

PREMIO INAP 2013 TESIS DOCTORALES: RESUMEN DESCRIPTIVO

TÍTULO DE LA TESIS: "RÉGIMEN DE ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES UNIVERSITARIAS"

Doctorando: Hugo Andrés Castro

La institución universitaria española, como ha sucedido con otras administraciones, se ha visto sometida a profundas reformas en la última década, pues se ha considerado que si hay algo que la fundamenta y caracteriza actualmente, es su necesaria adaptación a los cambios que la sociedad le exige respecto de las enseñanzas que imparte y de la investigación que realiza. Esta adaptación sin duda habrá de producirse, y de hecho ya se ha ido produciendo, a nivel material, afectando a cuestiones de fondo relativas al elenco de servicios que presta, y a nivel formal, incorporando fórmulas de gestión indirecta de determinados servicios. Porque, como se ha ido poniendo de manifiesto en las últimas décadas, era previsible que la universidad pública tendría dificultades para prestar los servicios que de ella se demandan, cada vez más numerosos y heterogéneos, manteniendo la misma estructura y fórmulas de gestión que tradicionalmente ha venido utilizando.

Consecuencia de lo anterior, es que en los últimos treinta años es constatable la tendencia de las universidades públicas españolas a la creación o promoción de distintas personas jurídicas para el cumplimiento de un doble cometido relacionado con esos cambios que la sociedad demanda: el primero, para que dichos entes, muchos de ellos promovidos por los Consejos Sociales, sirvieran como punto de encuentro y foro de colaboración y debate entre la universidad y su entorno social y económico, favoreciendo un mayor y mejor conocimiento mutuo. El segundo, para que actuaran como entes instrumentales, promoviendo y gestionando el nuevo tipo de servicios que la universidad presta de forma generalizada a las empresas y entidades que conforman su entorno.

Y en este último período de transformaciones, cuyo inicio cabe identificar con la entrada en vigor, hace casi tres décadas, de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, ha sido la fundación la institución jurídica que se ha consolidado como personificación a la que han acudido de forma preferente las universidades públicas para lograr ese doble cometido. La elección de la fundación frente a otras posibles formas jurídicas ha sido tradicionalmente justificada por algunos autores por su naturaleza privada, por la ausencia de ánimo de lucro, por los fines de interés general que persigue y por las posibilidades de incorporar a las empresas y entidades del entorno en su máximo órgano de gobierno: el patronato.

La preferencia por esta figura se tradujo en la constitución generalizada de fundaciones por las universidades, predicándose su idoneidad para coadyuvar a éstas en el cumplimiento de sus fines, hasta tal punto que el legislador universitario se hizo eco de ello, refiriendo expresamente la creación de fundaciones u otras figuras jurídicas en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Universidades, y específicamente en su art. 84. Dicho reconocimiento quizás tuvo como causa la habitual adecuación tardía de la norma para regular lo que en la realidad acontece, y consecuencia de ello es que, si ya eran escasas las universidades españolas que no disponían de «su fundación» a la entrada en vigor de la LOU, actualmente es complicado citar alguna que carezca de ella.

Y es cierto que las fundaciones universitarias, debido fundamentalmente a su naturaleza privada, han demostrado con creces su gran versatilidad y el potencial que aportan para ayudar a la universidad a llegar donde ésta puede tener mayores dificultades para hacerlo directamente. Sin embargo, también lo es que esa naturaleza privada genera serias tensiones, como se pone de manifiesto en este trabajo, cuando la fundación como figura jurídica es acogida por una administración pública como es la universidad. Y ese es el fundamento para que el marco normativo aplicable a las fundaciones con un substrato mayoritariamente público, y no sólo las universitarias, haya evolucionado vertiginosamente para intentar adaptarla a ese uso instrumental, para intentar capturarlas en la huida del Derecho administrativo que protagonizaron y que es objeto de análisis, de forma que actualmente es difícil reconocer en el régimen jurídico aplicable a estas fundaciones el que estaba vigente hace tan sólo una década.

A diferencia de lo que sucedía en la época en que se crearon las primeras fundaciones universitarias, actualmente no hay dudas sobre la capacidad de fundar por parte de las universidades públicas, pues la vigente Ley de Fundaciones, siguiendo el tenor literal de su antecesora de 1994, reconoce en su art. 8.4 la capacidad para fundar a todas las personas jurídico-públicas, *«salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario»*. Similares pronunciamientos contienen las Leyes autonómicas de fundaciones que han sido objeto de análisis. La normativa universitaria, lejos de proscribir tal posibilidad, expresamente la reconoce en el art. 84 LOU, previendo la constitución de fundaciones *«para la promoción y desarrollo de sus fines, por sí sola o en colaboración con otras entidades públicas o privadas»*.

Sin embargo, aún siendo evidente la capacidad de la universidad pública para fundar, es preciso analizar caso por caso la caracterización y el régimen jurídico de la fundación que crea, si se integra o no en el sector público estatal o en el autonómico, y si le resulta aplicable el régimen previsto para las fundaciones del sector público en las normas de carácter básico que han sido objeto de análisis. Para ello, es necesario atender a una pluralidad de normas con distinto origen y alcance (estatal o autonómico) y naturaleza dispar (de derecho público y de derecho privado) que, como se advierte en este trabajo, disciplinan el régimen de actuación de las fundaciones que, de algún modo, quedan encuadradas en el sector público por ser promovidas, gobernadas, participadas o financiadas por entidades en él integradas.

Por ello, no basta con considerar la posibilidad de que una universidad constituya una fundación, sino que ha sido preciso analizar si lo hace en solitario o no, y en este último caso, verificar la distinta naturaleza de las entidades que acompañan a la universidad en el proceso de creación de la fundación, pues ello tendrá importantes consecuencias en relación con el tipo de fundación que crea, el régimen jurídico aplicable a la misma, el elenco de actividades que podrán realizar y la forma en que deberá desarrollarlas. Porque si bien la Ley de Fundaciones de 1994 ya preveía el reconocimiento de la capacidad para fundar de las personas jurídico-públicas, la vigente Ley de Fundaciones ha sido novedosa al introducir en su Capítulo XI, denominado «Fundaciones del sector público estatal», una caracterización y régimen jurídico específico para aquellas fundaciones constituidas por entidades públicas y con una especial vinculación a la Administración General del Estado o al resto de entidades del sector público estatal. Y es constatable que la forma en que la Ley de Fundaciones estatal define y regula estas fundaciones ha sido bien acogida por el legislador autonómico, pues algunas leyes de fundaciones de ese ámbito territorial dedican un capítulo específico a las fundaciones del sector público autonómico en términos muy similares, aunque no idénticos, a los utilizados en la Ley estatal.

A ese régimen jurídico específico de las fundaciones del sector público estatal o autonómico previsto en las distintas leyes de fundaciones, que se podría calificar de relativamente homogéneo, han venido a sumarse las modulaciones al mismo incorporadas desde la normativa administrativa tanto de carácter estatal como autonómico, previendo especialidades en su proceso de constitución y en los controles y forma de operar, siendo numerosas las comunidades autónomas que regulan este tipo de fundación en las leyes que disciplinan la organización de la Administración y la Hacienda Pública. Además, las leyes estatales de aplicación básica afectan al régimen jurídico de las fundaciones que se encuadran en el concepto de fundación del sector público que cada una aporta, siendo las más destacables la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley General de Subvenciones.

Los antecedentes someramente expuestos explican tanto la proliferación de fundaciones universitarias como las dificultades actuales para identificar un régimen jurídico unitario aplicable a las mismas. Razones que justifican que el presente trabajo aborde el estudio del régimen de actuación de las mismas, pues parece del todo conveniente identificar y analizar las distintas leyes que contienen el marco normativo aplicable. Esta tarea, ha implicado la identificación y análisis pormenorizado de las normas estatales y autonómicas, de carácter público y privado, de aplicación directa o supletoria, cuyo resultado no debe quedar en la necesaria relación expositiva de las distintas disposiciones contenidas en ese vasto conjunto de leyes que afectan a la regulación de las fundaciones universitarias. Por el contrario, esa fase

inicial de análisis y exposición de las distintas normas se ha ido completando con una labor de integración que aporta una perspectiva general, unos principios rectores del régimen específico de las fundaciones del sector público y los criterios precisos para "construir" el régimen jurídico específico aplicable a cada tipo de fundación, para culminar con una valoración crítica de las normas que han propiciado la situación de caos normativo descrita.

El análisis jurídico y la labor de integración mencionada, no hubieran dado los frutos anhelados si no se hubiera acompañado de un análisis práctico; de un estudio pormenorizado de la composición, estatutos y estructura de cada una de las fundaciones universitarias españolas, de su forma de operar y de las actividades que desarrollan, así como de las distintas fórmulas utilizadas para colaborar con las universidades fundadoras y la normativa propia que cada una de éstas ha dictado para crear su fundación y relacionarse con ella. Con este análisis de la realidad actual de las fundaciones universitarias no se pretende una simple descripción de la situación; con él se persiguen dos objetivos. En primer lugar, clasificarlas atendiendo al substrato público que en ellas subyace; al distinto grado de vinculación respecto de la universidad pública fundadora. De esa mayor o menor dependencia de la universidad pública matriz u otras entidades del sector público dependerá el conjunto de normas que resulten aplicables, así como los controles y limitaciones a los que quede sujeta y, en definitiva, los diversos regímenes de actuación. En segundo término, se trata de conocer las actividades que realizan las fundaciones universitarias, cómo las desarrollan y qué especialidades y dudas se plantean al respecto para cada tipo de fundación.

Para desarrollar esas dos líneas de análisis y lograr los objetivos mencionados, la tesis se ha dividido en cuatro capítulos.

En el primero, se realiza un análisis previo de la fundación como institución jurídica, de las fundaciones creadas por la Administración, de la universidad pública y de las fundaciones universitarias. Con este examen inicial se persiguen tres objetivos.

En primer término, explicar la utilización por la universidad pública de la fundación como persona jurídica, realizando un análisis ampliamente extrapolable al uso instrumental de las fundaciones (y determinadas sociedades mercantiles) por otras administraciones distintas de la universidad. Para ello se han analizado los antecedentes históricos de la fundación, su naturaleza, los elementos esenciales que la definen y las leyes, tanto estatales como autonómicas, que las regulan. Se ha hecho referencia asimismo a los distintos criterios utilizados para clasificar a las fundaciones, profundizando en aquellos que en mayor medida afectan al régimen aplicable a cada uno de los tipos resultantes. Se ha prestado especial atención a las fundaciones estatales y las autonómicas, y a las fundaciones de régimen general frente a las denominadas fundaciones del sector público. Esta última clasificación es de importancia capital en el presente trabajo, pues la universidad pública, como otras administraciones públicas, ha creado fundaciones que no son del sector público estatal o autonómico y que, por tanto, se rigen por el régimen general. Y además porque, como se pone de manifiesto en la tesis, algunas de las fundaciones universitarias que actúan como fundaciones de régimen general presentan las características que las encuadran en el concepto de fundación del sector público desde la perspectiva de alguna de las normas que inciden en su poliédrica regulación, ya sean leyes sustantivas de fundaciones, ya normas administrativas de aplicación básica.

El segundo objetivo que se persiguió y respecto del que se obtuvieron frutos, consistió en presentar las peculiaridades que se producen cuando la entidad fundadora es una administración pública. Debido a que la universidad pública es una administración muy peculiar, se ha analizado su naturaleza jurídica, y se han tratado las consecuencias derivadas del principio de autonomía universitaria que afectan a la capacidad de la universidad para crear su fundación, a la naturaleza de ésta una vez constituida y a la posibilidad de considerarla como fundación integrada en el sector público estatal o autonómico. Asimismo se han verificado y puesto de manifiesto las dificultades para disponer de un concepto unitario de lo que haya de entenderse por fundación del sector público, y por ello en la tesis que aquí se resume se ha realizado un completo análisis de los distintos conceptos que de esas "fundaciones del sector

público” se aportan desde multitud de normas con distinto origen, naturaleza, ámbito de aplicación y alcance.

En tercer lugar, estudiada la figura fundacional, el concepto de fundación del sector público y la naturaleza de la universidad pública, el primer capítulo se cierra haciendo referencia al origen y evolución de las fundaciones universitarias, aportando una visión de la realidad fundacional en el ámbito universitario y reflexionando acerca del porqué de su constitución, presentando asimismo los elementos comunes que actualmente las caracterizan.

En los capítulos segundo y tercero, en atención a los diferentes regímenes jurídicos que actualmente son aplicables a las fundaciones, según se encuadren o no en el sector público por cada norma o tipo de norma que disciplinan su forma de operar, se analizó el régimen jurídico aplicable a las fundaciones de régimen general y a las fundaciones del sector público, respectivamente. No obstante es preciso destacar varias cuestiones al respecto.

La primera, que dicho análisis se realiza atendiendo fundamentalmente a los aspectos que pueden presentar especialidades o dificultades cuando los mencionados regímenes se aplican a las fundaciones creadas por la universidad pública, y en ciertos aspectos por las administraciones públicas en general, por lo que no se pretende una exposición general del régimen jurídico de las fundaciones, tanto las de régimen general como las del sector público. Lo que se procura es una labor más modesta y específica, centrada en destacar aquellos aspectos que puedan presentar peculiaridades significativas que sean consecuencia tanto del carácter de administración pública de las universidades públicas, como de su especial naturaleza derivada fundamentalmente de la autonomía que se les reconoce al más alto nivel.

La segunda, que la mayoría de las fundaciones universitarias analizadas tienen un ámbito de actuación autonómico, siéndoles de aplicación la Ley sustantiva que regula las fundaciones en la respectiva comunidad autónoma. Consecuencia de ello es que la metodología utilizada ha sido realizar un análisis sistemático de la Ley estatal para, seguidamente, referir las particularidades dignas de mención contenidas en las leyes autonómicas de fundaciones que pueden afectar al régimen de las fundaciones universitarias.

La tercera cuestión se refiere al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, que no se aporta de forma unificada por ninguna Ley, sino que es preciso construirlo extrayendo de diversas leyes las disposiciones que afectan a las fundaciones con un substrato mayoritariamente público. Para ello ha sido preciso acudir a la normativa de fundaciones, que no sólo contempla, en algunos casos, una escueta regulación específica de las fundaciones del sector público, sino que además contiene el régimen aplicable a las fundaciones de régimen general, que será de aplicación supletoria a las fundaciones del sector público. Pero también hay que atender a las normas administrativas que disciplinan la organización de la Administración o las finanzas públicas, y a otras leyes de carácter básico que regulan la actividad subvencional, la contratación pública o el estatuto jurídico y régimen de incompatibilidades de los empleados públicos. Por último, en el caso de las fundaciones universitarias, no se puede perder de vista la normativa específica que regula las universidades públicas, en la que también se contienen disposiciones que afectan al régimen jurídico de las fundaciones por ellas creadas, siendo preciso analizar la LOU, las distintas leyes de universidades autonómicas así como los estatutos de cada universidad.

En el capítulo tercero se analiza en profundidad el régimen de contratación al que quedan sujetas las fundaciones universitarias integradas en el sector público a efectos de la normativa de contratación pública, atendiendo especialmente a la relación de instrumentalidad entre la universidad pública y su fundación. Este capítulo se puede considerar uno de los apartados más relevantes del trabajo, no sólo en relación con las fundaciones universitarias, pues consideramos que muchos de los aspectos analizados son aplicables a la relación de instrumentalidad que se produce entre muchas administraciones públicas y sus entes instrumentales, sean o no del tipo fundación.

En el cuarto y último capítulo de esta tesis se persigue analizar, mediante la aplicación práctica de la investigación realizada a las fundaciones universitarias existentes, las actividades que realizan y cómo las desarrollan o deberían desarrollar, abordando varias cuestiones. En primer término, se analiza brevemente el servicio público de la educación superior, con el único fin de presentar el marco de actuación básico de la universidad, con el que debería estar relacionada la actuación de las fundaciones universitarias, creadas para coadyuvar a la universidad al mejor logro de sus fines. Seguidamente se estudian los factores que pueden animar a la universidad a encomendar determinados servicios a su fundación atendiendo a los distintos regímenes y limitaciones analizados en los capítulos segundo y tercero, y se analizan cada una de las actividades que generalmente gestionan las fundaciones universitarias. Asimismo, se presenta una clasificación de las fundaciones universitarias existentes, que se realiza atendiendo a la intensidad de la participación en las mismas de la universidad pública u otras entidades del sector público, pues éste es el factor que en mayor medida incorpora modificaciones al régimen jurídico al que quedarán sujetas. En los cuatro tipos de fundaciones resultantes, con mayor o menor exactitud, se pueden encuadrar las fundaciones universitarias analizadas, y respecto de cada uno se presenta tanto la normativa aplicable como las actividades para cuya realización están mejor dotadas atendiendo a la forma en que pueden desarrollarla.

Por último, se aporta una visión personal de la razón de ser de las fundaciones universitarias en la actualidad, reflexionando sobre el presente y futuro de la universidad, de las fundaciones y, especialmente, de las fundaciones universitarias.

Expuesto lo anterior, se puede afirmar que el objeto principal de la tesis es desvelar y presentar, de la forma más integrada posible, el régimen jurídico aplicable en la actualidad a los distintos tipos de fundación universitaria, así como las dificultades que pueden producirse al aplicarlo. Para ello, atendiendo a la pluralidad de normas que es preciso analizar para conocerlo, se procura presentar, explicar y superar cuando sea posible, las disfunciones e incoherencias que se producen cuando se pretende formular ese régimen de actuación unificado, precisamente por la distinta naturaleza, origen, justificación y alcance de las normas que de forma deslavazada e inconexa han ido participando en su construcción.

En última instancia, en este trabajo se pone de manifiesto que una vez reconocida, con mayor o menor acierto, la capacidad de fundar de las personas jurídico-públicas, es necesaria una regulación más homogénea de las fundaciones creadas o promovidas por las entidades que integran el sector público. Dicha regulación debería prever que no todas las fundaciones que promueven las entidades públicas y en las que participan de forma mayoritaria deberían integrarse en el sector público a todos los efectos, así como que no todas las entidades públicas fundadoras se sujetan a un mismo régimen, contemplando especialidades para aquellas que, como es el caso de las universidades públicas, son administraciones muy particulares dotadas de especial autonomía.