, la parte contratante, que debe ser una entidad de las citadas en el artículo 3, y la parte contratada, el empresario sea persona física o jurídica, español o extranjero que tenga plena capacidad de obrar, no esté incurso en prohibición de contratar y acredite su solvencia económica, financiera y técnica o profesional (artículo 43).

6.1. Parte contratante

La competencia para contratar, y por tanto, el órgano de contratación en las fundaciones del sector público, es el Patronato, órgano supremo y sobre el que recae la responsabilidad legal de “... *cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos*” (artículo 15 de la ley 10/2005). Pero la ley permite delegar o desconcentrar esa competencia, mediante la técnica de la delegación, en el caso que se trate de órganos administrativos, y mediante el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios y fundaciones.

De hecho, el otorgamiento de poderes a favor del presidente o más comúnmente del gerente o director, es una práctica muy habitual. Ese otorgamiento debe hacerse por acuerdo del Patronato válidamente constituido y por elevación a documento público del acuerdo que se adopte.

La ley distingue entre el órgano de contratación, que es el órgano o persona con capacidad para obligarse en nombre de la fundación, y el responsable del contrato, que es una persona física o jurídica, vinculada al ente contratante o ajena a él, designada por el órgano de contratación, a quien corresponde supervisar su ejecución y adoptar las cesiones y dictar instrucciones que aseguren la correcta realización de la prestación pactada. Se entiende que se debe designar un responsable, si lo hubiere, por cada contrato que se celebre. Si su competencia se extendiera a un número indeterminado de contratos, estaríamos ante una subdelegación o ante el otorgamiento de un poder general.

6.2. Parte contratada

Se entiende aplicable a las fundaciones del sector público andaluz todo lo dispuesto en el capítulo II del título II, relativo a la aptitud del contratante para contratar con el sector público: condiciones de aptitud (artículo 43), empresas comunitarias (artículo 44), condiciones especiales de compatibilidad (artículo 45), normas especiales sobre capacidad (artículos 46 a 48), prohibiciones de contratar (artículos 49 y 50), condiciones de solvencia (artículos 51 a 53), así como la sección 2, íntegra, en la que se regulan los medios para acreditar la aptitud para contratar.

Sin embargo, la subsección 5ª (artículos 54 a 60) reguladora de la clasificación de las empresas, se ciñe al ámbito de los contratos de las Administraciones Públicas, ya que el primer artículo dedicado al tema (artículo 54), abre diciendo “*Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de (...) será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado*”.

La exigencia de clasificación es potestativa para el resto de entidades del sector público y pueden exigirla si lo estiman oportuno para definir las condiciones de solvencia requeridas (artículo 54.5).

7. OBJETO, PRECIO, CUANTÍA Y GARANTÍAS DEL CONTRATO

7.1. Normas generales

Todas las normas generales relativas a objeto, precio y cuantía de los contratos (capítulo I del título III), son de aplicación a todo el sector público. De esta forma, la necesidad de objeto determinado y precio cierto expresado en euros, son elementos esenciales de los contratos.

Entendemos que el hecho de que el artículo 75, apartado 7, prohíba expresamente el pago aplazado del precio de los contratos de las Administraciones Públicas, abre tal posibilidad a los contratos celebrados por el resto de entidades.

Es importante resaltar en este punto la norma contenida en el artículo 76, de enorme importancia práctica, pues establece que a los efectos previstos en la ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido.

7.2. Revisión de precios

El propio enunciado del capítulo contiene que la regulación de los mecanismos de revisión de precios tienen como destinatarios exclusivos los contratos de las Administraciones Públicas, por lo que cabe entender que la libertad de pacto debe ser el principio que rijan los sistemas de revisión aplicables a los contratos del resto de entidades del sector público, que en cualquier caso deben quedar establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el propio texto del contrato.

7.3. Garantías

El asunto relativo a las garantías exigibles en la contratación del sector público está sometido a una doble regulación.

El capítulo I (artículo 83 y siguientes) establece las normas aplicables a las garantías a prestar en contratos celebrados con las Administraciones Públicas, regulación extensa y pormenorizada.

Por su parte, a las garantías de los contratos celebrados con el resto de entidades del sector público se dedica un único artículo (artículo 92), que establece, al igual que en la exigibilidad de clasificación, la garantía como algo potestativo. Se trata de una posibilidad o un mecanismo del que pueden disponer los órganos de contratación para responder del mantenimiento de las ofertas (garantía provisional) o para asegurar la correcta ejecución de la prestación derivada del contrato (garantía definitiva).

8. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

El régimen de preparación de los contratos contenido en el libro II de la ley también está sometido a doble regulación: el título I (artículos 93 a 120) regula pormenorizadamente la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas, y el capítulo único del título II, establece las reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y de contratos subvencionados. Es en este apartado en el que nos detenemos para su análisis por ser el régimen de preparación de los contratos de las fundaciones del sector público.

La ley establece dos tipos de regímenes aplicables en función de la cuantía y objeto del contrato de que se trate: el primero (artículo 121.1) aplicable a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y que, además, reúnan alguna o algunas de las siguientes peculiaridades:

- Que estén sujetos a regulación armonizada
- Que sean contratos de servicios comprendidos en alguna de las categorías expresadas a continuación y (17 a 27 del Anexo II) de cuantía igual o superior a 211.000 euros:
 - Servicios de hostelería y restaurante
 - Servicios de transporte por ferrocarril
 - Servicios de transporte fluvial y marítimo
 - Servicios de transportes complementarios y auxiliares
 - Servicios jurídicos
 - Servicios de colocación y suministro de personal
 - Servicios de investigación y seguridad, excepto servicios de furgones blindados
 - Servicios de educación y formación profesional
 - Servicios sociales y de salud
 - Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos
 - Otros servicios
- Que se trate de contratos subvencionados

Para estos supuestos determina que deberán observarse una serie de reglas que en principio estaban reservadas al ámbito de las Administraciones Públicas, se trata de las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104.

Por otro lado, el artículo 121 abre la puerta a que el resto de entidades del sector público utilicen la modalidad de contratación urgente, aunque no queda claro si esta posibilidad se ciñe a la totalidad de los contratos o sólo a los que reúnan las características expresadas anteriormente.

En contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las siguientes cuestiones:

- Las características básicas del contrato
- El régimen de admisión de variantes
- Las modalidades de recepción de las ofertas
- Los criterios de adjudicación
- Las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario

También dispone que será de aplicación a estos contratos lo dispuesto en el artículo 104, relativo a la información a facilitar a los licitadores sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

Se cierra el artículo estableciendo que estos pliegos serán parte integrante del contrato.

Quedan sin requerimientos específicos la preparación de los contratos de cuantía inferior a 50.000 €, cuestión perfectamente entendible en el caso de contratos de obra porque coincide la cuantía con la del contrato menor. Pero en el caso del resto de contratos, la cuantía para ser considerados contratos menores es de 18.000 €. Cabe, pues, plantearse qué ocurre con los contratos de servicios o de suministros que superen esta cuantía, ya que en principio deben sacarse a pública concurrencia y sería deseable la existencia de un pliego o al menos el establecimiento claro de las condiciones de ejecución del contrato.

9. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Es en el libro tercero dedicado a la selección del contratista y adjudicación de los contratos donde la técnica de legislación “a la carta” alcanza su máxima expresión, ya que el texto regula por separado la adjudicación de los contratos de los tres tipos de entes del sector público:

Capítulo I. Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas

Capítulo II. Adjudicación de otros contratos del sector público

- Sección 1ª. Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.
- Sección 2ª. Normas aplicables por otros entes, entidades y organismos del sector público.
- Sección 3ª. Normas aplicables a la adjudicación de los contratos subvencionados.

Nos centramos, pues, en el análisis de la sección 1ª del capítulo II del Libro III, donde se encuentran las fundaciones del sector público andaluz.

La sección segunda se compone de tres artículos (173 a 175), el primero de introducción y dos de regulación:

En primer lugar, se regulan los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas cuando por sus características se trate de contratos sujetos a regulación armonizada. Para estos casos la ley establece que son de aplicación las normas del capítulo anterior con una serie de excepciones y adaptaciones:

- a) *“No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.*
- b) *No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario”.*

El artículo 175 regula someramente la adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y que no estén sujetos a regulación armonizada, es decir, la inmensa mayoría de contratos de las fundaciones del sector público. Se trata de uno de los artículos más importantes y sustanciosos de la ley en lo que a antes instrumentales se refiere. Lo reproducimos en su tenor literal para proceder después a su análisis pormenorizado:

“Artículo 175. Adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

- a) *La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.*
- b) *Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de*

contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado.

c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión”.

9.1. Los principios que rigen la adjudicación

La adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, está sometida a una serie de principios rectores de obligado cumplimiento. La ley en esto es rigurosa, pues utiliza el verbo “someter”. No se trata de principios inspiradores sino de auténticas normas jurídicas de carácter imperativo y vinculante cuya efectividad debe quedar garantizada y patente en las normas de contratación de las entidades. Los principios rectores son:

- Publicidad
- Concurrencia
- Transparencia
- Confidencialidad
- Igualdad
- No discriminación

La lista de principios aplicables es considerablemente más amplia que en la legislación de contratos anterior. Recordemos que la disposición adicional sexta establecía que las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público se ajustarían en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

Es importante destacar que la nueva legislación no admite excepciones a la aplicación de los principios de contratación. La salvedad prevista en el texto refundido, “*salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*”, que por su indefinición ha constituido una fuente inagotable de excepciones, ha desaparecido del texto, lo que convierte a la aplicabilidad efectiva de los principios expresados en algo inexcusable.

Por su parte, la legislación estatal de fundaciones (ley 50/2002), artículo 46.5, establece que la contratación de las fundaciones del sector público estatal se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad.

La nueva ley amplía, por tanto, los principios rectores de la contratación de las fundaciones del sector público añadiendo cuatro más, cuya trascendencia vamos a ver por separado:

- Principios de publicidad y concurrencia

Son los dos grandes clásicos de la contratación administrativa. La concurrencia es una consecuencia de la adecuada difusión publicitaria. Por pura lógica, mientras más difusión se dé a una convocatoria más empresas interesadas se van a dar por enteradas y más licitadores van a concurrir a la misma.

Otro elemento que puede favorecer la efectividad del principio de concurrencia, es otorgar un plazo de presentación de solicitudes que sea razonable y adecuado para que las empresas interesadas puedan preparar una oferta de calidad y ajustada a las exigencias del concurso.

Pero también la ley entiende que en muchas ocasiones el gasto de difusión de los anuncios puede ser excesivo, una partida importante del contrato, y considera que el principio de publicidad queda suficientemente garantizado con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos de importe superior a 50.000 € en el perfil de contratante de la entidad, cuestión a la que nos referiremos más adelante. Esta exigencia constituye un mínimo, ya que la propia ley permite a las entidades del sector público arbitrar otras medidas alternativas o adicionales de difusión con carácter permanente o cuando lo estime oportuno en virtud de determinados contratos.

Esto va a suponer un cambio importante en el modo de actuar de las empresas interesadas en trabajar con el sector público, ya que va a implicar una actitud más activa y estar más pendiente de las páginas web de las entidades con las que trabajan, porque la información (salvo importantes excepciones) no les va a llegar ya servida en la prensa diaria ni en los boletines oficiales.

- Principio de transparencia

El principio de transparencia es uno de los principios básicos generales del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de esa manera aparece expresado en el Artículo 3.5 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre (redactado según Ley 4/1999, de 13 de enero), que establece que en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

La nueva ley de contratos hace extensible la obligatoriedad de la observancia de este principio a las entidades del sector público en lo que a su actividad contractual se refiere.

Entendemos que la aplicación del principio de transparencia tiene una enorme trascendencia práctica, fundamentalmente en el procedimiento de adjudicación, que obligará a poner en conocimiento de los licitadores cada uno de los pasos que se vayan dando y el porqué de cada una de las decisiones que se adopten. De la legislación anterior se podía deducir que una vez cerrado el plazo de presentación de ofertas y habiéndose dado debido cumplimiento a la publicidad y concurrencia, el órgano de contratación no tenía más que comunicar el resultado del proceso de adjudicación sin más explicaciones. La exigencia legal expresa de transparencia va a requerir que se hagan público, entre otros, los siguientes extremos.

- Relación de ofertas presentadas
- Relación de ofertas admitidas y rechazadas acompañadas de las causas de inadmisión
- Detalles sobre la composición de la mesa y del órgano de contratación
- Situación en la que se encuentra el procedimiento
- Empresa adjudicataria acompañada de los motivos o criterios para la adjudicación
- Relación de empresas no adjudicatarias

- Principio de confidencialidad

Es un principio inspirador de la actividad de las entidades del sector público en general, que va a obligar a no transferir datos sobre el contenido de las ofertas ni datos de carácter personal de los licitadores, más allá de los exigidos por el principio de transparencia.

Podríamos considerar la confidencialidad como una autolimitación del principio de transparencia, en virtud de la cual deben hacerse públicos los datos, trámites y decisiones que el sentido común y la práctica jurídica y mercantil entiendan como publicables.

Entre otras acciones, el principio de confidencialidad nos va a obligar a marcar claramente un plazo para retirar la documentación correspondiente a las ofertas que no hayan resultado adjudicatarias; si en el plazo marcado quedara alguna sin retirar debe procederse a su destrucción bajo certificación.

El artículo 124 de la propia ley fija el alcance de este principio en relación a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y establece que sin perjuicio de las disposiciones de la ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial. Este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

Pero también el principio de confidencialidad implica al contratista, ya que éste deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.

- Principio de igualdad y no discriminación.

Se trata de un principio de rango constitucional traído al ámbito de la contratación administrativa. La igualdad y no discriminación debe ser una consecuencia de la correcta aplicación del resto de principios consagrados en este artículo, toda vez que la publicidad y concurrencia garantizan la igualdad entre todas las empresas y profesionales del sector. El principio de transparencia garantiza la aplicación del principio de igualdad se trata de una ventana abierta a la que cualquiera se puede asomar para verificar el trato igualitario de todas las ofertas.

Pero el principio de igualdad y la no discriminación tienen también una vertiente objetiva y de plena aplicación práctica, ya que la no discriminación implica el “no favoritismo”; no hay ninguna razón que justifique que una oferta parta con ventaja respecto a las demás, ni el hecho de que el licitador haya trabajado ya con la entidad y “sabemos que funciona”, ni ninguna otra de similares características y demasiado recurrentes.

9.2. El procedimiento de contratación

El apartado b) del artículo 175 regula el procedimiento de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas a través del establecimiento de una serie de normas generales que vamos a ver por separado:

- Instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación.

La ley establece que este tipo de entidades deben contar con una normativa interna reguladora de los procedimientos de contratación. Para la validez de estas normas la ley exige el cumplimiento de cuatro requisitos:

- 1º. Que sean aprobadas por el órgano competente, esto es, por el órgano de contratación de cada entidad. Pero debemos entender que, dada la trascendencia de esta normativa interna, ha de ser el órgano que tenga la potestad original y no el que la ostente por delegación o por otorgamiento de facultades. Así, en las fundaciones del sector público andaluz entendemos que deben ser aprobadas por el correspondiente Patronato.
- 2º. Que las instrucciones de contratación garanticen la efectividad de los principios enumerados en el apartado anterior, de manera que el contrato sea adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa (a este importante requisito le dedicamos el apartado siguiente del presente capítulo).
- 3º. Que las instrucciones se pongan a disposición de los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas y se publiquen en el perfil del contratante de la entidad. Cuestión ésta que no requiere más comentarios.
- 4º. En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado. Al no decirlo expresamente, hemos de entender, en aplicación del artículo 83.1 de la Ley 30/1992, que se trata de un informe no vinculante, aunque también se hace difícil pensar que el Patronato de una fundación pública pueda aprobar unas instrucciones de contratación que cuentan con un informe negativo de la Abogacía del Estado. Sería razonable pensar que, o bien en el desarrollo reglamentario o en la normativa autonómica que se dicte en aplicación de la normativa estatal, se establezca algún órgano de fiscalización y vigilancia que asuma la función de informar las Instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación de las fundaciones del sector público andaluz.

La existencia de esta normativa reguladora del procedimiento de contratación no debe suponer una novedad para los entes instrumentales de la administración autonómica andaluza puesto que, como vimos en el capítulo segundo de este texto, la Instrucción 3/2000 de la Intervención General daba por sentado que las empresas de la Junta de Andalucía debían tener establecido y aprobado un protocolo que regulase las competencias y procedimientos de contratación.

9.3. La garantía de efectividad de los principios de contratación

La ley exige que las instrucciones de contratación garanticen dos cuestiones: por un lado, la efectiva aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y, por otro, que establezca un mecanismo que garantice que los contratos van a ser adjudicados a los que planteen la oferta económicamente más ventajosa.

Se trata de dos cuestiones que quedan superadas con creces en la regulación de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, regulados en el capítulo primero de este libro III. Y si en este capítulo se establecen los mecanismos que tienden a garantizar ambas cuestiones, estimamos que el resto de entidades del sector público deben encontrar en el referido capítulo I una fuente de inspiración clara e inequívoca para redactar sus instrucciones de contratación.

La ley establece dos tipos de procedimientos de adjudicación:

- Procedimientos ordinarios: abierto y restringido
- Procedimientos especiales o excepcionales: negociado y diálogo competitivo

Pero ¿cuáles deben ser los procedimientos utilizables por las fundaciones del sector público? La ley no lo dice expresamente en ningún artículo pero sí podría deducirse el siguiente panorama:

El artículo 175.c) obliga a los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas a publicar en el perfil de contratante las licitaciones cuyo importe supere los 50.000 €, lo que significaría recurrir a alguno de los procedimientos que implican publicidad: el procedimiento abierto, como procedimiento base, y el negociado con publicidad, utilizable sólo en ocasiones muy concretas.

Pero ¿qué ocurriría con los contratos cuyo importe se encuentra por debajo de esa cifra? ¿Habría que entender que son susceptibles de adjudicarse por contratación directa?

En principio son susceptibles de adjudicarse por contratación directa los denominados contratos menores, pero éste por su ubicación sistemática (artículo 122) parece ser un concepto restringido al ámbito de las Administraciones Públicas (capítulo I, título I del Libro III denominado “Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”). Por tanto, cabría deducir que al no mencionar ningún procedimiento concreto aplicable

a los contratos de cuantía inferior a 50.000 €, que las fundaciones del sector público tienen libertad para regular su adjudicación en su normativa interna reguladora de los procedimientos de contratación.

Y, con el fin de restringir la utilización del mecanismo de adjudicación directa, sería recomendable que esas normas internas se hiciesen eco del concepto de contrato menor (regulado en la ley para las Administraciones Públicas, pero no proscrita su utilización por el resto de entidades del sector público) en la misma cuantía que establece el artículo 122 (50.000 € para los contratos de obras y 18.000 € para los de servicios y suministros).

Con esta premisa el contrato de obras no tendría problemas, ya que la cuantía máxima para ser considerado contrato menor y la mínima para determinar la obligatoriedad de su publicación coinciden, por lo que estaríamos ante el supuesto de adjudicación directa de los contratos inferiores a 50.000 € y por procedimiento abierto, para los que superen esa cuantía.

Sin embargo, no se puede hacer tal simplificación con los contratos de servicios y de suministro. Como hemos visto, la ley obliga a publicar los contratos de importe superior a 50.000 € y, por otro lado, se consideran menores los contratos de cuantía inferior a 18.000 €. Nos encontraríamos con un segmento carente de regulación (> 18.000 € y < 50.000 €). El hecho de encontrarse por debajo del importe citado no exime al poder adjudicador de la aplicación de los restantes principios básicos: concurrencia, transparencia, confidencialidad e igualdad. Estos contratos tampoco deben quedar fuera del ámbito de regulación de las instrucciones de contratación, que como hemos indicado, tienden a regular un procedimiento que garantice la efectividad de los principios y que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

Consideramos que los contratos del referido importe deben adjudicarse por el procedimiento restringido, es decir, la petición expresa de al menos tres ofertas que garanticen la adjudicación a aquélla que resulte económicamente más ventajosa.

Por tanto, los procedimientos de adjudicación propios de las fundaciones del sector público andaluz serían cuatro: tres de carácter general: adjudicación directa, procedimiento restringido y procedimiento abierto, y uno excepcional y tasado, el procedimiento negociado.

a) Adjudicación directa:

Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95.

b) Procedimiento restringido:

En el procedimiento restringido, regulado en el artículo 148 y siguientes de la ley, sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

En el supuesto de utilización de este procedimiento, la efectiva aplicación de los principios de contratación exigiría el establecimiento claro y con carácter previo al anuncio de licitación de los criterios objetivos de solvencia con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que hayan sido invitados a presentar proposiciones.

c) Procedimiento abierto

En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores. Es el sistema natural y de más deseable utilización.

d) Procedimiento negociado

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. Se trata de un procedimiento excepcional, pues sólo cabe utilizarlo en una serie de supuestos establecidos por la ley (ver artículos 153 y siguientes).

En este último procedimiento nos detenemos, porque el debate sobre su aplicabilidad por parte de los poderes adjudicadores que no tienen al carácter de Administración pública no es pacífico ya que el artículo 154 que regula los supuestos generales de aplicación del procedimiento negociado abre diciendo “... los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos...”, de lo que se deduce una exclusión expresa del resto de poderes adjudicadores. ¿Se trata de la plasmación de un deseo del legislador o de una laguna legislativa no intencionada? ¿Es posible la aplicación analógica de la norma?

Para contestar a estas cuestiones traemos a colación el informe 4/2008, de 31 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada a celebrar por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de administración pública, en respuesta a la consulta formulada por PRO-EXCA, una sociedad mercantil pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. Respecto del asunto planteado el informe se expresa en los siguientes términos:

“... Cuestión distinta es que a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública les surja la duda de cuáles serían los supuestos en que pudieran recurrir a un procedimiento negociado sin publicidad, supuestos que, estando contemplados expresamente en los artículos 153 y siguientes de la LCSP para los poderes adjudicadores que tengan la condición de Administración Pública, sin embargo no cuentan con ninguna norma expresa para los contratos no sujetos a regulación armonizada a celebrar por los poderes adjudicadores que no tengan tal condición. Se trata, a juicio de esta Junta Consultiva, de una evidente laguna normativa de la LCSP, pues pudiendo las Administraciones Públicas utilizar el procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos previstos en los citados artículos, carecería de sentido que la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada de los

restantes órganos del sector público, a los que la LCSP no sujeta al rigor formalista de los procedimientos de adjudicación regulados expresamente para las Administraciones Públicas, no pudieran sin embargo adjudicar sus contratos mediante un procedimiento simplificado, como es el negociado sin publicidad, cuando tales adjudicaciones se hayan de realizar en los mismos supuestos o circunstancias previstos en la LCSP para las Administraciones Públicas. Considerando en consecuencia tal omisión como una laguna legislativa a subsanar, y teniendo en cuenta que el artículo 4.1 del Código Civil dispone que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”, tal laguna debería subsanarse mediante la aplicación, por analogía, de los preceptos contenidos en el artículo 153, en relación con los artículos 154 a 159 y 161 y 162.1 de la LCSP. Aplicando asimismo la analogía en lo que respecta a los supuestos en que no es necesaria la publicidad por razón de la cuantía, en los casos en que estos contratos se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los artículos 155.d), 156.b), 157.f), 158.e) y 159, y su importe no supere las cuantías establecidas en el artículo 161.2, la adjudicación, por interpretación analógica, podría realizarse sin necesidad de licitación pública, lo que sin embargo no exime del cumplimiento del principio de concurrencia, cuando ésta sea posible, preceptuado tanto en el artículo 162.1 para los procedimientos negociados, como en el antes citado artículo 175 para los contratos no sujetos a regulación armonizada de poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública”.

Cabría, por tanto, la aplicación analógica de las normas y supuestos en los que es aplicable el procedimiento negociado a las fundaciones que en la ley de contratos tienen el mismo tratamiento que las sociedades mercantiles públicas.

Todo lo expuesto acerca de los procedimientos de adjudicación de las fundaciones del sector público se puede resumir en el siguiente cuadro (las cifras expresan el importe de licitación de los contratos):

	ADJUDICACIÓN DIRECTA	CONCURSO RESTRINGIDO	CONCURSO ABIERTO	CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA
OBRAS	Menos de 50.000 €		Más de 50.000 € Menos de 5.150.000 €	Más de 5.150.000 €
SUMINISTROS Y SERVICIOS	Menos de 18.000 €	Más de 18.000 € Menos de 50.000 €	Más de 50.000 € Menos de 206.000€	Menos de 206.000 €

En este cuadro habría que incluir los supuestos establecidos en la ley en que se puede recurrir al procedimiento negociado.

9.4. La Ley de Subvenciones y los contratos subvencionados

El artículo 31.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, puede suponer un importante matiz para el cuadro resumen de procedimientos en función del importe que acabamos de ver, ya que establece en relación con los gastos subvencionables que:

“Cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención.

La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.”

El citado precepto está incluido como legislación básica del Estado en la disposición final primera.

Se trata de un supuesto que se va a producir con mucha frecuencia en los contratos celebrados por fundaciones del sector público, en las que, como veremos más adelante, la mayor parte de sus ingresos provienen de subvenciones.

Una interpretación estricta de este precepto obligaría a disponer en las instrucciones de contratación un nuevo tramo de contratos para los que sería aplicable el procedimiento de concurso restringido (solicitud de tres ofertas)

- Contratos de obra de importe igual o superior a 30.000 € e inferior a 50.000 €
- Contratos de suministros y contratos de servicios de importe igual o superior a 12.000 € e inferior a 50.000 €

Ésta sería una interpretación estricta, no obstante, con una perspectiva más amplia del ordenamiento jurídico, el precepto está claramente referenciado a los contratos menores del antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000), incluso se llega a hablar de la consultoría y asistencia, que como es sabido es un tipo contractual que la nueva ley no prevé. Como hemos visto los contratos menores son en la actualidad los de suministro y servicios inferiores a 18.000 € y los de obras inferiores a 50.000 €, y estos deberían ser los límites contemplados por la ley para que fuera exigible la solicitud de tres ofertas.

Pero ocurre que la Ley 30/2007, en ningún momento deroga ni tan siquiera menciona este precepto. La Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, por su parte, incluye una reforma expresa de la Ley 38/2003, que para nada afecta a este artículo 31. De este significativo hecho parece deducirse la voluntad del legislador de que el precepto permanezca inalterado y vigente.

Se recomienda, pues, que las instrucciones de contratación recojan el tramo expresado, siempre que se realicen contratos con cargo a fondos procedentes de subvenciones ya que los órganos concedentes de las mismas pueden exigir a la hora de la justificación que se acredite documentalmente la solicitud expresa de tres ofertas.

9.5. Sobre la forma de adjudicación

La forma de adjudicar los contratos supone otra de las grandes novedades de la ley, ya que ha desaparecido la clásica distinción del artículo 74 del Texto Refundido, que distinguía entre la forma de concurso y la subasta.

La nueva ley establece que el contrato se adjudicará a la oferta “económicamente más ventajosa” y deja meridianamente claro que no se trata de adjudicar a la oferta cuyo precio sea el más bajo, sino aquella que en su conjunto resulte más apropiada. Para precisar aún más, el artículo 134 establece una serie de criterios para la valoración de las proposiciones:

- Calidad
- Precio
- Plazo de ejecución o entrega de la prestación
- La rentabilidad
- El valor técnico
- Las características estéticas o funcionales
- La disponibilidad y coste de los repuestos
- El mantenimiento y la asistencia técnica
- El servicio postventa
- Características medioambientales
- Características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar

Sólo en el caso de que se utilice un único criterio de adjudicación, éste será necesariamente el del precio más bajo.

En aplicación del principio de transparencia y con el fin de garantizar el principio de igualdad, es deseable que los órganos de contratación de las fundaciones del sector público

detallen en el anuncio, en los pliegos o en el documento descriptivo, los criterios que han de servir de base para la adjudicación. Para reducir al mínimo la arbitrariedad en la adjudicación, es igualmente deseable que los criterios estén debidamente ponderados y que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en el pliego. De esta forma la oferta económicamente más ventajosa será aquella que consiga una mayor puntuación resultante de la suma de los criterios.

La Disposición Adicional Sexta establece una serie de medidas de carácter social que en caso de igualdad de las ofertas económicamente más ventajosas deben ser tenidas en cuenta en la adjudicación:

Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes:

- a) Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.
- b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.
- c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.
- d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.
- e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.
- f) Personas con discapacidad.

En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones

presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Por último, decir que la ley distingue dos momentos de la adjudicación: La adjudicación provisional, que deberá ser acordada por el órgano de contratación en resolución motivada que deberá notificarse a los licitadores y publicada en el perfil del contratante, y la adjudicación definitiva, que se producirá cuando el adjudicatario haya presentado la documentación justificativa de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos que le reclame el órgano de contratación. La adjudicación definitiva también debe ser notificada y publicada.

9.6. Plazos

El estricto cumplimiento de los plazos constituye uno de los elementos más característicos y significativos de la contratación administrativa. Su observancia implica tanto a la parte contratante (el sector público) como a la parte contratada (los licitadores).

Los plazos que establece el artículo 143 están contemplados como plazos mínimos y tienen carácter imperativo y vinculante para las Administraciones Públicas y no para el resto de entidades del sector público, para las cuales puede servir el criterio general del artículo 127 que establece que los órganos de contratación fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato.

No obstante lo dicho, es recomendable que las fundaciones del sector público no pierdan de vista estos plazos de publicación, presentación de ofertas, de preadjudicación, etc. establecidos para las Administraciones Públicas, ya que pueden perfectamente servir como criterio para la fijación de plazos en sus correspondientes instrucciones de contratación.

9.7. Racionalización técnica de la contratación

Bajo este epígrafe se encuentran una serie de instrumentos tendentes a racionalizar y ordenar la adjudicación de los contratos públicos: acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación y centrales de contratación.

Según establecen los artículos 178 y 179, este título únicamente será de aplicación a las Administraciones Públicas y al resto de entidades del sector público sólo para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada.

Entendemos, por tanto, que las Instrucciones de Contratación de las fundaciones pueden contemplar estos mecanismos cuyos procedimientos y normas concretas, deben estar establecidas pero sin que se encuentren sometidas a lo establecido en los artículos 180 y siguientes de la ley, salvo en los contratos sujetos a regulación armonizada.

10. EL PERFIL DE CONTRATANTE

Constituye el sistema de difusión y publicidad de las convocatorias de licitaciones y contrataciones de las entidades del sector público. La ley se hace eco de una realidad latente: Internet se ha convertido en el sistema de difusión más rápido, fiable, accesible y económico de cuantos existen. Es un sistema al alcance de todos, accesible en cualquier momento para los gestores de las entidades del sector público y para los particulares y que, además, garantiza la máxima difusión, por encima de boletines oficiales y de periódicos de cualquier ámbito. Como dice la propia ley, el perfil de contratante tiene como finalidad asegurar la transparencia y acceso público a la información relativa a la actividad contractual del sector público. No obstante, en muchas ocasiones y bajo un importante número de supuestos descritos en la ley, se mantiene la obligatoriedad de utilización de boletines oficiales como medio de publicidad, entre otros, los contratos sujetos a regulación armonizada.

Con este nuevo sistema de difusión, aunque prácticamente todas las entidades y centros directivos del sector público ya disponen de ellas, han de tener su propia página web y en ella los órganos de contratación deben tener disponible su perfil de contratante.

El artículo 42.2 deja abierto al criterio de los órganos de contratación el contenido concreto de su perfil de contratante; únicamente obliga, en todo caso, a publicar la adjudicación provisional de los contratos. Entre la información que puede y debe incluirse se encuentra:

- Los anuncios de información previa
- Las licitaciones abiertas o en curso
- La documentación relativa a las mismas
- Las contrataciones programadas
- Los contratos adjudicados
- Los procedimientos anulados

Así como cualquier otra información útil, entre la que la ley sugiere los puntos de contacto o los medios de comunicación que se pueden utilizar para relacionarse con el órgano de contratación.

Además de las cuestiones generales sobre el perfil de contratante definidas en el artículo 42, la ley hace continuas alusiones a lo largo de su articulado a esta cuestión. De esa información dispersa y en lo que a las fundaciones del sector público pudiera afectar, podemos deducir el siguiente esquema:

El perfil del contratante debe contar con una información de carácter permanente y otra de carácter temporal.

En cuanto a la primera, el documento básico son las instrucciones reguladoras del procedimiento de contratación aprobadas por el órgano de contratación (artículo 175.b). También sería recomendable citar el órgano de contratación de la entidad con el nombre de la persona o personas que ostentan la titularidad del mismo. Así como la relación de contratos adjudicados ordenados por año y que incorpore la información más elemental de cada uno de ellos: nombre del adjudicatario, importe de adjudicación y plazo de ejecución.

En cuanto a la información de carácter temporal, es la que debe incluir los aspectos relacionados en el artículo 42.2, esto es, la información relativa a cada una de las convocatorias y licitaciones de contratos de cuantía superior a 50.000 €. De cada uno de los contratos debería facilitarse la siguiente información:

- Anuncio de convocatoria que contenga como mínimo información relativa a: objeto del contrato, tipo de contrato, precio de licitación, plazo de ejecución, procedimiento de adjudicación, plazo y lugar de presentación de ofertas.
- Pliego de cláusulas particulares, prescripciones técnicas o documentos descriptivos del contrato, que debe incluir entre otras cuestiones los criterios de adjudicación.
- Composición de la mesa de contratación y/o del órgano de adjudicación y contratación.
- Relación de ofertas admitidas a concurso por reunir las condiciones exigidas y presentar la documentación requerida.
- Adjudicaciones provisionales.
- Adjudicaciones.

Una vez adjudicado el contrato, toda la información se incorporaría al histórico de contratos adjudicados por la entidad, entrando a formar parte de la información de carácter permanente o estable.

La información relativa a ofertas admitidas, adjudicaciones provisionales y definitivas debe ser motivada y además de su publicación en la web debe acompañarse de comunicación individualizada a cada uno de los interesados.

Por último, y dada la enorme trascendencia que en el campo de la contratación administrativa tienen los plazos, decir que la ley obliga a que el sistema informático que soporta el perfil de contratante cuente con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluye en el mismo.

El perfil de Contratante de los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales públicas y privadas se encuentra regulado por la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2008.

Corresponde a la Secretaría General de Hacienda, a través de la Dirección General de Patrimonio, la dirección funcional y el modelo de implantación del perfil de contratante de los órganos de contratación, así como la adopción de las medidas que vaya exigiendo su desarrollo y aplicación.

La Secretaría General Técnica, por su parte, será responsable de la seguridad integral física y lógica y de la gestión, mantenimiento, supervisión y control de calidad respecto a las actuaciones, datos y documentos electrónicos del perfil de contratante de los citados órganos de contratación.

Los órganos de contratación incluidos en el ámbito de aplicación de la Orden, o unidades que éstos designen, serán competentes para autorizar la publicación de los datos, documentos e informaciones que deban incluirse en su perfil de contratante.

El perfil de contratante tiene como fin asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por la ley, por las normas autonómicas que se dicten en su desarrollo, o en los que así se decida voluntariamente por el respectivo órgano de contratación.

El perfil de contratante se configura como perfil de acceso único y ámbito corporativo para todos los órganos y entidades incluidos en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2008, accediéndose al mismo a través del Portal de la Administración de la Junta de Andalucía, dirección:

<http://www.juntadeandalucia.es/contratacion>

La citada forma de acceso se ha de especificar en todas las páginas web institucionales de los órganos de contratación, en los anuncios de licitación, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en las Instrucciones internas de contratación y en la Plataforma de Contratación del Estado.

Según la citada Orden, el perfil de contratante de las fundaciones del sector público debe incluir los siguientes datos, documentos e informaciones:

- a) Datos identificativos de carácter institucional del órgano o entidad contratante.
- b) Anuncio de licitación.
- c) Anuncios previos a que se refiere el artículo 125 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.
- d) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas.
- e) Celebración de acuerdos marco.
- f) Licitaciones en curso.

- g) Adjudicaciones provisionales y definitivas.
- i) Procedimientos anulados.
- j) Las Instrucciones internas de contratación.
- k) La información establecida en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada y, respecto del resto de los contratos que celebren, los datos y documentos establecidos en sus instrucciones internas que aseguren la publicidad, concurrencia, transparencia y acceso público a la información relativa a su actividad contractual.

Con carácter facultativo, se publicarán en el perfil de contratante las contrataciones programadas y cualesquiera datos o información útil de tipo general referentes a la actividad contractual de los respectivos órganos de contratación.

11. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

Esta cuestión la desarrolla el libro IV y tiene como destinatarios únicos y exclusivos, tal y como establece el propio título del libro, los contratos administrativos, quedando fuera los contratos celebrados por las fundaciones del sector público, según la distinción entre contratos administrativos y contratos privados examinada en este texto y regulada en los artículos 18 a 21.

12. RÉGIMEN ESPECIAL DE DETERMINADOS CONTRATOS

12.1. Contratos de publicidad institucional

La Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, recoge un régimen especial de obligaciones derivadas de los contratos de publicidad institucional.

En primer lugar, en su artículo 2, deja claro que las fundaciones públicas están incluidas en su ámbito de aplicación, ya que será aplicable a las actividades publicitarias que desarrollen la Junta de Andalucía y las Administraciones locales andaluzas, así como los organismos, entidades de derecho público y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de aquéllas, participadas mayoritariamente de forma directa o indirecta, que no sean de carácter industrial o comercial.

En general, se trata de obligaciones que surgen después del acto de adjudicación, las actuaciones previas a la misma se someten a la normativa general que sea de aplicación en función de la cuantía, del tipo de contrato, del tipo de entidad, etc. De esta manera,

el artículo 7 de la referida norma establece la obligatoria publicación en BOJA y en internet, con una periodicidad cuatrimestral, de la adjudicación de los contratos de publicidad institucional superiores a 30.000 euros. La publicación referida especificará el objeto del contrato, su cuantía y el nombre del adjudicatario.

Por su parte, el artículo 8 establece que igualmente será obligatoria la publicación en BOJA y en Internet, también con periodicidad cuatrimestral, de las ayudas, subvenciones y convenios por un importe superior a 30.000 € que sean concedidos por la Administración de la Junta de Andalucía y las Administraciones Locales andaluzas de más de 50.000 habitantes, así como por los organismos, entidades o sociedades mercantiles incluidas en el ámbito de aplicación de la ley, con medios de comunicación, agencias o empresas del sector, en materia publicitaria.

Además será necesario remitir al Parlamento de Andalucía, también con periodicidad cuatrimestral, la relación de las adjudicaciones de los contratos y de las ayudas, subvenciones y convenios a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes (artículo 9).

Es importante destacar que también la actividad publicitaria que lleven a cabo las fundaciones del sector público se ve afectada por las prohibiciones y restricciones que se imponen para la publicidad institucional en los períodos electorales (Artículo 6).

Por otra parte, el Decreto 461/2004, de 27 de julio, sobre coordinación de la Comunicación Corporativa de la Administración de la Junta de Andalucía establece en el artículo 3:

“Artículo 3. Informe preceptivo en actuaciones de Comunicación Corporativa.

1. Cualquier actuación de Comunicación Corporativa que se pretenda realizar por alguna de las Entidades incluidas en el ámbito de aplicación del presente Decreto y cuya contratación supere el límite previsto en el artículo 210 apartado h) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, requerirá, con carácter previo al inicio del expediente correspondiente, informe favorable de la Dirección General de Comunicación Social sobre adecuación a la estrategia comunicativa y de identidad de la Administración de la Junta de Andalucía.”

El ámbito del citado Decreto afecta a las actuaciones de comunicación corporativa que desarrollen entre otros las fundaciones cuyo patronato sea designado en su totalidad por la Administración de la Junta de Andalucía. Por lo que no se debe hacer extensible a todas las fundaciones del sector público andaluz.

En cuanto a la cuantía para la obligatoriedad del informe previo, el Decreto 461/2004 toma como referencia el artículo 210h) de la extinta Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que establecía la cuantía máxima para adjudicar contratos de la Administración Pública por procedimiento negociado sin publicidad, estableciendo la cuantía de 30.050,65 €. En la actualidad hemos de entender que, habiendo entrado en vigor la nueva ley de contratos, hemos de referenciar la nueva cuantía establecida para el concepto mencionado. Esta se encuentra en el artículo 161.2 que establece una cuantía de 60.000 €.

Entendemos, por tanto, que están sometidos a informe previo Dirección General de Comunicación Social las actuaciones de comunicación corporativa cuyo importe supere esa cuantía (60.000 €).

12.2. Contratos para la adquisición de vehículos de representación y servicios generales.

La adquisición de este tipo de bienes está sometida a una autorización previa suscrita por la persona titular de la Dirección General de Patrimonio, que se encuentra regulada por la Instrucción de la Consejería de Economía y Hacienda, de 8 de mayo de 2008, por la que se fijan los criterios cuyo cumplimiento resulta preceptivo para la emisión de las autorizaciones previas para la adquisición de vehículos al servicio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Se trata de una medida prevista en el Plan Andaluz de Acción por el clima 2007-2012, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de junio de 2007 (BOJA de 26-06-06) que, en el ámbito de la movilidad y el transporte, introduce el objetivo de mejorar el ahorro y la eficiencia energética en la flota de vehículos de las Administraciones Públicas, con la reconversión paulatina de la misma hacia modelos de movilidad más sostenibles, para incluir el uso de vehículos híbridos. A tal fin, se incluirán vehículos híbridos en todas las gamas disponibles en el catálogo de bienes homologados, de modo que, al menos el 50% de los vehículos que se adquieran anualmente por parte de la Junta de Andalucía en la gama donde existan homologados vehículos híbridos, sean de estas características.

En el ámbito de aplicación de la Instrucción se encuentran las fundaciones del sector público andaluz (Apartado 2º).

RÉGIMEN ECONÓMICO

1. FINANCIACIÓN

El artículo 25.1 de la Ley 3/2008 de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009, establece que la financiación de la actividad de las agencias públicas empresariales, de las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las sociedades mercantiles del sector público andaluz y de las entidades asimiladas, con cargo a aportaciones del Presupuesto, podrá realizarse a través de los siguientes instrumentos:

- a) Transferencias de financiación, de explotación o de capital.
- b) Transferencias con asignación nominativa, financiadas con fondos europeos u otras transferencias finalistas.
- c) Subvenciones.
- d) Encomiendas de gestión de actuaciones de competencia de las Consejerías o sus agencias administrativas u organismos autónomos.
- e) Ejecución de contratos de los que puedan resultar adjudicatarias.
- f) Ingresos que puedan percibir por cualquier otro medio.

La financiación corriente de las fundaciones públicas se sirve fundamentalmente de los instrumentos a) y c), sin que exista un criterio claro y determinante para que cada fundación esté acogida a uno u otro instrumento. Pero también en ocasiones pueden ser financiadas por cualquiera de las otras vías expresadas.

1.1. Instrumentos de financiación de las fundaciones del sector público

Como hemos dicho, las fundaciones públicas se sirven fundamentalmente de dos instrumentos para su financiación: la financiación mediante subvenciones y las transferencias de financiación, de explotación o de capital al que se acogen las fundaciones integradas en el sistema de Programa de Actuación, Inversiones y Financiación (sistema PAIF).

En el presupuesto de 2009 quince fundaciones del sector público se acogen al sistema de financiación mediante subvenciones corrientes y de capital y tan solo dos se encuentran acogidas al sistema PAIF.

- Sistema de subvenciones

El régimen jurídico de subvenciones se encuentra regulado por la Ley Estatal 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; esta ley se considera legislación básica del Estado para el que la Constitución tiene reservada la competencia exclusiva sobre la regulación de las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. La aparición de esta ley ha supuesto importantes modificaciones a la anterior legislación, que en Andalucía se encontraba en el capítulo VIII de la Ley 5/1983 de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía y por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento que regula los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos y su régimen jurídico.

Las fundaciones del sector público andaluz en este caso reciben subvenciones que generalmente tienen carácter nominativo y aparecen expresamente reflejadas en el presupuesto de la comunidad, cabiendo también la posibilidad de recibir subvenciones excepcionales de la consejería de la Junta de Andalucía a la que se encuentre adscrita, para gastos o inversiones no previstas inicialmente, y también, si la normativa concreta lo permite, la posibilidad de obtener subvenciones de otras consejerías y de otros organismos tanto públicos como privados.

Las fundaciones tienen que realizar exactamente la misma tramitación que cualquiera otra entidad privada. El procedimiento de concesión y gestión de subvenciones se encuentra detalladamente regulado en el título I de la Ley 38/2003.

La aplicación estricta de la normativa vigente en materia de subvenciones plantea a las fundaciones del sector público una serie de dificultades añadidas que afectan decisivamente a su gestión:

En primer lugar, el hecho de no poder contar con un calendario de pagos establecido de antemano circunstancia que, en mayor o menor medida, se repite en cada ejercicio presupuestario, lo cual impide la correcta planificación de la tesorería de la fundación y, por tanto, afecta a sus compromisos y a las relaciones con proveedores. La materialización de las transferencias corrientes y de capital no se puede producir mientras no se complete el procedimiento de solicitud y concesión que necesariamente lo precede. Puede suceder que la resolución de la subvención necesite la autorización previa del Consejo de Gobierno, trámite que será necesario en subvenciones y ayudas de cuantía superior a 3.005.060,52 €, con lo que en muchos casos nos podemos encontrar con que los primeros flujos de tesorería empiecen a producirse bien entrado el ejercicio presupuestario, lo que obliga a las fundaciones a recurrir a operaciones de crédito con entidades financieras que les garanticen la liquidez y el cumplimiento de los compromisos adquiridos con sus trabajadores, así como sus proveedores y acreedores.

Esta posibilidad de recurrir a operaciones de endeudamiento requiere la autorización del titular de la Consejería de Economía y Hacienda y que se respeten los límites que anualmente establece la ley de presupuestos (artículo 35 de la Ley 3/2008). La propia ley de presupuestos establece una tercera carga respecto de las operaciones de endeudamiento, la de remitir a la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública de la Consejería de Economía y Hacienda, con carácter trimestral, información relativa a la situación de su endeudamiento. Pero además, existe una dificultad añadida que estudiaremos más adelante.

En segundo lugar, los gastos considerados subvencionables establecidos en el artículo 31 de la Ley 38/2003, que expresamente excluye la posibilidad de subvencionar los siguientes gastos:

- Los intereses deudores de las cuentas bancarias
- Intereses, recargos y sanciones administrativas y penales
- Los gastos de procedimientos judiciales

Si tenemos en cuenta que toda operación de crédito que se realice con una entidad financiera va a tener un costo y va a generar unos intereses deudores para la fundación, llegamos a la conclusión de que si la fundación desea tener garantizada su liquidez a través de operaciones de crédito va a tener que contar con ingresos extraordinarios al margen de las subvenciones que le permitan hacer frente a los intereses que en su contra se generen. Una primera posibilidad sería la compensación de intereses bancarios deudores con intereses acreedores, pero la esencia del negocio bancario nos enseña que los primeros siempre van a superar a los segundos, por lo que tendrá que buscar otro tipo de ingresos que le permitan cubrir ese gasto no subvencionable, o bien olvidarse de realizar operaciones de endeudamiento.

La única alternativa al endeudamiento sería la negociación con los proveedores y el aplazamiento del pago de las deudas contraídas. Pero esta posibilidad también tiene un severo límite legal, el que impone la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (BOE num. 314, 30 de diciembre de 2004), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La citada ley establece como plazo de pago treinta días desde la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, considerando nulos los pactos que difieran del citado plazo.

Como tercera dificultad nos encontramos con los plazos y mecanismos de justificación de las subvenciones que recibe, de cuyo cumplimiento estricto no están exentas las fundaciones del sector público:

Con respecto a los plazos de justificación, el artículo 30.2 de la Ley 38/2003 establece tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad, salvo que la normativa reguladora de la subvención fije otro plazo. Este precepto ligado a lo establecido en el artículo 31.2, que considera gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación establecido en la normativa, va a producir mayores tensiones de tesorería a las fundaciones, dado que para una subvención con fecha de ejecución en el año natural, la justificación y pago de la misma deberán materializarse antes del 31 de marzo del año siguiente, plazo que puede resultar excesivamente ajustado.

En relación al mecanismo de acreditación de los gastos, el artículo 30.3 establece que la justificación de subvenciones públicas se realizará mediante la presentación de facturas (original o copias compulsadas), que en el caso de las subvenciones de gastos corrientes ocasionan la necesidad de un arduo trabajo administrativo para la fundación y para el órgano concedente por el elevado número de facturas que cada justificación lleva aparejada.

Además, reglamentariamente o según se disponga en la normativa reguladora de la concesión, se establecerá la justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos, pudiendo revestir la forma de cuenta justificativa del gasto o acreditarse el gasto por módulos o la presentación de los estados contables, extremos que tendrá que desarrollar el futuro reglamento de subvenciones y que incrementará el volumen de obligaciones administrativas derivadas de la justificación de las ayudas recibidas.

El Decreto 25/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos y su régimen jurídico, constituye la normativa de referencia citada por la Administración en sus resoluciones de concesión de subvenciones tanto a personas físicas como jurídicas, sean públicas o privadas. Este reglamento establece en su artículo 18.1 una obligación de todo perceptor de subvenciones que tiene una enorme relevancia práctica:

“Dentro del plazo que establezca el órgano concedente con arreglo a las bases reguladoras y a la resolución de concesión, el beneficiario deberá presentar los justificantes del cumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida y del gasto total de la actividad subvencionada, aunque la cuantía de la subvención sea inferior”.

Es frecuente que las fundaciones obtengan ingresos de explotación por venta o comercialización de sus productos y servicios y que, además de las subvenciones otorgadas por la Consejería a la que están adscritas, obtengan ingresos por subvenciones de otros órganos de la comunidad autónoma, el Estado o a través de fondos comunitarios, y que esas subvenciones se destinen a alguna actividad concreta. A pesar de que exista pluralidad de ingresos, la fundación viene obligada a justificar el cien por cien de sus gastos ante la Consejería que concede las subvenciones de explotación y de capital principales. Insistimos: sea cual sea la procedencia del ingreso y el fin en que haya sido empleado.

Este reglamento se viene aplicando a las fundaciones del sector público, por lo que cabría interpretar que el artículo 1, al excluir del ámbito de aplicación del decreto a las empresas de la Junta de Andalucía (además de los organismos autónomos y las Universidades), está usando la acepción más restrictiva del concepto de empresa ciñéndose exclusivamente a las sociedades mercantiles.

- Sistema PAIF

Según establece el artículo 57 de la Ley 5/1983 de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las empresas (con la utilización de este término deja abierta la puerta también a las fundaciones) elaborarán un programa de actuación, inversión y financiación con el siguiente contenido:

- Un estado en el que se recogerán las inversiones reales y financieras a efectuar durante su ejercicio.
- Un estado en el que se especificarán las aportaciones de la Junta o de sus organismos autónomos partícipes en el capital de las mismas, así como las demás fuentes de financiación de sus inversiones.
- La expresión de los objetivos que se alcanzarán en el ejercicio y, entre ellos, las rentas que se esperan generar.
- Una memoria de la evaluación económica de la inversión o inversiones que vayan a iniciarse en el ejercicio.

Las empresas elaborarán anualmente, además del programa descrito, un presupuesto de explotación y otro de capital en los que se detallarán los recursos y dotaciones anuales correspondientes. Estos presupuestos se remitirán a la Consejería de Economía y Hacienda a través de la consejería de la que dependan, antes del 1 de julio de cada año. Una vez aprobado el presupuesto, el responsable de la consejería que tenga atribuida esa competencia y el que la ostente en la Consejería de Economía y Hacienda, establecerán de común acuerdo el calendario de pagos de las transferencias corrientes y de capital que hayan sido aprobadas.

El sistema PAIF supone un sistema de financiación más sólido y estable que las subvenciones. Ofrece la gran ventaja de que las fundaciones a él acogidas podrían contar, en principio, con un flujo constante de caja, lo que les permitiría una correcta planificación de la tesorería de la entidad, con lo que la optimización de los recursos es mayor. Además, una vez recibidas las cantidades pactadas no tiene que someterse a los mecanismos de justificación, sí a otros mecanismos de control financiero que veremos más adelante, pero que en cualquier caso son más sencillos de gestionar que los de justificación establecidos en la Ley General de Subvenciones.

Otra característica propia de este sistema sería el de su mayor transparencia frente al sistema de subvenciones. El PAIF supone el instrumento básico de planificación de las empresas públicas, no solo económica sino del conjunto de sus actuaciones. Este instrumento aparece con suficiente nivel de detalle publicado íntegramente en los presupuestos anuales de la Comunidad Autónoma dentro del capítulo dedicado a la consejería de la que depende.

Este es el sistema de financiación propio de las empresas públicas y entidades de derecho público y, como ya hemos dicho, tan solo se aplica a dos de las diecisiete fundaciones del sector público existentes, que son precisamente las dos que están dotadas de mayores recursos.

1.2. Clasificación económica del gasto

La financiación de las fundaciones del sector público aparece reflejada en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma que se aprueban anualmente por ley del Parlamento. Al tratarse de entidades con personalidad jurídica y patrimonio propio se financian con transferencias procedentes de las consejerías a las que orgánicamente se encuentren adscritas. Por tanto, según establecen la Ley de Presupuestos, estas transferencias se hacen con cargo a los capítulos 4, para transferencias corrientes, y 7 para transferencias de capital. La gran diferencia de tratamiento se produce en el artículo al que corresponde el gasto. Los capítulos presupuestarios 4 y 7 ofrecen la siguiente división en artículos:

- 4/7.0. A la Administración General del Estado
- 4/7.1. A Organismos Autónomos
- 4/7.2. A la Seguridad Social
- 4/7.4. A Empresas Públicas y otros entes públicos
- 4/7.5. A Comunidades Autónomas
- 4/7.6. A Corporaciones Locales
- 4/7.7. A empresas privadas
- 4/7.8. A familias e instituciones sin ánimo de lucro
- 4/7.9. Al exterior

En los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, seis fundaciones públicas reciben sus transferencias con cargo al capítulo 4.4. y 7.4. y otras once lo reciben con cargo al 4.8. y 7.8. No existe una diferencia práctica determinante, ya que dependerá del sistema de financiación que tenga establecido (lo que veremos en el apartado siguiente), pero sí existe una diferencia teórica fundamental, ya que desde el punto de vista estrictamente presupuestario, las segundas tienen exactamente la misma consideración y el mismo tratamiento que cualquier fundación o cualquier asociación privada completamente ajena a la estructura de la Administración de la Junta de Andalucía; las primeras, las del capítulo 4.4 y 7.4., se consideran entes propios y dependientes: se cumple en sentido estricto el artículo 6 bis de la Ley 5/1983 y la Ley 9/2007.

Esta importante distinción no responde a ningún criterio objetivo, sino simplemente a la consejería a la que cada fundación se encuentre adscrita; así, las que dependen de las Consejerías de Salud, Turismo, Comercio y Deporte e Igualdad y Bienestar Social se financian con cargo al artículo 4. El resto lo hacen con cargo al artículo 8.

2. PRESUPUESTO

La antigua ley estatal de fundaciones (Ley 30/1994) establecía en su artículo 23.5 la obligación de los órganos de gobierno de las fundaciones de elaborar en los tres últimos meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente, que debía ir acompañado por una memoria explicativa. Tanto la actual ley de fundaciones estatal (Ley 50/2002) como la ley andaluza (Ley 10/2005) cambian la exigencia de elaborar un presupuesto por la de un plan de actuación que también debe ser aprobado por el Patronato y remitido al protectorado dentro de los tres últimos meses de cada ejercicio. Una vez comprobada la adecuación formal del plan de actuación, el protectorado procederá a depositarlo en el Registro de Fundaciones de Andalucía.

Este plan de actuación debe entenderse como un documento más amplio y más descriptivo. En él deben quedar reflejados los objetivos y actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente. En ningún caso menciona la ley que ese plan de actuación tenga que reflejar aspectos cuantitativos. Sí lo hace el Reglamento, que en su artículo 28.2 establece que, entre otros aspectos, el plan de actuación contendrá la suficiente información de los gastos estimados y de los ingresos previstos que conforman el presupuesto cifrado.

El Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de este tipo de entidades (de obligado cumplimiento para las fundaciones según la disposición adicional sexta de la ley 10/2005) establece en la norma 1ª del anexo II: *“Los órganos de gobierno de las entidades sin fines de lucro deberán elaborar un presupuesto correspondiente al ejercicio siguiente, que deberá ir acompañado de una memoria explicativa. A estos efectos se entiende por presupuesto, el documento que recoge de manera cifrada, conjunta y sistemática la previsión de gastos presupuestarios de la entidad para el período considerado y los ingresos presupuestarios con los que espera contar para hacer frente a dichos gastos”*.

Existe, pues una obligación reglamentariamente establecida de confeccionar un presupuesto de gastos e ingresos que forme parte integrante del plan de actuación.

Además de lo dispuesto e independientemente del régimen de financiación que les sea aplicable, todas las entidades del sector público andaluz tienen la obligación de presentar un presupuesto de gastos para cada ejercicio económico. Este presupuesto les será solicitado por la consejería a la que se encuentren adscritos para agregarlo a su presupuesto del ejercicio siguiente.

Las consejerías y los distintos órganos e instituciones remitirán antes del 1 de julio de cada año los correspondientes estados de gastos, debidamente documentados, ajustados a las leyes que sean de aplicación y a las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería de Economía y Hacienda (artículo 34.1 Ley 5/1983). Con toda esta información y previa deliberación con cada una de las consejerías, se formará el anteproyecto de ley de presupuestos que será remitido al Consejo de Gobierno para su tramitación como Proyecto de Ley ante el Parlamento Andaluz.

Para las fundaciones del sector público acogidas al sistema PAIF, éste aparecerá desglosado en un capítulo exclusivo en el presupuesto general de la comunidad autónoma. Los presupuestos de las fundaciones financiadas con subvenciones nominativas aparecerán como totales en el capítulo correspondiente del presupuesto global de la Consejería.

Por otro lado, el artículo 6 bis 1. b) de la Ley 5/1983 establece que las fundaciones y consorcios que perciban subvenciones corrientes elaborarán un presupuesto de explotación. Asimismo formarán un presupuesto de capital si la subvención fuera de esta clase.

Aparte de las consideraciones legales expuestas podemos considerar el presupuesto como una herramienta básica para todas las fundaciones, especialmente las del sector público, pues nos va a permitir un seguimiento puntual del grado de ejecución de los recursos económicos disponibles. Los responsables de la gestión y de la toma de decisiones necesitan conocer la situación real de la fundación en cada momento del ejercicio. Del grado de disponibilidad de los recursos se derivará el desarrollo de las actividades y programas que tenga previsto llevar a cabo, la posibilidad de asumir nuevas actuaciones y el grado de cumplimiento de los objetivos planteados.

3. CONTABILIDAD

3.1. Normativa aplicable

La legislación mercantil, en materia de contabilidad, fue modificada a lo largo del año 2007 con la finalidad de armonizarla con la normativa de la Unión Europea, de esta forma se aprobaron las siguientes normas:

- Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

En relación a las adaptaciones sectoriales vigentes a la entrada en vigor del nuevo Plan General de Contabilidad, la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto 1514/2007 establece que seguirán aplicándose en todo aquello que no se opongan a lo dispuesto en el Código de Comercio, al TRLSA, a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada y lo establecido en el propio PGC.

En particular, las entidades que realicen actividades no mercantiles que vengan obligadas por sus disposiciones específicas, a aplicar alguna adaptación del Plan General de Contabilidad, seguirán aplicando sus respectivas normas de adaptación en los términos dispuestos en el párrafo anterior, debiendo aplicar los contenidos del Plan General de Contabilidad o, en su caso, del Plan General de Contabilidad de PYMES en todos aquellos aspectos que han sido modificados.

Se deberán respetar en todo caso las particularidades que en relación con la contabilidad de dichas entidades establezcan, en su caso, sus disposiciones específicas.

La Disposición Final Primera de Real Decreto 1514/2007 establece que El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), aprobará mediante orden ministerial las adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad.

Estas adaptaciones sectoriales se elaborarán tomando en consideración las características y naturaleza de las actividades del sector concreto de que se trate, adecuándose al mismo tanto las normas de registro y valoración, como la estructura, nomenclatura y terminología de las cuentas anuales.

Finalmente, la Disposición Final Cuarta establece que en el plazo de un año a contar desde el 1 de enero de 2008 fecha de entrada en vigor del Plan General de Contabilidad, el Ministro de Economía y Hacienda aprobará las adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje y a las empresas del sector de abastecimiento y saneamiento de aguas. Sin que exista mención expresa del plazo para la adaptación para las entidades sin ánimo de lucro.

La Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1994, por su parte, establecía que el Gobierno aprobaría la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos. En base a lo anterior, el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de este tipo de entidades, vino a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 30/1994. Si bien esta ley quedó derogada con la aprobación de la Ley 50/2002, el Real Decreto 776/1998 sigue íntegramente vigente ya que, por el momento, no se ha cumplido el mandato establecido en la disposición final tercera de la mencionada Ley de Fundaciones, que establecía un plazo de un año desde la entrada en vigor de la misma, para que el Gobierno actualizara las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y aprobará las normas de elaboración del plan de actuación de dichas entidades.

La adaptación del Plan General de Contabilidad no es exclusiva de las fundaciones, ya que incorpora al ordenamiento jurídico una norma contable aplicable con carácter general a las entidades sin fines lucrativos, si bien la obligatoriedad de la misma vendrá impuesta

por las oportunas disposiciones que en su caso se dicten. De esta manera la disposición adicional sexta de la Ley Andaluza 10/2005 establece que serán aplicables a las fundaciones reguladas en la misma las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad.

En resumen, se podrá aplicar la adaptación sectorial en tanto en cuanto no vaya contra lo establecido por el nuevo PGC.

Las normas de adaptación elaboradas se estructuran, al igual que el Plan General de Contabilidad, en cinco partes:

La primera parte, principios contables, no ha sufrido modificaciones respecto al Plan General de Contabilidad, por lo que todos esos importantes principios son de plena vigencia a todas las fundaciones, públicas y privadas.

En la segunda parte, cuadro de cuentas, aunque no intentan agotar todas las posibilidades que puedan producirse en la realidad, se habilitan cuentas específicas para las entidades sin fines lucrativos. No obstante, el cuadro de cuentas no es obligatorio en cuanto a la numeración y denominación de las mismas, si bien constituye una guía o referente obligado en relación con los epígrafes de las cuentas anuales.

La tercera parte, definiciones y relaciones contables, dota de contenido y claridad a las cuentas en virtud de las definiciones que se incorporan, añadiendo los conceptos específicos de la actividad no lucrativa. Esta tercera parte tampoco es de aplicación obligatoria, excepto en aquello que aluda o contenga criterios de valoración o sirva para su interpretación, y sin perjuicio del carácter explicativo de las diferentes partidas de las cuentas anuales.

La cuarta parte, cuentas anuales, de obligatoria observancia, experimentó importantes modificaciones, adaptándose los modelos de balance, cuenta de resultados y memoria a las especiales características de las entidades sin fines lucrativos.

Es de destacar la exigencia, a la que ya hemos aludido, de una información presupuestaria adicional a incluir en la memoria, por lo que el Real Decreto 776/1998 también aprueba los modelos del presupuesto y sus normas de elaboración con objeto, entre otros, de normalizar la información que sobre la liquidación del mismo deben suministrar las entidades obligadas a confeccionar un presupuesto de sus actividades.

En la quinta parte, normas de valoración, incluye modificaciones respecto al Plan General de Contabilidad. Esta parte incorpora los criterios obligatorios de valoración y contabilización de las operaciones y hechos económicos, especificándose las particularidades concurrentes en ciertos bienes y derechos de estas entidades.

El régimen específico de la contabilidad de las fundaciones andaluzas viene establecido en el artículo 34 de la Ley 10/2005, que establece la obligatoriedad de todas las fundaciones de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad que permita un seguimiento cronológico de las operaciones realizadas. Para ello llevarán necesariamente un Libro Diario y un Libro de Inventarios y Cuentas Anuales.

En la parte que nos interesa, no existen normas específicas de la contabilidad de las fundaciones del sector público andaluz. Sí podríamos decir que, si bien la obligación de la llevanza de una contabilidad clara y ordenada es un imperativo legal de todas las entidades, más aún lo es de las fundaciones públicas, por cuanto sus fuentes de financiación provienen fundamentalmente de fondos públicos; en consecuencia, su información contable debe estar perfectamente actualizada y a disposición de los organismos dedicados al control interno y externo de la actuación de los diferentes organismos y entidades.

Para las fundaciones del sector público no es de aplicación la Resolución de 4 de marzo de 2002, de la Intervención General, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad aplicable a las sociedades mercantiles y entidades de derecho público.

3.2. El modelo simplificado

En los términos que se determine reglamentariamente se podrá establecer un modelo simplificado para la contabilidad de aquellas fundaciones cuyo activo al cierre del ejercicio no supere los ciento cincuenta mil euros.

En este sentido, la disposición adicional primera del Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad, establece la posibilidad de aplicar el modelo simplificado de llevanza de la contabilidad por las fundaciones que al cierre del ejercicio cumplan al menos dos de los siguientes límites:

- a) Que el total de las partidas de activo, reflejadas en el balance, no supere los 150.000 euros.
- b) Que el importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia, más (en su caso) el de la cifra de negocios de la actividad mercantil sea inferior a 150.000 euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cinco.

Ante las cantidades expresadas tanto en la ley 10/2005 como en el Decreto 296/2004 podemos pensar que difícilmente será de aplicación el modelo simplificado de contabilidad a alguna de las fundaciones del sector público andaluz.

3.3. Cuentas anuales

El artículo 34 de la ley 10/2005 establece que el Patronato de la fundación confeccionará, en referencia al anterior ejercicio económico, las cuentas anuales, que comprenden el balance de situación, la cuenta de resultados y la memoria. Los citados documentos forman una unidad, debiendo ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación. En el balance de situación se expresarán los bienes y derechos que constituyen el activo de la entidad y las obligaciones y los fondos propios que forman el pasivo.

La cuenta de resultados comprenderá los ingresos y los gastos del ejercicio y, por diferencia, el resultado del mismo.

La memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en el balance de situación y en la cuenta de resultados. Además de ello, incluirá las actividades fundacionales y la gestión económica, el cuadro de financiación, el exacto grado de cumplimiento del plan de actuación y los fines de la entidad, indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios en cada una de las distintas actuaciones realizadas, así como los convenios que, en su caso, se hayan llevado a cabo con otras entidades para estos fines. Asimismo, incluirá las variaciones patrimoniales y los cambios en los órganos de gobierno, dirección y representación de la fundación.

Además de las cuentas anuales a que se refiere el apartado anterior, el Patronato de la fundación deberá confeccionar, también en cada anualidad y referido al anterior ejercicio económico, el inventario de los elementos patrimoniales donde conste la valoración de los bienes y derechos de la fundación integrantes de su balance, distinguiendo los distintos bienes, derechos y obligaciones y demás partidas que lo componen, así como la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del ejercicio anterior.

Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles (Ley de Sociedades Anónimas, artículos 181 y 190, redacción R.D. 572/1997 y ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada). La referencia al importe neto de la cifra anual de negocios establecida en la legislación mercantil se entenderá realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia, más (si procede), la cifra de negocios de su actividad mercantil.

La contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio, cuando realicen actividades económicas, debiendo formular cuentas anuales consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos previstos en el citado código para la sociedad dominante.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 10/2005 regula el procedimiento de aprobación y presentación de cuentas:

Las cuentas anuales se aprobarán por el Patronato (competencia indelegable del artículo 20.1 de la Ley 10/2005), dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio, y serán firmadas por la secretaría en todas sus hojas, con el visto bueno del presidente. Dichas cuentas anuales se presentarán al protectorado en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde su aprobación; acompañadas del documento acreditativo de dicha aprobación en el que figure la aplicación del resultado y la relación de personas que integren al Patronato asistentes a la sesión. En su caso, se acompañarán del informe de auditoría.

El Protectorado examinará las cuentas y, en su caso, el informe de auditoría y comprobará su adecuación formal a la normativa vigente. Si en dicho examen se apreciase errores o defectos formales, el Protectorado lo notificará al Patronato para que proceda

a su subsanación en el plazo que le señale, que no será inferior a 10 días. Si el Patronato no atendiera dicho requerimiento, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá entablar la acción de responsabilidad contra las personas que integran el Patronato que le confiere el artículo 45.2 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo (artículo 29.6 del Reglamento).

El Protectorado, una vez examinadas las cuentas anuales, procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones de Andalucía. Todo ello sin perjuicio de las comprobaciones materiales que dentro del plazo de cuatro años desde la presentación, pueda realizar en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 57.3 establece una obligación específica de las fundaciones del sector público, la de remitir a la Intervención General de la Junta de Andalucía sus cuentas una vez auditadas, obligación que se reitera en el artículo 29.5 del Reglamento que añade como fecha tope para la remisión de las cuentas el 1 de agosto del año siguiente a aquel a que se refieran.

Especial relevancia para las fundaciones del sector público tiene lo dispuesto en el artículo 36.3 de la Ley 10/2005, que establece que no podrán percibir subvenciones ni ayudas públicas de la Administración de la Junta de Andalucía aquellas fundaciones que no hayan cumplido con la obligación de presentar las cuentas al Protectorado en el plazo establecido para ello, sin perjuicio de las responsabilidades en que, conforme a la ley, pudieran incurrir.

El artículo 30.2 del Reglamento establece la obligatoriedad de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil para las fundaciones que realicen cuentas consolidadas. Del reconocimiento expreso de esta obligación para este caso concreto puede deducirse que no es un trámite obligatorio para el resto de fundaciones y que la función eminente de publicidad formal de todos los registros se ve conformada con el depósito de cuentas en el Registro de Fundaciones. Pero que no sea obligatorio no significa que esté prohibido, y que en determinados casos de realización de actividades económicas o de explotación económica del patrimonio fundacional, resulte recomendable. A tal efecto los registradores llevarán un fichero informatizado del depósito de cuentas de entidades no inscritas (Instrucción de 26 de junio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización y depósitos de cuentas de las entidades jurídicas en el Registro Mercantil).

3.4. Contabilidad analítica

Al igual que hemos indicado en el apartado dedicado al presupuesto, en este punto también debemos decir que una cuestión son las exigencias legales y otra muy distinta lo que resulta recomendable y positivo para la marcha de la fundación. Aquí hemos de realizar una importante distinción entre contabilidad financiera y la contabilidad analítica. Las exigencias legales planteadas hasta el momento van referidas a la llevanza de la denominada contabilidad financiera, entendiendo ésta como el sistema de tratamiento de la

información sobre la realidad económico-financiera de las entidades reservado para la presentación de las informaciones a diferentes usuarios externos a la empresa; se refiere al pasado y a la gestión de los responsables de la entidad.

Sin embargo, no encontraremos ninguna norma en el ordenamiento jurídico vigente que obligue a las fundaciones a la llevanza de una contabilidad analítica.

Entendemos por contabilidad analítica el suministro de información económico-financiera destinada al ámbito interno, a los responsables de la gestión de la entidad que permite, por referencia al pasado, prever y orientar las decisiones de gestión. También se le llama contabilidad de gestión o de costes. En la práctica, estas dos ramas de la contabilidad extraen la información de los mismos registros y de la misma fuente.

Si en el apartado anterior defendíamos la necesidad irrenunciable de las fundaciones del sector público de contar con un presupuesto de gastos como herramienta esencial para su correcta gestión, el complemento necesario e imprescindible de este presupuesto será la contabilidad analítica, cuya estructura vendrá determinada por la propia configuración de la entidad de la que se trate, pero que en definitiva nos aportará la información de los costos que va generando cada una de las unidades de gasto que la entidad tenga establecidas. Partiendo del presupuesto inicial, con la aplicación de las técnicas de contabilidad analítica tendremos siempre puntual información acerca de los recursos económicos disponibles y, como consecuencia, del grado de ejecución presupuestaria.

Para las fundaciones que obtengan sus recursos por el sistema de subvención, el control del grado de ejecución presupuestaria es esencial, pues nos marcará los ritmos de justificación de las subvenciones recibidas. Por otro lado (cuestión ésta aún si cabe más importante), al finalizar el ejercicio, el grado de ejecución presupuestaria debe ser del 100%; es decir, el presupuesto total del ejercicio debe ser igual a los recursos económicos empleados.

Si el grado de ejecución del presupuesto fuese superior al 100%, la fundación habría cerrado el ejercicio con pérdidas, que tiene la obligación de compensar en los ejercicios siguientes.

Si el grado de ejecución presupuestaria fuese inferior al presupuesto, o dicho de otra forma, si a lo largo del ejercicio no se han consumido todos los recursos económicos de los que la fundación disponía, habrá de iniciarse un expediente de reintegro de la subvención que en su día le fue concedida. Este procedimiento de reintegro viene regulado en la Ley 38/2003 y el capítulo VIII de la Ley 5/1983.

4. ACTIVIDADES ECONÓMICAS. RENTAS E INGRESOS

Las fundaciones, además de los recursos procedentes del presupuesto de la comunidad autónoma, pueden perfectamente obtener otros ingresos derivados de las actividades que desarrollen, la prestación de servicios a sus beneficiarios, las encomiendas de gestión que

lleve a cabo (en el caso de las fundaciones que son medio propio instrumental) o de cualquier otro tipo de contrato o negocio. Estos ingresos, aunque en algunos casos se integran en el presupuesto de ingresos de la comunidad autónoma, tienen la consideración de ingresos de derecho privado (no son precios públicos) su establecimiento y revisión corresponde a los órganos de dirección de las propias entidades.

El artículo 32 de la ley 10/2005 reconoce la posibilidad de obtener ingresos siempre que éstos cumplan tres condiciones

- Que ello no sea contrario a la voluntad fundacional
- Que no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios
- Que no desvirtúe el interés general de la finalidad de la fundación ni el carácter no lucrativo de la entidad

Por su parte, el artículo 33 regula la realización de actividades económicas estableciendo que las fundaciones podrán realizar, por sí mismas, actividades económicas cuando éstas estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con las limitaciones establecidas en el mismo artículo.

Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles o civiles en las que haya que responder personalmente por las deudas sociales (excluye, por tanto, la posibilidad de participación en las cada día menos frecuentes sociedades colectivas y comanditarias). Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación, salvo que en el plazo máximo de un año se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

Cuando esta participación en sociedades mercantiles sea mayoritaria, deberán dar cuenta inmediata de dicha circunstancia al Protectorado. Se entenderá por participación mayoritaria aquella que represente más del cincuenta por ciento del capital social o de los derechos de voto, computándose a estos efectos tanto las participaciones mayoritarias que se adquieran en un solo acto, como las adquisiciones sucesivas de participaciones minoritarias, cuya acumulación dé lugar a que la fundación ostente una posición dominante en la sociedad de que se trate.

Este último apartado, de aplicación general a todas las fundaciones, tiene una especial importancia en las fundaciones del sector público, ya que en éstas las operaciones que conlleven la adquisición o pérdida de la condición de socio mayoritario en una sociedad mercantil habrán de ser comunicadas a la Consejería de Economía y Hacienda en el plazo de un mes desde su formalización (como ya hemos tenido oportunidad de estudiar en el capítulo dedicado al régimen patrimonial). Posteriormente habrá de comunicarse al Protectorado, al igual que deben hacer el resto de fundaciones.

En cuanto al destino de las rentas e ingresos, es otro aspecto que se encuentra pormenorizadamente regulado en la Ley 10/2005 y en su reglamento de desarrollo, sin que exista ninguna particularidad de las fundaciones del sector público.

Deberá destinarse a la realización de los fines fundacionales al menos el setenta por ciento de las rentas e ingresos obtenidos de las explotaciones económicas que se desarrollen o que se obtengan por cualquier concepto, previa deducción de los gastos realizados para la obtención de tales rentas e ingresos. Para el cálculo de los gastos realizados para la obtención de las rentas e ingresos podrá deducirse, en su caso, la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de tributos, excluyendo de dicho cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios.

Deberá destinarse a incrementar la dotación o las reservas, según acuerdo del Patronato, el resto de rentas e ingresos que no deban dedicarse a cumplir la obligación establecida en el párrafo anterior, una vez deducidos los gastos de administración, cuya cuantía máxima se establece en el artículo 34 del Reglamento, en virtud del cual el importe de los gastos de administración no podrá ser superior al 10% del resultado contable del ejercicio obtenido. No obstante, previa solicitud debidamente justificada del Patronato, el Protectorado podrá autorizar, para cada ejercicio, la elevación de dicho importe hasta un máximo del 20%.

Los gastos de administración serán aquellos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y los que los patronos tienen derecho a percibir por el desempeño de su cargo, según lo dispuesto en el artículo 19 de la ley.

Para el cálculo de las rentas e ingresos no serán computables las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, incluidos los donativos y los ingresos extraordinarios obtenidos por enajenaciones de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia, ya sea en el momento de la constitución de la fundación o en otro posterior.

El plazo para el cumplimiento de la obligación contenida en el apartado 1 del artículo 38 será el comprendido entre el comienzo del ejercicio en que se hayan obtenido dichos ingresos y los tres años siguientes al cierre del ejercicio.

5. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS

El artículo 17.1 de la Ley 5/1983 atribuye de manera genérica a los presidentes o directores de organismos, instituciones o empresas de la Junta de Andalucía la administración de los recursos.

Esta previsión de carácter general, para el caso de las fundaciones del sector público, debe ser concretada por el Patronato a través de la adopción de un acuerdo de delegación de facultades a favor de la persona que el Patronato decida; ese acuerdo ha de constar en escritura pública y debe darse traslado del mismo al Registro de Fundaciones para que exista pública constancia.

Entre otras facultades, ha de otorgarse la competencia para ordenar pagos, que debe recaer sobre el máximo cargo ejecutivo que exista en la fundación, que normalmente será el director gerente.

Las fundaciones del sector público pueden disponer de sus propias cuentas en entidades de crédito. La apertura de cualquier cuenta requiere la previa autorización de la Consejería de Economía y Hacienda (artículo 70.2 Ley 5/1983).

Por último, mencionar la obligación dispuesta en el artículo 39 de la Ley 3/2008 respecto de las fundaciones y los consorcios, que vienen obligados dentro de los quince primeros días de cada semestre, a poner en conocimiento de la Consejería de Economía y Hacienda la situación de sus activos y pasivos financieros correspondiente a 30 de junio y 31 de diciembre del ejercicio. Asimismo, comunicarán la situación de sus activos y pasivos financieros cuando así les sea requerido por la Consejería de Economía y Hacienda.

CONTROL Y AUDITORÍAS

1. CONTROL

Denominamos control público a la comprobación de que la actuación de un órgano o sujeto determinado en la aplicación de un ingreso o gasto público se ajusta a la legalidad económica y financiera establecidas en el ordenamiento jurídico, verificando además que se ajusta a criterios de eficiencia y eficacia (legalidad económica, financiera y contable).

El principio de eficiencia, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Española y complementado con el principio de eficacia, es una característica del gasto público que determina la necesidad de conseguir los objetivos propuestos de la mejor forma posible.

Dependiendo de la naturaleza del órgano que ejerce la actividad de control, podemos distinguir entre:

- Control interno o administrativo: ejercido por un órgano de la propia Administración Autonómica, la Intervención General de la Junta de Andalucía, que según el artículo 79 de la Ley 5/1983, con plena autonomía con respecto a otros órganos y entidades sujetas a fiscalización, tendrá el carácter de centro de control interno. Dicha intervención, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda, ejercerá distintos tipos de control que veremos más adelante.
- Control externo o judicial: ejercido por un órgano independiente y ajeno a la Administración, la Cámara de Cuentas de Andalucía. Dependiente del Parlamento Andaluz, ejerce sus competencias sin perjuicio de las que corresponden al Tribunal de Cuentas, que extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.
- Control político o parlamentario: ejercido por el Parlamento Andaluz básicamente a través de la aprobación de los presupuestos y del cierre del ejercicio presupuestario.

Las fundaciones del sector público, por el hecho de gestionar fondos públicos, sea a través de subvenciones o por transferencias de financiación, están sometidas a los tres mecanismos de control.

1.1. Control interno: la Intervención General de la Junta de Andalucía

La función interventora tiene por objeto controlar la legalidad económico- presupuestaria y contable de los actos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía que den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico, así como de los ingresos y pagos que de ella se deriven y la recaudación, inversión y aplicación de los caudales públicos.

La actividad de la intervención se encuentra regulada en el título V de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y por el Decreto 149/1988, de 5 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía.

La actividad de control financiero sobre las empresas públicas, por su parte, se encuentra regulada por el Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía. El artículo 1 de este decreto entiende por empresas de la Junta de Andalucía:

- Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus organismos autónomos y demás entidades de derecho público.
- Las entidades de derecho público con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

Se trata, pues, del concepto restringido del término “empresas de la Junta de Andalucía”, que en principio excluye de manera implícita a las fundaciones del sector público. No obstante, de hecho, como veremos más adelante, se viene produciendo la aplicación analógica de algunos de los artículos de este decreto a las actividades de control de las fundaciones.

Los mecanismos de control que ejerce la Intervención General sobre las fundaciones del sector público andaluz pueden producirse en base a tres tipos de actuaciones: la intervención de la aplicación de subvenciones, el control financiero y el control financiero permanente.

La intervención de la aplicación de subvenciones, recogida en la sección II del capítulo V del Reglamento de Intervención, consiste en comprobar que los importes de las mismas han sido invertidos en las finalidades para las que se hubieren concedido. Se realiza a través de la consejería que concedió la subvención, a la que se deberá remitir en el plazo que la normativa específica establezca, los documentos que justifiquen que el importe de la subvención se ha destinado a la finalidad para la que se concedió. Una vez comprobada, la consejería o centro directivo emitirá certificación acreditativa de la aplicación de la subvención a su finalidad. No obstante, la Intervención General podrá, en cualquier momento, requerir la documentación justificativa.

El control de carácter financiero (artículo 85.1 de la Ley 5/1983) tendrá por objeto comprobar el funcionamiento económico-financiero de la Administración de la Junta,

de sus organismos, instituciones y empresas, así como el de las corporaciones de Derecho Público cuyos presupuestos hayan de ser aprobados por algunas de sus consejerías. Este control se efectúa mediante procedimientos y técnicas de auditoría a las empresas públicas y organismos autónomos con actividades industriales, comerciales, financieras y análogas. En este caso, el control se referirá tanto a la total actuación del ente, como a aquellas operaciones individualizadas y concretas que por sus características, importancia o repercusión puedan afectar al desenvolvimiento económico-financiero del mismo. En este segundo caso, el control financiero podrá ejercerse, total o parcialmente, antes de que tales operaciones se formalicen o conciertan.

Los organismos y entidades sujetos a control financiero a quienes previamente se les habrá comunicado la decisión de efectuar una actuación de control, deberán facilitar a los funcionarios designados el acceso a las oficinas, centros, dependencias y establecimientos de todo orden, debiendo darse por los jefes de las mismas las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función y, en especial, facilitándoles el acceso a cuanta documentación sea precisa para ello.

Las actuaciones de control serán realizadas por el personal del Servicio de Control Financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía, el cual podrá contar con la colaboración de funcionarios de otros servicios, ya sea del mismo centro o de otro dentro de la misma consejería. En este último caso, la designación corresponde a la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda, a propuesta del Interventor General y previo informe del centro del que dependan.

Las auditorías podrán ser de las siguientes clases:

- Auditoría de cumplimiento: tiene por objeto determinar si el ente auditado ha cumplido con la legalidad vigente.
- Auditoría financiera: cuyo objeto es el de determinar si los estados financieros y contables del auditado presentan adecuadamente la gestión realizada de acuerdo con los principios contables que le sean de aplicación.
- Auditoría de regularidad, en la que se integran la de cumplimiento y la financiera.
- Auditoría operativa o de gestión, que tiene por objeto evaluar si la gestión efectuada se ha desarrollado con criterios de economía y eficacia, al servicio de los objetivos previstos.
- Auditoría integral, que comprende la de regularidad y la operativa.

El control financiero permanente, por último, es el control regular posterior sobre la totalidad de las operaciones de contenido económico del ente sujeto con un triple objetivo:

- Comprobación del cumplimiento de la legalidad y de las normas y directrices de aplicación.
- Examen de cuentas anuales, con objeto de emitir un dictamen sobre si las mismas se gestionan y presentan de acuerdo con los principios, criterios y normas contables aplicables al efecto.

- Examen y juicio crítico sobre la gestión de los programas asignados al ente y organismos sujeto a control con objeto de verificar si su ejecución se ha desarrollado en forma eficaz y eficiente.

El control financiero permanente se podrá establecer para determinados órganos o servicios, por acuerdo del Consejo de Gobierno en sustitución de la intervención previa o crítica, estableciéndose posteriormente por la Intervención General las condiciones de su ejercicio.

La Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, introdujo una importante novedad en la Ley 5/1983, añadiendo el apartado 5 al artículo 85. En virtud de este nuevo apartado se establece la obligación de las empresas (y fundaciones) de la Junta de Andalucía que se encuentren sometidas a control financiero permanente de contar con unidades propias de control interno, que colaborarán con la Intervención General en el desarrollo de los trabajos de ejecución del plan anual de auditorías. Pero no solo las entidades sometidas a control financiero permanente tiene obligación de contar con estas unidades internas de control, ya que la propia Intervención General podrá determinar la inclusión en este régimen de otras entidades, atendiendo al volumen de su actividad o a otras razones justificadas que lo aconsejen.

El personal que se integre en las citadas unidades estará adscrito al máximo órgano de dirección de la entidad y actuará bajo la dependencia funcional exclusiva de la Intervención General en lo que se refiere a las labores de control interno y de auditoría que desempeñe. Su contratación y cese requerirá previa conformidad de la Intervención General.

Para la determinación de los mecanismos de control que se aplican en cada caso y a qué entidades concretas se aplicarán, la Intervención General elaborará, dentro de los dos primeros meses de cada ejercicio, un plan de auditorías que contemple las actuaciones de control a realizar en ese ejercicio.

Los informes relativos a las citadas actuaciones de control serán emitidos con carácter provisional por la Intervención General, y se comunicarán a las empresas sometidas a control para que, en el plazo de quince días, formulen cuantas alegaciones consideren convenientes.

Realizado el citado trámite, en el plazo de quince días, por la Intervención General se formularán los informes definitivos, motivándose las alegaciones desestimadas. El Interventor General dará traslado de los informes definitivos a las empresas, así como al titular de la consejería de que dependan y al titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

Asimismo, en el plazo máximo de seis meses desde la remisión de los citados informes definitivos, las empresas sometidas a control habrán de presentar, ante sus órganos superiores de administración (en nuestro caso el Patronato), un informe sobre el grado de implantación de las recomendaciones propuestas en los informes elaborados por la Intervención General. De dicho informe se dará traslado igualmente a las consejerías de que dependan y a la Consejería de Economía y Hacienda.

La Intervención General, en el plazo de quince días, emitirá informe de actuación en aquellos casos en que los responsables de la gestión sometida a control no adopten las medidas necesarias para solventar las deficiencias observadas. Asimismo, se emitirá informe de actuación en aquellos casos en que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos públicos. El informe de actuación se remitirá a la persona titular de la consejería de que dependa la entidad y a la Consejería de Economía y Hacienda, para que, en el plazo de quince días, manifieste su conformidad o disconformidad con el contenido del mismo. En caso de conformidad, los responsables de la gestión de las respectivas empresas darán cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los informes de actuación.

Si, por el contrario, existiera disconformidad, la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda, previo informe de la Intervención General, someterá las actuaciones, en su caso, a la consideración del Consejo de Gobierno para que resuelva lo procedente.

Al margen de los mecanismos de control puntuales hasta ahora expuestos, la Ley 5/1983 de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía atribuye a la Consejería de Economía y Hacienda un mecanismo de control regular y periódico sobre el conjunto de empresas de la Junta de Andalucía, y, por lo tanto de las fundaciones; se trataría de un mecanismo de control indirecto de su actividad económica: el artículo 70.3 establece que los organismos autónomos y empresas dentro de los quince primeros días de cada semestre, pondrán en conocimiento de la Consejería de Economía y Hacienda la situación de sus activos y pasivos financieros correspondiente a 30 de junio y 31 de diciembre de cada año. Esta obligación, como ya hemos visto, aparece también en el artículo 39 de la Ley 3/2009, que sí incluye de manera expresa a las fundaciones del sector público andaluz.

La Ley 3/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2009 en lo relativo a operaciones financieras, recogidas en el Título IV, aporta algunas novedades.

Por un lado, se mantiene la obligación de autorización previa de la Consejería de Economía y Hacienda de las fundaciones que deseen concretar operaciones de endeudamiento (Artículo 35.2), siempre que, de conformidad con la normativa aplicable en materia de estabilidad presupuestaria, se clasifiquen dentro del sector de las Administraciones Públicas y su endeudamiento consolide con el de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Queremos destacar el cambio de matiz de este precepto, hasta ahora se hablaba de solicitar autorización previa a la Consejería de Economía y Hacienda, sin determinar el órgano competente dentro de la consejería. El artículo 35.2 de la nueva ley habla de solicitar autorización previa a la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda. Curioso matiz carente de importancia práctica.

Por otro lado, se mantiene también la obligación de las fundaciones de remitir dentro de los quince primeros días de cada semestre a la Consejería de Economía y Hacienda, información sobre la situación de sus activos y pasivos financieros correspondientes a 30 de junio y 31 de diciembre de cada año.

Como novedad en este título nos encontramos las posibilidades establecidas en los artículos 36 y 37 referidas a la gestión centralizada de saldos en cuentas del sector público y la gestión centralizada de operaciones de endeudamiento:

Artículo 36. Gestión centralizada de saldos en cuentas del sector público andaluz.

- 1. La Tesorería de la Comunidad Autónoma, con el objeto de optimizar los recursos financieros del sector público andaluz, podrá establecer, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 51 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, un sistema de gestión centralizada de los saldos en cuentas abiertas en entidades de crédito del conjunto de las agencias de la Junta de Andalucía, los organismos autónomos, las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las sociedades mercantiles de participación mayoritaria directa y las fundaciones del sector público andaluz.*
- 2. La Consejería de Economía y Hacienda establecerá el diseño de los procedimientos necesarios para la puesta en funcionamiento del sistema de gestión centralizada de la Tesorería.*

Artículo 37. Gestión centralizada de las operaciones de endeudamiento de las entidades del sector público andaluz.

La Consejería de Economía y Hacienda ejercerá la coordinación de la ejecución de la política de endeudamiento de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales, conforme a lo dispuesto en la normativa de aplicación en materia de estabilidad presupuestaria.

Con el objeto de optimizar las condiciones financieras de las operaciones de endeudamiento de las entidades del sector público andaluz, la Consejería de Economía y Hacienda, dentro de los límites establecidos en la presente Ley, podrá asumir de forma centralizada las funciones de contratación y gestión de las operaciones de endeudamiento de las agencias de régimen especial, de las agencias públicas empresariales, de las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las sociedades mercantiles de participación mayoritaria directa y de las fundaciones del sector público andaluz cuando, de conformidad con la normativa de aplicación en materia de estabilidad presupuestaria, se clasifiquen dentro del sector de las Administraciones Públicas y su endeudamiento consolide con el de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La Consejería de Economía y Hacienda establecerá el diseño de los procedimientos internos necesarios para la puesta en funcionamiento del mecanismo de gestión centralizada del endeudamiento.

Como establecen ambos artículos en sus párrafos finales, se trata de dos posibilidades que quedan abiertas sin que se sepa aún los mecanismos y la forma cómo se llevarán a cabo.

Por último, volvemos a hacer mención en este punto de la importante novedad introducida por la Ley 3/2008, de Presupuestos 2009, que reforma el artículo 6 bis de la ley 5/1983, e incluye entre las entidades susceptibles de control financiero a las fundaciones que tengan una financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía, siempre que mediante razones justificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

1.2. Control externo. La Cámara de Cuentas de Andalucía

La Cámara de Cuentas es un órgano técnico dependiente del Parlamento de Andalucía, al que, sin perjuicio de las competencias que la Constitución Española atribuye al Tribunal de Cuentas, corresponde la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma. La Cámara de Cuentas se crea y regula por la Ley 1/1988, de 17 de marzo.

A los efectos de lo establecido en la citada ley, componen el sector público de la Comunidad Autónoma:

- a) La Junta de Andalucía, sus organismos autónomos, instituciones y empresas (una vez más se utiliza el concepto amplio de “empresas de la Junta de Andalucía” y, por tanto, se entienden incluidas las fundaciones del sector público).
- b) Las Corporaciones Locales que forman parte del territorio de la Comunidad Autónoma, así como los organismos autónomos y empresas públicas de ellas dependientes.
- c) Las Universidades Públicas de Andalucía.
- d) Cuantos organismos y entidades sean incluidos por norma legal.

Se entiende por fondos públicos todos los gestionados por el sector público andaluz, así como las subvenciones, créditos, avales y todas las ayudas, cualquiera que sea su naturaleza, concedidas por los órganos del sector público a cualquier persona física o jurídica.

De los conceptos legales de sector público y de fondos públicos se deduce que las fundaciones, sea cual fuere su sistema de financiación, están plenamente sometidas a la función fiscalizadora externa que tiene atribuida la Cámara de Cuentas.

La Cámara de Cuentas realiza sus funciones según un programa previo confeccionado por ella misma de acuerdo con su presupuesto y de cuya ejecución pueda formarse juicio suficiente sobre la calidad y regularidad de la gestión económico-financiera. Dentro de este programa se han ido incluyendo en los últimos años distintas fundaciones del sector público andaluz.

La iniciativa fiscalizadora corresponde a la propia Cámara de Cuentas y al Parlamento de Andalucía, pero también puede tomar la iniciativa en algunas ocasiones el Gobierno de la Comunidad Autónoma y las entidades locales, previo acuerdo del correspondiente pleno.

La Cámara de Cuentas notificará a los consejeros, directores o responsables de servicios, dependencias y establecimientos en general que vayan a ser controlados, el inicio de la actividad fiscalizadora con una antelación mínima de diez días. El personal adscrito a los centros fiscalizados tiene la obligación de prestar a los funcionarios de la Cámara de Cuentas la colaboración que les sea requerida, facilitando la documentación e información que se les solicite dentro del plazo que se establezca. La falta de cooperación podrá ser comunicada al Parlamento de Andalucía para que obre en consecuencia.

El resultado de la actividad fiscalizadora se expondrá por medio de informes anuales o especiales que serán elevados al Parlamento, remitidos al Tribunal de Cuentas y publicados en el BOJA. Previamente a la emisión de cualquier informe definitivo, la Cámara de Cuentas comunicará a los organismos controlados el resultado de su actuación. Los referidos organismos, en el plazo que se fije en la comunicación, deberán manifestarse sobre los reparos y recomendaciones recogidos en el informe provisional y sobre las medidas que hubieran adoptado o tuvieran previsto adoptar.

Los informes emitidos por los órganos de la Cámara de Cuentas, una vez aprobados por el Pleno, pondrán fin a cada actuación. En dichos informes se hará constar:

- a) La observancia de la legalidad reguladora de la actividad económico-financiera del sector público y de los principios contables aplicables.
- b) El grado de cumplimiento de los objetivos previstos y si la gestión económico-financiera se ha ajustado a los principios de economía y eficacia.
- c) La existencia, en su caso, de infracciones, abusos o prácticas irregulares.
- d) Las medidas que, en su caso, se proponen para la mejora de la gestión económica y financiera de las entidades fiscalizadas.

Si en el ejercicio de su función fiscalizadora la Cámara de Cuentas advirtiera la existencia de indicios de responsabilidad contable, lo trasladará al Tribunal de Cuentas para su posible enjuiciamiento.

1.3. Control político. El Parlamento Andaluz

El control político que el Parlamento de Andalucía ejerce sobre las fundaciones del sector público, se realiza a través de dos mecanismos: la aprobación de los presupuestos y el control de la acción del Gobierno.

Como hemos visto a lo largo de este manual, los presupuestos de las fundaciones aparecen reflejados en los programas de gastos de la consejería de la que dependen, existiendo en la mayoría de los casos una mención expresa de los créditos asignados a cada una de las fundaciones, sea a través de subvenciones nominativas o mediante el sistema PAIF. El examen y aprobación de los presupuestos de cada ejercicio por parte del Parlamento de Andalucía constituye un primer sistema de control político de la actividad de las fundaciones.

El control de la acción del Gobierno es otra de las atribuciones que el Estatuto de Autonomía confiere al Parlamento Andaluz. Los distintos mecanismos a través de los cuales se ejerce esa actividad de control y que están previstos en el reglamento, son perfectamente aplicables a las fundaciones del sector público: interpelaciones, preguntas parlamentarias, solicitudes de información, etc.

2. AUDITORÍAS

El régimen general de auditorías de cuentas de las fundaciones está establecido en el artículo 35 de la Ley 10/2005, que establece que se someterán a auditoría externa las cuentas anuales de las fundaciones en las que concurran, en la fecha de cierre del ejercicio y durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

- a) Que el total de su patrimonio supere los dos millones cuatrocientos mil euros.
- b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos por la actividad propia, más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil, sea superior a dos millones cuatrocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a treinta.
- d) Que el valor de las enajenaciones o gravámenes de bienes y derechos de la fundación realizados durante el ejercicio económico supere el cincuenta por ciento del valor total de su patrimonio.
- e) Cuando el precio del contrato o contratos a que se refiere el artículo 39 de la Ley (los contratos celebrados entre la fundación y alguno de sus patronos, ya sea en nombre propio o de un tercero) suponga más del quince por ciento de los gastos totales del ejercicio.

También se someterán a auditoría externa aquellas cuentas que, a juicio del Patronato de la fundación o del Protectorado, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen, en relación con la cuantía del patrimonio o con el volumen de gestión.

El Reglamento de Fundaciones en su artículo 32.2 realiza una práctica matización de los conceptos planteados por la ley, de esta manera establece que a los efectos de fijar la concurrencia de determinadas circunstancias previstas en el artículo 35.1 de la Ley 10/2005, se entiende:

Por patrimonio de la fundación, la cifra total del activo que figure en el último balance de situación de la fundación, referido siempre a la fecha de cierre del ejercicio.

Por importe neto del volumen anual de ingresos de la fundación, el total de los ingresos de la fundación que figuren en el haber de la cuenta de resultados, como consecuencia de la actividad propia de aquella.

El número medio del personal trabajador se determinará en función de todas aquellas personas que tengan o hayan tenido alguna relación laboral con la fundación a lo largo del ejercicio haciendo un promedio en razón del tiempo durante el cual hayan estado vinculadas laboralmente a la fundación.

Este régimen general es íntegramente aplicable a las fundaciones del sector público. No obstante el artículo 57.3 de la Ley de Fundaciones y el 32.1 del Reglamento establecen una particularidad importante, ya que dispone que las fundaciones del sector público andaluz que tengan obligación de someter sus cuentas anuales a auditoría externa, su realización corresponderá a la Intervención General de la Junta de Andalucía.

El régimen de auditorías de las fundaciones del sector público y el órgano competente para su realización o encargo ha quedado ratificado con la reforma del artículo 85 de la Ley 5/1983, obrada por la Disposición final ocho de la Ley 3/2008, de Presupuestos para 2009, en virtud de la cual la Intervención General de la Junta de Andalucía realizará anualmente la auditoría de las cuentas anuales de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía obligadas a auditarse por su normativa específica.

Existe la posibilidad recogida en el artículo 54.2 del Reglamento de Intervención de que la Intervención General, para estos casos y para otros, se sirva de la colaboración de empresas privadas especializadas. En cualquier caso la auditoría deberá ser dirigida por un funcionario designado por el Interventor General.

CAPÍTULO XII.

RÉGIMEN FISCAL

Autor: Francisco Martínez Campos

Jefe del Departamento de Administración de la Fundación Centro de Estudios Andaluces

La Ley 10/2005 de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al igual que la Ley Estatal 50/2002, no establece ningún precepto sobre la fiscalidad de las mismas, por lo que en este capítulo seguiremos lo regulado por la Ley 49/2002 de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos al mecenazgo y su reglamento de aplicación aprobado por el R.D. 1270/2003 de 10 de octubre, de aplicación a todas las fundaciones, tanto las pertenecientes al sector público como las privadas.

Con la publicación de la Ley de Régimen Fiscal y su reglamento se tiende a proteger y fomentar la actuación de las fundaciones, pero la aplicación de los mismos obliga al cumplimiento de una serie de requisitos que pongan de manifiesto la transparencia de sus acciones, que justifique el trato fiscal favorable que van a recibir con la aplicación de dichos preceptos.

Por último, antes de analizar el régimen especial establecido en el título II de la Ley 49/2002, decir que se trata de un régimen voluntario y que las fundaciones tienen que optar por su aplicación comunicándolo a la administración tributaria a través de la correspondiente declaración censal, siendo de aplicación desde el mismo ejercicio económico en el que se opta por su aplicación.

1. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL PREVISTO EN LA LEY 49/2002

1.1. Requisitos

Conforme al artículo 2 de la Ley 49/2002, se considera a las fundaciones entidades sin fines lucrativos siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3 de dicha ley, que podemos resumir en:

- 1) Que persigan fines de interés general.
- 2) Que destinen al menos el 70% de las rentas obtenidas en explotaciones económicas, las obtenidas en la transmisión de bienes o derechos de su titularidad no afectos a la actividad propia, y el resto de los ingresos que se obtengan, a la realización de fines de interés general.
- 3) Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su finalidad (aunque la propia ley determina que si el importe neto de la cifra de negocios de las explotaciones económicas ajenas a su objetivo no excede del 40% de los ingresos totales de la entidad se considerará cumplido este requisito).
- 4) Que los fundadores, patronos, cónyuges o parientes hasta el cuarto grado y miembros de los órganos de gobierno no sean los destinatarios principales de las actividades (no aplicable a las actividades de investigación científica, de asistencia social o deportivas, conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico).
- 5) Gratuidad de los cargos de patronos, de representantes de la fundación en sociedades mercantiles, sin perjuicio de que sean reembolsados de los gastos justificados que el desempeño de sus funciones les ocasione, existiendo la posibilidad, ya estudiada, de percibir de las fundaciones retribuciones por la prestación de servicios, incluso prestados en el marco de una relación laboral.
- 6) Previsión estatutaria para el caso de disolución sobre el destino del patrimonio de la fundación a entidades benéficas del mecenazgo (en este punto el artículo 56 de la ley andaluza determina que la extinción de las fundaciones del sector público deberán ser autorizadas por acuerdo del Consejo de Gobierno, que determinará las condiciones generales que deben cumplirse para la realización de la extinción).
- 7) Que estén inscritas en el registro, en nuestro caso el Registro de Fundaciones Andaluzas.
- 8) Que cumplan las normas contables previstas (artículo 34.1 Ley 10/2005).
- 9) Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas anuales (artículo 34.2 y ss. Ley 10/2005).
- 10) Que elaboren una memoria económica anual en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio por categorías y proyectos.

El R.D. 1270/2003 de 10 de octubre, que aprueba el reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, establece que las fundaciones que hayan optado por el régimen fiscal especial deberán presentar, en los siete meses desde el cierre del ejercicio, ante la dependencia de gestión tributaria de la AEAT del domicilio fiscal de la fundación, una memoria económica que contenga al menos la información siguiente:

- a) Identificación de las rentas exentas y no exentas del Impuesto sobre Sociedades, indicando el correspondiente número y letra de los artículos 6 y 7 de la Ley 49/2002 que amparen la exención y los cálculos y criterios utilizados para determinar la distribución de los gastos entre las rentas sujetas y exentas obtenidas.

- b) Identificación para cada proyecto o actividad de los ingresos, gastos e inversiones realizados para el cumplimiento de sus fines estatutarios o de su objeto. Los gastos de cada proyecto se clasificarán por categorías, tales como gastos de personal, gastos por servicios exteriores o compras de material.
- c) Detalle sobre la determinación y destino de las rentas e ingresos a que se refiere el artículo 3.2º de la Ley 49/2002 (destinar a fines de interés general al menos el 70% de las rentas e ingresos).
- d) Identificación de cualquier retribución satisfecha a patronos, representantes o miembros del órgano de gobierno. Tanto en concepto de reembolso por los gastos que les haya ocasionado el desempeño de su función, como en concepto de remuneración por los servicios prestados a la fundación.
- e) Participación en sociedades mercantiles, con identificación de las mismas, sus denominaciones sociales y sus números de identificación fiscal.
- f) Retribuciones percibidas por representantes de la fundación como administradores en sociedades mercantiles, identificando los datos del administrador, la sociedad participada, importe percibido e importe reintegrado a la fundación.
- g) Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general suscritos por la fundación, identificando al colaborador que participe en ellos con indicación de las cantidades recibidas (convenios regulados en el artículo 25 de la Ley 49/2002, que estudiaremos más adelante).
- h) Indicación de las actividades prioritarias de mecenazgo que, en su caso, desarrolle la fundación (actividades reguladas en el artículo 22 Ley 49/2002).
- i) Indicación de la previsión estatutaria relativa al destino del patrimonio de la entidad en caso de disolución.

Con el cumplimiento anual de remisión de la memoria, la Agencia Tributaria puede comprobar el cumplimiento por parte de la fundación de los requisitos para acogerse al régimen fiscal especial del artículo 3 de la Ley 49/2002. La falta de presentación conllevará la exclusión del régimen fiscal especial para la fundación.

1.2. Aplicación de los distintos impuestos

A. Impuesto sobre Sociedades (ISS)

La Ley 49/2002 dedica el capítulo II del título II al Impuesto sobre Sociedades. Las fundaciones están obligadas a presentar declaración anual por la totalidad de sus rentas, pero solo tributarán por las rentas no exentas.

La determinación de las rentas exentas se realiza en el artículo 6 de la Ley 49/2002, a saber:

- a) Los donativos y donaciones recibidos para los fines de la fundación.

- b) Las cuotas de asociados y colaboradores sin derecho a prestación.
- c) Las subvenciones, para financiar actividades exentas.
- d) Las procedentes de patrimonio mobiliario e inmobiliario (intereses, dividendos, alquileres).
- e) Las derivadas de adquisiciones o transmisiones de bienes y derechos.
- f) Las obtenidas en el ejercicio de explotaciones económicas exentas (artículo 7):
 - Servicios de promoción y gestión de la acción social.
 - Servicios de hospitalización y asistencia sanitaria.
 - Investigación científica y desarrollo tecnológico.
 - Bienes declarados de interés general.
 - Organización de representaciones musicales, coreografías, teatrales, cinematográficas o circenses.
 - Explotación de parques y otros espacios naturales protegidos.
 - Enseñanza y formación profesional a todos los niveles y grados.
 - Organización de exposiciones, conferencias, coloquios, cursos y seminarios.
 - Elaboración, edición, publicaciones y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y multimedia.
 - Servicios deportivos a personas físicas, con excepción de los relacionados con espectáculos deportivos y los prestados a deportistas profesionales.
 - Las explotaciones auxiliares o complementarias de las exentas anteriores (se consideran auxiliares si el importe neto de la cifra de negocios del conjunto de ellas es inferior al 20% de los ingresos totales de la fundación).
 - Las explotaciones cuyo importe neto de la cifra de negocio del ejercicio no supere los 20.000 euros.

Una vez determinadas las rentas exentas y sujetas se determina sobre estas últimas, menos los gastos necesarios para obtener las mismas, la base positiva del ISS que se gravará al tipo impositivo del 10%.

Dada la necesidad de identificar las explotaciones no exentas y las exentas, las fundaciones llevarán una contabilidad donde se pueda identificar los ingresos y gastos correspondientes a cada tipo de explotación.

Las rentas exentas no estarán sometidas a retención ni a ingresos a cuenta; este extremo, conforme al R.D. 1270/2003, se justifica con un certificado emitido por la Agencia Tributaria que acredita que la fundación ha comunicado la opción por la aplicación del régimen fiscal especial.

B. Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

La legislación vigente del IVA y la específica de régimen fiscal de fundaciones no establece ninguna peculiaridad para este impuesto, por lo que estaremos a lo previsto en dichas normativas en lo referente al mismo.

El hecho de que las fundaciones del sector público se financien mediante subvenciones o transferencia de capital les ocasiona la aplicación de la regla de la prorrata a la hora de determinar la cantidad de IVA deducible de las cuotas soportadas. Por lo general, las cuotas abonadas de IVA van a suponer un mayor gasto al aplicar los porcentajes de prorrata que vienen determinados por la financiación de estas entidades.

C. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)

Las fundaciones estarán exentas de este impuesto siempre que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal especial y que el bien esté afecto a actividades económicas exentas. En este caso, junto a la autoliquidación del impuesto se aportará certificado vigente emitido por la Agencia Tributaria que acredita que la fundación ha comunicado la opción por la aplicación del régimen fiscal especial.

D. Tributos locales

La fiscalidad de los tributos locales se regula en el artículo 15 de la ley 49/2002 y el artículo 2 del reglamento de aplicación de dicha ley.

Analizamos a continuación los principales impuestos locales:

- **Impuesto sobre bienes inmuebles (IBI)**

Estarán exentos del IBI los bienes de los que sean titulares las fundaciones, excepto los afectos a explotaciones no exentas, debiendo comunicar al Ayuntamiento donde se localice el bien la aplicación del régimen fiscal especial, aportando la certificación correspondiente.

- **Impuesto sobre actividades económicas (IAE)**

Las fundaciones estarán exentas por las explotaciones económicas del artículo 7 de la ley 49/2002, la opción por esta exención se entiende presentada cuando la entidad opta por la aplicación del régimen fiscal especial. Aunque se deberá presentar declaración de alta para el inicio de cada actividad y de baja a la conclusión de la misma.

- **Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU).**

En consonancia con la exención prevista para el IBI, cuando la fundación sea la obligada al pago de los incrementos correspondientes, la ley determina la exención de los mismos. Al igual que el IBI, es necesario comunicar al Ayuntamiento correspondiente que se ha ejercido la opción.

Finalmente indicar que al tratarse de un régimen voluntario se puede renunciar al mismo mediante la presentación de la declaración censal, modelo 036, comunicando a la Agencia Tributaria la renuncia; dicha comunicación deberá realizarse un mes antes del inicio del periodo impositivo en que deba surtir efectos.

2. RÉGIMEN FISCAL DE OTRAS FORMAS DE MECENAZGO

2.1. Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, regulados en el artículo 25 ley 49/2002

Aquellos por los que las fundaciones, acogidas al título II de la Ley 50/2002, a cambio de una ayuda económica para la realización de sus actividades que efectúen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica de la entidad, se comprometen por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en sus actividades.

Los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general suponen una fórmula de financiación especialmente diseñada para las fundaciones (incluidas las del sector público) que contiene importantes ventajas fiscales tanto para la fundación como para el colaborador.

Como hemos dicho, se trata de una figura especial propia de las fundaciones, si bien se puede confundir fácilmente con otras figuras jurídicas del ámbito mercantil, tales como el patrocinio o los contratos por obras o servicios determinados. La gran diferencia se encuentra en que en este caso no se considera prestación de servicio, por lo que la fundación no tendrá que repercutir el IVA al colaborador. Esta ayuda puede instrumentarse a través de la entrega de cantidades dinerarias o bien que el colaborador asuma cualquier gasto derivado de servicios de terceros realizados a favor de la entidad.

Además de no verse gravadas por el IVA, las cantidades satisfechas mediante esta figura tendrán para el colaborador la consideración de gasto deducible, siendo incompatibles con los demás incentivos fiscales previstos por la Ley 49/2002.

2.2. Gastos en actividades de interés general, regulados en el artículo 26 ley 49/2002

Los gastos realizados para fines de interés general tendrán la consideración de deducibles, esta deducción será incompatible con los demás incentivos fiscales previstos en la Ley 49/2002.

3. RÉGIMEN FISCAL DE FUNDACIONES NO ACOGIDAS AL ESPECIAL DE LA LEY 49/2002

En general aquellas fundaciones que no se acojan al régimen especial por no cumplir los requisitos establecidos o por decisión propia de no acogerse, tributarán por cada impuesto conforme a la normativa general de cada uno de ellos.

Tan sólo el Impuesto sobre Sociedades (ISS) tiene establecido un régimen particular, de aplicación automática sin necesidad de comunicación a la Agencia Tributaria, regulado en el capítulo XV, del título VIII de la ley 43/1995, que regula la tributación de las entidades parcialmente exentas que se aplica a las entidades sin ánimo de lucro no acogidas al régimen fiscal especial.

Este régimen particular determina la exención de las rentas siguientes:

- Las rentas que procedan de la realización de las actividades propias de las fundaciones.
- Las obtenidas de adquisiciones y transmisiones dentro de su actividad propia.

Estas entidades están obligadas a presentar declaración del ISS, donde relacionarán tanto las rentas sujetas como exentas, y tributan por las rentas sujetas al tipo especial del 25%.

4. INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO

Salvo que sus escrituras de constitución o sus estatutos digan lo contrario, nada impide que las fundaciones del sector público puedan ser beneficiarias de aportaciones realizadas por personas físicas o por empresas y que éstas puedan beneficiarse fiscalmente de la aportación realizada.

Los donativos, donaciones o aportaciones realizadas en favor de las fundaciones darán derecho a practicar una deducción en la cuota del correspondiente impuesto del donante o aportante, con los porcentajes siguientes:

- La deducción en cuota será del 25%, en el IRPF de las personas físicas. Con el límite del 10% de la base liquidable del donante.
- La deducción en cuota será del 35%, en el Impuesto sobre Sociedades. Con el límite del 10% de la base imponible del periodo impositivo.

Para dar derecho a practicar la deducción deberá tratarse de donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples, realizados en favor de las fundaciones, de:

- Donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos.
- La constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes, derechos o valores, realizada sin contraprestación.

- Donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español.
- Donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico.

La base de las deducciones será:

- a) En los donativos dinerarios, su importe.
- b) En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.
- c) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.
- d) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.
- e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- f) En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español a que se refieren los párrafos d) y e) del apartado 1 del artículo 17 de esta Ley, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

El valor determinado de acuerdo con lo dispuesto con anterioridad tendrá como límite máximo el valor normal en el mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión.

ANEXO I.

RESUMEN DEL RÉGIMEN FISCAL

RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUNDACIONES ACOGIDAS A LA LEY 49/2002

REQUISITOS Y MEMORIA ECONÓMICA

Art. 3 ley. Requisitos aplicación régimen fiscal especial	<ol style="list-style-type: none">1. Perseguir fines de interés general2. Destinar al menos el 70% de las rentas obtenidas en explotaciones económicas a fines de interés general3. Que la cifra de negocios de actividad ajena no exceda del 40% de los ingresos totales4. Que los patronos y parientes no sean los destinatarios principales de las actividades5. Gratuidad del cargo de patrono6. En caso de disolución se destinará el patrimonio de la fundación a entidades benéficas del mecenazgo7. Inscripción en el registro8. Cumplimiento de las normas contables previstas9. Cumplimiento de la obligación de rendimiento de cuentas anuales10. Elaboración de la memoria económica anual
Art. 4 Reglamento Requisitos de la memoria económica	<ol style="list-style-type: none">a) Identificación de las rentas exentas y no exentas del ISSb) Identificación por cada proyecto de los gastos e inversiones realizados para el cumplimiento de sus fines estatutariosc) Detalle, forma de cálculo y destino a fines de interés general de al menos el 70% de las rentas e ingresosd) Identificación de cualquier retribución satisfecha a patronos, representantes o miembros del órgano de gobiernoe) Participación en sociedades mercantilesf) Retribuciones percibidas por representantes de la fundación como administradores en sociedades mercantilesg) Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés generalh) Indicación de las actividades prioritarias de mecenazgoi) Indicación de la previsión estatutaria relativa al destino del patrimonio de la entidad en caso de disolución

APLICACIÓN A LOS IMPUESTOS ESTATALES

Art. 6. Rentas exentas	<ol style="list-style-type: none">1. Los donativos y donaciones recibidos para los fines de la fundación2. Las cuotas de asociados y colaboradores sin derecho a prestación3. Las subvenciones, para financiar actividades exentas4. Las rentas procedentes de patrimonio mobiliario e inmobiliario5. Las rentas derivadas de adquisiciones o transmisiones de bienes y derechos6. Las rentas obtenidas en el ejercicio de explotaciones económicas exentas
Art. 7 Actividades exentas Impuesto sobre Sociedades (II)	<ol style="list-style-type: none">1. Servicios de promoción y gestión de la acción social2. Servicios de hospitalización y asistencia sanitaria3. Investigación científica y desarrollo tecnológico4. Bienes declarados de interés general5. Organización de representaciones musicales, coreografías, teatrales, cinematográficas o circenses6. Explotación de parques y otros espacios naturales protegidos7. Enseñanza y de formación profesional a todos los niveles y grados8. Organización de exposiciones, conferencias, coloquios, cursos y seminarios9. Elaboración, edición, publicaciones y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y multimedia10. Servicios deportivos a personas físicas, con excepción de los relacionados con espectáculos deportivos y los prestados a deportistas profesionales11. Las explotaciones auxiliares o complementarias de las exentas anteriores (se consideran auxiliares si el importe neto de la cifra de negocios del conjunto de ellas es inferior al 20% de los ingresos totales de la fundación)12. Las explotaciones cuyo importe neto de la cifra de negocio del ejercicio no supere los 20.000 euros
Impuesto sobre Sociedades (III)	<ul style="list-style-type: none">- Necesidad de llevar contabilidad que identifique los ingresos y los gastos de las actividades exentas y no exentas- Obligación de presentar declaración anual del ISS, con tributación de las rentas no exentas al tipo impositivo del 10%
Impuesto sobre el Valor Añadido	<ul style="list-style-type: none">- Sujeto a la legislación ordinaria del impuesto- Aplicación de la prorrata a la hora de determinar la cantidad de IVA deducible de las cuotas soportadas

APLICACIÓN A LOS TRIBUTOS LOCALES (ART. 15)

Impuesto sobre Bienes Inmuebles	- Exención del impuesto para aquellos bienes de los que sean titulares las fundaciones, excepto de los afectos a explotaciones no exentas - Obligación de comunicar al Ayuntamiento la opción por el régimen especial
Impuesto sobre Actividades Económicas	- Las fundaciones estarán exentas por las explotaciones económicas exentas - Obligación de presentación de la declaración de alta para el inicio de cada actividad y de baja a la conclusión de la misma
Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana	- Incrementos exentos cuando la fundación sea la obligada al pago - Obligación de comunicar al Ayuntamiento la opción por el régimen fiscal especial
Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	- Las fundaciones estarán exentas del mismo siempre que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal especial y que el bien esté afecto a actividades económicas exentas - Aportar junto a la autoliquidación el certificado de la AEAT que acredite la opción por la aplicación del régimen fiscal especial

RÉGIMEN FISCAL DE OTRAS FORMAS DE MECENAZGO

Art. 25 Ley 49/2002 Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general	Tendrán la consideración de gasto deducible, para el colaborador, los gastos derivados de convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, siendo incompatibles con los demás incentivos fiscales previstos por la Ley 49/2002
Art. 26 Ley 49/2002 Gastos en actividades de interés general	Los gastos realizados para fines de interés general tendrán la consideración de deducibles; esta deducción será incompatible con los demás incentivos fiscales previstos en la Ley 49/2002

RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUNDACIONES NO ACOGIDAS A LA LEY 49/2002

En general, las fundaciones que no se acojan al régimen especial tributarán por cada impuesto conforme a la normativa general de cada uno de ellos

Ley 43/1995 Régimen particular para el Impuesto de Sociedades	- De aplicación automática sin comunicación a la Agencia Tributaria - Determinación de las rentas exentas: <ul style="list-style-type: none"> • Las rentas que procedan de la realización de las actividades propias • Las obtenidas de adquisiciones y transmisiones de su actividad propia - Estas entidades están obligadas a presentar declaración del ISS, donde relacionarán tanto las rentas sujetas como exentas, y tributan por las rentas sujetas al tipo especial del 25%
--	---

INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO

Deducciones por los donativos, donaciones o aportaciones realizadas en favor de las fundaciones:

- La deducción en cuota será del 25% en el IRPF de las personas físicas. Con el límite del 10% de la base liquidable del donante
 - La deducción en cuota será del 35%, en el Impuesto sobre Sociedades. Con el límite del 10% de la base imponible del período impositivo
-

Tipos de donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples, realizados a las fundaciones:

- a) Donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos
 - b) La constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes, derechos o valores, realizada sin contraprestación
 - c) Donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español
 - d) Donativos o donaciones de bienes culturales
-

Base de las deducciones:

- a) En los donativos dinerarios, su importe
 - b) En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio
 - c) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo
 - d) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo
 - e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del ITPAJD
 - f) En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español a que se refieren los párrafos d) y e) del apartado 1 del artículo 17 de esta Ley, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra
-

ANEXO II.

NORMATIVA

NORMATIVA GENERAL

1. *Constitución Española* (arts. 22.2 y 4, y 34), de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311.1 de 29 de diciembre (BOE núm. 311.1 de 29 de diciembre)).
2. *Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27 de diciembre).
3. *Ley 10/2005, de 31 de mayo*, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 117, de 17 de junio).
4. *Ley 9/2007, de 22 de octubre*, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 215, de 31 de octubre de 2007).
5. *Ley 49/2002, de 23 de diciembre*, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE núm. 307, de 24 de diciembre).
6. *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público* (BOE núm. 61, de 31 de octubre de 2007).
7. *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones* (BOE 18 de noviembre).
8. *R.D. 1270/2003, de 10 de octubre*, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE núm. 254, de 23 de octubre).
9. *R.D. 316/1996, de 23 de febrero*, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (BOE núm. 57, de 6 de marzo).
10. *D. 279/2003, de 7 de octubre*, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento (BOJA núm. 228, de 26 de noviembre).
11. *D. 32/2008, de 5 de febrero*, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 44, de 4 de marzo).

12. *Resolución de 20 de octubre de 2004*, de la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia, por la que se aprueban y dan publicidad a los modelos normalizados de solicitud al Registro de Fundaciones de Andalucía, de certificados de denominación, de inscripción de actos y de legalización de libros (BOJA núm. 218, de 9 de noviembre).

NORMATIVA ESPECÍFICA

1. *Ley 23/1998, de 7 de julio*, de Cooperación Internacional para el desarrollo. BOE núm. 162, de 8 de julio (arts. 32 y ss.)
2. *Ley 7/2001, de 12 de julio*, del Voluntariado Social. BOJA núm. 84, de 24 de julio. (arts. 13 y ss.)
3. *Ley 14/2003, de 31 de diciembre*, de Cooperación internacional para el desarrollo. Arts. 17 y ss. (BOJA núm. 251, de 31 de diciembre).

NORMATIVA RELACIONADA

1. *Ley 5/1983, de 19 de julio*, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 6 bis).
2. *Ley 43/1995, de 27 de diciembre*, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 310, de 28 de diciembre).
3. *R.D. 776/1998, de 30 de abril*, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1998).
4. *Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero*, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad (BOE núm. 50, de 27 de febrero). Disposición adicional primera.
5. *Acuerdo de 20 de noviembre de 2003*, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el que se aprueba el código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2004).

PROCEDIMIENTOS REGISTRALES

Fuente: Página web de la Consejería de Justicia y Administración Pública.
Junta de Andalucía

1. Certificaciones de denominación y reserva provisional

(Artículo 13 del Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Fundaciones de Andalucía). En la denominación de las fundaciones deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 5 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

Documentación necesaria:

SOLICITUD DE CERTIFICADO DE DENOMINACIÓN, dirigida a la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia de la Consejería de Justicia y Administración Pública, Registro de Fundaciones de Andalucía. Deberá contener:

- Los datos de identificación del solicitante (persona física o jurídica) y la condición en la que actúa.
- Las denominaciones sobre las que se solicita el certificado de denominación, hasta un máximo de tres (si la denominación utiliza el nombre de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, por ser los propios de las entidades fundadoras, deberá expresarse tal circunstancia en el escrito de solicitud).
- Si solicita su incorporación al registro, con carácter provisional (reserva de la denominación durante un plazo de seis meses).

2. Inscripción de la constitución de una fundación

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- CERTIFICADO DE DENOMINACIÓN, expedido como máximo con tres meses de antelación por el Registro de Fundaciones de Andalucía. Si se hubiere solicitado del Registro de Fundaciones la reserva provisional de denominación, el certificado de denominación tendrá una validez de seis meses contados a partir de su expedición.
- CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA cuyo nombre, denominación o acrónimo figure en el nombre de la Fundación si aquellos no fueran los fundadores.
- ESCRITURA PÚBLICA DE LA CONSTITUCIÓN FUNDACIONAL (copia autorizada y copia simple), que hará referencia, como mínimo:

+ A los fundadores.

- Si son personas físicas: nombre, apellidos, edad y estado civil, nacionalidad, domicilio y Número de Identificación Fiscal (NIF).
- Si son personas jurídicas: denominación o razón social, nacionalidad, domicilio y Código de Identificación Fiscal (CIF).
- En ambos casos, la capacidad para disponer gratuitamente de los bienes y derechos, así como la voluntad de constituir una fundación.

+ A la dotación: valoración, forma y realidad de su aportación. Si se trata de aportación no dineraria, tasación realizada por un experto independiente.

+ A los estatutos, con el siguiente contenido:

- La denominación, que deberá ser idéntica a la que conste en el certificado negativo de denominación y ajustarse a las reglas establecidas en el artículo 5 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- Los fines fundacionales.
- El domicilio (sede de su Patronato o lugar donde desarrollen principalmente sus actividades).

- El ámbito territorial de actuación. Para la inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía, la fundación deberá desarrollar principalmente sus actividades en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Si se desea establecer un ámbito territorial de actuación diferente (municipal o provincial), deberá hacerse constar expresamente.
- Las reglas básicas de aplicación de recursos al cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- Las reglas básicas para la determinación de los beneficiarios.
- El destino de los bienes resultantes de la liquidación, en caso de extinción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 y 3 de la Ley 50/2002, de Fundaciones y el artículo 3.6º de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.
- El Patronato: composición, reglas de designación y sustitución de patronos, causas de cese, atribuciones, forma de deliberación y adopción de acuerdos, gratuidad del cargo.
- **NOMBRAMIENTO DEL PATRONATO:** identificación de las personas que lo integran y su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.
- **MEMORIA INFORMATIVA** sobre los recursos y actividades previstas que acrediten la viabilidad, en términos económicos y financieros de la fundación.
- **ACUERDO EXPRESO DE CONSTITUIR UNA FUNDACIÓN** (cuando el fundador es una persona jurídica) adoptado por el órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes con arreglo a sus estatutos, o por el órgano rector si la persona jurídica es institucional.
- **DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DE LA VERACIDAD DE LA APORTACIÓN** (o de su valoración por experto independiente si se trata de aportaciones no dinerarias).
- **DOCUMENTO ACREDITATIVO DE HABER LIQUIDADADO EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS** o, en su caso, exención o no sujeción a dicho impuesto (modelo 600).
- **ACEPTACIÓN DE PATRONOS** (si no se efectuó en el momento fundacional: documento público / documento privado con firma legitimada notarialmente / comparecencia ante el Registro de Fundaciones / comparecencia ante el Patronato acreditada mediante certificación del secretario con firma legitimada notarialmente).
- Para las fundaciones del sector público andaluz, **CERTIFICACIÓN EMITIDA POR EL SECRETARIO DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA** en el que se haga constar el acuerdo adoptado por el citado órgano autorizando la constitución de la fundación.

3. Inscripción de modificaciones estatutarias

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- TEXTO DE LA MODIFICACIÓN O NUEVA REDACCIÓN DE LOS ESTATUTOS, formalizada en escritura pública (copia autorizada y copia simple).
- ACUERDO DEL PATRONATO en el que conste la voluntad de modificar el texto estatutario y la conveniencia de su modificación.
- COPIA COMPULSADA DEL ESCRITO DE COMUNICACIÓN AL PROTECTORADO del acuerdo del Patronato sobre la modificación de estatutos.

4. Inscripción del nombramiento, sustitución y cese de patronos

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- ACTA DEL ACUERDO DEL PATRONATO por el que se designan o cesan los miembros del Patronato, o certificado del secretario con el visto bueno de su presidente. Cuando se solicite el cese se acreditará, además, el motivo o causa del mismo.
- Si el cese es por renuncia, podrá acreditarse mediante documento público / documento privado con firma legitimada notarialmente / comparecencia ante el Registro de Fundaciones / comparecencia ante el Patronato acreditada mediante certificación del secretario con firma legitimada notarialmente.
- ACEPTACIÓN EXPRESA DE LOS PATRONOS (documento público / documento privado con firma legitimada notarialmente / comparecencia ante el Registro de Fundaciones / comparecencia ante el Patronato acreditada mediante certificación del secretario con firma legitimada notarialmente).
 - Si los patronos son personas jurídicas, la aceptación deberá efectuarse por su representante legal, designándose a la persona física que la vaya a representar en el Patronato.
 - Si los patronos lo son por razón del cargo que ocuparen, se informará al registro sobre la persona a quien corresponda su sustitución.
- COPIA COMPULSADA DEL ESCRITO DE COMUNICACIÓN AL PROTECTORADO, de acuerdo con lo que dispone el artículo 15.3 de la Ley 50/2002, así como del escrito de aquel órgano teniendo por comunicada la modificación del Patronato.

5. Inscripción de delegación de facultades, apoderamientos generales y creación de otros órganos

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DEL PATRONATO (original y copia), en el que conste la delegación de facultades o el nombramiento de apoderados generales, la identificación de los patronos a los que se han conferido dichas facultades y las facultades que se delegan.
- ACEPTACIÓN EXPRESA DE LA DELEGACIÓN CONFERIDA O APODERAMIENTO OTORGADO, acreditada mediante documento público / documento privado con firma legitimada notarialmente / comparecencia ante el Registro de Fundaciones / comparecencia ante el Patronato acreditada mediante certificación del secretario con firma legitimada notarialmente.
- Si la delegación de facultades se efectúa en otros órganos colegiados, ACTA CERTIFICADA DEL ACUERDO DEL PATRONATO SOBRE LA CREACIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS en la que se citen expresamente los artículos de los estatutos en los que se prevea su creación así como sus funciones.

6. Inscripción de la modificación de la dotación / desembolso sucesivo

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.

Aumento de la dotación:

- ESCRITURA PÚBLICA O TESTIMONIO, CON FIRMAS LEGITIMADAS NOTARIALMENTE, del acuerdo adoptado por el Patronato. Deberán detallarse los bienes y derechos de contenido patrimonial aportados, si la aportación proviene del fundador o de terceras personas, o si se afectan por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, así como su valoración económica y realidad de su aportación.
- ESCRITO DE COMUNICACIÓN AL PROTECTORADO.

Disminución de la dotación:

- ESCRITURA PÚBLICA O TESTIMONIO, CON FIRMAS LEGITIMADAS NOTARIALMENTE, del acuerdo adoptado por el Patronato.
- AUTORIZACIÓN DEL PROTECTORADO.
- DESEMBOLSOS SUCESIVOS:
- DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DE LA REALIDAD DE LA APORTACIÓN (o de su valoración por experto independiente si se trata de aportaciones no dinerarias).

7. Enajenación o gravamen de bienes y derechos dotacionales o directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO ADOPTADO POR EL PATRONATO.
- FORMALIZACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN ESCRITURA PÚBLICA.
- AUTORIZACIÓN DEL PROTECTORADO.

8. Contratación por parte de los patronos

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO ADOPTADO POR EL PATRONATO.
- AUTORIZACIÓN DEL PROTECTORADO.
- DOCUMENTO DE FORMALIZACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE AUTOCONTRATACIÓN.

9. Inscripción de la fusión de fundaciones

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- COPIA COMPULSADA DE LA COMUNICACIÓN EFECTUADA AL PROTECTORADO.
- CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DE LOS PATRONATOS DE LAS FUNDACIONES QUE SE FUSIONAN.
- ESCRITURA PÚBLICA DE LA FUSIÓN (copia autorizada y copia simple), con idéntico contenido al de la constitución.
- ACEPTACIÓN DE PATRONOS (si no se efectuó en el momento fundacional: documento público / documento privado con firma legitimada notarialmente / comparecencia ante el Registro de Fundaciones / comparecencia ante el Patronato acreditada mediante certificación del secretario con firma legitimada notarialmente).
- DOCUMENTO ACREDITATIVO DE HABER LIQUIDADADO EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS o, en su caso, exención o no sujeción a dicho impuesto (modelo 600).

10. Inscripción de la extinción de fundaciones

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DE EXTINCIÓN ADOPTADO POR EL PATRONATO, en el que conste la causa y la designación de los liquidadores, el plazo para ejercitar sus facultades y las normas para llevar a efecto la liquidación.
- ESCRITO DE RATIFICACIÓN DEL ACUERDO DE EXTINCIÓN POR EL PROTECTORADO (copia compulsada).

11. Inscripción del nombramiento de liquidadores y liquidación de la fundación

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
- ACUERDO DEL PATRONATO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES Y DERECHOS, en el que se citen expresamente las fundaciones o entidades No Lucrativas de carácter privado que sean beneficiarias.
- ACEPTACIÓN EXPRESA DE LOS LIQUIDADORES.

12. Legalización de libros

Documentación necesaria:

- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN, en la que consten los datos de identificación de la entidad así como del solicitante y condición en la que actúa.
La solicitud informará, igualmente, sobre los siguientes extremos: identificación de los libros cuya legalización se solicita, si se encuentran en blanco o con asientos, el número de hojas de cada libro, así como las fechas de apertura y cierre de los últimos libros legalizados de la misma clase.
- LIBROS A LEGALIZAR.

13. Solicitud de información y certificaciones

Nota simple informativa / certificaciones / copias compulsadas de los asientos:

Se facilitarán previa SOLICITUD en la que se contengan los datos generales de identificación del solicitante, la clase de información requerida y la forma en la que debe ser expedida.

ANEXO IV.

MODELOS ORIENTATIVOS

Fuente: Página web de la Consejería de Justicia y Administración Pública.
Junta de Andalucía

Estatutos

http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/recursos_sociales/fundaciones/documentos/estatutos_fundacion.doc

o bien,

http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/entidades_juridicas/fundaciones/documentos/estatutos_fundacion.pdf

Estatutos de una fundación del sector público andaluz

http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Contenidos_Generales/Archivos/ESTATUTOS_ANDALUCIA-SECTOR_PUBLICO.pdf

Solicitud de certificados de denominación no coincidente

http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/entidades_juridicas/fundaciones/documentos/00010360R.pdf

Solicitud de inscripción de actos registrales

http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/entidades_juridicas/fundaciones/documentos/00010350R.pdf

Solicitud de legalización de libros

http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/entidades_juridicas/fundaciones/documentos/00010370R.pdf

Guía de control documental para la primera inscripción registral

http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/entidades_juridicas/fundaciones/documentos/guia_fundaciones.pdf

ANEXO V.

RELACIÓN DE FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ

FUNDACIONES CON REPRESENTACIÓN MAYORITARIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Tabla 1.

Fuente: "Administración Instrumental de la Junta de Andalucía", editado por la Consejería de Justicia y Administración Pública 2005.

NOMBRE	AÑO CREACIÓN	CONSEJERÍA
Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental	1993	Igualdad y Bienestar Social, Empleo, Salud y Economía y Hacienda
Fundación Audiovisual de Andalucía	1995	RTVA - Presidencia
Fundación Progreso y Salud	1996	Salud
Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional, IAVANTE	1996	Salud
Fundación Doñana 21	1997	Medio Ambiente
Fundación Museo Picasso	1997	Cultura
Fundación Andaluza de Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social	1998	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Tres Culturas del Mediterráneo	1998	Presidencia
Fundación Gastronómica de Andalucía	1999	Turismo, Comercio y Deporte
Fundación Red Andalucía Emprende	1999	Innovación, Ciencia y Empresa
Fundación Andaluza de Servicios Sociales	2000	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Centro de Estudios Andaluces	2001	Presidencia
Fundación Agencia Andaluza de Calidad Sanitaria	2002*	Salud
Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo	2003	Empleo
Fundación Real Escuela de Arte Ecuestre	2003	Turismo, Comercio y Deporte
Fundación Barenboim – Said	2004	Cultura

Tabla 2.

Fuente: Inventario de Entes de la Comunidad Autónoma de Andalucía elaborado por la Consejería de Economía y Hacienda, a través de la Intervención General, para dar cumplimiento a lo aprobado en el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10/04/03, publicado mediante Orden HAC/2283/2003, de 31 de julio, (BOE de 9 agosto de 2003), actualizado a 01/7/08.

Fundación Imabis
Fundación Museo Picasso
Fundación Onubense de Tutela
Fundación Parque Tecnológico de Ciencias de la Salud de Granada
Fundación Real Escuela de Arte Ecuestre
Fundación Red Andalucía Emprende
Fundación Reina Mercedes para la Investigación Sanitaria
Fundación Valme
Fundación Virgen de las Nieves
Fundación Andaluza de Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social
Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental
Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional, IAVANTE
Fundación Agencia Andaluza de Calidad Sanitaria
Fundación Andaluza de Servicios Sociales
Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo
Fundación Barenboim – Said
Fundación Centro de Estudios Andaluces
Fundación Hospital Clínico
Fundación Hospital Reina Sofía – Cajasur
Fundación Doñana 21
Fundación Audiovisual de Andalucía
Fundación Rey Fahd Bin Abdulaziz

OTRAS FUNDACIONES PARTICIPADAS POR LA JUNTA DE ANDALUCÍA

NOMBRE	AÑO CREACIÓN	CONSEJERÍA PARTICIPANTE
Fundación para la Investigación Agraria en la Provincia de Almería	1988	Agricultura y Pesca
Fundación para la Promoción y el Desarrollo del Olivar y del Aceite de Oliva	1990	Agricultura y Pesca
Fundación Cultural Privada Doñana	1992	Medio Ambiente
Fundación Castilla del Pino	1993 *	Educación
Fundación Espacios Naturales Protegidos. ANDANATURA	1994 *	Medio Ambiente
Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusi	1996 *	Cultura
Fundación Andalucía Olímpica	1997	Turismo, Comercio y Deporte
Fundación Francisco Ayala	1998	Cultura
Fundación Festival de Cine Iberoamericano de Huelva	1999	Cultura
Fundación Fernando Quiñónes	1999	Cultura
Fundación 1884. Casa Museo Carnaval de Cádiz	1999	Cultura
Fundación Malagueña de Tutela	2000	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Hospital de San Juan de Dios y San Rafael	2000	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Cordobesa de Tutela	2000	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Granadina de Tutela	2001	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Jienense de Tutela	2002	Igualdad y Bienestar Social
Fundación Centro de innovación Turística de Andalucía	2006	Turismo, Comercio y Deporte
Fundación Andaluza para el Desarrollo Aeroespacial	2007	Innovación, Ciencia y Empresa
Fundación Centro de las Nuevas Tecnologías del Agua	2008	Medio Ambiente
Fundación Centro de Innovación y Tecnología de la Pesca	2008	Innovación, Ciencia y Empresa
Fundación Centro Tecnológico de Acuicultura de Andalucía	2008	Innovación, Ciencia y Empresa
Fundación Centro Tecnológico de la Piel. MOVEX	2008	Innovación, Ciencia y Empresa

* La Escritura de Constitución de la Fundación Castilla del Pino ha sido modificada en los años 1997 y 2002.

* La Escritura de Constitución de ANDANATURA se modifica en los años 1997 y 2003.

* La Escritura de Constitución de la Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusi fue modificada en 1998.

ISBN 978-84-8333-445-4



9 788483 334454